

MÉTODO Y FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: HACIA LA MÁS PLENA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

METHOD AND FUNCTION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: TOWARDS THE GREATEST REALIZATION OF HUMAN RIGHTS

GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA*

Sumario: I. PRESENTACIÓN. II. ¿RENOVACIÓN METODOLÓGICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?. III. CORRIENTES METODOLÓGICAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. V. LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNCIÓN. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El sistema de Derecho internacional privado experimenta en el momento actual cierta transformación desde la óptica de su comprensión científica (método) y función, al ser cada vez más evidente el impacto de los derechos humanos. Dicha incidencia también tiene reflejo en los sectores de su contenido (competencia internacional, Derecho aplicable y reconocimiento de decisiones) y en las técnicas que se emplean para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales. Esta contribución da cuenta de la citada evolución aportando para ello también la necesaria perspectiva histórica.

ABSTRACT: The Private International Law System is currently undergoing a certain transformation from the perspective of its scientific understanding (method) and function, as the impact of human rights is increasingly evident. This incidence takes place in the sectors of its content (international competence, applicable law and recognition of decisions) and in the techniques used to respond to international private situations. This contribution accounts for the aforementioned evolution, also providing the necessary historical perspective.

PALABRAS CLAVE: Método científico, método axiológico, función, derechos humanos, dignidad de la persona

KEYWORDS: Scientific method, axiological method, function, human rights, dignity of the person

Fecha de recepción del trabajo: 3 de junio de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 6 de noviembre de 2020.

* Catedrática de Derecho internacional privado, Universidad de Jaén. E-mail: gesteban@ujaen.es.

I. PRESENTACIÓN

El cambio de siglo ha servido para justificar la realización de valoraciones o recapitulaciones acerca del "modo" en el que se presenta el sistema de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) en el momento actual¹. Se plantea una pregunta abierta en los siguientes términos: ¿progreso o involución?². Sin embargo, este planteamiento puede ser formalista, al centrarse en las técnicas y procedimientos de reglamentación, prescindiendo del análisis del método científico del DIPr y, en particular, de la función que está destinado a cumplir en la actualidad³.

Desde este prisma, qué duda cabe que el siglo XXI que se ha iniciado pone de relieve que el DIPr ha experimentado una evolución, pero que ha de ser enfocada —a su vez— de forma problemática, para evitar limitarse a hacer un mero resumen o recapitulación, centrándose, más bien, en los procesos que tienen lugar de forma gradual⁴. En este sentido, la evolución que se observa en la sociedad afecta de modo muy especial al DIPr, caracterizado por dar entrada a la diversidad de culturas, de formas de vida, de tradiciones de muy distinto signo, siendo tal diversidad su objeto de estudio⁵.

Y, cómo no, el creciente protagonismo de los derechos humanos y, en concreto, su decisivo impacto en el sistema de DIPr sobre el que se centra de forma específica esta contribución (en particular, en relación con su método científico y función)⁶. El enfoque

¹ De forma muy particular, la reflexión se ha centrado en la evolución que se aprecia en el DIPr de origen europeo. No siendo posible dar cuenta del importante número de aportaciones acerca de este proceso, se citan por su carácter más general, BASEDOW, J., "15 years on European Private International Law – Achievements, Conceptualization and Outlook-", FORNER DELAYGUA, J.J./GONZÁLEZ BEILFUS, C./VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 175 y ss; *id.* "Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea", *AEDIPr*, 2016, pp. 53 y ss; ESPLUGUES MOTA, C./DIAGO DIAGO, P./JIMÉNEZ BLANCO, P. (dirs.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

² Véase, SYMEONIDES, S.C. (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, International Academy of Comparative Law, Kluwer Law International, 2000, *passim*.

³ No incurre en dicha perspectiva formal GUZMÁN ZAPATER, M., *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Tecnos, Madrid, 2006. La obra analiza los procesos que tienen lugar en la actualidad en la sociedad internacional, que explican las transformaciones que cabe apreciar en el campo del DIPr.

⁴ Para una aportación reciente véase, FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Reflexiones en torno a los condicionantes actuales del Derecho internacional privado", *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Thomson-Reuters-Cívitas, Pamplona, 2020, pp. 137 y ss.

⁵ Debe citarse una obra pionera en el tratamiento de instituciones extranjeras desde la óptica de la diversidad cultural, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, La Caixa, 2000. También ha de darse cuenta de la monografía dirigida por A. Rodríguez Benot sobre el valor de la diversidad y, en concreto, la multiculturalidad presente en la sociedad europea a la que también se ha de dar respuesta desde el DIPr. Véase, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Col. Cuadernos de Derecho judicial, VIII-2002, CGPJ, Madrid, 2002.

⁶ Cabe destacar la incidencia que tienen los derechos humanos en cada sector del contenido del DIPr., que expresa también una perspectiva humanista de la función que ha de cumplir esta disciplina. Sin embargo, de forma aislada no puede dar respuesta a este reto, sino que ha de ser puesta en relación con otros contenidos y, en concreto, con el Derecho internacional, con el que mantiene una relación (de tipo

se centra, por tanto, en el método y se considera, en particular, el garantismo (L. Ferrajoli) como base de una teoría del Derecho y metodología jurídica.

Por tanto, no se trata de realizar una evolución histórica del DIPr (considerando cada uno de sus sectores de forma autónoma), sino de hacer una aproximación al método de racionalización y comprensión de esta disciplina en el transcurso de la historia hasta el momento actual y su relación con la función que cumple, con el objetivo de apreciar las transformaciones que han tenido lugar y que se manifiestan en sus técnicas y herramientas (para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales).

A modo de presentación, cabe señalar que junto a los sectores de la competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones, para dar una respuesta de fondo a las situaciones privadas internacionales, el sistema de DIPr cuenta con técnicas y herramientas comprendidas en el “sector del Derecho aplicable”, que interesa de forma específica en relación con el método científico⁷. Si bien los otros dos ámbitos han protagonizado una significativa renovación, en particular, tras la transferencia de competencias a las instituciones comunitarias (“comunitarización” de la cooperación judicial civil transfronteriza, en adelante, CJC), el sector del Derecho aplicable ha experimentado procesos de reforma amplios y duraderos y con un mayor impacto en el método de racionalización de esta disciplina científica como se verá *infra*, sin perjuicio de la trascendencia que también ha tenido la cuestión del reconocimiento (en especial, en relación con la función del DIPr). Esto es, interesa la evolución de la ciencia del DIPr, que también ha tenido importantes modificaciones si se observa desde el ángulo (óptica) del reconocimiento y, muy en particular, en el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), en el que gana protagonismo el reconocimiento mutuo (véase *infra*)⁸.

En todo caso, si bien dichas actualizaciones están relacionadas, sin duda, con la citada comunitarización de la CJC⁹, estas reflexiones se orientan a ofrecer una concreta visión de los citados procesos de cambio, que son más amplios y que tienen que ver también con la relación (histórica y actual) entre el campo del Derecho internacional público (en adelante, DIP) y, de forma más concreta, el nuevo Derecho internacional de los derechos humanos y el DIPr (e incluso con el ámbito de las Relaciones

científico) y comparte esta función, que consiste en la máxima tutela de la dignidad de la persona, con independencia del lugar en el que se encuentre y, por supuesto, de su religión, color, raza o procedencia. Véase, ZAMORA CABOT, F.J., “Los derechos fundamentales en clave del Alien Tort Claims Act de 1789 de los EEUU y su aplicación a las corporaciones internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, Univ. del País Vasco, 2007, pp. 335 y ss; ZAMORA CABOT, F. J./ GARCÍA CÍVICO/ SALES PALLARÉS, L. (eds.), *La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos*, Univ. de Alcalá, Defensor del Pueblo, Madrid, 2013.

⁷ No en balde, el propio planteamiento histórico del DIPr centrado en la búsqueda de la “armonía internacional de decisiones” impedía centrar la atención en las cuestiones relativas a la competencia internacional y al reconocimiento de decisiones, que se presentaron y alcanzaron visibilidad más tardía (véase *infra*)

⁸ Esta regla sería un instrumento para la cooperación en el interior de la UE. Véase extensamente, ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Transformación del reconocimiento de decisiones en el espacio europeo de justicia”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 50, 2020 (*on line*), pp. 41 y ss.

⁹ Véase, en particular, MATHIEU, B., *Directives européennes et Conflits de lois*, LGDJ, Paris, 2015.

Internacionales)¹⁰. Esto es, no se circunscriben al concreto “hito” de la citada “amsterdamización” que, aún siendo importante, no agota las grandes “revoluciones” que ha experimentado –muy en particular- el sector de su contenido que existe consenso en denominar “Derecho aplicable”, ni el DIPr mismo, en el transcurso de los siglos¹¹.

En este sentido, la utilización de la norma de conflicto como principal expediente para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales ha determinado que su regulación se haya realizado a través de lo dispuesto en un concreto sistema jurídico reclamado por su criterio de conexión¹². Y, por ello, una función tradicional del DIPr (y, en particular, del sector del Derecho aplicable) ha sido la localización del ordenamiento con el que presenta el concreto caso la mayor vinculación (perspectiva savignyana). Por tanto, el “sector del Derecho aplicable” cumple, entre otras, una “función reguladora”, al buscar la sede de la relación, esto es, el sistema jurídico que dará respuesta a la situación privada internacional de que se trate¹³.

Ahora bien, se alude al “pluralismo metodológico” para referirse a la diversidad de técnicas empleadas para dar respuesta a las cuestiones de fondo que plantean las situaciones privadas internacionales¹⁴. Así, frente a la consideración prácticamente

¹⁰ Véase, en particular, ZAMORA CABOT, F.J., “Derecho Internacional privado y derechos humanos en el ámbito europeo”, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2012, n° 4, pp. 1 y ss; MILLS, A., “Towards a Public international Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance”, *Working paper*, march 2012 (*on line*), esp. Pp. 8 y ss.

¹¹ Véase, entre otras aportaciones, REMIEN, O., “European Private International Law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice”, *CMLR*, 2001, pp. 53 y ss; ROTH, G.H., “Der Einfluss des Europäischen Gemeinrecht auf das internationale Privatrecht”, *RabelsZ*, 1991, pp. 623 y ss.

¹² Ahora bien, no deben perderse de vista la crisis en la que entró el citado expediente en una época histórica determinada (en particular, años 60 del pasado siglo), a resultas del crecimiento experimentado por la disciplina del DIPr, en particular, tras el final de la II Guerra Mundial. En concreto, dicha crisis se describe como si el método conflictual fuera una fortaleza, sitiada por aliados heterogéneos y también saboteada por una *quinta columna* (véase, REMIRO BROTONS, A., “Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado”, *Symbolae García Arias, Temis*, 1973, n° 33-36, pp. 606-607).

¹³ No obstante, la localización de la relación y su significado, esto es, la aplicación del Derecho reclamado, puede realizarse de dos formas, que son resaltadas por P. Picone para justificar su “preferencia” por el método de “la referencia al ordenamiento jurídico extranjero competente”, al considerar que se trata de una remisión “en bloque” a un “sistema jurídico” (el competente de conformidad con las normas de conflicto del foro) y no sólo a una “ley” extranjera. Véanse estas reflexiones en el Curso de La Haya que impartió en el verano de 1986, “La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en Droit international privé”, *RdC*, 1986-II (vol. 197), esp. pp. 264 y ss. Para la explicación del art. 1 del Convenio de Múnich, de 5 de septiembre de 1980, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos (*BOE*, de 19 de diciembre de 1989) en clave de remisión al ordenamiento jurídico competente y sus indiferentes consecuencias en este caso véase, LARA AGUADO, A., *El nombre de las personas físicas en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, pp. 166-167. Ahora bien, frente a este planteamiento, en el que se trata de localizar el ordenamiento competente, otro sector de la doctrina sostiene que dicha localización se realiza conforme a un criterio de relevancia.

¹⁴ Véase, entre estas aportaciones clásicas, AUDIT, B., “Le Droit international privé en quête d’universalité. Cours général (2001)”, *RdC*, 2003, vol. 305, pp. 145 y ss. Y para otras más renovadoras véase, en particular, como obras monográficas que permiten apreciar la diversidad de enfoques desde los que puede ser tratado el “conflicto de leyes” en el momento actual, BASEDOW, J., *The Law of Open*

unánime de que el paradigma localizador (método de atribución) es el utilizado por antonomasia, desde la mitad del s. XX –como se sabe- comienzan a realizarse reflexiones críticas, que permiten apreciar cierta renovación del denominado “método unilateral” (método estatutario), que coexiste, a su vez, con la denominada “técnica de reglamentación directa”¹⁵. Sus relaciones no deben concebirse en términos de conflicto, sino de colaboración al servicio de una mejor regulación del tráfico jurídico externo¹⁶.

De otra parte, el sector del Derecho aplicable puede estar perdiendo su "tradicional" función localizadora, consistente en la remisión a un determinado ordenamiento, al hacerse el razonamiento a partir de los “valores del foro”¹⁷. A diferencia de la incidencia de las normas imperativas que se pone de relieve en un momento previo o anterior al funcionamiento de la norma de conflicto, como consecuencia de consideraciones de carácter económico, social, etc. (que el legislador quiere garantizar), el enjuiciamiento a través de los valores del foro se hace a través de una interpretación del propio paradigma localizador (o prescindiendo del citado paradigma)¹⁸.

Esta situación puede tener lugar en todos aquellos casos en los que la normativa sobre derechos humanos impone alcanzar un concreto resultado, esto es, la concreta protección de un derecho o valor superior del ordenamiento (p.ej., interés del menor, diversidad cultural y genéricamente tutela de los derechos humanos, en particular, de la vida, integridad física, salud), cuya vulneración tiene lugar cada vez con más frecuencia, en especial, a través de las prácticas llevadas a cabo por las empresas multinacionales en el territorio de países en los que no existe una adecuada protección de tales derechos, como se verá *infra*.

Societies. Private international Law and Public Regulation in the Conflict of Laws, Nijhoff, La Haya, 2015; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011; KONO, T., *Efficiency in Private International Law*, Hague Academy of International Law, Ail-Pocket, 2014; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional Vitoria-Gasteiz*, UPV, 2001, pp. 88 y ss; MARINO, S., *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milán, 2010; MICHINEL ÁLVAREZ, M., *El Derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos*, Dykinson, Madrid, 2012; ZAMORA CABOT, F. J., *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho antitrust de los Estados Unidos*, EUROLEX, Madrid, 2001; *id.*, “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto”, BOUZA, N./GARCÍA, C./RODRIGO, A. J. (dirs.), ABARCA, P. (coord.), *La gobernanza del interés público global*. XXV Jornadas de la AEPDIRI, Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 744 y ss; ZAMORA CABOT, F. J./ GARCÍA CÍVICO/ SALES PALLARÉS, L. (eds.), *La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos*, Univ. de Alcalá, Defensor del Pueblo, Madrid, 2013.

¹⁵ Véase, en particular, REMIRO BROTONS, A., “Regla de conflicto...”, *loc. cit.*, pp. 605 y ss.

¹⁶ *Ibid.*, p. 611.

¹⁷ A título de ejemplo puede verse la importancia que ha adquirido el “interés superior del menor”, a raíz de la modificación de la LO de Protección Jurídica del Menor por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 175, de 23 de julio de 2015). El texto del art 2 expresa el alcance del citado interés en el entero ordenamiento español.

¹⁸ Véase, DE MIGUEL ASENSIO, P., “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho privado*, nº 82, 1998, pp. 541 y ss.

Y, en todo caso, se mantiene una concepción de “ciencia jurídica garantista”, que reclama del jurista una función crítica del Derecho positivo vigente, en especial, una crítica externa o política (o *de iure condendo*) (M. Gascón Abellán), a través de los valores compartidos por la comunidad internacional y, en concreto, para la plena efectividad de los derechos humanos que los expresan¹⁹.

II. ¿RENOVACIÓN METODOLÓGICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?

1. Planteamiento

La metodología es la reflexión que hace cada ciencia sobre su propio proceder, sobre los modos de pensamiento y medios de conocimiento de que se sirve (K. Larenz). El método es necesario, en todo caso, para alcanzar el conocimiento, en especial, cuando está basado o se fundamenta en elementos o aspectos que pueden ser contrastables.

Concebido el método (científico) como técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, junto a la interpretación del Derecho (J. Witker)²⁰, cuando se aborda el método del DIPr se alude a la concepción sobre la construcción (y comprensión) de la disciplina desde su origen hasta la actualidad, así como al enfoque sobre su función en el entero ordenamiento y, en concreto, para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales²¹.

¹⁹ En esta línea, la “teoría tridimensional del Derecho” afirma su naturaleza esencialmente triádica, de tal forma que no es posible aislar la triple perspectiva fáctico-axiológico-normativa de cualquier porción o momento de la experiencia jurídica o, lo que es lo mismo, la validez del Derecho expresada en términos de vigencia (obligatoriedad formal de los preceptos jurídicos), eficacia (efectiva correspondencia social a su contenido) y fundamento (valores capaces de legitimarlo en una sociedad de hombres libres). Véase, REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, trad. A. Mateos, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 38 y 69.

²⁰ A su vez, existen distintas concepciones sobre el método: filosófica, metodológica, histórico-crítica y estricta, cada una de las cuales sitúa el énfasis en un aspecto concreto del proceso de comprensión de la función del Derecho. Y, de otro lado, los distintos posicionamientos metodológicos se ubican en momentos correspondientes con procesos de cambio de ciclo desde un punto de vista socio-histórico (Edad Media, modernidad, en particular). Por último, no ha de perderse de vista para el análisis la necesaria y enriquecedora perspectiva histórica de toda disciplina científica. Para el DIPr véase, BARILE, G., “La fonction historique du droit international privé”, *RdC*, 1965-III, vol. 116, pp. 301 y ss; GUTZWILLER, M., “Le développement historique du droit international privé”, *RdC*, 1929-IV, vol. 29, pp. 287 y ss; MEIJERS, E., “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, spécialement dans l’Europe occidentale”, *RdC*, 1934-III, vol. 49, pp. 597 y ss; SPERDUTTI, G., *Evoluzione storica e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1970; YNTEMA, H.E., “The historic bases of Private International Law”, *JACL*, 1953, vol. 2, pp. 307 y ss.

²¹ Véase, AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho internacional privado. Vol. I, Tomo I. Introducción y Fuentes*, 4ª ed., 2ª reimpresión, Serv. Pub. Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1982, pp. 40-41. M. Aguilar Navarro señaló que el método ha constituido históricamente una preocupación constante en el DIPr (“batalla metodológica”) (véase, “Revisión metodológica en el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1960, p. 455). Sobre el método en DIPr véase, en particular, AGUILAR NAVARRO, M., “Crisis y reajuste del Derecho internacional privado”, *REDI*, 1954, pp. 411 y ss; *id.*, “Revisión metodológica en el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1960, pp. 455 y ss; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “El paradigma

Por ello, preguntarse por una renovación metodológica del DIPr significa cuestionarse si han variado las claves que permiten su comprensión (en el marco general jurídico) y – de forma indirecta- la concepción de la función que desempeña. Sin perjuicio de que la respuesta es unánime y necesariamente positiva, cabe realizar una aproximación a una evolución general del método, que puede permitir también alcanzar algunas consideraciones sobre la función actual del DIPr²².

Si bien no puede afirmarse que se aparte de las corrientes metodológicas de la Ciencia jurídica (general), se observa que los distintos momentos históricos que han acogido a los diversos planteamientos filosóficos, culturales y jurídicos (jurisprudencia de conceptos, de intereses, etc.), también han tenido influencia en el DIPr y, en especial, en la comprensión e interpretación de la “norma de conflicto,” al haber sido (y seguir siendo en la actualidad) el expediente más utilizado para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales (sector del Derecho aplicable).

Ahora bien, con carácter previo, es necesario advertir las constantes “mudanzas” que han tenido lugar para llegar a construir dicha ciencia, en especial, dada la “pigmentación internacionalista” que ha tenido (y aún tiene en la actualidad para determinadas concepciones y autores) el DIPr (internacionalistas *versus* particularistas)²³.

de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez, Tomo IV (Derecho civil y Derecho público)*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 5239 y ss. De otro lado, el método también puede ser entendido como haz de técnicas o herramientas de reglamentación para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales, que han experimentado también una evolución histórica y se relacionan con la función del DIPr. Si bien su comprensión y funcionamiento cuenta también con un marco metodológico determinado, su análisis se centra -habitualmente- en cada una de tales herramientas, hablándose, en este sentido, de un pluralismo metodológico, en especial, tras la pérdida de centralidad del paradigma localizador. De entre las aportaciones doctrinales cabe citar, CHEATHAM, E. E., "Problems and methods in Conflict of Laws", *RdC*, 1960-I, vol. 99, pp. 237 y ss; KEGEL, G., "The crisis of Conflict of Laws. General Course of Private international Law", *RdC*, 1964-II, vol. 112, pp. 91-268; BATIFFOL, H., "Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux", *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 199 y ss (específicamente sobre el “método del conflicto de leyes” o “método de atribución”); LALIVE, P., "Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)", *RdC*, 1977-II (vol. 155), pp. 5 y ss; AUDIT, B., "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)", *RdC*, 1989-III, vol. 186, pp. 229 y ss; PICONE, P., "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé (Cours général de droit international privé)", *RdC*, 1999 (vol. 276), pp. 13 y ss.

²² Para una explicación de los grandes cambios metodológicos que han tenido lugar durante la evolución histórica del DIPr véase, de forma sintética, AGUILAR NAVARRO, M., “Revisión metodológica...”, *loc. cit.*, pp. 455 y ss.

²³ Por “mudanza” nos referimos a la ubicación del DIPr en determinado momento histórico como parte del ordenamiento público interno. Como señala P. Lalive, la concepción positivista imperante en el s. XIX, en el que se realizaron las grandes codificaciones hizo que el DIPr. se considerase una rama del Derecho público interno, en la que puede encontrarse la idea de que el Estado es la fuente de todo Derecho (véase, "Tendances...", *loc. cit.*, p. 37). Para las concepciones publicistas del DIPr véase, en particular, MAYER, P., “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en Droit international privé. Cours général de Droit international privé (2003)”, *RdC*, 2007, vol. 327, pp. 95 y ss.

2. Carácter anfíbio del método

Una característica de la conformación histórica y configuración metodológica del DIPr es la doble influencia que ha tenido para su formación²⁴. En este sentido, no debe perderse de vista la relación que ha mantenido la conformación de la ciencia del DIPr con la construcción del método del Derecho internacional²⁵. La construcción del DIPr, no sólo ha participado de las consideraciones realizadas durante la evolución histórica (y metodológica) de las disciplinas internas, sino también de las reflexiones realizadas en el ámbito de las “relaciones internacionales”, que comenzó a construirse a partir de las ideas de la *comity*, siendo J. Story uno de sus principales valedores, a pesar de que ya se empleaba con anterioridad (s. XVII)²⁶. Y, por tanto, cabe hablar de una doble influencia en el método del DIPr²⁷.

Quizás, por ello, uno de los aspectos que singulariza de forma más clara la construcción científica del DIPr ha sido su falta de autonomía con respecto al Derecho internacional hasta época relativamente reciente²⁸. Como ha señalado la doctrina (entre otros autores, F. Rigaux), hasta el final del s. XIX no se realiza una separación rigurosa entre el DIP y el DIPr, sino que el segundo es parte del primero²⁹. Y en este momento comienza la dialéctica entre universalismo y particularismo, que ha caracterizado la concepción doctrinal del conflicto de leyes durante un largo período histórico (e incluso, hasta la actualidad)³⁰.

²⁴ Véase, AGUILAR NAVARRO, M., “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, p. 415.

²⁵ La evolución de ambos campos científico ha transcurrido de forma paralela desde la Edad Media hasta la actualidad (segunda mitad del s. XX), como indicó M. Aguilar Navarro (véase, *Derecho internacional privado. Vol. I, Tomo I. Introducción y Fuentes*, 4ª ed., 2ª reimpresión, Serv. Pub. Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1982, p. 179). También puede verse esta misma comprensión en, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Prólogo” de, F.J. Zamora Cabot, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho antitrust de los Estados Unidos*, EUROLEX, Madrid, 2001, pp. 15 y ss. Por ello, se han realizado aportaciones que explican la construcción del DIPr mediante planteamientos metodológicos del campo del Derecho internacional. Véase, entre otras, MIAJA DE LA MUELA, A., “La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado”, *REDI*, 1953, pp. 127-171.

²⁶ Esta teoría, que consiste en permitir la toma en consideración del Derecho extranjero por las autoridades del foro por cortesía (*ex comitate*) procede de la escuela holandesa del s. XVII (véase, MAYER, P., “Le phénomène de la coordination...”, *loc. cit.*, p. 100).

²⁷ O, dicho de otro modo, como señalara M. Aguilar Navarro, el DIPr está movido dualmente por impulsos internacionales y privados (véase, “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, p. 418).

²⁸ Para el método en el Derecho internacional véase, entre otras aportaciones, CASANOVAS Y LA ROSA, O., “La vuelta a la teoría”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 179 y ss.

²⁹ Véase, “Le pluralisme en droit international privé”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco)*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 1423.

³⁰ Tratándose de ámbitos que tienen en común –como señalara H. Batiffol– que parten del presupuesto de la existencia de una pluralidad de Estados [véase, “Points de contact entre le Droit international public et le Droit international privé”, *Choix d’articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, p. 39), se han aplicado al DIPr concepciones desarrolladas para racionalizar el Derecho internacional y, en particular, la construcción scelliana (G. Scelle) del desdoblamiento funcional, inserta en la conocida dicotomía doctrinal monismo *versus* dualismo, que explica las relaciones entre orden jurídico interno e internacional. Así, en una época determinada se realizan aportaciones (L. Kopelmanas y H. Wiebringhaus) que tratan de aplicar al DIPr planteamientos propios del Derecho internacional. Así, el DIPr se caracteriza formalmente

Corrientes universalistas y privatistas han mantenido una constante tensión, que ha determinado un importante vaivén en la concepción del DIPr, como parte del Derecho internacional, del Derecho público interno y ubicado en el ámbito del Derecho privado, en particular, por el tratamiento del “conflicto de leyes” en el tomo VIII del *System des heutigen Römischen Rechts* de F.K. von Savigny (1849)³¹. Si bien la citada dialéctica no estuvo presente en la obra de Savigny³², una de las principales aportaciones del positivismo a la conformación del DIPr –de profundo calado en su concepción actual– es haber ubicado al conflicto de leyes como parte del ordenamiento interno (pluralismo estatal) y, a partir de ahí, haber aceptado la existencia de divergencias entre las normas de conflicto de cada ordenamiento nacional³³.

En esta época, entre otros, F. Kahn ya señalaba que el DIPr es Derecho nacional³⁴. Como señala F. Rigaux, más que de un giro copernicano, en dicho momento se cortó el cordón umbilical que unía al DIPr a una matriz internacional³⁵. Ahora bien, no puede decirse que la concepción universalista del DIPr haya desaparecido, pues no puede ignorarse el hecho de que la “coordinación de sistemas” como función (y método, a juicio de H. Batiffol)³⁶ del DIPr es manifestación de una comprensión determinada del Derecho internacional, ajena al pensamiento de Savigny (armonía internacional de soluciones)³⁷. Dicha idea de coordinación de sistemas, propia de la ciencia del Derecho

por estar conformado por normas aprobadas por cada legislador nacional (internas), pero, materialmente, en su fundamento y finalidad, poseen un carácter internacional (véase, MIAJA DE LA MUELA, A., “La teoría...”, *loc. cit.*, p. 153).

³¹ Véase, VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, Veit und Comp., Berlin, 1849. El vol. 8 se divide en dos partes, que tienen por objeto los conflictos de leyes en el espacio y los conflictos de leyes en el tiempo. Traducido al francés por Ch. Guenoux, t. 8, Paris, 1851 y, de ésta, al castellano en la obra *Sistema de Derecho romano actual*, por J. Messía y M. Poley, Madrid, 1875. El Libro III, tomo 6 se dedica al “Imperio de las reglas del Derecho sobre las relaciones jurídicas” (pp. 123 y ss).

³² Como se ha señalado, la escasez de normas de DIPr en la época de Savigny no enfrentaba aún las posiciones del universalismo con las del particularismo (véase, ESPINAR VICENTE, J. M^a, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 51), que aparece más tarde (en las obras de F. Kahn y E. Bartin) y que sitúa al DIPr en el ámbito del Derecho interno (véase, RIGAUX, F., “Le pluralisme...”, *loc. cit.*, p. 1425).

³³ Véase, RIGAUX, F., “Le pluralisme...”, *loc. cit.*, p. 1424.

³⁴ Véase, “Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts”, *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1898, n° 40, pp. 1-69.

³⁵ Véase, RIGAUX, F., “Le pluralisme...”, *loc. cit.*, p. 1424.

³⁶ Para la concepción de la función del DIPr como la coordinación de sistemas véase, en particular, la obra de H. BATIFFOL seguida por sus discípulos. Y, entre sus aportaciones, en particular, “Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux”, *RdC*, 1967-II (vol. 120), pp. 169 y ss.

³⁷ En un sentido clásico, la armonía internacional de decisiones ha significado que una situación privada internacional pueda ser enjuiciada de la misma manera por autoridades de distintos sistemas jurídicos (véase, AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho internacional privado. Vol. I, Tomo I. Introducción y Fuentes*, 4ª ed., 2ª reimpresión, Serv. Pub. Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1982, p. 277). De otro lado, otro presupuesto de la citada armonía es la existencia de una comunidad jurídica entre todos los pueblos de la tierra (*volkerrechtliche Gemeinschaft*) y, de ahí, que se tratase de una solución universal, que no considera la posibilidad de que cada Estado (y legislador) cuente con sus propias normas de conflicto en su legislación interna (véase, RIGAUX, F., “Le pluralisme...”, *loc. cit.*, p. 1425).

internacional³⁸, ha determinado una concreta concepción del DIPr, que ha marcado –de forma importante- su construcción doctrinal hasta la actualidad.

Por ello, cuando se trata de explicar el método de racionalización del DIPr no ha de perderse de vista la relación que ha mantenido la conformación de la ciencia del DIPr con la construcción científica del Derecho internacional³⁹, que ha condicionado un concreto posicionamiento sobre la función del segundo, que ya no se justifica. Por otra parte, la construcción del DIPr no sólo ha participado de las reflexiones realizadas en el ámbito de las “relaciones internacionales”, sino también de las consideraciones hechas durante la evolución histórica (y metodológica) del Derecho privado⁴⁰.

Así, cabe hablar de una doble influencia en la construcción metodológica del DIPr (carácter anfíbio), en especial, dada su “pigmentación internacionalista” a la que hizo referencia M. Aguilar Navarro⁴¹, que dota a esta disciplina de una clara singularidad⁴². Por tanto, una característica de la conformación histórica y configuración metodológica del DIPr es dicha doble influencia expresada, entre otras manifestaciones, en la dialéctica internacionalismo *versus* particularismo, en particular, para identificar la posición del “conflicto de leyes” en el ordenamiento (fuentes), aunque no sólo⁴³.

En todo caso, existe consenso doctrinal al indicar que la reflexión metodológica no alcanzó –de forma plena- al DIPr hasta finales del s. XIX, momento en el que las aportaciones de F.K. von Savigny (1849) y el proceso de codificación de la época condujeron a la necesidad de realizar una reflexión sobre el método, el objeto y la función⁴⁴. De otro lado, la concepción del método del DIPr ha ido cambiando con el

³⁸ Véase, CARRILLO SALCEDO, J. A., “La influencia de la noción de comunidad internacional en la naturaleza del Derecho internacional público”, AAVV, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J.D. González Campos*, Tomo I, EUROLEX, Madrid, 2005, p. 176.

³⁹ Como señala, M. Aguilar Navarro, la evolución de ambos campos científicos ha transcurrido de forma paralela desde la Edad Media hasta la actualidad (segunda mitad del s. XX) (véase, *Derecho internacional privado. Vol. I, Tomo I. Introducción y Fuentes*, 4ª ed., 2ª reimpresión, Serv. Pub. Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1982, p. 179). Véase también GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Prólogo”, *loc. cit.*, pp. 15 y ss.

⁴⁰ Esto es, la formación del DIPr (no sólo del sistema, sino también del método) ha participado de los avatares propios de las relaciones internacionales, caracterizadas por ser poco vertebradas y en las que lo cambiante es la nota predominante (épocas de tensión, períodos belicosos, etc). Y, al mismo tiempo, le han afectado también las mudanzas en el Derecho privado, que son reales, efectivas y perdurables (véase, AGUILAR NAVARRO, M., “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, pp. 415-417). Para la construcción científica del ámbito de las relaciones internacionales véase en particular, DEL ARENAL, C., *Introducción a las relaciones internacionales*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

⁴¹ Véase, “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, p. 415.

⁴² O, dicho de otro modo, como señaló M. Aguilar Navarro, el DIPr está movido dualmente por impulsos internacionales y privados (véase, “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, p. 418).

⁴³ Como señalara A. F. Schnitzer, “*nicht das Recht, sondern das Tatbestandt ist international*” (véase, *Handbook des internationalen Privatrecht*, 2ª ed., Basilea, 1944, p. 23, *cit.* por MIAJA DE LA MUELA, A., “La teoría...”, *loc. cit.*, p. 132, nota 2). De otro lado, en determinado momento histórico (finales del s. XIX-principios del s. XX), una vez superada una concepción universalista, el DIPr se ubicó como parte del Derecho público interno (véase, LALIVE, P., “Tendences...”, *loc. cit.*, p. 37).

⁴⁴ En este sentido, AGUILAR NAVARRO, M., “Revisión metodológica...”, *loc. cit.*, pp. 456-457; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “El paradigma...”, *loc. cit.*, pp. 5241-5242.

transcurso de cada etapa histórica y, en especial, ante la necesidad de construir el Estado nacional moderno tras la caída del antiguo régimen. En este sentido, han penetrado también en el campo del naciente DIPr las ideas de la filosofía y teoría política, que sentaron las bases de la concepción del citado Estado nacional moderno, durante su primera etapa histórica (liberalismo e incipiente capitalismo)⁴⁵.

Por citar tan sólo algunos ejemplos, forma parte del acervo (ideológico) del DIPr la noción liberal de extranjero (por oposición a nacional)⁴⁶. Pertenecen también al citado acervo la idea de autonomía de la voluntad, construida conforme a la tesis económica del fisiocratismo (gobierno de la naturaleza) elaborada en el s. XVIII; y la noción de cortesía internacional (*comitas gestium* o *comity of nations*) de J. Story (*Commentaries on the Conflict of Laws*, 1834), nacida en una época de apogeo de la política colonial y de progresión del capitalismo, que se manifiesta en el ámbito jurídico en el renacimiento del territorialismo, las fórmulas positivistas y la persistente concepción formalista del DIPr⁴⁷.

También (aunque no puede considerarse histórico el citado acervo), el reconocimiento (promoción y/o garantía) de los derechos humanos. Así, en la actualidad, el constitucionalismo moderno impacta en el método del DIPr y, en particular, el reconocimiento (y garantía) de los derechos fundamentales⁴⁸. Por último, la proclamación de la universalidad de los derechos humanos por los textos

⁴⁵ Véase, en particular, AGUILAR NAVARRO, M., “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, pp. 418 y ss.

⁴⁶ El nacimiento del concepto de nacionalidad se debe al movimiento nacionalista (y no a la inversa). La aparición de los primeros Estados modernos, tal y como se conocen en la actualidad, tuvo lugar tras la revolución francesa (1789), que supuso la caída definitiva del antiguo régimen y la generalización del Estado nacional francés, convertido en modelo para la práctica totalidad de los países. No obstante, se ha señalado que el primer Estado nacional histórico lo constituye Inglaterra desde 1689 (véase, JÁUREGUI, G., *La nación y el Estado nacional en el nuevo siglo*. Cuadernos y Debates, nº 24, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 28-29). Ahora bien, la inicial configuración normativa de la nacionalidad no era excluyente de las personas residentes en un concreto territorio, como demuestran las Constituciones francesas de 1791 y 1793. Sin embargo, esta concepción cambió pronto a favor de la identificación del sujeto con una concreta comunidad humana, a la que se siente vinculado por signos comunes de identidad étnica y cultural. Véase, ALÁEZ CORRAL, B., “Nacionalidad y soberanía desde la perspectiva de la soberanía democrática”, PRESNO LINERA, M.A. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socio-económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 48-49.

⁴⁷ Véase, AGUILAR NAVARRO, M., “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, pp. 421-422. Cabe señalar la escasa influencia que ha tenido la construcción de J. Story (coetáneo de F.K. de Savigny) en el continente europeo y la importante acogida que tuvo, sin embargo, en el americano, con las consecuencias que ello ha conllevado en la construcción del método del DIPr en ambos continentes. Véase, KUHN, A. K., “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique aux Etats-Unis”, *RdC*, 1928-I, vol. 21, pp. 201 y ss.

⁴⁸ Se sigue la construcción del garantismo de L. Ferrajoli, como base de una teoría del Derecho y metodología jurídica (véase, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, con prólogo de N. Bobbio). Para una reflexión y comentario de las principales aportaciones de esta teoría jurídica, así como de las posiciones críticas véase, GASCÓN ABELLÁN, M., “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, CARBONELL, M./SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 26 y ss.

internacionales, en especial los elaborados tras la SGM, también es de enorme calado para la construcción del DIPr en la actualidad⁴⁹.

III. CORRIENTES METODOLÓGICAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Jurisprudencia de conceptos

Se realiza a continuación una presentación de las principales corrientes filosófico-políticas y jurídicas que han tenido impacto en la conformación y actual comprensión del DIPr. Si bien dicha incidencia se ha manifestado quizás de forma más nítida en el sector del Derecho aplicable, no por ello dejan de citarse y exponerse las consideraciones que proceden relativas a otros sectores del contenido del DIPr. Y, de forma particular, las relacionadas con el ámbito del reconocimiento, pues, como se sabe, para ciertas posiciones doctrinales y en cierto momento histórico, las reflexiones se centraron principalmente en este tipo de cuestiones.

Para comenzar, cabe señalar que en el ámbito jurídico, la época histórica correspondiente al positivismo contribuyó a la formación científica del DIPr, esto es, a su consideración como Ciencia jurídica y a su sistematización⁵⁰. Esta metodología jurídica (jurisprudencia de conceptos o de construcción) contribuyó a superar el casuismo vigente en la época histórica anterior (*mos italicus*), contribuyendo a que se incluyeran por primera vez las normas de conflicto en las grandes codificaciones del principios del s. XIX y, a partir de ahí, a la reflexión sobre el objeto y la función del DIPr⁵¹.

⁴⁹ Partiendo del cuestionado carácter universal de los derechos humanos, “*como enésima manifestación del imperialismo de Occidente*” (en expresión ferrajoliana), los derechos del hombre han de ser considerados como los derechos del más débil. No se trata de derechos naturales o que tengan un contenido ontológico y, por ello, único, pero sí son derechos que corresponden a todas las personas y que, sin ellos, no existirían como tales (de ahí su carácter universal). Esto es, la noción de derechos universales significa que se atribuyen a todos. El término universal ha de ser entendido de este modo (general) y no como si se tratase de valores o derechos que tienen un contenido natural y ontológico (válido cualquiera que sea la persona y el lugar en el que se encuentre o el territorio en el que haya sido socializada) (véase, FERRAJOLI, L., “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, año XLI, n° 122, mayo-agosto de 2008, pp. 1135-1145). Y ello sin perjuicio de la justificada crítica sobre su carácter etnocéntrico (J. de Lucas Martín).

⁵⁰ Como señaló J. D. González Campos, uno de los mayores méritos de F. C. de Savigny fue haber situado al DIPr en el proceso de formalización y racionalización que había iniciado en Europa el Derecho natural racionalista (véase, “El paradigma...”, *loc. cit.*, p. 5250). En este mismo sentido, se ha señalado que se debe al pensamiento de Savigny y a su tratamiento posterior la construcción de la Ciencia del DIPr. que conocemos en la actualidad (mitad del s. XIX-mitad del s. XX) [véase, AUDIT, B., “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)”, *RdC*, 1989-III, vol. 186, p. 233].

⁵¹ En este sentido, AGUILAR NAVARRO, M., “Revisión metodológica...”, *loc. cit.*, p. 457. Como señaló J.D. González Campos, el método estatutario de interpretación no se correspondía ya bien con las necesidades de racionalización que exigía la ciencia del Derecho y, sobre todo, de seguridad jurídica. Esta tendencia se encuentra presente en Europa desde el s. XVII y se pone de relieve de forma cada vez más clara a finales del s. XVIII, a través de las obras de E. Kant, J.-J. Rousseau, entre otros (véase,

Sin embargo, al mismo tiempo, ha determinado un alto grado de abstracción y generalidad, propia del positivismo normativista y de la jurisprudencia de conceptos (Ch. Wolff)⁵². La expresión más clara de dicha jurisprudencia de conceptos en DIPr tiene lugar por los autores que asumen un planteamiento formalista, de forma que las afirmaciones jurídicas están tan divorciadas de la realidad, que necesitan excepciones, reservas, correctivos (orden público, reenvío, etc)⁵³. En dicho momento, el DIPr está aquejado por una evidente “angostura problemática” por la simplificación de las cuestiones y empleo de fórmulas generales que tratan de abarcar todas las cuestiones⁵⁴.

Una manifestación de esta concepción formalista del Derecho en el ámbito del DIPr es – de forma clara- el expediente savigniano de la norma de remisión⁵⁵. La construcción de F. K. de Savigny, puesta de relieve en el tomo VIII de su obra “*System des heutigen Römischen Rechts*” (1849) se incardina en esta corriente, a pesar de ser uno de los más eminentes representantes de la Escuela histórica⁵⁶. La citada construcción es “hija de su

“Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général”, *RdC*, 2000, vol. 287, p. 38).

⁵² Se considera que la primera manifestación de la jurisprudencia de conceptos en DIPr se encuentra en los sucesores del glosador Aldricus, quienes, a diferencia del método propuesto por este autor -que consistía en la búsqueda de respuesta materiales justas, siguiendo una forma de razonamiento muy parecida a la utilizada por el *ius gentium*-, teorizaron sobre el alcance espacial de la ley local (véase, JUENGER, F. K., “General Course on Private International Law (1983)”, *RdC*, 1985-IV, vol. 193, p. 141).

⁵³ Como señaló M. Aguilar Navarro, en la última década del s. XIX tiene lugar un cambio radical en la perspectiva del DIPr, que se aprecia en los trabajos de K. Neumeyer, F. Kahn y E. Bartin, que permiten la entrada del positivismo en el DIPr y el abandono de las ideas universalistas o internacionalistas. Ahora bien, estos tres autores no son los exponentes del positivismo formalista, sino que mantienen aún una concepción sustancial y social del DIPr (véase, “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, pp. 424 y 428). De otro lado, este planteamiento formalista al que condujo la última etapa del positivismo jurídico no sólo tuvo lugar en Europa, sino que también tuvo difusión en el continente americano, debiendo destacarse en este sentido las aportaciones realizadas en el *First Restatement* (1934), cuyo relator fue J. Beale *ibid.*, p. 430).

⁵⁴ Véase, AGUILAR NAVARRO, M., “El Derecho internacional privado y su amplitud problemática”, *REDI*, 1948, p. 112. Ahora bien, como indica J.D. González Campos, siguiendo a N. Sandmann y a K.H. Nadelmann, el positivismo y el particularismo pudieron ofrecer una construcción sistemática y coherente del DIPr al servicio de la seguridad jurídica (véase, “Diversification...”, *loc. cit.*, p. 40).

⁵⁵ En el continente americano también cabe hablar de esta perspectiva positivista formalista (jurisprudencia de conceptos) en el ámbito del DIPr y, en concreto, se considera el *First Restatement* (1934) expresión de dicha concepción, por su excesiva confianza en la territorialidad de la ley y de los derechos adquiridos como principios-guía para resolver los conflictos de leyes (véase, SYMEONIDES, S. C., “The American Choice-of-Law Revolution: Today and Tomorrow”, *RdC*, 2002, vol. 298, p. 35).

⁵⁶ Como señala H. Gaudemet-Tallon, no se explica que Savigny, siendo representante de la citada Escuela histórica, que postula una concepción del Derecho conforme a la cual éste traduce la realidad de la sociedad de la que emana, haya defendido la idea de una norma de conflicto alejada de la realidad [véase, “Le pluralisme en Droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc en ciel)”, *RdC*, 2312, p. 192]. Sin embargo, no hay que perder de vista que Savigny no se apartó nunca de la jurisprudencia de conceptos, porque la Escuela histórica tuvo un importante influjo del iusnaturalismo racionalista, en especial, en la formación de los conceptos (ciencia pandectística) (véase, WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la Edad moderna*, F. Fernández Jardón (trad.), Madrid, 1957, edición a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000, pp. 352 y ss.). De otro lado, el concepto de pueblo para Savigny no es la realidad política y sociológica de la nación histórica, sino una individualidad ideal, esto es, la comunidad espiritual y cultural que se constituye mediante inconscientes prácticas creadoras (*ibid.*, p. 362).

tiempo” y, por ello, ha merecido las críticas de la doctrina desde principios del s. XX hasta la actualidad⁵⁷.

Sin embargo, algunas de estas críticas son injustificadas, pues -como se ha señalado- no puede hacerse una caricatura de la norma de conflicto “neutra”, porque su funcionamiento adecuado (que atienda a los intereses en presencia) puede llevarse a cabo a través de la correcta selección del criterio de conexión⁵⁸. Ahora bien, en todo caso, un razonamiento estrictamente deductivo, que parte de los conceptos y que sólo va deduciendo otros conceptos nuevos a partir de los axiomas o presupuestos ya dados, no es conveniente al DIPr, dado que separa las respuestas jurídicas de la realidad del caso y de las circunstancias que presiden las situaciones privadas internacionales⁵⁹. Y, de otro lado, la búsqueda de una solución universal que parte de la “relación de derecho” (entendida como una categoría ideal), propia del planteamiento de Savigny es utópica⁶⁰.

Una clara expresión del alejamiento que el DIPr estrictamente localizador estaba realizando de los intereses en presencia y con respecto a las situaciones a las que pretendía dar respuesta fue la crítica que realizó K. Zweigert en los años 1970, momento en el que la doctrina, tanto del continente americano como, después, del europeo empezó a tomar consciencia de este proceso de reducción del DIPr a una mera ciencia de localización (o de señales)⁶¹. La justicia propia del DIPr no existe, dado que ha de buscarse a través de la interpretación de las normas del DIPr en atención a las realidades que ha de resolver⁶². Por último, el empleo del método comparado es otra manifestación de la crítica a la jurisprudencia de conceptos, como indica H. Batiffol, al señalar que: “*el Derecho no se construye por una serie de razonamientos jurídicos*”⁶³.

⁵⁷ La doctrina hace una aproximación a las características de la originaria norma de conflicto savigniana, diferenciando entre los rasgos del citado expediente achacables directamente a su autor (excesiva generalidad de las categorías) y los que son propios del pensamiento de la época (en particular, conceptualismo y abstracción) (véase, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “El paradigma...”, *loc. cit.*, pp. 5251 y ss). Para una presentación general de las citadas reflexiones críticas véase, en particular, AUDIT, B., “Le caractère fonctionnel...”, *loc. cit.*, p. 229 y ss; SYMEONIDES, S. S., “The American Choice-of-Law Revolution: Today and Tomorrow”, *RdC*, 2002, vol. 298, pp. 9 y ss.

⁵⁸ Véase, GAUDEMET-TALLON, H., “Le pluralisme...”, *loc. cit.*, pp. 193 y ss.

⁵⁹ Véase en este sentido crítico con respecto a la metodología de la jurisprudencia de conceptos al DIPr en la doctrina española, MIAJA DE LA MUELA, A., “La teoría del desdoblamiento...”, *loc. cit.*, pp. 145-146. De acuerdo con esta construcción, todo principio singular está derivado en un avance estrictamente lógico de los últimos principios superiores y con ello se corresponde con la exactitud geométrica (véase, WIEACKER, F., *Historia...*, *op. cit.*, p. 296).

⁶⁰ Véase, GAUDEMET-TALLON, H., “Le pluralisme...”, *loc. cit.*, p. 193.

⁶¹ Véase, ZWIEGERT, K., “Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten”, *RabelsZ*, 1973, pp. 435-452.

⁶² Véase, KNOEPFLER, F., “Le droit international privé : froideur mécanique et justice casuistique”, *Conférences universitaires*, Neuchâtel, Université de Neuchâtel, 1976, pp. 35-52. Señala la doctrina que si bien Savigny reconoció la supremacía de los intereses de los particulares y que la finalidad de las normas es servirlos, no comprendió que la consecución de la uniformidad, que está tras su dogma de la sede y la búsqueda de la justicia conflictual, exige un precio que tiene que ser pagado por el género humano [véase, JUENGER, F. K., “General Course...”, *loc. cit.*, p. 190].

⁶³ Véase, “Principes de Droit international privé”, *RdC*, 1959-II (vol. 97), p. 442.

2. Jurisprudencia de intereses

En el mismo momento en que en la Ciencia del Derecho se produjo un cambio desde la dogmática jurídica a la jurisprudencia de intereses (Ph. Heck), tuvo lugar en el DIPr esta transición de forma más lenta, a través del reconocimiento de la necesidad de superar un método de localización formalista (meramente geográfico) para realizar una aproximación a los objetivos del Derecho material, a través de la especialización de la norma de conflicto, las conexiones funcionales y el recurso a la autonomía de la voluntad, entre otros mecanismos⁶⁴.

Frente a la jurisprudencia de conceptos, en la que predomina la idea de sistema con pretensiones de completitud y de normas generales en las que han de subsumirse las circunstancias de la realidad, el DIPr ha de orientarse a través de una jurisprudencia de intereses, en la que las normas jurídicas también puedan ser interpretadas en función de las motivaciones, intenciones y finalidad a la que están orientadas, que han de presidir la labor de aplicación del Derecho⁶⁵.

Según esta metodología jurídica, que, en contra del positivismo más estricto (en el que se utiliza el "método de la inversión"), defiende la interpretación de los conceptos de conformidad con la finalidad de la norma, no cabe hablar de un sistema de normas completo, sino que las lagunas han de cubrirse a través de la analogía cuando exista identidad de fines⁶⁶. La complementación de las lagunas mediante la estimación de intereses se realiza con la garantía lógica de un razonamiento de subsunción.

Si bien la penetración de este método en el DIPr ha sido tardía, ha dado frutos, pues ha significado una preocupación por la adaptación a los intereses en presencia, a través de la subsunción de los hechos en las normas jurídicas⁶⁷. Puede decirse que se coincide en

⁶⁴ Ya en los años previos a la SGM los esfuerzos doctrinales en el campo del DIPr se orientan hacia una mayor toma de contacto con la realidad (véase, AGUILAR NAVARRO, M., "Revisión metodológica...", *loc. cit.*, p. 457). Para dicha transición y la diversa forma en que se produjo en los dos lados del Atlántico véase, DE BOER, T. M., "The Evolution of Postwar Private international Law in Europe", *Forty Years on: The Evolution of Postwar Private international Law in Europe*, Kluwer, Deventer, 1990, pp. 1 y ss. (esp. p. 13).

⁶⁵ Véase, GONZÁLEZ, J., "Jurisprudencia de intereses", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, junio de 1935, pp. 408 y ss. Esta visión metodológica procede de la crítica al principio de la carencia de lagunas en el ordenamiento (véase, HECK, PH., *Das Problem der Rechtsgewinnung*, J.C.B. Mohr, Tubinga, versión castellana de ENTENZA, M., *El problema de la creación del Derecho*, reeditada por Comares, Granada, 1999).

⁶⁶ Como señaló Ph. Heck, padre de la jurisprudencia de intereses: "la objetiva especificad de la jurisprudencia de intereses consiste en el esfuerzo de principio por reducir las nociones normativas que constituyen el Derecho a la imbricación de esas disposiciones reivindicativas y por colmar las lagunas de la ley teniendo en consideración todas las disposiciones reivindicativas afectadas en cada caso" [véase, *El problema de la creación del Derecho*, Comares, Granada, 1999, pp. 23).

⁶⁷ Véase, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., "El paradigma...", *loc. cit.*, p. 5254, nota 51. Para una exposición del tránsito tardío en la Ciencia del DIPr de la "justicia conflictual" al método de los intereses véase DE BOER, T. M., "The Evolution...", *loc. cit.*, pp. 1 y ss; KEGEL, G., "Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht", *Festschrift Hans Lewald*, Basilea, 1953, pp. 259-188; FLESSNER, A., *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1990.

el tiempo con la conocida “crisis del paradigma localizador” -expuesta por los autores, tanto del continente americano como europeo-, que tuvo lugar a partir de 1960 aproximadamente⁶⁸. O, dicho de otro modo, se pone de relieve en este momento el pluralismo de los fundamentos del DIPr⁶⁹, al mismo tiempo que tiene lugar su politización (mitad del s. XX)⁷⁰.

Como señaló J. D. González Campos, cuando la localización estrictamente formalista de la relación no da lugar a un resultado justo, desde la metodología de los intereses, podría exceptuarse la aplicación del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto, si del conjunto de las circunstancias del caso puede ponerse de manifiesto que existe una vinculación más estrecha con otro ordenamiento⁷¹. Esto es, se propone la adecuación de un determinado punto de conexión a los valores u objetivos del Derecho material y, consiguientemente, si el Derecho designado mediante esa conexión es susceptible de satisfacer esos objetivos o valores materiales⁷².

Véase cómo este método científico combina las dos orientaciones de la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia orientada a valores, que no siempre son indisociables⁷³. Sin embargo, la utilización de un método de interpretación teleológico (jurisprudencia finalista) no coincide –radicalmente- con la conocida “jurisprudencia de intereses”, que es anterior, ni tampoco debe confundirse con el planteamiento del Derecho libre o creación libre del Derecho, incompatible con un ordenamiento sometido al imperio de la Ley -si bien entendida cada vez más en sentido material o sustancial y no puramente formal, según la concepción kelseniana de validez (formal)-.

Si la norma de conflicto está orientada hacia la consecución de una finalidad de carácter material, el aplicador del Derecho deberá contrastar los resultados materiales de los posibles ordenamientos aplicables, con la finalidad de aplicar aquél a través del cual se obtenga la mejor satisfacción del interés buscado. Se trata de las normas de conflicto

⁶⁸ Como se sabe, dicha crisis se refirió, en particular, a si la norma de conflicto constituía el expediente que, por antonomasia, se ocupa de regular las situaciones privadas internacionales, o si, por el contrario, existen otros expedientes (véase, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Diversification...”, *loc. cit.*, pp. 30 y ss).

⁶⁹ De este modo, como señala P. Lagarde, conviven, junto al de proximidad, el principio de soberanía, el de la finalidad material y el de la autonomía de la voluntad (véase, “Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain”, *RdC*, 1986-I, vol. 196, pp. 24, 28 y 194).

⁷⁰ Véase, REHBINDER, E., “Zur Politisierung des internationalen Privatrecht”, *Juristische Zeitung*, 1993, pp. 151 y ss.

⁷¹ Véase, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “El paradigma...”, *loc. cit.*, p. 5263.

⁷² Por ejemplo, en el ámbito de las obligaciones cambiarias habrá que valorar si la exigencia de rigor formal como garantía del acreedor ha de conducir a una ley única, de fácil determinación e imperativamente aplicable en materia de forma de las declaraciones y si dicho ordenamiento satisface el valor de la seguridad del tráfico (*ibid.*, pp.5265-5266).

⁷³ Ahora bien, ambas tienen en común que forman parte de un proceso de socialización del Derecho, que tiene lugar desde principios del s. XX, como movimiento de reacción o rechazo al positivismo formalista, que se ha evadido ya por completo de la realidad y no es capaz de dar respuesta a las necesidades de las personas. Ejemplo de este proceso de socialización que penetra también en el DIPr es la adopción de una nueva concepción del orden público, que tiene la finalidad de realizar los valores sociales (compartidos por la comunidad) y, entre ellos, en particular, la protección de la parte débil (véase, AGUILAR NAVARRO, M., “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, p. 436).

materialmente orientadas⁷⁴. Una actitud también derivada de la metodología de los intereses es la representada en la doctrina americana por la búsqueda de los objetivos de las normas en el sistema de DIPr (*policies in the choice of law*).

Por este motivo, no puede decirse que el planteamiento de los autores que se enmarcan en el *Second Restatement of the American Law Institute* haya utilizado la misma concepción metodológica para la reconstrucción del DIPr⁷⁵. Si bien forman parte de un mismo grupo o corriente de pensamiento jurídico realista, caracterizado por criticar la abstracción de la norma de conflicto, cada uno de ellos orienta sus reflexiones en atención a parámetros distintos⁷⁶. Si bien todas ellas son opciones de materialización del DIPr, responden a distintos intereses y están presididas por objetivos diversos⁷⁷.

Puede decirse que la teoría de B. Currie, defensor del "*governmental interest analysis*", es expresión de la aplicación del método de la jurisprudencia de intereses, que toma en cuenta los objetivos de las normas, orientados por la idea de soberanía del Estado⁷⁸.

⁷⁴ Véase, PATOCCHI, P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, 1985.

⁷⁵ Véase, en particular, BRILMAYER, L., "The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules", *RdC*, 1995, vol. 252, pp. 9 y ss. Ahora bien, se señala que, partiendo de que el realismo es una corriente de pensamiento más amplia que penetró en el ámbito jurídico, cuenta con elementos comunes. Y, en particular, en primer lugar, por evitar realizar un razonamiento conceptual y, en su lugar, proponer una aproximación instrumental basada en el objetivo de política del Derecho que trata de conseguir el legislador (*policy*). Y una segunda característica de la escuela realista es su escepticismo acerca de la existencia de reglas (*ibid.*, pp. 32-33). En todo caso, el *Second Conflicts Restatement* (1971) adopta una aproximación flexible, que requiere la identificación de la vinculación más significativa (*most significant relationship*), que ha sido también criticada con posterioridad por la doctrina, habiendo llegado estas críticas a vincular a la doctrina en todas las partes del mundo (véase, KONO, T., *Efficiency in Private International Law*, Hague Academy of International Law, Ail-Pocket, 2014, pp. 61-62).

⁷⁶ Como se ha señalado, la revolución metodológica que tuvo lugar en EEUU es consecuencia de una manera propia de observar la Ciencia del DIPr. muy influenciada por la concepción territorialista mantenidas por J. Beale (*First Restatement*), que rechazó la noción de *comity* que empleó J. Story (1834) como contrapeso a su concepción territorialista y, siguiendo a A.V. Dicey (*A Digest of the law of England with reference to the Conflict of Laws*, Stevens, London, 1927) situó en su lugar la "teoría de los derechos adquiridos" (*vested rights*) (véase, JUENGER, F. K., "General Course...", *loc. cit.*, p.157). Conforme a esta doctrina, la finalidad del conflicto de leyes es promover el reconocimiento de los derechos que han sido adquiridos en determinados Estados. Esto es, simplificando un poco, la idea es que las partes adquirieron derechos reconocibles frente a otros en el momento temporal en el que se formó el contrato o se cometió el ilícito (p.ej.). Y, una vez que se ha creado el Derecho, los otros Estados están obligados a respetar tales derechos, asegurando su reconocimiento de acuerdo con la ley del Estado en el que se han adquirido (véase esta explicación en, BRILMAYER, L., "The role...", *loc. cit.*, pp. 46-47). Sobre esta doctrina véanse, entre otros, ARMINJON, P., "La notion des droits acquis en droit international privé", *RdC*, 1933-II, vol. 44, pp. 8 y ss; FERRER CORREIA, A., "La doctrine des droits acquis dans un système des règles de conflit bilatérales", *Estudios varios de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 103 y ss. Y, para la elaboración del *First Restatement* (como tarea atribuida al *American Law Institute* creado en 1923, véase, entre otros, KONO, T., *Efficiency...*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

⁷⁷ Para la orientación de la doctrina americana del *Second Restatement* véase, CHEATHAM, E.E., "Problems and methods...", *loc. cit.*, pp. 237 y ss.

⁷⁸ Véase, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, N.C, Duke U.P., 1963; *id.*, "Notes on methods and objectives in the conflict of laws", *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1970,

Ahora bien, la materialización expresiva de este planteamiento metodológico se apoya en otros presupuestos en la concepción de D. F. Cavers, en la que ocupan un papel principal los "Principios de preferencia"⁷⁹. Y, por ello, fue considerado el precursor de la escuela del Derecho libre en el DIPr⁸⁰ (véase *infra*).

Otras orientaciones pueden verse en el planteamiento de A. A. Eherenzweig, quien mantiene la teoría de la aplicación de la *lex fori*⁸¹ o de W. L. M. Reese, que ha dado lugar a la aproximación bilateral flexible, basada en principio sobre las "*open-ended rules*"⁸². También pueden encontrarse diferentes planteamientos metodológicos en los autores europeos, entre los que cabe citar a G. Kegel, a pesar de que no prescinde del análisis formal de la norma (jurisprudencia de conceptos)⁸³.

También en el continente europeo, P. Picone, con su "método de referencia al ordenamiento jurídico competente" utiliza la sistemática y la comprensión de la jurisprudencia finalista, pues orienta su pensamiento hacia la consecución de una finalidad del DIPr: la coordinación entre sistemas a través del reconocimiento de decisiones⁸⁴. Sin embargo, esta metodología no ha de tomar en cuenta, necesariamente, los intereses en presencia, dado que la finalidad debe presidir la orientación de la construcción del sistema.

Ahora bien, el formalismo característico del positivismo del último período se caracterizó de forma muy distinta en el continente europeo y en el americano y, por ello, las reflexiones realizadas en ambos continentes en orden a lograr la "justicia sustancial" en las situaciones privadas internacionales parten de presupuestos –radicalmente-distintos⁸⁵. En Europa, el formalismo había llegado a considerar una justicia específica del DIPr ("justicia conflictual" o puramente neutral a la consecución de objetivos materiales o de valor) a través del perfeccionamiento de la norma de conflicto. En el continente americano, por el contrario, la escuela realista y, con carácter general, los autores que proponen una revisión del planteamiento metodológico anterior, tratan de corregir los resultados alcanzados por un territorialismo a ultranza defendido por J.

pp. 170 y ss. Para una crítica de esta comprensión del DIPr., que conduce a un excesivo casuismo véase, KAY, P., "A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis", *RdC*, 1989, vol. 215, pp. 215 y ss.

⁷⁹ Véase, "A critique of the Choice-of-Law Problem", *Harv. L. Rev.*, 1933, vol. 47, p. 173; "Contemporary Conflicts Law in American Perspective", *RdC*, 1970-III, vol. 131, pp. 85 y ss.

⁸⁰ Véase, AGUILAR NAVARRO, M., "Revisión metodológica...", *loc. cit.*, p. 474.

⁸¹ Véase, "Specific Principles of Private Transnational Law", *RdC*, 1968, vol. 124, pp. 167 y ss.

⁸² Véase, "Discussion of Major Areas of Choice of Law", *RdC*, 1964, vol. 111, pp. 315 y ss; *id.*: "General Course on Private International Law", *RdC*, 1976-II, vol. 150, pp. 9 y ss.

⁸³ Véase, KEGEL, G., "The crisis of Conflict of Laws. General Course of Private international Law", *RdC*, 1964-II, vol. 112, pp. 91-268. Este autor se caracteriza, más bien, por mantener una postura mixta, en la que junto con la justicia material el DIPr también ha de realizar una justicia conflictual (véase, AGUILAR NAVARRO, M., "Revisión metodológica...", *loc. cit.*, p. 472).

⁸⁴ Véase, "La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en Droit international privé", *RdC*, 1986-II (vol. 197), pp. 233 y ss.

⁸⁵ Para uno y otro caso véase, entre otras aportaciones, VON MEHREN, A., "Choice of Law and the Problem of Justice", *Contemporary Perspectives in Conflicts of Laws. Essays in honour of D.F. Cavers*, 1977, pp. 27 y ss; LOUSSOUARN, Y., "La règle de conflit est-elle une règle neutre?", *TCFDIP*, 1980-1981, vol. 2, pp. 43 y ss.

Beale, ponente del *First Restatement* (1934), como puede verse en las críticas de D.F. Cavers⁸⁶.

En este sentido, se ha señalado que el principio del territorialismo experimenta una gran fortuna en el ámbito del *common law* a pesar de haber nacido en la Europa continental, por tratarse de un país de inmigración en donde no era posible aplicar la ley de origen de las personas que llegaban⁸⁷. De U. Huber (1635-1694) o de L. Boullenois (1680-1762) pasó a J. Story (1779-1845, *Commentaries on the Conflict of Law*, 4ª ed., 1852, 1934) y finalmente fue adoptado por J. Beale (*A Treatise on the Conflict of Laws*, 1934, 3 vols)⁸⁸. De ahí que las primeras críticas de la doctrina al *First Restatement* (W.W. Cook y D. Cavers) se orientaran hacia la sustitución de la teoría de los derechos adquiridos⁸⁹.

Por último, dentro de estas corrientes finalistas pueden enmarcarse las corrientes que indican que el sistema de DIPr ha de conseguir un resultado material⁹⁰. En atención a cuál sea la orientación de dicho resultado material podrá considerarse que la jurisprudencia es finalista o está orientada a valores. En este segundo supuesto, será

⁸⁶ Véase, AGUILAR NAVARRO, M., “Revisión metodológica...”, *loc. cit.*, p. 473; CAVERS, D.F., “A critique of the Choice-of-Law Problem”, *Harv. L. Rev.*, 1933, vol. 47, pp. 173 y ss. (esp. p. 175). Ha de tomarse en cuenta que J. Story (1834) y F.K. von Savigny (1849) son coetáneos, pero su comprensión del conflicto de leyes es muy distinta y fue acogida en diferentes partes del mundo. El planteamiento preferentemente territorialista (heredado de la escuela holandesa del s. XVII, con influencia posterior en Inglaterra), aunque matizado por la noción de *comity*, propia del primero, fue acogido por los autores americanos. En cambio, Savigny se mueve en un espacio cultural circunscrito a las naciones pertenecientes a la civilización cristiana (véase, RIGAUX, F., “Le pluralisme...”, *loc. cit.*, pp. 1422-1423). Ahora bien, las reglas que se recogen en el *First Restatement* derivan del método savigniano [véase, GAUDEMET-TALLON, H., “Cours général. Le pluralisme...”, *loc. cit.*, p. 229, nota 619]. En todo caso, ambos son planteamientos universales, que sitúan a una norma de conflicto que es común y compartida y, por tanto, no es propia de cada ordenamiento estatal interno (véase, RIGAUX, F., “Le pluralisme...”, *loc. cit.*, p. 1424). Por último, en el pensamiento de J. Story, la “*comity of nations*” (*comity*) se consideró “*to express the true foundation and extent of the obligation of the laws of one state within the territories of another*” (véase, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 4ª ed., 1852, páfs. 33-38, *cit* por KONO, T., *Efficiency...*, *op. cit.*, p. 18).

⁸⁷ Véase, AUDIT, B., “Le Droit international privé en quête d’universalité (cours général, 2001)”, *RdC*, 2003, vol. 305, p. 305.

⁸⁸ En este sentido, se señala que J. Story y J. Beale pusieron las primeras bases teóricas del tradicional sistema de DIPr americano (véase, SYMEONIDES, S. C., “The American Choice-of-Law Revolution: Today and Tomorrow”, *RdC*, 2002, vol. 298, p. 33).

⁸⁹ Tales aportaciones se recogieron con posterioridad, como es sabido, en el *Second Restatement of the American Law Institute* (1971), cuyo ponente fue W.L. Reese (véase, SYMEONIDES, S. C., “The American...”, *loc. cit.*, nota 72, pp. 9 y ss). Ahora bien, como se ha destacado, también son distintas las propuestas de reforma de la norma de conflicto tradicional para lograr superar una concepción meramente localizadora o distribuidora hacia la búsqueda del resultado concreto al que conduce la aplicación de una u otra ley. Mientras que en Europa se trata de formular reglas susceptibles de aplicarse a un número importante de casos, en el continente americano la principal preocupación es encontrar para cada hipótesis de hecho una respuesta adecuada (véase, GAUDEMET-TALLON, H., “Cours général...”, *loc. cit.*, p. 231).

⁹⁰ Una reedición de su obra *El Fin en el Derecho*, puede verse en la Colección Arte del Derecho. Comares, Granada, 2000. Para este autor, el desarrollo histórico del Derecho no es nunca el resultado de una evolución lineal y mecánica, sino que refleja la lucha contradictoria de las fuerzas en presencia.

necesario que las normas de DIPr busquen la consecución de un valor (superior) del ordenamiento⁹¹.

3. Jurisprudencia orientada a valores

La jurisprudencia de valores y de intereses expresa una concepción científica del Derecho presidida por la búsqueda de objetivos materiales concretos, ya sean principios, valores o intereses. Supone una superación de la jurisprudencia de conceptos, asentada en criterios gramaticales y sistemáticos de interpretación, sin atender a la finalidad (al fin) de la norma a aplicar⁹². La jurisprudencia de valoración así como la jurisprudencia principialista (que se orienta a la realización de principios informadores y conformadores de las reglas a determinar y a aplicar por el juez) expresa la emergencia del constitucionalismo social y del principio de legalidad material, esto es, la positivación en los ordenamientos occidentales de valores superiores.

Tanto la jurisprudencia de intereses como la de valores suponen una ruptura de la jurisprudencia de conceptos e implican una introducción de elementos sustanciales, de contenido, en el juicio del intérprete para identificar el sentido del enunciado normativo (identificación de la norma como cuestión previa a su aplicación), pero se diferencian en el criterio que les sirve de diferencia. La primera, la tutela de determinados intereses (económicos, sociales, políticos, personales); la segunda, la realización o actualización de grandes valores o ideales de una comunidad⁹³.

Una forma de interpretación del DIPr orientada a valores se encuentra en la denominada "teoría de los dos escalones" (*Zweistufige Theorie, Zweistufentheorie*) o "Derecho internacional privado a dos escalones", que no es lo mismo que la jurisprudencia de intereses, pues permite al aplicador de la norma de conflicto, considerando otras circunstancias presentes en el caso, pero excluidas en el proceso de selección de la conexión -p.ej., la ley personal de un sujeto de distinta cultura o religión- que operen ciertos valores (jurídicos) del foro susceptibles de adaptar o corregir la respuesta inicialmente alcanzada en el ordenamiento designado⁹⁴.

Cabe decir que esta teoría adopta la conocida diferencia entre *forum rules* y *moral data* del Derecho del foro y *foreign rules* y *local data* de A. A. Eherenzweig⁹⁵. Ahora bien,

⁹¹ Este cuestionamiento se plantea en DIPr en relación con el pretendido carácter neutro de la norma de conflicto, que se limita –en principio– a localizar el ordenamiento con el que la relación presenta la vinculación más estrecha, sin atender para ello a consideraciones de tipo material. Véase, en particular, LOUSSOUARN, Y., "La règle de conflit est-elle une règle neutre?", *TCFDIP*, 1980-1981, vol. 2, pp. 43 y ss.

⁹² La jurisprudencia de intereses en su acepción más tradicional es anterior en el tiempo a la jurisprudencia de valoración y supone una ruptura con la dogmática alemana del s. XIX.

⁹³ Véase, por todos, LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

⁹⁴ Véase, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., "El paradigma...", *loc. cit.*, p. 5263.

⁹⁵ Véase, "Dati di fatto e dati morali in diritto internazionale privato", *Diritto internazionale*, 1967, pp. 246 y ss. Para el parecido entre la construcción de esta teoría con la propuesta de A.A. Eherenzweig véase, HESSLER, H.J., "Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts", *Albert A.*

presenta también parecido con la idea de la adaptación⁹⁶, que, como es sabido, trata de lograr la coherencia entre el contenido de los ordenamientos que entran en juego para regular una situación privada internacional⁹⁷. De otro lado, como puede apreciarse en los casos en los que se ha puesto en práctica, como expresión de la jurisprudencia de valores en DIPr, pone de relieve la dificultad adicional a la que se enfrenta este sistema de reglas, consistente en tener que decidir si se trata de las pautas de valoración del foro o las del Derecho extranjero, de un lado⁹⁸. Y, de otro, orientar los valores tomando en cuenta la especialidad del elemento extranjero⁹⁹.

El llamado “método de coordinación de sistemas”, elaborado por P. Picone, se ubica en el marco de esta corriente metodológica más amplia orientada por la consecución de determinados valores materiales (a diferencia de la concepción más clásica formalista de las normas de conflicto)¹⁰⁰. De otro lado, la existencia de normas de conflicto orientadas a valores (materialmente orientadas) hace que deban utilizarse criterios de interpretación del sistema distintos de los que se emplean para interpretar las tradicionales normas de conflicto, como señala el propio autor en el caso del reenvío, de la cuestión previa o de la pluralidad de elementos de conexión (p.ej., pluralidad de nacionalidades).

Dicha interpretación ha de estar presidida por la consecución del resultado material que reclama la norma de conflicto materialmente orientada¹⁰¹. Del mismo modo, de conformidad con este método, el sistema no busca la armonía internacional de soluciones, ni tampoco el reparto u organización de la competencia entre los distintos sistemas jurídicos que entran en juego, sino que la aplicación de la ley se realiza en atención a su contenido material¹⁰². También forma parte de esta tendencia a la materialización al empleo de conexiones que puedan ser concretadas en cada caso, como sucede con el “criterio de los efectos” o de conexión con el mercado

Eherenzweig und das internationale Privatrecht, Kollisionsrechtliche Lehren, Heidelberg, Winter Verlag, 1986, pp. 137-141.

⁹⁶ Véase, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Diversification...”, *loc. cit.*, p. 330.

⁹⁷ Véase, por todos, BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregional*, Tecnos, Madrid, 1977.

⁹⁸ Sin perjuicio de la aplicación de esta teoría por decisiones judiciales posteriores, en particular, en el Derecho de familia, las dos primeras, que han sido comentadas de forma profusa por la doctrina fueron del TS holandés (*Hoge Raad*) de 18 de noviembre de 1983 y de 30 de marzo de 1984. Comentadas, entre otros, por BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, BORRÁS, A./MERNISSI, S. (eds.), *El islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Instituto catalán del Mediterráneo de estudios y cooperación, Barcelona, 1998, pp. 187-189.

⁹⁹ Véanse estas consideraciones en, SÁNCHEZ LORENZO, S., “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1994-2, p. 564.

¹⁰⁰ Véase detenidamente, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé (Cours général de droit international privé)”, *RdC*, 1999 (vol. 276), pp. 84 y ss.

¹⁰¹ Véase, PICONÉ, P., “Les méthodes...”, *loc. cit.*, pp. 92 y ss. En este mismo sentido, GAUDEMET-TALLON, H., “L’utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l’exemple des Conventions de La Haye)”, *Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 181 y ss.

¹⁰² Véase, PICONÉ, P., “Les méthodes...”, *loc. cit.*, p. 99.

(*markbezogene Anknüpfung*)¹⁰³, empleado, en particular, en el Derecho de la competencia (aunque no sólo)¹⁰⁴.

Se trata de una reinterpretación del DIPr orientada a valores (materiales), de tal modo que la consecución de la mera “armonía internacional de decisiones” (que todas las autoridades pronuncien la misma decisión, al aplicar la misma ley, a través del expediente del reenvío o de la cuestión previa) ya no es un objetivo del DIPr (relacionado con la función de coordinación de sistemas que se le asignaba)¹⁰⁵. Al mismo tiempo, junto con la adopción de un planteamiento metodológico orientado a valores, las normas del sistema también se construyen de otro modo, de tal forma que se especializan, indicando *ab initio*, la consecución del resultado¹⁰⁶.

De otro lado, la consideración de la existencia de lagunas axiológicas en el DIPr también parte de una orientación o concepción metodológica determinada del Derecho, pues son la expresión de que el sistema jurídico (y también el DIPr) no sólo no tiene respuestas expresas para la cuestión que se suscita, sino que le falta la respuesta adecuada¹⁰⁷. La existencia de lagunas axiológicas en el DIPr es representativa de sus déficits para dar una respuesta que atienda a los objetivos y valores que han de orientar las situaciones privadas internacionales.

La "cláusula de excepción" también puede ser observada como mecanismo de respuesta que se enmarca en la línea metodológica de la jurisprudencia de valores¹⁰⁸. Ahora bien, las normas de conflicto materialmente orientadas *supra* referidas (también denominadas “normas de conflicto sustanciales”) pueden considerarse –en mayor medida– un expediente tendente al logro de determinados resultados (de valor), queridos por el legislador, mediante el recurso a múltiples puntos de conexión, que se encuentran ordenados de forma cumulativa, alternativa o subsidiaria¹⁰⁹.

¹⁰³ Véase, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Diversification...”, *loc. cit.*, pp. 283 y ss.

¹⁰⁴ Véase, en particular, VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Cívitas, Madrid, 1993.

¹⁰⁵ Se trata ésta de una función preferentemente formal, en la medida en que su finalidad consiste, principalmente, en lograr la convivencia entre los sistemas jurídicos en presencia en una concreta situación privada internacional.

¹⁰⁶ Véase, en particular, BUCHER, A., “Sur les règles de rattachement à caractère substantiel”, *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer offert à l'occasion de son 90^e anniversaire le 30 juillet 1979 par la Faculté de Droit de l'Université de Genève*, Librairie de l'Université, Georg and Cie SA., Ginebra, 1979, pp. 37 y ss.

¹⁰⁷ Para el concepto de laguna axiológica y su integración véase, BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 3^a reimpresión, 1995, pp. 238 y ss.

¹⁰⁸ En tal caso, no se trataría de una mera localización geográfica, sino de la búsqueda de un resultado material (interpretación funcional), que permite descartar la localización realizada si no se logra dicho resultado. Ahora bien, en principio, dicha cláusula no puede ser invocada por motivos relacionados con el contenido del Derecho aplicable (véase, DUBLER, C.E., *Les clauses d'exception en droit international privé*, Librairie de l'Université Georg and Cie S.A., Ginebra, 1983, p. 71).

¹⁰⁹ Véase, RODRÍGUEZ MATEOS, P., “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, 1988-1, pp. 122 y ss. La doctrina define este tipo de normas como aquéllas cuya finalidad consiste en designar el sistema jurídico que permita en mayor medida obtener el resultado querido por el legislador (véase, LAGARDE, P., “Le principe de proximité...”, *loc. cit.*, nota 51, pp. 9 y ss, marg. 41). Ahora bien, el empleo de tales normas de conflicto no está exento de críticas, en la medida en que ponen en tela de

Por último, puede diferenciarse la búsqueda de un resultado material (concreto) de la búsqueda de un resultado justo, pues la orientación material no implica, necesariamente, la persecución de un resultado justo¹¹⁰. Por tanto, la búsqueda de la justicia en las situaciones privadas internacionales exige una orientación metodológica presidida por los valores, en este caso, el valor de la justicia¹¹¹.

Esto es, ni la jurisprudencia de intereses ni la jurisprudencia teleológica (si bien ésta más que aquélla) implican necesariamente, por sí mismas, una orientación del método hacia la realización de valores, aunque la consideración del interés no esté desprovista de criterios de valor (o valorización), porque el valor queda inserto en la dialéctica misma de los intereses, tanto más cuanto éstos se vinculan al objetivo de la lucha por su consagración y tutela frente a ataques ilegítimos¹¹².

Cuestión distinta es cómo se llega a alcanzar la justicia cuando se trata de una situación privada internacional¹¹³. Esta justicia, a mi juicio, consiste en *dar una respuesta adecuada a las peculiaridades de las situaciones privadas internacionales*. Esto es, por encima de la mera comprensión de la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos conectados o con los que las situaciones privadas internacionales entran en relación, ha de darse una respuesta que se adapte a las particularidades y exigencias de estas situaciones, que se caracterizan por estar fraccionadas, esto es, por ubicarse en el marco

juicio el valor de la previsibilidad y constituyen un factor de desequilibrio del orden internacional, al imponer el punto de vista de su autor (véase, GAUDEMET-TALLON, H., "L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye)", *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 189). Para este debate en el ámbito del DIPr véase, HAY, P., "Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law. Reflections on current European and United States Conflicts Law", *RdC*, 1991-I, pp. 304 y ss. Para este autor, la tensión entre flexibilidad y previsibilidad es la marca del conflicto de leyes desde la segunda mitad del s. XX y la cuestión no consiste en decantarse a favor de una o de otra, sino en apreciar si la flexibilidad introducida es tan libre que introduce inseguridad jurídica.

¹¹⁰ Para esta reflexión en DIPr véase, en particular, VON MEHREN, A., "Choice of Law and the Problem of Justice", *Contemporary Perspectives in Conflicts of Laws. Essays in honour of D.F. Cavers*, 1977, pp. 27 y ss. En concreto, considera que alcanzar dicha justicia en el caso de las situaciones privadas internacionales presenta un grado de complejidad muy superior del que tiene en los supuestos estrictamente internos, hasta el punto de que puede llegar a ser inalcanzable y, en todo caso, el operador jurídico ha de tomar en cuenta las normas y los objetivos de las legislaciones extranjeras (p. 42).

¹¹¹ En relación con los valores, se sigue la definición de M. Reale, que considera que se caracterizan por las siguientes notas: la realizabilidad (el valor que no se realiza es una simple quimera); la inagotabilidad (p.ej., por mucha justicia que se realiza, siempre queda justicia por realizar); la trascendentabilidad (todo valor supera sus realizaciones históricas particulares) y la polaridad (sólo se comprende un valor pensado en la complementariedad de su contrario). Véase, *Teoría tridimensional...*, *op. cit.*, p. 100.

¹¹² Aunque R. von Ihering, como exponente de la jurisprudencia de intereses, introdujo la complementariedad entre la perspectiva estructural (organización interna y elementos que componen el Derecho) y funcional (razones que permiten verificar para qué sirve el Derecho), no alcanzó a completar el recorrido introduciendo el criterio valorativo (valores o ideales a los que ha de servir y determinación el Derecho justo), pues aunque lo intuyó, lo descartó de la investigación científico-jurídica. Para una reconstrucción de esta evolución de la experiencia jurídica en la dirección de la denominada tridimensionalidad del Derecho, véase, REALE, M., *Teoría tridimensional...*, *op. cit.*

¹¹³ Dicha justicia se logra, a juicio de un sector doctrinal, cuando se examinan las soluciones concretas, la materialidad de las decisiones (véase, AGUILAR NAVARRO, M., "Crisis y reajuste...", *loc. cit.*, nota 2, p. 437).

de un “sistema jurídico plural” y, por este motivo, por estar inmersas en la contradicción y en la diversidad de dichos sistemas jurídicos¹¹⁴.

El resultado justo en estos casos consistirá en superar tal fraccionamiento jurídico, haciendo lo posible para que la respuesta jurídica, adaptándose a la internacionalidad de la relación, sea susceptible de tratarla como una unidad, superando, así, el fraccionamiento jurídico, de un lado. Pero, de otro, la respuesta justa sólo puede alcanzarse si se orienta hacia la plena realización de la persona y efectividad de sus derechos como tal (dignidad). Por este motivo, la idea de la justicia debe presidir la interpretación del sistema de DIPr, esto es, su aplicación de conformidad con una corriente metodológica orientada a valores (véase *infra*)¹¹⁵.

4. Otras corrientes metodológicas

El método tópico también puede encontrar acogida en la Ciencia del DIPr, dentro de un planteamiento especialmente orientado a problemas, esto es, a partir del reconocimiento de la existencia de determinadas normas en una comunidad política que exigen ser recreadas permanentemente al objeto de adecuarlas a las nuevas realidades y a las cuestiones concretas que la realidad presenta, obligando a una interpretación a través de una "nueva forma de retórica"¹¹⁶.

El razonamiento argumentativo y discursivo de los problemas recuerda a la forma de actuar del *praeter peregrinus* en el Derecho romano, así como al *mos italicus*, esto es, la construcción de una respuesta para el caso, a través del *ars inveniendi* (arte de la inventiva). Si bien este método es el opuesto a toda pretensión de construcción de un sistema, inexistente en los dos casos citados, puede contribuir a su flexibilización o, al menos, a obligar al jurista a que no realice un mero razonamiento sistemático lógico-deductivo, apartándose del problema¹¹⁷.

Otras corrientes metodológicas, como, p. ej. la creación libre del Derecho (*freies Recht*)¹¹⁸ y la "jurisprudencia alternativa del derecho" también se han proyectado en la

¹¹⁴ Por ello, no se comparte la concepción de la justicia del DIPr que mantiene P. Mayer, para quien consiste en que se aplique la ley sobre la que han basado sus expectativas las partes y, en determinados casos, los terceros (idea del respeto de los derechos adquiridos). Y, por ello, esta ley será la que también considere aplicable el juez de otro país para el caso en el que sea elegido (idea de la armonía internacional) (véase, MAYER, P., "Le phénomène...", *loc. cit.*, p. 168).

¹¹⁵ Como indica de forma expresiva F. K. Juenger tras analizar a los autores del *Second Restatement*, la única aproximación posible al sistema de DIPr es la que tiende o busca los valores que trascienden las fronteras de los Estados (véase, "General Course...", *loc. cit.*, p. 321).

¹¹⁶ Véase, por todos, VIEWEG, TH., *Tópica y jurisprudencia*, Prólogo de E. García de Enterría y traducción de L. Díez-Picazo y Ponce de León, Taurus, Munich, 1963.

¹¹⁷ Como señala Th. Vieweg, el método sistemático no excluye el método tópico, sino que este último actúa en distintas fases del razonamiento sistemático, evitando que dé lugar a estrictos resultados formalistas (*vid.*, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Munich, 1963, pp. 127 y ss.).

¹¹⁸ No ha de perderse de vista que se trata de manifestaciones de rechazo o reacciones que tienen lugar desde finales del s. XIX ante la constatación de la divergencia existente entre el Derecho recogido en los códigos y los valores sociales (véase, REALE, M., *Teoría tridimensional...*, *op. cit.*, p. 30).

Ciencia del DIPr, entre cuyos defensores puede destacarse a W. Wengler¹¹⁹. Una vez que ha determinado los seis principios a través de los cuales pueden colmarse las lagunas del DIPr., indica que, en caso de que no puedan ser cubiertas tales lagunas a través de los citados principios, el juez tendrá que proceder a una libre búsqueda del Derecho aplicable¹²⁰. Esta manera de proceder se justifica -como indica el autor- por la misma libertad que tiene el legislador de promulgar las normas de conflicto, pero tiene un límite: el juez no puede salirse de lo indicado por su propio sistema jurídico¹²¹.

Las reflexiones que realiza en la doctrina americana R. A. Leflar pueden considerarse en el marco de una corriente de "interpretación libre del Derecho" (o incluso de "uso alternativo del Derecho", aunque esta corriente suele instrumentalizar la búsqueda de la regla al servicio de la tutela de los derechos e intereses de los más débiles)¹²². Para este autor, el criterio que preside la decisión judicial es, exclusivamente, la búsqueda del "mejor resultado" o del resultado más conveniente, (*better law approach*) dejando de lado cualquier pretensión de respuesta en la que se tomen en cuenta criterios sistemáticos o de coherencia con el ordenamiento¹²³.

Su razonamiento parte de la existencia de cuatro criterios que han de permitir al juez adoptar la solución en un concreto caso ("*choice-influencing-considerations*"): a) previsibilidad del resultado; b) mantenimiento del orden interestatal e internacional; c) promoción de los intereses gubernamentales del foro y d) aplicación de la mejor ley (*better rule of law*). Por este motivo, las reflexiones del citado autor han sido -duramente- criticadas¹²⁴. De otro lado, como se ha señalado *supra*, se considera que D. Cavers fue el precursor en DIPr de la escuela del Derecho libre, en la medida en que el juez ha de tomar la decisión del caso mediante la ponderación de un conjunto de principios (de preferencia)¹²⁵.

¹¹⁹ Véase, "Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits (I)", *RCDIP*, 1952, pp. 595 y ss; y (II) 1953, pp. 37 y ss.

¹²⁰ Véase, "Les principes généraux... (I)", *RCDIP*, 1952, p. 620.

¹²¹ *Ibid.*, p. 621.

¹²² Se trata de una corriente del pensamiento jurídico nacida en Italia en la década de los 70 del s. XX, contraria a los mitos de la "cultura jurídica moderna capitalista", que -a juicio de la doctrina- sostiene la función política del Derecho (véase, RODRÍGUEZ LOZA, L.L., "El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución", *Revista Amicus Curiae*, 2ª época, nº 1, vol. 2, p. 1).

¹²³ Véase, "Choice-influencing Considerations in Conflict Laws", *New York University Law Review*, 1966, nº 41, pp. 267 y ss. El único límite del pensamiento de este autor con respecto a esta concepción de aplicación libre del Derecho, en la que el juez puede utilizar los criterios de forma discrecional, es que los jueces deben prestar atención al resultado de sus decisiones (véase, JUENGER, F. K., "General Course...", *loc. cit.*, p. 219). Este autor se caracteriza por la defensa de los "*choice-influencing-considerations*", con predominio de la "*better-rule*".

¹²⁴ Véase, por todos, MÜHL, M., *Die Lehre vom besseren und günstigeren Recht im Internationalen Privatrecht. Zugleich eine Untersuchung des "better-law approach" im amerikanischen Kollisionsrecht*, Beck'sche Verlag, München, 1982.

¹²⁵ Ahora bien, a diferencia de R. A. Leflar, no considera la "*better rule of law*" entre los citados principios de preferencia, porque es muy difícil de determinar, de un lado y, de otro, porque en la práctica es muy poco probable que un juez pueda considerar mejor aplicar la ley de un Estado que pertenezca a la misma familia jurídica (véase, KONO, T., *Efficiency...*, *op. cit.*, p. 59).

Por último, puede decirse que la metodología jurídica no avanza por un solo camino, sino que las formas de comprensión e interpretación del Derecho adquieren una dimensión eminentemente pluralista, esto es, la necesidad de articular en el discurso jurídico una diversidad de criterios. Esta mezcla de métodos es expresiva de un momento evolutivo de la Ciencia Jurídica en general y de la Ciencia del DIPr en particular, en el que a pesar del predominio de la orientación valorativa, no se descarta la consecución de intereses, en los que se pone de relieve la relación de necesidad de un sujeto con respecto a un objeto, así como la consecución de particulares y, a veces, objetivos opuestos, de política social y económica diseñados y puestos en práctica por los Estados.

En todo caso, parece claro el predominio de un entendimiento de la labor del jurista como una obra de construcción orientada a valores, así como el radical distanciamiento de una concepción puramente formal de la Ciencia Jurídica y de su racionalidad, para aproximarse a una racionalidad jurídica de tipo sustancial¹²⁶. La afirmación de la primacía del fin sobre la estructura-lógica del Derecho parece especialmente referible al DIPr, cuyos conceptos jurídicos y técnicas no sólo son históricamente mutables, sino que requieren una reconstrucción flexible y crítica para adaptarlas a las diferentes concepciones presentes en los ordenamientos que tiene que "hacer cooperar" (A. Miaja de la Muela).

El análisis de la estructura (aspecto estático) y de la función (aspecto dinámico) no sólo es conciliable o compatible, sino absolutamente imprescindible para un correcto análisis de las instituciones jurídicas, en general, y del ámbito del DIPr, en particular. El jurista del campo del DIPr debe conocer especialmente la aplicación práctica del ámbito que trata o estudia, para lo cual no puede dejar de seguir las huellas del pluralismo metodológico, acorde con la existencia de una diversidad de funciones sociales y económicos, así como con un orden plural de valores (art.1. de la CE).

No por casualidad el DIPr es un ámbito particularmente abonado para la experimentación del "método funcional del Derecho", hoy dominante, promotor de un método jurídico pluralista, perseguidor de fines socio-económicos y orientado a la realización de valores, cuyos fundamentos se remontan al movimiento antiformalista abanderado por la "jurisprudencia teleológica"¹²⁷. Como expresión de este método funcional en el continente americano, el *Restatement Third* propone el análisis

¹²⁶ Para la primera idea véase, por todos, LARENZ, K., *Metodología...op. cit.*, pp. 475 y ss. Para un nuevo discurso sobre esta racionalidad sustancial, con una depurada crítica a los excesos de los paradigmas normativistas y legalistas del positivismo y en virtud, precisamente, del afianzamiento no sólo de un Estado constitucional nacional de Derecho sino de una progresiva implantación de un Estado constitucional europeo, e incluso Mundial de Derecho, véase. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, 2000.

¹²⁷ Véase, COHEN, F. S., *El método funcional en el Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, Cap.I, quien reclama la acción inspiradora de la jurisprudencia de intereses y el método finalista de R. von Ihering. En la doctrina internacionalprivatista, M. Aguilar Navarro señala que, tras la SGM se abre paso una concepción funcional del DIPr (véase, "Revisión metodológica...", *loc. cit.*, p. 459). Véase, en particular, SCHWIND, F., "Die funktionelle Anknüpfung im IPR", *Fest. für W. Müller-Freienfelds*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, pp. 547 y ss.

multifactorial (funcional) en clave de "*reasonableness*" (art. 403-2), esto es, a través de la ponderación y valoración de una pluralidad de factores, elementos e intereses (del foro, de los Estados extranjeros así como de todas las naciones) para otorgar la respuesta más razonable¹²⁸.

Para ello, las normas ("*rules*") han de transformarse en "*approach*" o "*guidelines*", esto es, en guías de actuación o de orientación de la actividad del juzgador¹²⁹. Es una metodología o forma de interpretar el Derecho propia de los tribunales constitucionales, incluso de los Tribunales internacionales, que tienden a interpretar las normas siguiendo no un criterio formalista sino criterios, por lo general, más flexibles (ponderación de valores e intereses)¹³⁰.

En definitiva, resulta indicado en este ámbito de la Ciencia Jurídica el recurso a un pluralismo metodológico, integrado por diversos niveles de observación, comprensión y explicación de la realidad normativa, huyendo tanto del determinismo positivista como del realismo utilitarista y a favor del empleo de la historia y del método comparado¹³¹.

Por último, las cuestiones que tradicionalmente han sido objeto de atención por los investigadores y estudiosos del DIPr., entre las que es preciso señalar -de forma destacada- el orden público, el reenvío, la calificación o la cuestión previa, han pasado a un segundo plano, siendo más propensas al análisis estrictamente científico que de la situación concreta, ya que esta situación que se presenta en la realidad exige respuestas más adaptadas, en las que han de conjugarse el actual grado de evolución de la sociedad y, en particular, la promoción de los derechos humanos, si el DIPr no quiere quedarse al margen de las tendencias de la sociedad y de la ciencia jurídica¹³².

¹²⁸ Da cuenta de esta orientación metodológica americana ZAMORA CABOT, F. J., *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho antitrust de los Estados Unidos*, EUROLEX, Madrid, 2001, p. 108.

¹²⁹ Para la diferencia entre "*rules*" y "*approach*", véase, REESE, W. L. M., "General Course on Private International Law", *RdC*, 1976-II, vol. 150, pp. 44 y ss.

¹³⁰ Véase la sentencia del TS americano "Hartford Fire", en la que se utiliza el "test de los efectos" para valorar la incidencia de la conducta anticompetitiva en el mercado americano (véase, ZAMORA CABOT, F. J., *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho antitrust de los Estados Unidos*, EUROLEX, Madrid, 2001, pp. 40 y ss).

¹³¹ Véase, DÍAZ, E., *Sociología y filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1986, pp. 104 y 121-122. La doctrina se refiere al método complejo o ecléctico, al que se llega por la situación de crisis en la que se encontraba la ciencia del DIPr a mitad del s. XX, que conduce a adoptar una perspectiva realista para la que el centro de atención es el conjunto de situaciones y realidades sociales y no la delimitación instrumental y un tanto convencional de los esquemas lógicos que contribuyen al resultado (véase, AGUILAR NAVARRO, M., "Divagaciones sobre las llamadas doctrinas eclécticas en el Derecho internacional privado", *REDI*, 1961, pp. 149-150). La idea del pluralismo también se refleja en las técnicas de reglamentación, aceptándose de forma generalizada la existencia de diversidad de métodos de regulación para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales. Esto es, el "método de atribución" convive con el método sustantivo y con las normas de aplicación necesaria. Véase, en particular, BATIFFOL, H., "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *RdC*, 1973-II, vol. 139, pp. 75 y ss.

¹³² Véase en este sentido, a favor de un régimen liberal para el reconocimiento de las relaciones constituidas en el extranjero, para la mayor efectividad de los derechos humanos, en especial, recogidos en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, KINSCH, P., "Recognition in the Forum of

5. Recapitulación

J. D. González Campos señaló que en la Ciencia del DIPr existen cuatro tendencias (enfocadas preferentemente desde la perspectiva del sector del Derecho aplicable). Dos de ellas se vinculan con la función o finalidad general del DIPr: la que propugna una "flexibilización de la localización", desde una más atenta consideración a los datos de la realidad social presentes en los casos sometidos al juez; y la que conduce a una "materialización" de las soluciones¹³³.

Las otras dos se orientan al DIPr como realidad normativa. Primera, la que considera el DIPr a partir de un pluralismo de normas, su coexistencia en el sistema y, como ocurre en el caso del DIPr español, la inserción de éste en distintas estructuras jurídicas globales. Y, segunda, la tendencia hacia la formación de subsistemas de solución en los distintos sectores de materias reguladas, con una mayor especialización de los supuestos de las normas.

Si bien todas ellas han afectado decisivamente al viejo paradigma de la norma de conflicto, la alternativa entre las dos primeras quizás indique el sentido de una posible evolución del DIPr: de la revisión del paradigma anterior, a la elaboración de un nuevo paradigma basado en la satisfacción de los intereses así como en la realización de los valores¹³⁴. Autorizada doctrina señaló que tiene lugar un reajuste del DIPr en un doble sentido: una afirmación comunitaria y universalista (nuevo universalismo), de un lado; y de otro, una interpretación sustantiva y material, que sólo se cumple cuando se examinan las concretas decisiones¹³⁵.

En todo caso, el problema metodológico no puede plantearse en nuestra disciplina, atravesada por una ambivalencia estructural (carácter anfíbio, al que se refiere M. Aguilar Navarro siguiendo a R. Quadri), en los términos de un dilema. El DIPr, como realidad multidimensional, debe ser analizado desde todas y cada una de sus perspectivas o perfiles y considerado como una realidad múltiple, huyendo de los riesgos de "disolución". Y, en particular, se propone una concepción personalista del DIPr, que se orienta hacia la protección del hombre en cuanto persona y hacia la más plena satisfacción de su bienestar y más plena protección de su dignidad, asumiendo – adicionalmente– una concepción crítica de la teoría social (J. Habermas)¹³⁶.

a Status Acquired abroad-Private International Law Rules and European Human Rights Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing & Schulthess Verlag, Zürich, 2010, pp. 259 y ss.

¹³³ Véase, "El paradigma...", *loc. cit.*, pp. 5269-5270.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Véase, AGUILAR NAVARRO, M., "Crisis y reajuste...", *loc. cit.*, p. 437.

¹³⁶ Como se sabe, J. Habermas (Düsseldorf, 1929), que perteneció a la Escuela de Frankfurt, comparte con ésta la crítica a una comprensión de las ciencias sociales avalorativa y neutra, que acabó por defender de forma implícita el *status quo* existente en la época [véase, VALLESPÍN, F., "Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas" en, MÁIZ, R. (comp.), *Teorías políticas contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 136].

Se trata de una recuperación del universalismo, pero distinto del que caracterizó la idea de “comunidad jurídica del pueblo” de Savigny, centrado en la órbita de la cristiandad. O, más bien, de un neo-universalismo comprometido con los valores comunes de una “nueva sociedad internacional” (C. del Arenal)¹³⁷ y que supera la concepción de los derechos humanos como obra de carácter cultural o regional¹³⁸. Por ello, cabe sostener una metodología axiológica para la comprensión (e interpretación) del DIPr que permite el enjuiciamiento crítico del Derecho desde un sistema de valores, que propone también la doctrina para alcanzar el conocimiento del DIP¹³⁹.

Se reclama para el DIPr una metodología que sitúe a la persona y a su plena realización como tal en el centro del referido sistema. Así, su interpretación ha de orientarse hacia la más plena realización de las capacidades y potencialidades de la persona (dignidad), conforme a los actuales instrumentos y textos internacionales sobre derechos humanos (que cumplen también una función crítica o de “deber ser” del ordenamiento, por los valores que expresan)¹⁴⁰.

Por último, dicha interpretación coincide con el giro operado en la concepción de la función del DIPr, que no es ya la tradicional o clásica coordinación de sistemas, sino que se orienta hacia el logro de la efectividad de los valores aceptados por la comunidad internacional¹⁴¹.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Conflicto y coordinación de sistemas

La función del DIPr no puede estar alejada de los criterios expuestos sobre su concepción como disciplina científica y su racionalización en el momento actual. Por el contrario, el método científico encuentra correlato en la concepción que se tenga de la

¹³⁷ Para las profundas transformaciones del sistema internacional en la actualidad véase, DEL ARENAL, C., “El nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales”, *Obra homenaje a M. Díez de Velasco. Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 79 y ss.

¹³⁸ Véase, KAKOURIS, C.N., “L’universalité des droits de l’homme, le droit d’être différent. Quelques observations”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco)*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 421.

¹³⁹ Véase, CASANOVAS Y LA ROSA, O., “La vuelta a la teoría”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco)*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 189.

¹⁴⁰ Seguimos la concepción integradora de la teoría del Derecho (y, por ende, de la metodología jurídica) que propone L. Ferrajoli, que permite –a juicio del autor– recomponer las diferentes fracturas disciplinarias entre ciencia del derecho, sociología y filosofía, que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna. Este autor defiende un positivismo crítico del Derecho vigente, tanto mediante una crítica externa (conforme a los valores) como a través de una crítica interna.

¹⁴¹ Se trata del “nuevo universalismo” al que ya hacía referencia M. Aguilar Navarro, como uno de los reajustes que tiene lugar (véase, “Crisis y reajuste...”, *loc. cit.*, nota 2, p. 437). Sin embargo, se diferencia de la concepción universalista de Savigny, en el hecho de que comprende a toda la humanidad (y no sólo a parte de ella).

función y, en concreto, se postula el método funcional en cuanto al primero y el pluralismo de las técnicas (como se verá *infra*)¹⁴².

Siguiendo a S. Álvarez González, si bien los fines del DIPr, son los mismos que los del Derecho, su función (papel que cumple) no coincide con el del Derecho en general, ni desempeña la misma que el Derecho mercantil, procesal o laboral¹⁴³. Si no se identificaran estas funciones propias del DIPr se pensaría en una disciplina especial sólo por razón de su objeto y, por ello, con escasa operatividad práctica¹⁴⁴.

En este sentido, como indicó M. Aguilar Navarro, la función del DIPr puede variar a lo largo de la historia y, de hecho, se tratará a continuación de realizar una breve presentación de tales modificaciones, que han supuesto, principalmente, un giro hacia su comprensión material (materialización), que consiste en el logro de la más plena efectividad de los derechos humanos y la salvaguardia de los valores comúnmente compartidos por la comunidad internacional.

Así, es sabido que la expresión "conflicto de leyes" hace referencia a la determinación del sistema jurídico que regula una situación privada internacional, en un contexto en el que impera la división del mundo en Estados nacionales (soberanos) y, por tanto, las situaciones privadas internacionales hacen que entren en conflicto, al estar conectadas con más de uno de dichos ordenamientos¹⁴⁵. La idea de conflicto ha perdurado hasta el

¹⁴² Junto a ello, se propone una metodología axiológica, a partir de la cual comprender el sentido del DIPr, que permita la más plena realización y efectividad de los derechos de la persona (dignidad). Como señala la doctrina, el DIPr se encuentra en fase de revisión, al igual que el Derecho de Gentes, hablándose incluso de una necesaria deconstrucción del primero. En todo caso, afronta cambios y desarrollos, entre los que se encuentra la tutela de la dignidad humana, que propone la *New Haven School* [véase, ZAMORA CABOT, F.J., "Derecho internacional privado y derechos humanos en el ámbito europeo" en, FORNER DELAYGUA, J.J./GONZÁLEZ BEILFUS, C./VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 902-903].

¹⁴³ S. Álvarez González parte de una concepción indiferenciada del DIPr. en relación con el resto del ordenamiento. Como indica, la mayoría de los intentos de fijar unas funciones inmediatas al DIPr se quedan en la enumeración de los que, desde un punto de vista instrumental, no dejan de ser medios encaminados a un fin. Se hable de cooperación internacional, de coordinación de ordenamientos o de armonía internacional, son medios para la consecución de un fin mayor o, en el mejor de los casos, funciones que inciden en la dimensión técnico-jurídica, quedándose en la superficie (véase, "Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa", *ADC*, 1993, p. 1124, nota 45). P. Lalive también resalta la estrecha vinculación entre las funciones del DIPr y las concretas aptitudes adoptadas frente al Derecho, en general, y al Derecho en las relaciones internacionales, en particular. En definitiva, frente a una determinada concepción del mundo [véase, "Tendencias...", *loc. cit.*, p. 36].

¹⁴⁴ Si bien S. Álvarez considera que el DIPr no tiene fines específicos, sino que son los generales del Derecho, la especificidad del objeto puede determinar la especificidad de los fines, siendo preciso indagar sobre el objeto para identificar tales fines (véase, "Objeto...", *loc. cit.*, p. 1125, nota 45).

¹⁴⁵ La idea de "conflicto" es utilizada por primera vez por la Escuela holandesa del s. XVII, coincidiendo con el momento en el que la soberanía de los Estados es el tema central de investigación. Los eruditos tenían que explicar por qué la absoluta supremacía de la que goza cada Estado dentro de sus fronteras no requiere que los jueces apliquen el Derecho del foro en todos los casos [véase, JUENGER, F. K., "General Course...", *loc. cit.*, p. 147]. No obstante, este término (conflicto de leyes o conflicto de jurisdicciones) ha dado lugar a confusiones, porque en el planteamiento de los juristas del *common law*, esta expresión más que la idea de conflicto entre sistemas jurídicos, expresa el conflicto que se le plantea

momento presente, pudiendo situarse su surgimiento en la Edad Media y, más concretamente, tras la caída del Imperio Romano y el florecimiento de las ciudades-Estado¹⁴⁶.

En una tradicional concepción de la función del DIPr., auxiliar de la del Derecho internacional, se considera que ha de resolver los potenciales conflictos entre Estados soberanos¹⁴⁷. En este marco, la función del DIPr es la coordinación de los sistemas jurídicos en presencia, propiciando (como objetivo) la “armonía internacional de soluciones” (F.K. von Savigny)¹⁴⁸. Como es sabido, en un sentido clásico, la armonía internacional (de decisiones) significa que una situación privada internacional pueda ser enjuiciada de la misma manera por autoridades de distintos sistemas jurídicos¹⁴⁹.

Ahora bien, no puede decirse que esta idea de conflicto fuera acogida por F.K. von Savigny, al caracterizarse su pensamiento por la superación del fraccionamiento jurídico como consecuencia de la búsqueda del espíritu del pueblo, constituida por un espíritu ideal, en el que se establecía una convivencia y comunicación entre todos los pueblos, basada en el Derecho romano y, más concretamente, en el Código justinianeo¹⁵⁰.

al juez cuando tiene que decidir el sistema que tiene que aplicar para resolver una situación privada internacional (véase, BELLOT, H.H.L., "La théorie anglo-saxonne des conflits de lois", *RdC*, 1924-II, vol. 3, pp. 99-100).

¹⁴⁶ La aplicación territorial de las leyes que preconizaba U. Huber se basaba en una concepción de la soberanía del Estado, que afectaba también a la regulación de las situaciones privadas internacionales (esto es, al DIPr.), tomada del Derecho internacional. Según esta concepción, la aplicación de un Derecho extranjero sólo podía tener lugar como consecuencia de una idea de *comitas*, esto es, como concesión a una soberanía extranjera (véase, LAGARDE, P., "Le principe de proximité...", *loc. cit.*, p. 50). En este contexto, el DIPr. tomó prestada del Derecho internacional una concreta concepción de la soberanía, haciendo que también las normas de conflicto tuvieran la función de reparto de las competencias de los Estados. Para una crítica de esta función véase entre otros, FRANCHESKAKIS, PH., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958, pp. 121 y ss.

¹⁴⁷ Véase, MAYER, P., «Le phénomène...», *loc. cit.*, vol. 327, p. 9. No obstante, otros autores señalan que la idea de soberanía era extraña a la concepción de la doctrina estatutaria, así como a la Escuela holandesa, siendo posterior el momento en el que se acogió este concepto en la ciencia del DIPr (véase, BONNICHON, A.: "La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois", *RCDIP*, 1940, p. 629).

¹⁴⁸ Véase, entre otros, WENGLER, W., "Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits (I)", *RCDIP*, 1952, pp. 595 y ss; y (II) 1953, pp. 37 y ss; PICONE, P., "Les méthodes...", *loc. cit.*, p. 37.

¹⁴⁹ Véase, AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho internacional privado. Vol. I, Tomo I. Introducción y Fuentes*, 4ª ed., 2ª reimpresión, Serv. Pub. Facultad de Derecho, Univ. de Madrid, 1982, p. 277. De otro lado, otro presupuesto de la citada armonía es la existencia de una comunidad jurídica entre todos los pueblos de la tierra y, de ahí, que se tratase de una solución universal, que no considera la posibilidad de que cada Estado (y legislador) cuente con sus propias normas de conflicto en su legislación interna (véase, RIGAUX, F., "Le pluralisme...", *loc. cit.*, p. 1425).

¹⁵⁰ Véase la traducción de la obra de F.K. von Savigny en, *Sistema de Derecho romano actual*, trad. de J. Messía y M. Poley, Madrid, 1875; y concretamente el tomo 6, libro III, dedicado al "Imperio de las reglas del Derecho sobre las relaciones jurídicas", pp. 123 y ss. Véase, WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la Edad moderna*, Comares, Granada, 2000, p. 349. Como se ha señalado, al haber basado Savigny su teoría sobre la idea de una comunidad jurídica de los pueblos, no piensa en un conflicto entre sistemas jurídicos, sino en sus puntos de conexión (véase, BELLOT, H.H.L., "La théorie...", *loc. cit.*, p. 135).

Sin embargo, tales normas de conflicto también tenían como función delimitar en el espacio el ámbito de aplicación de las previsiones dictadas por el legislador a las situaciones privadas internacionales¹⁵¹. Esto es, los mandatos del legislador tienen como destinatarias naturales las situaciones privadas internas. Si existen situaciones que se caracterizan por estar relacionadas con más de un sistema jurídico, puede suceder, desde esta visión "conflictiva", que consideren que deben dar respuesta a esta situación, surgiendo -de este modo- el conflicto.

En la concepción de H. Batiffol también subyace la idea de confrontación de los distintos sistemas jurídicos y, por tanto, la función necesariamente coordinadora del DIPr¹⁵². Por tanto, su función consiste en "coordinar" los sistemas jurídicos en presencia en una concreta situación privada internacional, con el objetivo principal de lograr la citada armonía internacional¹⁵³. Esta visión "competencialista" (preferentemente publicista) centra su atención en uno de los presupuestos del DIPr., la pluralidad de sistemas jurídicos, pero desdeña el otro, la vida internacional de la persona¹⁵⁴.

Ahora bien, la idea de coordinación de ordenamientos como función del DIPr se mantiene hasta la actualidad, pero ha ido variando su sentido. En particular, puede ser entendida como "relevancia", esto es, la posibilidad de influir en el contenido de otro ordenamiento (y no como "competencia"), siguiendo la teoría institucionalista del ordenamiento jurídico del afamado teórico italiano S. Romano¹⁵⁵. Así, la noción de relevancia (S. Romano) no permite hablar de competencia judicial o legislativa y, por este motivo, es criticable la construcción de P. Picone sobre el "ordenamiento jurídico competente"¹⁵⁶. También por ello no puede considerarse que el control de la competencia (judicial o legislativa) constituya una condición para el reconocimiento¹⁵⁷.

¹⁵¹ Véase, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "El paradigma...", *loc. cit.*, p. 5250. Ello significa que la Ciencia del DIPr. se ha reconstruido sobre la idea de conflicto, a pesar de que gran parte de los autores no han examinado con la misma intensidad la existencia de verdaderos conflictos.

¹⁵² Como señalara el citado autor, el objetivo del DIPr es la coordinación de sistemas: la coexistencia de sistemas jurídicos de Estados diferentes apela a la utilización de reglas que hagan posible su aplicación conjunta a relaciones que les interesan de forma simultánea (véase, "Principes de Droit international privé", *RdC*, 1959-II (vol. 97), p.444).

¹⁵³ Ahora bien, para P. Mayer no puede hablarse en este período (finales del s. XIX, principios del s. XX) de coordinación de sistemas sino, más bien, del establecimiento de tabiques (*cloisonnement*) o divisiones entre los ordenamientos de los Estados soberanos [véase, "Le phénomène de la coordination...", *loc. cit.*, p. 102].

¹⁵⁴ Véase, DE ANGULO RODRÍGUEZ, M., "Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado", *REDI*, 1970, p. 757.

¹⁵⁵ Véase, ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2013. En la doctrina, P. Mayer, siguiendo al citado autor, emplea la noción de relevancia en sentido institucional. Para S. Romano, el ordenamiento designado por la norma de conflicto está dotado de una relevancia que afecta al contenido normativo del ordenamiento al que pertenece la norma de conflicto (véase, "Le phénomène...", *loc. cit.*, p. 53). De otro lado, la idea de relevancia explica bien el hecho de que no se designa una cualidad en sí del orden jurídico extranjero declarado competente (por la norma de conflicto), sino un papel que le concede el ordenamiento del foro y que se va desarrollar en su interior (p. 115).

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 47. De otro lado, para P. Mayer, pueden tener lugar distintas formas de coordinación entre ordenamientos conforme al criterio de la relevancia (pp. 116 y ss). Por último, el enfoque de la función

En todo caso, en esta etapa histórica (finales del s. XIX y principios del s. XX), existe una idea de justicia propia del DIPr ("justicia conflictual"), diversa de la "justicia material", que consiste en lograr dicha armonía internacional, utilizando determinado tipo de expedientes, entre los que cabe citar -de forma particular- el reenvío¹⁵⁸. Así, la calificación, el reenvío y la cuestión previa tienen su origen no sólo histórico, sino también ideológico, en este momento¹⁵⁹.

Sin embargo, si bien el DIPr tiene en común con el Derecho internacional que hunde sus raíces en la comunidad internacional, esta estricta concepción de la "soberanía", meramente delimitadora de las competencias de cada Estado, fue desapareciendo a medida que se comprobó que los intereses que hay en juego tras una situación privada internacional no son sólo estatales, sino que, en definitiva, ha de darse una respuesta "satisfactoria" a las relaciones entre los particulares (concepción privatista)¹⁶⁰.

2. Prevención de situaciones claudicantes

Una vez superada la concepción tradicional de que el DIPr es una ciencia destinada a resolver los potenciales "conflictos" que pueden suscitarse como consecuencia de la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, que tienen vocación de ser de aplicación a una situación privada internacional, su función no es resolver conflictos, sino regular -de forma adecuada- un tipo "especial" de situaciones privadas, conectadas con, al menos, dos sistemas jurídicos¹⁶¹.

Desde esta óptica, desaparece la idea de conflicto y también la de que la función del DIPr es exclusivamente delimitar la aplicación espacial de las normas de un sistema jurídico¹⁶². Si bien la función preventiva del DIPr parte también de la existencia de una

del DIPr que sostiene este autor consiste en analizar las respuestas jurídicas que dan los ordenamientos internos cuando se enfrentan a situaciones internacionales, porque tienen que coordinarse con otros ordenamientos. Parte, por ello, de la existencia de una necesidad de coordinación entre el ordenamiento del foro y los derechos extranjeros (*ibid.*, pp. 24 y 27).

¹⁵⁷ No se trata de la competencia que reconoce el Estado del foro a las autoridades extranjeras como criterio para permitir la homologación de decisiones, sino de una cuestión de eficacia (*ibid.*, pp. 108-109).

¹⁵⁸ Como es sabido, el reenvío permite que las situaciones privadas internacionales reciban la misma respuesta "conflictual", con independencia del sistema jurídico material que resuelva la cuestión [véase, DE BOER, T.M., "The Evolution...", *loc. cit.*, p. 2; RIGAUX, F., "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale (Cours général)", *RdC*, 1989-I, vol. 213, p. 162].

¹⁵⁹ Véase, AUDIT, B., "Le caractère...", *loc. cit.*, p. 331.

¹⁶⁰ La idea de "conflicto" fue desechada por los autores partidarios de una concepción particularista del DIPr., opuesta al universalismo defendido hasta finales del s. XIX por determinados autores desde distintas concepciones (F.K. von Savigny, P.S. Mancini, A. Pillet, entre otros). Como señalara R. Ago, "la idea de un conflicto o de un concurso de leyes está fuera del orden jurídico nacional, para el cual las leyes de otros sistemas jurídicos no pueden tener valor jurídico por sí mismas" (véase, "Règles générales des conflits de lois", *RdC*, 1936-IV, tomo 58, p. 278).

¹⁶¹ P. Lalive destacaba esta función de "reglamentación" (*Entscheidungsrecht*) del DIPr., que no se limita a solucionar un conflicto de leyes, sino que ha de contribuir a aportar una reglamentación adecuada a las situaciones internacionales, planteándose la cuestión de si han de resolverse de conformidad con alguno de los sistemas jurídicos que ponen en relación [véase, "Tendences...", *loc. cit.*, p. 33].

¹⁶² Indica la doctrina que, desde el momento en que un Derecho puede ser aplicado efectivamente sin tener en cuenta lo que por sí mismo ha dispuesto en cuanto a su ámbito de aplicación, se está en presencia

pluralidad de sistemas con los que entra en contacto una situación privada internacional, que dan respuestas jurídicas diversas y que, por tanto, pueden entrar en colisión, varía en la manera de resolver tales situaciones, en consonancia también con un cambio sistemático¹⁶³.

No se trata ya de utilizar la norma de conflicto y sus normas de aplicación para dar una solución uniforme (coordinación) a tales situaciones privadas, sino que la función del DIPr es de carácter práctico: resolver la discontinuidad de las relaciones jurídicas en el espacio¹⁶⁴. La función preventiva del DIPr ha sido acogida por la doctrina, planteándose, entonces, las cuestiones relacionadas con la validez extraterritorial de decisiones¹⁶⁵.

En este marco, que sigue siendo de confrontación (aunque no se hable de "conflicto"), la función más importante que debe cumplir el DIPr consiste en evitar los riesgos que sufren los intereses de los particulares (y Estados) como consecuencia de la denegación del reconocimiento de las situaciones constituidas al amparo de ordenamientos y por autoridades extranjeras¹⁶⁶.

de una elección por el foro de la ley aplicable, sin que pueda hablarse ya de conflicto de leyes (véase, IGLESIAS BUHIGUES, J. L., "Reflexiones en torno al objeto y función del Derecho internacional privado", *REDI*, 1983, vol. 35, p. 39).

¹⁶³ Como ha señalado P. Lalive, la concepción positivista imperante en el s. XIX, en el que se realizaron las grandes codificaciones hizo que el DIPr. se considerase una rama del Derecho público interno, en la que puede encontrarse la idea de que el Estado es la fuente de todo Derecho (véase, "Tendences...", *loc. cit.*, p. 37).

¹⁶⁴ Dicho de otro modo, prevenir las situaciones claudicantes: "*amputadas de una parte de su validez territorial, privadas de la eficacia universal a la que parecería, sin embargo, que debe conducir la unidad intrínseca de la relación*" (véase, LALIVE, P., "Tendences...", *loc. cit.*, p. 38). Desde esta perspectiva, la función del DIPr. consiste en "*preservar la unidad de las relaciones de Derecho privado del peligro de su fraccionamiento*" (véase, GOLDSCHMIDT, W., "Droit international privé latino-américaine", *JDI*, 1973, n° 100, p. 84), o, como señaló G. Sperduti, siguiendo a R. Quadri y a G. Barile, asegurar la unidad y la continuidad indispensable de la vida jurídica privada frente al fraccionamiento y las rupturas que conlleva la estructura jurídico-política del mundo (véase, "Théorie du droit international privé", *RdC*, 1967-III, vol. 122, n° 22, pp. 191-193).

¹⁶⁵ La teoría de los *vested rights* fue el planteamiento que, junto con la *comitas*, presidió la etapa inicial de U. Huber, J. Story y de la doctrina americana del *First Restatement* (J.H. Beale), cuya concepción territorialista del Derecho sólo encontraba el límite en el respeto de los derechos adquiridos. (véase, MUIR WATT, H., "Quelques remarques sur la théorie anglo-américaines des droits acquis", *RCDIP*, 1986, pp. 425 y ss). Por este motivo, como ha señalado B. Audit, las críticas realizadas por la doctrina americana a la norma de conflicto no pueden proyectarse, sin más, al pensamiento del continente europeo, pues están determinadas, en gran medida, por una concepción territorialista del Derecho, esto es, las relaciones jurídicas se regulan por el ordenamiento del lugar en el que han nacido, y, siendo así, se reconocen en virtud de la teoría de los derechos adquiridos (véase, "Le caractère fonctionnel...", *loc. cit.*, pp. 235 y ss.). Puede decirse que tal teoría constituyó uno de los primeros estadios para la configuración del ámbito de cuestiones comprendidas en el actual "sector del reconocimiento".

¹⁶⁶ El planteamiento de H. Batiffol también está presidido por la existencia de sistemas jurídicos coexistentes en la comunidad internacional, que hacen inevitable la idea de un Derecho propio de esta sociedad, que permita que los particulares crucen las fronteras de los Estados sin verse limitados o coartados por obstáculos irremediables. Tal Derecho, por tanto, ha de tender a un reparto de las competencias legislativas de cada Estado (véase, "Principes de Droit international privé", *RdC*, 1959-II, vol. 97, p. 442).

El método que consistente en la coordinación de sistemas a través de la “referencia al ordenamiento competente” sitúa el énfasis en el reconocimiento de decisiones, de tal modo que actúa desde el momento en que se constituye, modifica o extingue una situación jurídica en el foro. Así, la constitución de la situación jurídica en el foro se supedita a que sea reconocida en el ordenamiento (que el foro considera) competente¹⁶⁷. Por tanto, este método también parte de la función preventiva del DIPr, al pretender evitar *ab initio* situaciones claudicantes¹⁶⁸.

Si bien no se comparte la propuesta de P. Picone, que sigue considerando como función del DIPr la coordinación de sistemas, aporta una explicación diferente a la tradicionalmente utilizada sobre la armonía internacional¹⁶⁹. En un sentido clásico – como se ha señalado *supra*– ha significado que una situación privada internacional pueda ser enjuiciada de la misma manera por autoridades de distintos sistemas jurídicos. Para P. Picone, en cambio, trata de asegurar que una situación privada internacional – desde el momento de su constitución– produzca efectos en otros sistemas jurídicos (en especial, en el ordenamiento jurídico extranjero tomado como referente por el foro); esto es, no sea claudicante.

Para la primera, la cuestión del reconocimiento no es tomada en cuenta en ningún momento, al partir de una visión centrada en la designación de la ley. En cambio, la segunda considera *ab initio* el reconocimiento de la situación, lo que puede tener el inconveniente de dar lugar a una competencia condicionada (a la que también se refiere el autor).

En todo caso, esta concepción de la función (continuidad espacial de las relaciones jurídicas) mantiene la idea de confrontación entre sistemas jurídicos, que han de ser coordinados, tratando el sector del reconocimiento, precisamente, de paliar los efectos de tales divergencias que mantienen los Estados para diferenciarse de los demás¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Véanse las explicaciones que ofrece sobre el funcionamiento de este método en la fase de constitución de las situaciones jurídicas, PICONE, P., "La méthode...", *loc. cit.*, pp. 274 y ss.

¹⁶⁸ El método consistente en la búsqueda del ordenamiento competente también puede ser utilizado para reconocer en el foro una situación ya creada, de tal forma que el reconocimiento en un tercer Estado se supedita a que la situación puede ser reconocida en el “ordenamiento de referencia” (p.ej., el reconocimiento se subordina a que la decisión haya sido dictada por determinadas autoridades y, en su defecto, que haya sido reconocida en dicho Estado o que pueda serlo) (véase, "La méthode...", *loc. cit.*, pp. 287 y ss). Diverso de éste, según el método clásico (localización), también puede utilizarse la norma de conflicto para reconocer las relaciones constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero. Véase, ANCEL, B., "Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères", *RDIPP*, 1992, vol. 2, pp. 201 y ss.

¹⁶⁹ Para este autor existen cuatro métodos, que cumplen la función de coordinación de sistemas jurídicos: el "método tradicional" (localización), el “método de la referencia al ordenamiento jurídico competente” (que evita las situaciones claudicantes, a partir de la toma en consideración *a priori* del reconocimiento en otro sistema jurídico); el “método de la unidad *forum-ius*” y el método seguido por la doctrina americana (véase, "La méthode...", *loc. cit.*, pp. 249 y ss).

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, el caso de la denegación del reconocimiento de la *kafala* como consecuencia de que se trata de una forma de protección desconocida por los sistemas jurídicos que pueden ser más parecidos al nuestro (de nuestra órbita de civilización).

3. Hacia la más plena satisfacción de los valores que presiden la comunidad internacional

La coordinación de los ordenamientos en presencia se ha identificado como función del DIPr –prácticamente- desde principios del s. XX hasta la actualidad. Ahora bien, el estadio actual de evolución del Derecho, que también encuentra reflejo en el DIPr se caracteriza por un proceso de convergencia, en el que el lema ha dejado de ser la confrontación para transformarse en la cooperación (expresiva de la idea de confianza, cuyo exponente más significativo es el principio comunitario de reconocimiento mutuo), en especial, tras la SGM¹⁷¹.

La penetración de la cooperación (en especial, internacional) en el DIPr (principio jurídico, directriz o valor) podría permitir que tuviese lugar un cambio de la concepción de su función, como consecuencia de la pérdida de importancia de la idea de confrontación, así como de la diversidad de sistemas que han de ser "coordinados" para dar una respuesta satisfactoria a las situaciones privadas internacionales, y, en especial, para evitar las situaciones claudicantes.

Las funciones *supra* analizadas tienen sentido negativo, al estar determinadas por una concepción que parte de la existencia de un conflicto entre los sistemas jurídicos de los Estados que integran la comunidad internacional, cuando entran en juego para regular las relaciones entre particulares¹⁷². Si bien la segunda obedece a un cambio de planteamiento, no define las funciones positivas del DIPr, al seguir haciendo referencia a la "prevención" de situaciones claudicantes¹⁷³.

Sin embargo, el proceso evolutivo señalado (cambio de comprensión del orden internacional y, al mismo tiempo, de las relaciones entre los Estados presidido por el signo de la cooperación) puede producir también un cambio en la tradicional función

¹⁷¹ Tras el final de la SGM, la cooperación internacional se convirtió en un *leitmotiv* de las instituciones internacionales que trataron de evitar los horrores de una nueva guerra. Para ello, la Carta de Naciones Unidas (San Francisco, el 26 de junio de 1945), recoge la cooperación internacional como un objetivo. En concreto, el art. 1, 3º señala que uno de los objetivos es: "realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario (...)". Puede considerarse, por ello, un patrón de conducta pragmático (*conduct pattern*), que no es incompatible con la soberanía de los Estados (véase, LOWENSTEIN, K., "Sovereignty and International Cooperation", *AJIL*, vol. 48, nº 2, pp. 222-244).

¹⁷² Si bien cuando H. Batiffol hablaba de la coordinación de sistemas lo hacía desde una perspectiva de existencia de divergencias entre ellos, utilizaba la idea de coordinación de forma ambivalente, dado que pretendía, a través del Derecho comparado, buscar soluciones comunes para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales, caracterizadas por desenvolverse en la comunidad internacional (véase, « Principes de Droit international privé », *RdC*, 1959-II, vol. 97, p. 442). Este autor explica de forma más detallada su idea de coordinación entre sistemas como método de solución de las situaciones privadas internacional en, "Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux", *RdC*, 1967-I (vol. 120), pp. 169 y ss. La citada coordinación expresa una idea distinta a la cooperación, al partir de presupuestos diferentes.

¹⁷³ Desde otras ópticas, en cambio, se señalan funciones (objetivos) positivas que desempeña el DIPr., entre ellas, "facilitar los intercambios internacionales para superar las fricciones causadas por la territorialidad del Derecho" (véase, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, 1995-2, p. 24).

del DIPr, que sería ahora la “cooperación entre ordenamientos”. Si bien la consecución de la armonía internacional de soluciones ha sido un objetivo de todo “método de coordinación”¹⁷⁴, no es el que perseguiría un “método de cooperación”¹⁷⁵.

No obstante, no puede decirse que el DIPr tenga como función la cooperación entre sistemas jurídicos, sino que se ha materializado, esto es, ya no pivota en torno a la existencia de una pluralidad de ordenamientos en los que se divide el mundo (que es su presupuesto: el fraccionamiento jurídico del mundo), sino en la consecución de objetivos materiales y, en particular, de los valores compartidos por la comunidad internacional¹⁷⁶.

Dicha cooperación es un principio que informa el actual sistema de DIPr, al tratarse de un principio de funcionamiento (y valor) de la comunidad internacional. Permite explicar –al menos, parcialmente– el funcionamiento de algunas herramientas y técnicas que emplea para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales¹⁷⁷. Y, en particular, el orden público¹⁷⁸. Dicha cooperación también podría explicar el sentido del nuevo expediente del “reconocimiento mutuo”, que expresaría o describiría la obligación de respetar los compromisos entre los Estados parte de la UE y que, por tanto, transformaría el ámbito del reconocimiento en un instrumento o herramienta para realizar dicha cooperación en su interior¹⁷⁹. Y relacionado con esta regla o criterio se encuentra el “método del reconocimiento”, operativo, de forma particular, en el espacio europeo, aunque no sólo¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Véase, MAYER, P., "Le phénomène...", *loc. cit.*, p. 179. Ahora bien, como indica, se olvida con frecuencia otro de los objetivos del método de coordinación, que consiste en designar el ordenamiento que presenta la vinculación más estrecha con la situación, cuya ley corresponde de una forma más probable a las previsiones de las partes y de los terceros (p. 179).

¹⁷⁵ El reenvío sólo encuentra cabida en un método de coordinación. Para una visión actualizada del reenvío véase, entre otros, PÉREZ VOITURIEZ, A., "El reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada", *RDN*, 1995, pp. 257-337.

¹⁷⁶ En este contexto presenta relevancia la noción de comunidad internacional, que nace tras la SGM y supera la antigua idea de sociedad internacional para poner de relieve la emergencia de valores compartidos. Véase, CARRILLO SALCEDO, J.A., "Influencia de la noción de comunidad internacional en la naturaleza del Derecho internacional público", *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, EUROLEX, Madrid, 2005, pp. 175 y ss.

¹⁷⁷ Para ello, el método comparado presenta una renovada actualidad en el DIPr, alejado ya de los postulados formalistas de las postrimerías del positivismo. Véase, REIMANN, M., "Chapter 42. Comparative Law and Private international Law", REIMANN, M/ZIMMERMANN, R (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006; WIJFFELDS, A., "Le Droit comparé à la recherche d'un nouvel interface entre ordres juridiques", *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 2008, nº 2 y 3, pp. 253 y ss.

¹⁷⁸ Entendido como "cláusula de salvaguardia", permite la "comunicación intercultural" entre ordenamientos y, en concreto, entre sus sistemas de DIPr. Para una concepción del DIPr como *ius communicationis*, véase, en particular, en la doctrina española, SÁNCHEZ LORENZO, S., "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *REDI*, 1994-2, pp. 576 y ss.

¹⁷⁹ Véase en este sentido, MILLS, A., "Towards...", *loc. cit.*, p. 5 (y las obras que cita). En este sentido puede citarse el Proyecto de medidas para la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO*, Serie C, nº 12, de 15 de enero de 2001). Véase de forma extensa, ESTEBAN DE LA ROSA, G., "¿Transformación...", *loc. cit.*, pp. 41 y ss.

¹⁸⁰ Véase, GARDEÑES SANTIAGO, M., "El método de reconocimiento desde la perspectiva del Derecho internacional privado europeo y español", *AEDIPr.*, 2017, pp. 379 y ss.

La actual función del DIPr consiste, por citar un ejemplo, en la salvaguardia del interés del menor, encontrando la fórmula que responda en mayor y mejor medida a este valor vigente en la comunidad internacional y que, como se sabe, se encuentra recogido en el art. 3 del Convenio sobre los Derechos del Niño. El ejemplo de la constitución en España de la adopción de menores procedentes de países en los que se prohíbe, permite apreciar que la función del DIPr no es la mera coordinación de sistemas (ni tampoco la cooperación entre ellos), pues, en este caso, la finalidad última no es procurar que la adopción sea reconocida en el Estado de origen (nacional) del niño, al saberse *a priori* que no lo será¹⁸¹.

Por último, el DIPr no cumple una única función, sino que la diversidad de ámbitos que integran su contenido, la creciente especialización de los ordenamientos, la complejidad que pueden llegar a alcanzar las situaciones privadas internacionales, teñidas por distintos factores (socio-económico, cultural, entre otros), así como su diversificación, permiten pensar en su carácter poli-funcional. Como se ha señalado *supra*, si bien el fin sigue siendo único y compartido con el ordenamiento en su conjunto, su cumplimiento se realiza a través de la realización de distintas funciones, atendiendo al sector del ordenamiento considerado, a los principios que lo inspiran así como a las consideraciones de política-jurídica existentes. Y, en el momento actual, cabe decir que el DIPr se ha transformado en un ámbito poli-funcional, que ya no puede ser contemplado con una mirada reductora en cuanto a su función.

Y, en todo caso, no puede defenderse en el momento actual una postura que niegue la influencia que tiene la normativa sobre derechos humanos en la interpretación del sistema de DIPr, como indica la jurisprudencia cada vez con más frecuencia y se verá de forma más detenida *infra* en relación con concretas cuestiones¹⁸².

¹⁸¹ Se añadió un nuevo apartado 4º, al art. 18 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional (BOE nº 312, de 29 de diciembre), por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 180, de 29 de julio de 2015), conforme al cual: “*en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menos se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública*”. Si bien la nueva regulación tiene como claro objetivo impedir que se constituyan en España adopciones de menores procedentes de países de tradición islámica que mantienen la prohibición de la adopción que recoge el Corán, sigue abierta esta posibilidad en el caso de los menores que hayan sido declarados en situación de desamparo y tutelados por la Administración. Los principales casos se presentan con motivo de los menores de nacionalidad marroquí que son trasladados a España en el marco de figuras de protección existentes en dicho ordenamiento y, en concreto, la *kafala*. De entre la abundante literatura existente, por su particular tratamiento de esta medida de protección en el tráfico hispano-marroquí véase, QUIÑONES ESCÁMEZ, A./RODRÍGUEZ BENOT, A./ZEKRI, H./OUHIDA, J., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Proyecto ADL, Fortalecimiento y modernización de la Administración de justicia de Marruecos, FIIAAP, Madrid, 2009.

¹⁸² Véase, en particular, KINSCH, P., “Droits de l’homme... ”, *loc. cit.*, pp. 9 y ss. Cabe apreciar esta misma evolución en el Derecho internacional hacia su humanización, de tal forma que la persona se erige como principal protagonista de la comunidad internacional. Véase, FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Cívitas, Madrid, 2013, pp. 233 y ss.

V. LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNCIÓN

1. El derecho a la identidad personal: impacto en el ámbito del reconocimiento

A) PRINCIPIO DE CONTINUIDAD TRANSNACIONAL, RECONOCIMIENTO MUTUO Y DERECHOS HUMANOS

El sistema de DIPr ha de estar comprometido con la sociedad, promoviendo los valores que reconocen los textos internacionales y Constituciones de la gran mayoría de los países¹⁸³. Y, entre ellos, destacan, sin duda, los derechos humanos. Cabe decir que tiene lugar un giro de la función del DIPr, que se orienta hacia el logro de los valores compartidos por la comunidad internacional, en particular, tras la SGM, que se manifiesta en cada uno de los sectores (y en las técnicas de reglamentación)¹⁸⁴.

Por lo que se refiere al reconocimiento, cabe apreciar su estrecha vinculación con los derechos humanos, habiéndose convertido dicho ámbito en un vector para su más plena realización (efectividad). Si bien la continuidad no es un criterio ajeno al sistema de DIPr, en el que, como se sabe, es operativo el *favor recognitionis*, dicho “principio de continuidad” expresa un contenido nuevo, al relacionarse de forma directa con la normativa sobre derechos humanos, como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en reiteradas ocasiones.

Esta relación directa queda sentada, en particular, en el *As. Hornsby*, resuelto por la STEDH, de 19 de marzo de 1997 (recurso nº 18357/91, *Hornsby c. Grecia*), que relaciona dicha obligación de reconocimiento inmediato (de plano) de las decisiones extranjeras por las autoridades del foro cuando se trate de situaciones relacionadas con las relaciones personales y familiares, con el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso justo), en la que el Alto Tribunal considera que: “*la ejecución de una decisión o sentencia, de cualquier jurisdicción de que se trate (...) debe considerarse que forma parte integrante del derecho a un proceso justo que establece el art. 6 del CEDH*” (traducción propia)¹⁸⁵.

Y ello porque el derecho a un procedimiento justo estaría privado de sentido si, una vez que se han asegurado las garantías procesales que corresponden a las partes, no se

¹⁸³ Véase, en particular, KINSCH, P., “Droits de l’homme, droits fondamentaux et Droit international privé”, *RdC*, 2005, vol. 318, pp. 9 y ss.

¹⁸⁴ Como señala la doctrina, no puede comprenderse la importancia adquirida por el hombre y la protección del ser humano sin partir de la historia y, en concreto, de las dos guerras mundiales (véase, KAMTO, M., “La volonté de l’État en Droit international”, *RdC*, 2004, vol. 310, p. 315).

¹⁸⁵ También de un concepto amplio de ejecución que mantendría el TEDH, entre otras, en la Sent. de 15 de julio de 2003 (recurso nº 50344, *as. E.R. c. France*, marg. 23) y en la Sent. de 17 de diciembre de 2002 (rec. nº 44963/98, *as. Adouch c. Francia*), relativos a la transcripción de una decisión en el Registro Civil. Véase, MARCHADIER, F., *Les objectifs généraux du droit international privé à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 2007, p. 369 y nota 1318. El texto de las decisiones puede consultarse en el Portal del Tribunal Europeo de Derechos humanos.

reconoce la modificación de la situación jurídica que realiza la sentencia, tal y como señala el párrafo 40 de la citada STEDH, de 19 de marzo de 1997¹⁸⁶.

Si bien esta “nueva” comprensión del sentido o funcionamiento del sector del reconocimiento puede también apreciarse en relación con las transformaciones o evolución que ha experimentado la noción de orden público (como condición), en principio, cabe referirse a la acción de la normativa sobre derechos humanos (Derecho internacional de los derechos humanos) en el ámbito del reconocimiento con carácter general¹⁸⁷. No se trata ya sólo de favorecer la homologación en el foro de las relaciones creadas al amparo de ordenamientos extranjeros conforme a un criterio general de favor, sino que dicha continuidad se ha erigido como un principio jurídico (“principio de continuidad transnacional”), que relaciona directamente el contenido de este sector, sus herramientas y técnicas con la más plena efectividad de los derechos humanos, en la línea de la interpretación realizada por el TEDH¹⁸⁸.

Pueden citarse una pluralidad de decisiones del TEDH en el ámbito del nombre de las personas físicas (entre ellas, la Sentencia de 5 de diciembre de 2013, recurso nº 32265/10)¹⁸⁹, que ponen de relieve que su falta de reconocimiento es incompatible con art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar)¹⁹⁰. Y también en otros

¹⁸⁶ Indica lo que sigue: “*el Art. 6.1 [del CEDH] garantiza a todos el derecho a que un Tribunal conozca cualquier causa relativa a sus derechos y obligaciones civiles; (...) Este derecho sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados signatarios permitieran que una sentencia judicial firme fuese inoperativa en detrimento de una de las partes. No se entendería que el Art. 6.1 describiera con detalle las garantías del procedimiento –equidad, publicidad y celeridad– otorgadas a las partes y que no protegiera la ejecución de las decisiones judiciales; si este artículo se refiriera exclusivamente al acceso al juicio y el desarrollo de la instancia, se correría el riesgo de crear situaciones incompatibles con el principio de la preeminencia del derecho que los Estados contratantes se han comprometido a respetar al ratificar el Convenio*” (traducción propia). Se aporta también como argumento el considerando 5º del CEDH, que hace referencia a la preeminencia del Derecho y a la garantía colectiva de alguno de los derechos enunciados en la DUDH (véase, MARCHADIER, F., *Les objectifs généraux...*, *op. cit.*, pp. 366 y ss).

¹⁸⁷ Véase, en particular, BARATTA, R., “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *AEDIPr*, 2016, pp. 103 y ss. Para la conformación y caracterización del actual Derecho internacional de los derechos humanos véase, FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional...*, *op. cit.*

¹⁸⁸ Véase, en particular, MATSCHER, F., «Le Droit international privé face à la Convention européenne des droits de l’homme», *TCFDIP*, 1996-1997, pp. 211 y ss.

¹⁸⁹ La controversia se cifró en la negativa de la autoridad francesa a rectificar el nombre del menor, nacido en Francia de madre francesa, posteriormente abandonado y reconocido por su padre, de nacionalidad argelina. El menor había sido registrado en Argelia con el nombre Chérif Kismoun, tras el abandono por la madre y el reconocimiento de la paternidad por el padre. En cambio, en Francia constaba con el nombre de Christian Henry y las autoridades francesas consideraban que debía figurar como Christian Chérif Henry Kismoun, agregando el nombre y apellidos con los que constaba en Argelia, al no haberse podido demostrar el abandono de la madre. Véase, entre otros, VETTOREL, A., “La continuità transnazionale dell’identità personale: riflessioni a margine della sentenza Henry Kismoun”, *RDIPP*, 2014-2, p. 354-355 y FRANZINA, P., “Some remarks...”, *loc. cit.*, pp. 609 y ss.

¹⁹⁰ Véase, en particular, VETTOREL, A., “La continuità...”, *loc. cit.*, pp. 342 y ss.

asuntos sobre el Derecho de familia, en los que ha considerado que se ha producido una vulneración del citado art. 8 (*As. Wagner y Negrepointis-Giannisis*, entre otros)¹⁹¹.

En el específico sistema jurídico de la UE, se sugiere la construcción de un “*principio implícito de reconocimiento mutuo de estados civiles y lazos familiares*”, de modo que se cumpla con el respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art. 7 de la Carta de Derechos fundamentales (en adelante, CDF)¹⁹². En este ámbito, cabe observar la penetración del reconocimiento mutuo como principio operativo, al menos, en relación con el nombre y apellidos de una persona, como pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)¹⁹³.

Y, en particular, cabe citar el *As. Ilonka Sayn-Wittgenstein*, resuelto por Sent. de 22 de diciembre de 2010 (as. C-208/09)¹⁹⁴. Si bien el TJUE considera que se justifica por razones de interés general la negativa de la autoridad austriaca de reconocer en Austria

¹⁹¹ En particular, es contraria al citado derecho la negativa del Estado griego a reconocer la adopción del menor por su tío sacerdote de la religión ortodoxa, constituida en el Estado americano de Michigan (*as. Negrepointis-Giannisis v. Greece*, de 3 de mayo de 2011 (nº 56759/08)). La negativa procedía porque la citada adopción es incompatible con el orden público griego, al existir una norma que prohíbe que los sacerdotes lleven a cabo cualquier acto de tipo secular, incluida la adopción. Puede verse también en este mismo sentido, con respecto a la negativa de Luxemburgo a reconocer una adopción constituida en Perú, que se considera por el Alto Tribunal una vulneración del derecho a la vida en familia (*as. Wagner v. Luxemburgo*, de 28 de junio de 2007, nº 76240/01). Véase un comentario de éstos y otros asuntos relacionados con el derecho a la vida en familia y el reconocimiento de decisiones en, FRANZINA, P., “Some remarks on the relevance of Art. 8 of the ECHR to the recognition of the family status judicially created abroad”, *Dir. umani dir. int.*, 2011, vol. 5, pp. 609 y ss. Véase también, AKTYPIS, S., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, de 7 de noviembre de 2013 (nº 29381/09 y 32684/09) (*as. Vallianatos et al. c. Grecia*)”, *JDI*, 2014-3, pp. 990 y ss (violación del art. 8 del CEDH en el caso de la pareja homosexual griega que solicita la realización de un “pacto de vida en común” conforme a la legislación griega).

¹⁹² Véase, BARATTA, R., “Derechos fundamentales...”, *loc. cit.*, p. 119, nota 51.

¹⁹³ Y, en concreto, a la “migración transnacional de las personas” (físicas o jurídicas), en la medida en que este “principio de continuidad transnacional”, que el TJUE aplica al caso del nombre de las personas físicas, también está presente en el de las personas jurídicas. Sin embargo, hay una importante diferencia entre ambos campos, en la medida en que el Derecho de sociedades ha sido objeto de numerosas intervenciones legislativas por las instituciones comunitarias (Directivas de armonización). Por tanto, no se trata de un ámbito exclusivo de la acción normativa de la UE. Por último, está en juego, principalmente, la libertad de establecimiento (y no la libertad de circulación de personas, a diferencia del caso de la movilidad de las personas físicas).

¹⁹⁴ Véase, MANSEL, H.-P., “The impact of the European Union’s prohibition of discrimination and the right of free movement of persons on the Private international Law rules of member States- with comments on the Sayn-Wittgenstein case before the European Court of Justice”, *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven Int. Pub. & Schulthess Verlag, Zürich, 2010, pp. 292 y ss; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nota a la STJUE de 22 de diciembre de 2010, as. C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien”, *REDI*, 2011, vol. LXIII, pp. 235 y ss; CARO GÁNDARA, R., “Libertades UE, reconocimiento y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, as. C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein), y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones del estado civil, de 14 de diciembre de 2010”, *La Ley Unión Europea*, nº 3, abril de 2013, pp. 8 y ss; ORTIZ VIDAL, M.-D., “Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein: una princesa en el Derecho internacional privado”, *CDT*, vol. 3, nº 2, octubre de 2011, p. 314.

la parte del apellido de una persona, de esta nacionalidad, que constituye un título nobiliario (*Fürstin von*), no supone un cambio con respecto a su jurisprudencia anterior, en la que vincula el reconocimiento del nombre y de los apellidos con el derecho a la libertad de circulación y residencia (art. 21 del TFUE)¹⁹⁵.

También hay que mencionar el *As. Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff* (STJUE, de 2 de julio de 2016, as. C-438/14), en el que, del mismo modo que en el caso anterior, el Alto Tribunal considera que existen motivos de orden público para denegar el acceso al RC alemán de los apellidos de la hija del Sr. N.P. Bogendorff von Wolffersdorff., con el nombre de Larissa Xenia Gräfin von Wolffersdorff Freiin von Bogendorff, por la existencia de referencias a títulos nobiliarios (en concreto, Gräfin y Freiin), contraria al principio de igualdad de la Constitución alemana (abolición de los privilegios y prohibición de utilizar títulos nobiliarios o crear la apariencia de un origen nobiliario)¹⁹⁶.

Cabe llamar la atención sobre el hecho de que tanto en el caso García Avello, como en el caso Sayn-Wittgenstein como también en el asunto Bogendorff von Wolffersdorff, se trataba de certificaciones expedidas por el Registro Civil de un Estado miembro, que fueron presentadas por los interesados para solicitar su inscripción en otro¹⁹⁷. Esto es, se trataba de supuestos de transcripción de los nombres y apellidos de una persona inscritos ya en un Estado miembro por las autoridades de otro, lo que entra –de lleno- en el ámbito del derecho a la libertad de circulación de los nacionales de la UE (art. 21 TFUE). Y, por ello, quizás, también ha tenido mayor alcance la regla (principio) del reconocimiento mutuo en el ámbito del nombre de las personas físicas. Lo que no ha sido el caso -hasta el momento- de las parejas registradas, matrimonios o filiación derivada de la gestación por sustitución, entre otras cuestiones relativas a las circunstancias del estado civil (en sentido amplio) de las personas¹⁹⁸.

De otra parte, cabe indicar la vinculación que presenta esta cuestión con los derechos humanos y, en concreto, con el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH), que también destaca el TJUE en los asuntos *supra* citados, en un contexto transnacional (derecho a la continuidad del nombre), que ha reconocido el TEDH en el citado as. Henry Kismoun c. Francia. Por tanto, es una cuestión que se encuentra a caballo entre la regulación dada por el Derecho internacional de los derechos humanos, el DIPr y el ordenamiento de la UE¹⁹⁹. Y, al mismo tiempo, pone de relieve la

¹⁹⁵ En el as. Sayn-Wittgenstein estaba también en juego la libertad de prestación de servicios, porque la interesada había constituido una empresa en Alemania con esta denominación social y se dedicaba a la venta de castillos y mansiones en varios Estados miembros.

¹⁹⁶ Véase extensamente, LARA AGUADO, A., “Reconocimiento sí, *ma non troppo*: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Millennium Derecho internacional privado*, 2016, pp. 1 y ss (*on line*).

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁹⁸ Todos estos serían, sin embargo, ámbitos especialmente adaptados para la aplicación del denominado “método del reconocimiento” a juicio de la doctrina. Véase, GARDENES SANTIAGO, M., “El método del reconocimiento...”, *loc. cit.*, pp. 382 y 399.

¹⁹⁹ Véase, ROSOLILLO, G., “Personal Identity at a Crossroad between Private International Law, International Protection of Human Rights and European Law”, *YPIL*, 2009, Voll. 11, pp. 143 y ss.

importancia que presenta el derecho a la identidad personal y su impacto en el sector del reconocimiento de decisiones, como se verá a continuación.

B) DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL: CONFIGURACIÓN

La noción de identidad nace en las reflexiones que se realizaron en la filosofía clásica, pero ha experimentado una evolución posterior que ha permitido que se haya ido configurando –hasta cierto punto– con el sentido que tiene en la actualidad²⁰⁰. En concreto, desde el campo de la etimología latina, la palabra identidad procede de *idem*, *is-dem* (éste aquí y no otro), que, como indica la doctrina, aparece como un adjetivo o pronombre demostrativo (al igual que en la lengua griega), que identifica algo con precisión, diferenciándolo de otra cosa²⁰¹. A su vez, la idea de identidad parte del hecho de ser responsable (deber responder) por lo que se dice o hace²⁰².

Por tanto, la identidad en el hombre es lo propio de cada uno, no sólo porque el sujeto se apropia de su ser (toma consciencia de sí mismo, de una forma de ser permanente), sino también porque asume sus propios actos²⁰³. Además, cada persona tiene una forma única o propia de ser sujeto, que la distingue de los otros, lo que permite identificarse y que la identifiquen²⁰⁴. Este concepto filosófico también se emplea en el ámbito de la antropología, admitiéndose de forma generalizada que la identidad es lo que permite que alguien se reconozca a sí mismo, esto es, el conjunto de rasgos propios de un individuo y que permiten su identificación, saber quién es²⁰⁵.

En este sentido, hay datos personales que intervienen en la descripción de la propia identidad: un nombre, una fecha de nacimiento y toda una serie de datos que comunican información sobre la propia individualidad. En parte, dicha identidad se adquiere en el momento (usualmente, durante la infancia) en el que la persona es consciente de la diferencia entre el yo y los demás (los otros). Y, de otra parte, se adquiere la identidad por la pertenencia a una familia y a un grupo social. Por último, también es preciso hablar del factor biológico²⁰⁶.

²⁰⁰ Véase, DAROS, W.R., “El problema de la identidad. Sugerencias desde la filosofía clásica”, *Invenio*, 2005, nº 14, pp. 1 y ss).

²⁰¹ En particular, procede de la fórmula latina tardía *identitas*, que sugiere la idea de la misma entidad: *idem entitas*.

²⁰² En este sentido se señala que: “cuando se habla de la “*identidad del sujeto*” se considera -tanto en la mentalidad griega como en la latina- que el sujeto (*subjicere*: yacer debajo o poner debajo) es lo que permanece debajo de los accidentes; pero permanece -al menos en parte, con identidad parcial- siempre igual, de modo que lo que era antes lo es ahora, aunque cambian los accidentes o apariencias” (véase, DAROS, W.R., “El problema de la identidad. Sugerencias desde la filosofía clásica”, *Invenio*, 2005, nº 14, p. 2).

²⁰³ Se indica que “*nuestra identidad está constituida por la forma personal de apropiarnos de la naturaleza humana*” (*ibid.*, p. 7).

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Véase, *Diccionario de antropología, on line*: <http://definicion.mx/identidad-personal/> (27-05-2020). Para el debate en la doctrina filosófica véase, entre otras aportaciones, HEIDEGGER M., *Identidad y Diferencia*, Anthropos, Barcelona 1988, quien reflexiona en una parte de esta obra sobre el “principio de identidad”; y SHOEMAKER S.-SWINBURNE R., *Personal Identity*, Blackwell, Oxford, 1984.

²⁰⁶ Véase, *Diccionario de antropología, on line*: <http://definicion.mx/identidad-personal/> (27-05-2020).

En el campo jurídico, aparece recogida en el art. 8 del Convenio de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño²⁰⁷ y presenta relación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)²⁰⁸. Se ha definido como el derecho a “*ser uno mismo y no otro*”, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones (A. De Cupis)²⁰⁹. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano²¹⁰. Y, de otro lado, se considera que “*implica la incorporación de la persona como sujeto de derechos dentro de un Estado y su acceso a un conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente*”, entendiéndose, a su vez, que constituye la identidad un derecho humano²¹¹.

Por último, como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se conecta con la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo. También cabe considerar que entronca con la noción de personalidad y, en concreto, con el “libre desarrollo de la personalidad”²¹².

²⁰⁷ En concreto, señala que: “1. Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a establecer rápidamente su identidad” (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990).

²⁰⁸ Señala que: “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

²⁰⁹ Véase la cita de A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milán, 1982 (a quienes algunos autores consideran el primer tratadista de la identidad personal como derecho de la personalidad), así como un amplio comentario de su obra en, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires. Astrea, Buenos Aires, 1992, pp 105 y ss. Y para el análisis de otras aportaciones doctrinales que han contribuido a perfilar el deslinde entre el derecho a la identidad personal, en cuanto proyección social de la personalidad, y aquellos relativos a los signos distintivos de la persona (nombre, seudónimo, etc.) véase, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho...*, op. cit., pp. 133 y ss. Vid. también, PINO, G., “Il diritto all’identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali”, *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, Giuffrè, Milán, 2006, t. 1., pp. 257 y ss.

²¹⁰ Como señala la doctrina, la identidad es la mostración del ser humano tal cual es, con el conjunto de sus atributos y limitaciones (véase, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho...*, op. cit., p. 131). Esto es, tiene derecho a ser reconocido como poseedor de una identidad propia e inconfundible, a ser el ser que auténticamente es (S.E. Meléndez García)

²¹¹ Véase, AAVV, *El derecho a la identidad como derecho humano*, UNICEF, IV Encuentro de directores del Registro civil, Identificación y Estadísticas Vitales, México, 2011, p. 15. La Corte de Casación italiana, pionera en sistematizar una doctrina tutelar del derecho a la identidad, se expresó en el sentido de que: “cada sujeto tiene un interés generalmente considerado merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad” (Corte di Cassazione, Sentencia de 22/6/85). Traducción de FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho...*, op. cit., pp 86 y 132 y ss. Como señala la doctrina, el propio Tribunal Supremo italiano delimita lo que significa el derecho a la identidad personal y lo que representa el derecho al nombre. En sustancia, mientras que en el ordenamiento jurídico los signos distintivos, como es, entre otros, el caso del nombre, identifican al sujeto en el plano de la existencia material y de la condición civil y legal, la identidad personal, en cambio, es una fórmula sintética para distinguir al sujeto desde un punto de vista global en la multiplicidad de sus específicas características y manifestaciones (*ibid.*, p. 132).

²¹² Señala la doctrina en este sentido que: “el libre desarrollo de la personalidad es un fin al que se llega a través de unos medios. Y dicha meta sólo puede alcanzarse si se garantiza la existencia de unas

Y ello porque se trata, como indica el Tribunal Supremo italiano en la Sent. de 22 de junio de 1985 n° 3769 (Caso Veronesi), de todos aquellos aspectos que denotan la cabal personalidad del sujeto en su proyección social²¹³. Y, lo que es más importante, tiene relevancia constitucional, al encontrarse comprendido en los arts. 2 y 3 de la Constitución italiana, que garantizan el pleno desarrollo de la personalidad individual y la participación en la organización política y social del país²¹⁴.

En el Derecho español, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se recoge en el art. 10, 1° de la Constitución Española (en adelante, CE) y constituye el aspecto dinámico de la dignidad de la persona²¹⁵. Es también un derecho humano: el “derecho al desarrollo personal”, que comprende el “derecho a la identificación personal” (y la lucha contra las humillaciones)²¹⁶. Por todo ello y a modo de corolario, cabe decir que la identidad primaria es la identidad como seres humanos y, por tanto, es la propia persona

*condiciones (políticas, económicas, culturales y sociales) capaces de permitir la manifestación externa de todas aquellas cualidades inherentes a la peculiar idiosincrasia de cada individuo” [véase, ESPINAR VICENTE, J. M^a, “Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social”, GARCÍA SAN MIGUEL, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Serv. Publ. Univ. de Alcalá de Henares, 1995, p. 63].*

²¹³ Puede verse el texto de la sentencia en la página oficial de la Corte: <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>. También está publicado en, *Foro Italiano*, 1985, I, p. 2211. En concreto, lo define de la siguiente manera: “*ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale e particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, deologico, professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale*”. Y continúa señalando que: “*mentre i segni distintivi (nome, pseudonimo, ecc.) identificano, nell'attuale ordinamento, il soggetto sul piano dell'esistenza materiale e della condizione civile e legale e l'immagine evoca le mere sembianze fisiche della persona, l'identità rappresenta, invece, una formula sintetica per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni (moralì, sociali, politiche, intellettuali, professionali, ecc.), cioè per esprimere la concreta ed effettiva personalità individuale del soggetto quale si è venuta solidificando od appariva destinata, in base a circostanze univoche, a solidificarsi nella vita di relazione Perciò fra il diritto al nome (e agli altri segni distintivi) così come risulta disegnato dagli artt. 6 e 7 cod. civ. e viene inteso tradizionalmente dalla giurisprudenza e dalla dottrina ed il diritto all'identità, così come questo ormai viene configurato, ricorre una certa correlazione, ma nulla di più: non ricorre, cioè, né un rapporto di immedesimazione né un rapporto di comprensione dell'una figura rispetto all'altra*”.

²¹⁴ Tal y como precisó la sentencia de la Corte de Casación italiana, de 7 de febrero de 1996, n° 978 (*Cass. civ. sez. I*), publicada en *DInf*, 1997, 116. También puede consultarse *on line* en el sitio web de la Corte. Esta sentencia concreta y precisa algunos aspectos de la anterior. Véase un amplio comentario de ambas, con aspectos críticos en, PINO, G., “Il diritto all'identità personale...”, *loc. cit.*, pp. 257 y ss.

²¹⁵ Como señala la doctrina, la noción de “personalidad” tiene un sentido moral y no jurídico, “*puesto que se refiere a todas las diversas modalidades de acción y de pensamiento que la persona hace suyas y que constituyen la manifestación de su existencia, de su ser en el mundo como individualidad personal*” (véase, ROBLES MORCHÓN, G., “El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE)” en, L. GARCÍA SAN MIGUEL (coord.): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Univ. Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 48).

²¹⁶ Véase extensamente, MARCHADIER, F., *Les objectifs généraux...*, *op. cit.*, pp. 302 y ss.

y está directamente relacionada con la dignidad²¹⁷. Esto es, por los atributos que caracterizan dicha identidad primaria y, en su caso, se diferencia de la identidad personal y de la identidad cultural.

C) DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y CONTINUIDAD ESPACIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE ESTADO CIVIL

Interesa, por ello, de forma específica al DIPr la identidad personal, que presupone la primaria (que tenemos todos por el hecho de ser persona), conformada por un conjunto de atributos, debiendo plantearse cuáles son tales atributos (p.ej., nombre, estado civil, filiación)²¹⁸. Los atributos de la citada identidad personal que se encuentren directamente relacionados con la identidad primaria (de toda persona por el sólo hecho de serlo) forman parte del derecho (fundamental) al libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, su reconocimiento en el foro ha de tener lugar necesariamente, pero no sólo a efectos de prueba, relacionado -de otro lado- con el derecho a la vida en familia.

En la medida en que la dignidad está proclamada y tutelada por el ordenamiento, como no puede ser de otro modo, al ser la persona humana misma, el DIPr ha de tener como función la promoción de la persona (y, en concreto, de sus derechos como tal) y, en particular, a través del empleo de un régimen liberal para el reconocimiento de las relaciones constituidas en el extranjero, para la mayor efectividad de sus derechos humanos, en especial, de los recogidos en la CDF de la UE²¹⁹, así como en el catálogo de derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales (CEDH, entre otros).

La citada CDF ha recibido, como se sabe, plena eficacia jurídica tras la adopción del Tratado de Lisboa (en adelante, TF) (Protocolo nº 30). De otro lado, cabe citar el art. 3, 2º del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), que señala que: “*la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*”.

²¹⁷ Por último, la idea de dignidad, que recoge el art. 10, 1º de la CE, no se considera, propiamente, un derecho de la persona, sino que expresa la idea de que ésta tiene valor en sí misma, excluyendo cualquier criterio utilitarista [véase, ROBLES MORCHÓN, G., “El libre desarrollo...”, *loc. cit.*, p. 46]. Por ello, “*la dignidad de la persona no puede querer decir otra cosa que la dignidad del ser humano*” (p. 48).

²¹⁸ En el campo del DIPr el tema de la identidad personal se ha tratado recogiendo, tan sólo, uno de estos rasgos, en concreto, el nombre y los apellidos de las personas físicas (véase, ROSOLILLO, G., *Identità personale e Diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 2009). Sin embargo, no se considera que este único aspecto agote la identificación de una persona, “*que es el resultado de un conjunto de elementos dinámicos y estáticos, que conducen a la determinación de la identidad personal*” (véase, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 131).

²¹⁹ Véase, KINSCH, P., “Recognition in the Forum of a Status Acquired abroad-Private International Law Rules and European Human Rights Law”, K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven Int. Publishing & Schulthess Verlag, Zürich 2010, pp. 259 y ss.

Por tanto, no sólo se trata de que esté en juego una libertad principal del ordenamiento comunitario, la libertad de circulación de personas, sino que, incluso, por encima de ella, se encuentra la efectividad de los derechos humanos y, en particular, del derecho a la vida en familia (art. 8 del CEDH), aunque no solo. Por ello, cabe afirmar que la jurisprudencia del TEDH en interpretación, entre otros, del “derecho a la vida en familia”, supera incluso la posibilidad que abre el TJUE en relación con la continuidad espacial de las circunstancias del estado civil (por la vía de la interpretación expansiva del derecho a la libertad de circulación). De otro lado, en los supuestos indicados *supra* (parejas registradas, matrimonios o filiación), lo que está en juego es la propia identidad de la persona, debiendo diferenciarse entre la identidad primaria, personal y cultural²²⁰.

Por último, queda claro, en todo caso, que la libertad de circulación de personas no es efectiva si la persona no puede ser identificada (sus circunstancias personales y familiares) en el Estado comunitario al que se desplaza, pero no sólo a efectos probatorios (demostrar la existencia de una concreta relación de Derecho de familia), sino para atribuir a dicha relación los efectos jurídicos que tiene conforme al ordenamiento (y autoridad) que la ha configurado²²¹. En este sentido, podría decirse – como indica la doctrina – que estamos ante una nueva senda orientada hacia los problemas del ciudadano europeo como persona, en sus relaciones en el interior de la UE²²².

Dicha nueva senda consiste, quizás, en el reconocimiento mutuo de las relaciones o circunstancias de estado civil de la persona, que conforman su identidad como tal, que han sido configuradas en el Estado de origen, según su propio ordenamiento (y por sus autoridades)²²³. Pero no sólo en el interior del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, como se ha señalado *supra*.

²²⁰ Véase, RAMÍREZ GOICOECHEA, E., *Etnicidad, identidad y migraciones. Teorías, conceptos y experiencias*, Ed. univ. Ramón Areces, Madrid, 2007.

²²¹ Tal y como ya ha reconocido el TJUE en otros casos, entre los que debe citarse, muy en especial, el as. C-336/94; Eftalia Dafeki v. *Landesversicherungsanstalt Württemberg* (Sent. de 2 de diciembre de 1997).

²²² En concreto, considera M. Guzmán Zapater que el TL conlleva como principal innovación en relación con la construcción europea el hecho de haber situado el centro del proyecto en el ciudadano como persona y no ya como agente económico, siendo uno de los vectores que han alumbrado el TL (véase, “La libre circulación de documentos públicos...”, *loc. cit.*, p. 93; *id.*, “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación”, *RGDE*, 2010, nº 21, p. 5). Lo que puede apreciarse, como señala la citada autora, en la expresión de los valores distintos de los económicos que recoge el art. 3, 2º del TUE, citado *supra*.

²²³ Ahora bien, como puede apreciarse, pese al nuevo alcance que se ha querido dar a la cooperación judicial civil transfronteriza como “marco jurídico orientado a velar por los problemas derivados de la dimensión más privada de de la vida de las personas en el ámbito europeo” (M. Guzmán Zapater), se sigue avanzando más hacia la consecución de mayores cotas de integración (no ya sólo económica) por la vía de la libertad de circulación de personas, tras la entrada en vigor del TL. Como señala A. del Valle Gálvez, el TL ha construido una nueva noción de “Espacio público” (Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), en el que la libertad de circulación de las personas debería quedar garantizada “en condiciones aceptables de seguridad política y jurídica” (véase, “Espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa”, *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), Jornadas de la AEPDIRI, Madrid, 17 y 18 de diciembre de 2007, Iustel, 2008, p. 419).

En todo caso, de la jurisprudencia del TEDH puede apreciarse que la interpretación del CEDH permite alcanzar mayores cotas en orden al reconocimiento (y garantía) de los derechos humanos que la propia libertad de circulación de personas (sin que deba minusvalorarse la labor que realiza el TJUE)²²⁴. En tales casos, el correctivo del orden público juega un papel distinto y nuevo, si se interpreta conforme a la citada jurisprudencia del TEDH en los casos *supra* citados, en los que ha considerado que ha tenido lugar una violación del art. 8 del CEDH (derecho a la vida en familia)²²⁵ y también del art. 6²²⁶.

²²⁴ Véase, KINSCH, P., “Droits de l’homme, droits fondamentaux et Droit international privé”, *RdC*, 2005, vol. 318, pp. 9 y ss; MATSCHER, F., “Le Droit international privé face à la Convention européenne des droits de l’homme”, *TCFDIP*, 1996-1997, pp. 211 y ss. No debe olvidarse la plena eficacia jurídica que tiene en el momento actual la CDF de la UE (tras la entrada en vigor del TL), a pesar de la fracasada adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Véase, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, febrero de 2014, nº 23, pp. 40 y ss.

²²⁵ También constituye una violación del derecho a la vida en familia la falta de reconocimiento protección de una unión del mismo sexo. En concreto, el TEDH, en Sent. de 21 de octubre de 2015 (as. Oliari y otros c. Italia) considera que el Gobierno de Italia ha sobrepasado su margen de apreciación y fallado en el cumplimiento de su obligación positiva de asegurar que los demandantes hayan tenido un marco legal específico que permita el reconocimiento y la protección de su unión del mismo sexo (margs. 185-187).

²²⁶ En sentido parecido, considera la doctrina que la noción de orden público ha de ser construida de forma estricta (véase, BARATTA, R., “La reconnaissance internationale...”, *loc. cit.*, p. 10), tal y como lo ha venido haciendo el TJUE en relación con los límites que cabe establecer a la libertad de circulación de personas por esta vía. Véase, entre otros, el As. 30/70 (Regina v. Boucherau). En concreto, señala el Alto Tribunal que la noción de orden público debe suponer una amenaza genuina y suficientemente seria que afecte uno de los intereses fundamentales de la sociedad (1977) y el as. Olazabal, de 26 de noviembre de 2002 (comentado por CHALTIEL, F., “L’ordre public devant la Cour de Justice des Communautés européennes. À propos de l’arrêt Olazabal du 26 novembre 2002”, *Rev. marché comm.*, 2003, nº 465, pp. 120 y ss). En todo caso, el principio del reconocimiento mutuo (principio de equivalencia o de paralelismo funcional) no excluye la diversidad, sino que, por el contrario, constituye en sí mismo una expresión del reconocimiento del otro (véase, MATTERA, A., “La reconnaissance mutuelle...”, *loc. cit.*, p. 387). De otro lado, por muy divergentes que sean las modalidades de realización de los derechos fundamentales entre los Estados de la UE, se avanza hacia la universalidad de los valores, en especial, tras la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales por el TL (véase, SÁNCHEZ LORENZO, S., “Derechos fundamentales y libertades de circulación a la sombra de una Constitución para Europa. Comentario a la Sent. del TJCE (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2004 (as. C-36/02: Omega)”, *ReDCE*, nº 5, Enero-Junio de 2006, p. 391). Ello conduciría, p.ej, a impedir el empleo de la noción de orden público (o la existencia de un interés general por el país de destino) en relación con el reconocimiento (en un país miembro de la UE) del estatus de hijo adquirido en Grecia por una persona, nacida tras la realización de un contrato de gestación subrogada, en relación con sus progenitores comitentes. Si bien puede llamar la atención el empleo del orden público (tradicional en el campo del DIPr) como noción equivalente a la de interés general (interés público) utilizada, como se sabe, por el TJUE en el ámbito de las libertades comunitarias, no faltan autorizadas voces que consideran que la excepción de orden público está incorporada en las libertades y no cumple un papel independiente. Véase, BALLARINO, T./UBERTAZZI, B., “On Avello and others. A new Departure in the Conflict of Laws?”, *YPIL*, 2004, vol. VI, p. 128 (quienes siguen a FUMAGALLI, L., “EC Private International Law and the Public Policy Exception”, *YPIL*, 2004, vol. 6 (esp. punto III); KARYDIS, G., “L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, pp. 1 y ss. De otra parte, esta interpretación enlaza con la concepción personalista de la ciencia del DIPr, que se orienta hacia la protección del hombre en cuando persona y hacia la más plena protección de su dignidad como tal. Por último, para una consideración acerca del significado de principio de equivalencia en DIPr véase,

Así, cabe decir que el “principio de continuidad transnacional” (principio jurídico) tiene una función interpretativa del entero sector del reconocimiento en el momento actual, dado el protagonismo que ha alcanzado, no sólo el respeto, sino la promoción y plena efectividad de los derechos humanos en el contexto de la sociedad internacional, en la que ha emergido con fuerza (en especial, tras la SGM) la noción de derechos que corresponden a todas las personas por el sólo hecho de serlo (dignidad)²²⁷. De ahí que deban ser remodelados los requisitos que exigen los sistemas de DIPr en relación con la homologación de las circunstancias personales y familiares de los individuos en un contexto internacional para la salvaguardia de tales derechos humanos, evitando contradicciones con la necesidad individual de poseer un “único estatuto familiar” en los diferentes Estados²²⁸.

Y, en particular cuando está en juego el interés superior del menor, como ha quedado patente en los asuntos resueltos por el TEDH en relación con los casos planteados (en interpretación del derecho a la vida en familia que recoge el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos) sobre reconocimiento de la filiación resultante de los contratos de gestación subrogada (STEDH de 26 de junio de 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*); STEDH, de 26 de junio de 2014, as. 65941/11, *Labasee vs. Francia*; STEDH, de 27 de enero de 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*)²²⁹.

2. Globalización y litigios civiles transnacionales sobre derechos humanos (*Transnational Human Rights civil Litigation*)

Una muestra del impacto de los derechos humanos en el sistema de DIPr ha consistido en cuestionar las respuestas tradicionales que ofrece ante los atentados a la dignidad de la persona que tienen lugar en el extranjero en las actuales situaciones privadas globalizadas. Como es sabido, la relativa pérdida (o, mejor, independencia) política y

GAUDEMET-TALLON, H., “De nouvelles fonctions pour l’équivalence en droit international privé?”, *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 303 y ss.

²²⁷ Cabe recordar que los instrumentos más importantes en el ámbito de los derechos humanos vigentes han nacido después de la SGM, en particular, la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, así como los Pactos sobre derechos civiles y políticos, de un lado y, sociales, económicos y culturales, de otro, ambos de 1966. Véase, en particular, FORTEAU, M., “L’ordre public transnational ou réellement international: l’ordre public face à l’enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public”, *JDI*, 2011, pp. 3 y ss.

²²⁸ Véase, BARATTA, R., “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *AEDIPr*, 2016, pp. 120 y 124. Y, en concreto, señala R. Baratta que las críticas relacionadas con la posibilidad eventual de considerar la existencia de fraude en DIPr, al buscar de propósito (los particulares) acudir a una instancia extranjera para lograr un resultado que puedan invocar, posteriormente, ante las autoridades de foro, debe ser degradada, al confrontarse con la obligación de preservar los derechos humanos (p. 121).

²²⁹ *Ibid.*, p. 121. Véase, entre otras aportaciones, FULCHIRON, H., BIDAUD-GARON, C., “Reconnaissance ou reconstruction? Á propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassé, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droit de l’homme », *RCDIP*, 2015, pp. 1 y ss ; FULCHIRON, H. / GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “L’ordre public international à l’épreuve des droits de l’enfant: non a la GPA internationale, oui à l’intégration de l’enfant dans sa famille. Á propos de la décision du Tribunal Supremo espagnol du 6 février 2014”, *RCDIP*, 2014-3, pp. 531 y ss.

económica del Estado puede observarse a través de varios fenómenos: el supranacionalismo (que incluye la globalización), la regionalización o nacionalismo y el amplio reconocimiento de los derechos humanos²³⁰. Si bien contribuyen a que se desdibuje el Estado, no significa que la referencia estatal vaya a quedar sustituida, sino que es previsible que el Estado mantenga la soberanía para tomar las decisiones políticas, de organización interna y de identidad²³¹.

En este marco, frente a las clásicas situaciones privadas internacionales que ponen en contacto dos o más referencias estatales, las “situaciones privadas globalizadas” se ubican en un contexto presidido por la construcción de un “mercado global” y, por tanto, único²³². Así, el espacio y el tiempo son unidades de medida que tienden a desaparecer en un comercio cada vez más globalizado: el espacio, porque en el ámbito comercial desaparecen las fronteras geopolíticas de los Estados y en el ámbito temporal, se reducen en gran medida los costes de tiempo que supone la realización de una actividad²³³.

Globalización significa interdependencia entre actores y tendencias de los campos económicos, políticos, militares, culturales y sociales²³⁴. Por tanto, las situaciones privadas globalizadas presuponen la existencia del elemento internacional en un sentido tradicional, pero tal “nueva” internacionalidad ha de ser abordada desde una perspectiva distinta cuando se trata de dar respuesta a una concreta situación privada, al estar presidida por esta idea de mercado global. Las libertades de circulación de todos los factores de producción pueden estar condicionando, en gran medida, tales relaciones internacionales.

Como se ha señalado, se avanza desde una situación de “comercio inter-nacional” a otra de “comercio inter-empresarial”, dibujado por las empresas y las relaciones que entablan entre ellas con la finalidad de maximizar los beneficios y ahorrar costes de producción, deslocalizándose -para ello- los procesos de dirección, gestión y fabricación²³⁵.

²³⁰ Véase, AGUIRRE, M., *Los días del futuro*, Icaria, Barcelona, 1995, pp. 28 y ss; y pp. 39 y ss.

²³¹ *Ibid.*, p. 30.

²³² Este mercado global sería factible como consecuencia de los actuales desarrollos tecnológicos y de las comunicaciones, que hacen que el tiempo y el espacio hayan desaparecido como referentes ineludibles de las relaciones comerciales, financieras, etc. en beneficio del libre comercio y de la competencia en un mercado global de bienes, servicios, capitales y trabajadores. Véase, en particular, BOUZA VIDAL, N., “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, XXIII Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, Iustel, Madrid, 2010, pp. 283 y ss.

²³³ Como se ha señalado, las barreras naturales de tiempo y espacio entre los países son cada vez menores (véase, DE LA DEHESA, G., *Comprender la globalización*, Alianza Ed., Madrid, 2000, p. 22).

²³⁴ Véase, AGUIRRE, M., *Los días del futuro. La sociedad internacional en la era de la globalización*, Icaria, Barcelona, 1995, p. 52. Sobre las teorías de la interdependencia global véase, TORTOSA, J. M^a, *Sociología del sistema mundial*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 17-27.

²³⁵ Véase, AGUIRRE, M., *Los días del futuro....., op. cit.*, p. 53. En este sentido, no estaríamos en presencia de un mercado mundial en sentido estricto sino de un comercio exterior de empresas de base nacional diferenciada. Se asiste a una situación en la que predominaba el comercio inter-nacional y la futura en la que existirá únicamente el comercio inter-empresarial a nivel mundial [véase, VIDAL

En todo caso, el modo en que tales situaciones globalizadas pueden exigir respuestas diferentes ha de pasar por la correcta valoración de los siguientes presupuestos: en primer lugar, la relativa pérdida de protagonismo del Estado, al no ser (ya) capaz de evitar ni de comprender por sí solo estos fenómenos, sino que los alienta (porque también se beneficia de ellos) y no puede darles respuesta de una forma aislada. Y, en segundo extremo, la existencia de un espacio nuevo en el que se desenvuelven tales relaciones internacionales, que están afectadas por la existencia de una economía globalizada²³⁶.

Ante este fenómeno de globalización se ha sugerido que el DIPr tiene que proponer respuestas distintas. Existe coincidencia a la hora de entender que tales respuestas deben conceder mayor protagonismo al individuo a través de la extensión de la autonomía de la voluntad, que ha de penetrar en todos los ámbitos del DIPr²³⁷. Sin embargo, la globalización supone, al mismo tiempo, la pérdida de protagonismo de los Estados, de tal forma que pierden sus funciones tradicionales de protección de las personas que están bajo su jurisdicción, como consecuencia de la pérdida de control de estos procesos macroeconómicos de globalización.

Si el razonamiento se hace desde esta perspectiva, cabe entender que la "lucha" del individuo contra este macro-proceso no debe producirse a través de la concesión de un mayor margen de actuación, sino que el DIPr debe buscar el modo a través del cual el individuo pueda enfrentarse, junto al Estado, a este proceso de mundialización de la economía, neoliberalismo y desregulación. Por todo ello, no cabe decir que la globalización suponga el resurgimiento del individuo, capaz de enfrentarse a todo de manera individual. Por el contrario, puede actuar, en la medida en que esté dotado de los mecanismos de tutela que el ordenamiento le reconoce, pero sólo por este motivo, como se ha evidenciado en los casos de las denominadas *Transnational Human Rights Claims*²³⁸.

Y, en particular, a través del empleo de métodos y herramientas que permitan la mayor protección de sus derechos como persona (dignidad). Aparece de nuevo la idea de mayor efectividad de los derechos humanos, relacionada, de otro lado, con una de las actuales funciones que ha de cumplir el sistema de DIPr. Y, en concreto, su tutela frente a las prácticas empresariales lesivas de los derechos humanos, que conduce a tratar el

VILLA, J.M^a, "Mundialización de la economía versus Estado centralizado", C. BERZOSA (ed.), *La economía mundial*, Icaria, Barcelona, 1994, p. 79].

²³⁶ Este presupuesto modula también una de las tradicionales referencias de las situaciones privadas internacionales (la conexión con el territorio de determinado Estado), como consecuencia de que este "nuevo" espacio es, sencillamente, mundial.

²³⁷ Véase, entre otros, BASEDOW, J., "The effects of globalization on Private international law", J. Basedow/T. Kono (eds.): *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International, Boston, 2000, p. 8; JAYME, E., "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalization", *RdC*, 2000, tomo 282, p. 37; SÁNCHEZ LORENZO, S., "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", *RFDUG*, 2001, pp. 207-230..

²³⁸ Véase, REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil (Transnational Human Rights Claims)*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

tema de los litigios civiles transnacionales sobre derechos humanos (*Transnational Human Rights civil Litigation* o también *transnational human rights litigation*)²³⁹.

Plantean básicamente la cuestión de buscar cuáles son las “*fórmulas idóneas para dar satisfacción a las víctimas de violaciones de derechos humanos*” en una sociedad global, que también conduce a una “interdependencia moral”²⁴⁰. Y en la que las violaciones de los derechos humanos tienen lugar en terceros países, en los que ni existe un sistema judicial desarrollado que permita una adecuada reparación del daño ocasionado por las citadas empresas, ni tampoco una normativa que prevea mecanismos de reparación²⁴¹.

El As. *Kiobel versus Royal Dutch Petroleum*, resuelto por la *Supreme Court* de EEUU el 17 de abril de 2013, plantea la principal cuestión que se suscita en estos casos, que consiste en la posibilidad de obtener una reparación por las autoridades de un Estado, en aplicación de su regulación en el ámbito de los derechos humanos en relación con violaciones que tienen lugar fuera de su territorio²⁴². En todo caso, se trata de una materia pluri e interdisciplinar, al haberse demostrado que los expedientes jurídico-privados no son suficientes para llevar a cabo “*esta particular lucha por los derechos vitales*” (M. Requejo).

3. Recurso cada vez más frecuente al *forum necessitatis*: caracterización en los instrumentos comunitarios

Otro ejemplo del impacto de la normativa sobre derechos humanos en el sistema de DIPr puede apreciarse en la regulación europea de la competencia internacional, en particular, en la paulatina inclusión del *forum necessitatis* como mecanismo para evitar la denegación de justicia que tendría lugar para el caso de que, tratándose de la

²³⁹ Véase, ZAMORA CABOT, F. J., “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto”, N. BOUZA, C. GARCÍA, A. J. RODRIGO (dirs.), P. ABARCA (coord.), *La gobernanza del interés público global*. XXV Jornadas de la AEPDIRI, Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013, pp. 744 y ss; *id.* “Casos recientes de aplicación del *Alien Tort Claims Act* (ATCA) of 1789 respecto de las corporaciones multinacionales”, *Pacis Artes. Libro Homenaje al Prof. J.D. González Campos*, vol. II, Edifer, Madrid, 2005, pp. 1837 y ss; *id.*, ZAMORA CABOT, F. J., “Una luz en el corazón de las tinieblas: el *Alien Tort Claim Act* of 1789 (ATCA) de los Estados Unidos”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional, Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Univ. De Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 1381 y ss; *id.* “Los derechos fundamentales en clave del *Alien Tort Claims Act* de 1789 de los EEUU y su aplicación a las corporaciones internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, Univ. del País Vasco, 2007, pp. 335 y ss.

²⁴⁰ Véase, REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves...*, *op. cit.*, pp. 20 y 23.

²⁴¹ Véase, REQUEJO ISIDRO, M., “Access to Remedy. Abusos contra derechos humanos en los terceros Estados, ¿Justicia civil en Europa?”, ZAMORA CABOT, F. J./ GARCÍA CÍVICO/ SALES PALLARÉS, L. (eds.), *La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos*, Univ. de Alcalá, Defensor del Pueblo, Madrid, 2013, pp. 125 y ss.

²⁴² Se recoge el texto completo de la sentencia en, https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf. Véase extensamente, ZAMORA CABOT, F. J., “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto”, N. BOUZA, C. GARCÍA, A. J. RODRIGO (dirs.), P. ABARCA (coord.), *La gobernanza del interés público global*. XXV. Jornadas de la AEPDIRI, Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 744 y ss.

competencia de autoridades de terceros Estados, éstas no la asumieran (al no preverlo sus regímenes de DIPr); y siempre que sea estrecha la relación del supuesto con las autoridades comunitarias (del foro)²⁴³. Cabe mencionar que dicho criterio también se ha incorporado de forma expresa en el ordenamiento español tras la reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la Ley 7/2015 (art. 22 *octies*, 3º, apartado 2º)²⁴⁴.

Este criterio expresa la vinculación del sistema de DIPr con la normativa sobre derechos humanos, que preside su construcción en el momento actual²⁴⁵. En concreto, se trata de la incidencia del “derecho a la tutela judicial efectiva”, que comprende la prevención de la denegación de justicia, que podría tener lugar para el caso en el que ninguna autoridad judicial (de un tercer Estado) se declarase competente para el conocimiento de un concreto supuesto²⁴⁶.

Si bien no es un criterio de competencia nuevo en el sistema español de DIPr, al tener su anclaje directo en el art. 24 de la CE –como destaca la doctrina²⁴⁷–, su empleo en los instrumentos comunitarios presenta cierta novedad, en especial, en un contexto de cambio o transformación del sentido de tales textos, en particular, tras la entrada en vigor del Reglamento 4/2009²⁴⁸. De otro lado, dicho cambio o transformación también

²⁴³ Véase, con carácter general, CORBION, L., *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, Marseille, 2004. Para una caracterización del citado *forum necessitatis* en los recientes instrumentos comunitarios, véase, BIAGIONI, G., “Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nell spazio giudiziario europeo”, *CDT*, 2012, vol. 4, nº 1, pp. 20 y ss; ROSOLILLO, G., “Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nell Diritto internazionale privato nazionalee dell’Unione Europea”, *CDT*, 2010, vol. 2, nº 1, pp. 403 y ss.

²⁴⁴ *BOE* nº 174, de 22 de julio. Véase, ARENAS GARCÍA, R., “Tiempo y valores esenciales del DIPr”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cívitas, Pamplona, 2020, pp. 156-157.

²⁴⁵ El *forum necessitatis* se recogió en la propuesta de revisión del Reglamento 44/2001 y del Reglamento 2201/2003. Véase, Libro verde sobre la revisión del Reglamento 44/2001 del Consejo, sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial, de 21 de abril de 2009, publicado en Documentos COM(2009), 175 final; y en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo que modifica el Reglamento 2201/2003, limitada a la competencia judicial y que introduce normas sobre el Derecho aplicable a la materia matrimonial, publicada en Documentos COM(2006) 0399 (*DO* Serie C-15/E, de 21 de octubre de 2008, p. 128). Se emplea, entre otros, en el Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012 (art. 11), en el Reglamento 2016/1103, de 24 de junio (art. 11) y en el Reglamento 2016/1004, de 24 de junio (art. 11). Ahora bien, dicho foro no sólo tiene cabida en los citados instrumentos, sino que se propone también para que los Estados intervengan a modo de *actio popularis* (acción pública en defensa de un interés público) en defensa de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, dada la creciente impunidad de la que parecen gozar, en particular, las empresas multinacionales. Véase, MARULLO, M.C., “La lucha contra la impunidad: el foro necessitatis”, *InDret*, 2015, pp. 1 y ss.

²⁴⁶ Véase, BIAGIONI, G., “Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nell spazio giudiziario europeo”, *CDT*, 2012, vol. 4, nº 1, p. 35.

²⁴⁷ Véase, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Cívitas, Madrid, 2018, pp. 108 y ss. Véase también RÉTORNAZ, V./VOLDERS, B., “Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif ”, *RCDIP*, 2008, pp. 225 y ss.

²⁴⁸ Véase, en este sentido, BIAGIONI, G., “Alcuni caratteri generali...”, *loc. cit.*, pp. 26 y ss.

se relaciona con la progresiva extensión del ámbito de aplicación *ratione personae* de los instrumentos europeos, como sucede en el caso del texto sobre alimentos²⁴⁹.

En concreto, su art. 7 señala: “*Forum necessitatis*.- cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos 3, 4, 5 y 6, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer de un litigio, si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación. El litigio debe guardar una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él”²⁵⁰.

Como se ha señalado *supra*, dicho foro no es nuevo, sino que el *forum necessitatis* encuentra su origen en exigencias de tutela de los derechos fundamentales del individuo y representa la consecuencia del carácter unilateral de las normas nacionales sobre competencia internacional (que pueden ocasionar conflictos negativos de competencia)²⁵¹. Y, de ahí que el citado foro no suponga o conlleve algo distinto de la interpretación amplia o extensiva de los criterios de competencia internacional para el logro de este mismo objetivo: la tutela judicial efectiva²⁵².

Ha encontrado acogida en el ámbito del “sistema europeo de DIPr” (de carácter aún fragmentario)²⁵³, al haberse creado (o tratar de hacerlo a través del diseño de reglas uniformes sobre competencia internacional) un Espacio europeo de Justicia, que funcionaría como una unidad en relación con terceros Estados²⁵⁴. De otro lado, tras el *forum necessitatis* no sólo existe un imperativo de tutela judicial efectiva, esto es, el reconocimiento del “derecho humano de acceso a la justicia” o, considerado en su

²⁴⁹ Para la propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I, en la que se recogía la posibilidad de incluir el *forum necessitatis*, con relación también con su aplicación a los demandados nacionales de terceros Estados véase, POCAR, F., “Access to justice and European Rules on Jurisdiction”, FORNER DELAYGUA, J.J./GONZÁLEZ BEILFUS, C./VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 743 y ss.

²⁵⁰ Como se señala, las dos nociones clave en la configuración de este foro en los ordenamientos nacionales (desde una perspectiva comparada) son la imposibilidad de actuar en el extranjero (imposibilidad legal) y la dificultad de hacerlo (imposibilidad de hecho) (véase, RÉTORNAZ, V./VOLDERS, B., “Le for de nécessité... », *loc. cit.*, pp. 241 y ss), que también cabe apreciar en el caso del citado art. 7 del Reglamento 4/2009.

²⁵¹ Véase, ROSOLILLO, G., “Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nell Diritto internazionale privato nazionalee dell’Unione Europea”, *CDT*, 2010, vol. 2, nº 1, p. 404, quien sigue a CORBION, L., *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, Marseille, 2004, p. 189.

²⁵² Véase, ROSOLILLO, G., “Forum necessitatis...”, *loc. cit.*, p. 411.

²⁵³ Se ha señalado que este carácter fragmentario podría estar relacionado con la falta de una plena relación entre el objetito de la progresiva implantación del reconocimiento mutuo en el Espacio europeo de justicia, con los criterios o foros de competencia internacional, que habrían quedado en un segundo plano en relación con el citado objetivo (véase, BIAGIONI, G., “Alcuni caratteri generali...”, *loc. cit.*, pp. 26 y ss).

²⁵⁴ Por ello, tales reglas de competencia (uniformes), que –por otro lado- ya incluyen todos los casos y no sólo los relacionados o vinculación con el citado espacio comunitario- vuelven a recuperar el carácter unilateral y atributivo de competencia a las autoridades judiciales, en esta ocasión, a las autoridades de los Estados parte de la UE en sus relaciones con terceros Estados.

vertiente negativa, de prevención de denegación de justicia, sino que también están presentes intereses materiales que el foro trata de tutelar²⁵⁵.

Dicho cambio de sentido u orientación, al que se ha hecho referencia *supra*, se cifra en el hecho de que el Reglamento 4/2009 constituye el primer instrumento en el que puede apreciarse la existencia de un auténtico sistema de reglas sobre CJI (“sistema completo de foros de competencia”), por dos circunstancias. De un lado, no cuenta con un indicador espacial que delimite su aplicación sólo a las situaciones vinculadas con el mercado interior y, por tanto, se aplica por las autoridades europeas en todos los casos (ampliándose de este modo la potestad jurisdiccional de las autoridades judiciales de los Estados parte, al aceptar que puedan decidir acerca de controversias que no están significativamente localizadas en el territorio del foro)²⁵⁶.

De otro, este efecto (ampliación de la competencia de las autoridades judiciales de los Estados miembros) es funcional a la realización de otro objetivo, que recoge el art. 47 de la CDF: el “derecho de acceso a la justicia” y que menciona el Reglamento 4/2009 en el cdo. 16²⁵⁷. Por ello, en este marco se explica que el Reglamento 4/2009 sea el primero en emplear el *forum necessitatis*, pues pone solución a un problema práctico, consistente en la necesidad de contar con una norma de clausura o cierre del citado “sistema completo de foros de competencia internacional” (que instaura)²⁵⁸.

Esta norma de clausura o cierre presenta la singularidad de que tiene una “función atributiva de competencia” con respecto a las relaciones entre los Estados de la UE con terceros países. Y, por ello, no se trata ya sólo de la clásica –y conocida– función

²⁵⁵ Véase, ROSOLILLO, G., “Forum necessitatis...”, *loc. cit.*, p. 407. Pueden apreciarse dichas consideraciones materiales en el asunto que resolvió el TS español, en la Sent. 166/2003 comentado por RODRÍGUEZ RODRIGO, J., “Crisis matrimoniales y foro de necesidad en relación con la sentencia nº 166/2003”, CALVO CARAVACA/CASTELLANOS RUIZ, E. (coords.), *El Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 705 y ss. Y, por ello, el recurso al citado foro no sólo se justificaría por razones de imposibilidad entendida en el sentido de no ser razonablemente posible iniciar un procedimiento en el extranjero, sino también cuando dicho procedimiento (siendo posible) está destinado a finalizar con un rechazo de las pretensiones del actor (véase, ROSOLILLO, G., “Forum necessitatis...”, *loc. cit.*, pp. 408 y ss). Otra forma de lograr el acceso a la justicia tiene lugar a través del estímulo de las fórmulas de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), como destaca ESPLUGUES MOTA, C., “Hacia una nueva noción de acceso a la justicia en la Unión Europea a través del fomento del recurso a los mecanismos de ADR: la Directiva 2008/52/CE y su transposición en los diversos Estados miembros”, FORNER DELAYGUA, J.J./GONZÁLEZ BEILFUS, C./VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 351 y ss.

²⁵⁶ Véase, FRANZINA, P., “Sul forum necessitatis nell spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 2009, pp. 1121 y ss. (esp. p. 1122).

²⁵⁷ En concreto, indica: “a fin de remediar muy especialmente situaciones de denegación de justicia, procede también prever en el presente Reglamento un *forum necessitatis*...” (véase, BIAGIONI, G., “Alcuni caratteri generali...”, *loc. cit.*, p. 27).

²⁵⁸ *Ibid.* Por ambas circunstancias se considera que las reglas de competencia de origen comunitario no tienen como función distribuir la competencia entre las autoridades de los Estados parte, sino determinar su existencia (atribuirla) en las relaciones entre éstos y terceros Estados. Además, este instrumento está presidido por un criterio material, que consiste en la tutela del interés del acreedor de los alimentos (véase, BIAGIONI, G., “Alcuni caratteri generali...”, *loc. cit.*, p. 26).

distributiva (que presentan las normas de origen convencional o comunitario), sino que expresa también la idea de la “atribución” de la citada competencia en un marco más amplio, en el que no existe dicha idea de reparto de la potestad jurisdiccional, lo que sucede con respecto a las autoridades de terceros Estados, al no pertenecer al Espacio judicial europeo (común)²⁵⁹.

Además, presenta carácter subsidiario y excepcional, tal y como se configura en los instrumentos comunitarios, al exigir que ninguna de las autoridades de los Estados parte tenga competencia para conocer del supuesto con arreglo al catálogo de foros que establece el concreto instrumento comunitario, de un lado. Y, de otro, suponer una quiebra o derogación del principio de proximidad, al encontrarse el supuesto alejado del territorio de la autoridad comunitaria a la que se atribuye la competencia con arreglo al citado criterio (*forum necessitatis*)²⁶⁰.

Sin embargo, en relación con esta segunda afirmación, no puede decirse que este foro prescinda por completo de consideraciones relacionadas con la localización del supuesto, sino que, como señala la doctrina, emplea la localización espacial como un parámetro de valoración del interés que tiene un ordenamiento en afirmar con carácter excepcional su propia competencia²⁶¹. Y, en este sentido, el citado vínculo puede basarse en la nacionalidad, el domicilio o la residencia de una de las partes o, incluso, en vínculos mucho más débiles²⁶².

Para terminar, cabe hacer referencia a la reparación civil de los daños ocasionados por las empresas a los derechos humanos, conforme al criterio del *forum necessitatis*, que parece que se abre camino, no sólo en el contexto de EEUU, a través de la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) –a pesar de que los pronunciamientos del Tribunal Supremo de EEUU no sean afortunados, as. *Kiobel y Daimler*²⁶³-, sino también en Canadá (as. *Choc versus Hudbay Minerals*)²⁶⁴. Algunas autoridades de Estados europeos también

²⁵⁹ Véase, ROSOLILLO, G., “Forum necessitatis...”, *loc. cit.*, p. 404.

²⁶⁰ Véase, BIAGIONI, G., “Alcuni caratteri generali...”, *loc. cit.*, p. 30.

²⁶¹ Véase, FRANZINA, P., “Sul forum necessitatis...”, *loc. cit.*, p. 1124.

²⁶² Véase, ROSOLILLO, G., “Forum necessitatis...”, *loc. cit.*, p. 410. Véase un análisis de la jurisprudencia de países de nuestro entorno que utilizan este tipo de criterios para determinar la competencia de sus autoridades con arreglo al citado foro en *ibid.*, pp. 410 y ss. Para la cuestión de la concreta autoridad de un Estado parte de la UE que asumiría la competencia conforme al foro de necesidad véase ampliamente, ROSOLILLO, G., “Forum necessitatis...”, *loc. cit.*, pp. 415 y ss. La autora parte de un “principio de equivalencia” entre las garantías que proporcionan cada una de las jurisdicciones de los Estados parte, de la seguridad jurídica y de la libre circulación de decisiones, no siendo posible controlar el fondo del asunto ni la ley aplicada por la autoridad del Estado de origen.

²⁶³ Véase, ZAMORA CABOT, F.J., “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto”, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2013, nº 6 (*on line*).

²⁶⁴ Véase, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ontario (*Superior Court of Justice of Ontario*) *Choc v. Hudbay Minerals*, W-II-423077, 2013. El citado Tribunal abrió el camino para que los tribunales canadienses admitieran su competencia y decidieran sobre el fondo utilizando los principios generales del *common law* sobre ilícitos civiles y en relación con las actividades de las empresas canadienses o sus subsidiarias en el extranjero [véase, ZAMORA CABOT, F.J., “Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: un estudio sobre los acaparamientos de tierra (*land grabbings*) en clave de responsabilidad”, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2015, nº 4, p. 15].

aplican esta doctrina²⁶⁵. Una suerte de *forum necessitatis* también puede apreciarse en el Segundo Borrador Revisado del Proyecto de Tratado Vinculante de Naciones Unidas para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas, publicado el 7 de agosto de 2020, que integra una noción amplia de jurisdicción extraterritorial.

VI. CONCLUSIONES

La preocupación por el método científico es una constante en el campo jurídico y, cómo no, también en el ámbito del DIPr, aunque en éste se haya percibido, quizás, de forma algo más tardía. Si bien existe consenso en el momento actual a la hora de afirmar que el contenido del ámbito del DIPr está integrado por los sectores de la competencia internacional, el Derecho aplicable y el reconocimiento de decisiones, no se trata de realizar una presentación del nacimiento y evolución de cada uno de ellos, sino que se analizan las transformaciones importantes que han tenido lugar y que han afectado a este campo del conocimiento desde el punto de vista del tratamiento del método científico.

Por tanto, interesa la Ciencia del DIPr, que experimenta en el momento actual cierta aproximación necesaria a otros campos científicos (en particular, Derecho internacional público y Relaciones Internacionales), en la medida en que el nuevo reto que supone la máxima tutela de la dignidad de la persona (con independencia del lugar en el que se encuentre y, por supuesto, de su religión, color, raza o procedencia) no lo puede abarcar de forma aislada.

Preguntarse por una renovación metodológica del DIPr significa cuestionarse si han variado las claves que permiten su comprensión (en el marco general jurídico). Se propone, en particular, una metodología axiológica para la racionalización de esta disciplina, que sitúe a la persona en el centro del referido sistema de reglas. Por ello, su interpretación ha de orientarse hacia la más plena realización de las capacidades y potencialidades de la persona (dignidad), conforme a los actuales instrumentos y textos internacionales sobre derechos humanos. Y, en todo caso, no puede defenderse en el momento actual una postura que niegue la influencia que tiene la normativa sobre derechos humanos en la interpretación del sistema de DIPr,

De otra parte, dicha interpretación coincide con el giro operado en la concepción de la función del DIPr, que no es ya la tradicional o clásica coordinación de sistemas (ni tampoco la mera cooperación entre ellos, que es más bien un principio del sistema de DIPr), sino que se orienta hacia el logro de la efectividad de los valores aceptados por la comunidad internacional (J.A. Carrillo Salcedo) y, consecuentemente, hacia la más plena realización de los derechos de la persona. Y, en todo caso, este cambio expresa que la función del DIPr se ha “materializado” y, al mismo tiempo, se ha diversificado. La diversidad de ámbitos que integran su contenido, la creciente especialización de los

²⁶⁵ Para los casos de Holanda, Francia, Reino Unido y Suiza véase, MARULLO, M.C., “La lucha contra la impunidad...”, *loc. cit.*, pp. 35 y ss.

ordenamientos, la complejidad que pueden llegar a alcanzar las situaciones privadas internacionales, teñidas por distintos factores (socio-económico, cultural, entre otros), así como su diversificación, permiten pensar en dicho carácter poli-funcional.

Esta renovación se aprecia, sin duda, en las modernas técnicas y herramientas que emplea el legislador de DIPr para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales actuales, debiendo destacarse, entre otros ejemplos de tales manifestaciones de cambio los siguientes: de un lado, la consecución de los valores superiores del ordenamiento (presentes en la comunidad internacional) a través de la articulación de vías que permitan la aplicación de esta regulación en el ámbito de los derechos humanos en relación con violaciones que tienen lugar fuera del territorio del foro (cuestión de la extraterritorialidad).

De otro, el nacimiento de un “principio de continuidad transnacional”, que no sólo se abre camino en el espacio europeo a raíz de los pronunciamientos del TJUE relacionados con el nombre de las personas físicas, sino que presenta un carácter mucho más amplio, al tener un engarce directo con la promoción de los derechos humanos (en particular, con el derecho a la identidad personal). Y, en tercer lugar, la progresiva utilización de criterios de competencia internacional (como, por ejemplo, el *forum necessitatis*), que son la manifestación o expresión directa de los derechos fundamentales (tutela judicial efectiva, en concreto, el derecho de acceso a la justicia, entre otros).

Por último, en la construcción europea tienen incidencia también, sin duda, los derechos humanos y, prueba de ello, es la acogida, entre otros expedientes, del *forum necessitatis*, pero en la evolución de dicho espacio no están tan presentes como sí lo están en el marco de otras lógicas (p.ej., humanización del Derecho internacional y expansión del protagonismo de la persona en las Relaciones Internacionales después de la SGM), pudiéndose decir que el sistema de DIPr europeo va a la zaga de dicha expresión, que consiste en el más pleno reconocimiento y efectividad de la dignidad de la persona en el marco internacional general (Derecho internacional de los derechos humanos)²⁶⁶.

Esta afirmación puede apreciarse en el caso de la (que podría denominarse) “libertad de circulación de las circunstancias del estado civil de las personas”, porque se logra este objetivo en mayor medida a través de la interpretación por el TEDH del derecho a la vida en familia, que mediante la hermenéutica que realiza el TJUE de la libertad de circulación de personas o por la acción del principio del reconocimiento mutuo (piedra angular sobre la que se crea el actual DIPr europeo). Y todo ello con la finalidad de evitar contradicciones con la necesidad individual de poseer un “único estatuto familiar en los diferentes Estados”, vinculada con el reconocimiento del derecho a la identidad personal (libre desarrollo de la personalidad).

²⁶⁶ La doctrina señala que el DIPr es una técnica para el desarrollo legal del mercado interior (véase, MILLS, A., “Towards...”, *loc. cit.*, p. 9).