

Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa

SANTIAGO ALVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y FUNCIONES DEL OBJETO DEL DIPR: 1. Introducción y justificación. 2. Objeto del DIPr: la situación privada internacional A) *Importancia de la pregunta por el objeto del DIPr* B) *La norma de DIPr como determinante del objeto* C) *La norma de DIPr como determinada por el objeto* 3. Relatividad del elemento extranjero A) *En su función delimitadora* B) *En su función normativa: grado de heterogeneidad de la situación privada internacional* C) *Manifestaciones concretas de la función normativa del objeto.* II. OBJETO Y RESPUESTAS A LAS EXIGENCIAS DE SU CARÁCTER: 1. Consideración previa. 2. Exigencias derivadas de la *función normativa* del objeto del DIPr y especialización A) *De nuevo sobre el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional: primera exigencia de especialización* B) *Las cláusulas de excepción como mecanismos que responden a los imperativos normativos del objeto.* C) *La jerarquización de las normas de conflicto.* D) *Otras «excepciones» respetuosas con el grado de heterogeneidad.* 3. El llamado «segundo escalón» del DIPr A) *Introducción y ubicación sistemática.* B) *Alcance y significación.* III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y FUNCIONES DEL OBJETO DEL DIPr

1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Uno de los discursos más queridos en la segunda mitad de la pasada década fue (y continúa siendo) el de un DIPr materializado, impregnado de una juridicidad valorativa o comprometida por el predominio de determinados intereses, alejado de cualquier vestigio de una neutralidad que, dicho sea de paso, nunca existió ni, probablemente, existirá. En esa línea de pensamiento, adelantada unos años fuera de nuestras fronteras, se han alineado desarrollos generales o globalizadores como el de los Profesores José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lo-

renzo (1), junto a otros igualmente globales dentro de un sector específico del sistema español de DIPr (2). Las reflexiones que siguen, gestadas también en esa recta final de los años ochenta (3), se inscriben dentro de la misma tendencia, pero tratando de mostrarla desde un punto de vista tremendamente «clásico», desde la perspectiva de la seña de identidad del sistema, de la situación privada internacional y de las exigencias que derivan de esa «internacionalidad». La idea no es nueva y, de hecho, fue adelantada en términos muy parecidos a los que aquí se desarrollan por Julio D. González Campos (4). Asimismo, otro de los pilares del presente discurso, la idea de diversificación funcional o de especialización, ha sido objeto de estudio en relación con el ámbito de la contratación internacional, si bien bajo una perspectiva distinta a la aquí adoptada (5).

Con ello no pretendemos sino poner de manifiesto, bien claves interpretativas de comportamientos observables en los operadores jurídicos (v.gr. el mecanismo de la denominada *Zweistufentheorie* o teoría de los dos escalones del DIPr), bien la justificación evidente de algunas técnicas familiares al DIPr en cuyo derredor se han amontonado opiniones diversas, avales o recelos (por ejemplo, la cláusula de excepción a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto). En modo alguno deben verse nuestras consideraciones como algo distinto a la descripción de una realidad por todos conocida, pero que puede *teñirse* de una tonalidad que resalte sus virtudes o sus carencias. Sin duda, dicha descripción no está exenta de compromiso. Si se quiere, es una descripción *materialmente orientada*, paradójicamente, por la revitalización de la vieja idea de *localización* y por la defensa de una cierta diversificación normativa. Ahí está la parcialidad de los desarrollos y en esa parcialidad radica, precisamente, una de las consecuencias/presu-

(1) Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, 1991.

(2) Bajo la perspectiva del Derecho aplicable, sobresa el de PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional del método de atribución», *REDI*, 1988, pp. 79-126; en el del sistema de competencia judicial internacional, M. AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *REDI*, 1989-1, pp. 113-157.

(3) La estructura básica de las mismas se encuentra en nuestro Proyecto docente e investigador presentado al concurso para la provisión de la plaza que ahora ocupo (Santiago, diciembre de 1990), del que sólo hemos rescatado los desarrollos que sistemáticamente pueden agruparse en torno a la idea de peculiaridad del objeto del DIPr y especialización.

(4) Con independencia de que no se realicen referencias específicas, los desarrollos que siguen son en buena medida tributarios de la ponencia «Métodos de regulación del tráfico externo, normas y grupos normativos: una propuesta», presentada en el Seminario Interuniversitario de DIPr, el 9 de mayo de 1986 a cargo del Prof. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, así como de posteriores intervenciones públicas del citado Profesor.

(5) Vid. M. VIRGOS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989, pp. 11-32, espec. pp. 24-25.

puestos de los mismos: defensa de la localización (y, como principal consecuencia de la misma, especialización) no *frente a* sino *junto a* o, mejor, *dentro de* un valor totalizador como el de la *justicia* sin complementos (material, conflictual, formal...). Por supuesto, esta orientación de aprovechar al máximo la idea de localización, por una parte, y de diversificación normativa y funcional, por otra, no supone que consideremos suficiente el método conflictual clásico, ni su acompañamiento con técnicas normativas también clásicas; ni siquiera en su más acabada (*diversificada, especializada*) formulación. Estamos convencidos de que la idea de especialización, de diversificación, se corresponde con la de *integración normativa*, con la de *creación jurídica*, solución *ad hoc*, y por ello, incluye (e incluimos) como elemento fundamental el *proceso aplicativo* del sistema.

Sin duda, una empresa como la que adelantamos pudiera encararse directamente haciendo frente a las tantas veces predicadas manifestaciones de una supuesta crisis del DIPr. Más modesta y, también, más precavidamente hemos comenzado «por el principio». Por un principio (visión del objeto del DIPr) descrito desde una perspectiva condicionada y condicionante de las ideas posteriores. El poner de manifiesto la que hemos denominado *función normativa* del objeto constituye el cimiento sobre el que nuestra construcción se levanta para reafirmar la importancia de la especificidad de la situación privada internacional como determinante de las normas vigentes, de la modificación y/o ampliación de las mismas y de la justificación de peculiares actitudes en el proceso de su aplicación.

2. OBJETO DEL DIPr: LA SITUACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL

A) *Importancia de la pregunta por el objeto del DIPr*

Justificar la pregunta por el objeto del DIPr no es algo que, contrariamente a lo que pueda suponerse, está de más en el momento actual. El estudio del objeto ha ido progresivamente perdiendo importancia conforme la ciencia del DIPr avanzaba y las funciones que la determinación del objeto cumplía no se contemplan ya como necesidades científicas. Las últimas obras generales sobre nuestra disciplina ponen de manifiesto el desplazamiento que el estudio del objeto ha sufrido, como consecuencia de un preacuerdo tácito sobre el ser del DIPr.

Sin embargo, resulta aleccionador traer a colación viejas posturas sobre el tema y comprobar si la necesidad antaño sentida es realmente hoy un ejercicio estéril. E. Bartin dijo que «sólo puede definirse un orden cualquiera de conocimientos mostrando que tienen por objeto cuestiones que presentan caracteres originales idénticos para todas, con el fin de formar entre ellas un grupo natural y cerrado de dificulta-

des especiales» (6). Se trataba entonces de utilizar el objeto como instrumento identificador o definidor de una disciplina, el DIPr. Esta idea instrumental del objeto, presente ya en J. Jitta (7), adquirió un alcance parcialmente similar en nuestra doctrina, para la cual el objeto vendría a cumplir de este modo (y dado que el DIPr en su vertiente normativa se nos ofrece hoy como un *apriori* ontológico) una labor más de *definición*, de *depuración científica* que de identificación (8). No lo necesitamos para calificar aquel sector que de forma evidente se nos presenta como DIPr, sino, más bien, para concretar cuál es el contenido preciso de un sistema que va a estar presidido por la búsqueda de respuestas satisfactorias a situaciones que no se vinculan a un único orden jurídico estatal o que, al menos, si esa vinculación única concurre, se contemplan desde la perspectiva de un orden jurídico distinto.

Al lado de este innegable atractivo de un discurso sobre el objeto del DIPr, el interés por el objeto encuentra, a nuestro parecer, una justificación accesoria y no menos importante. Ciertamente que ya no se trata de saber cuál es el objeto del DIPr, sino de, en un momento posterior a su concreción general —que aún no hemos adelantado—, averiguar *cómo se configura* y *qué influencia tiene*, si es que la tiene, sobre la reglamentación que le es propia. Este interés añadido, como fácilmente ya se habrá intuido, parte de una doble concepción del objeto, en cuanto fenómeno *independiente* de la norma y en cuanto fenómeno *previo* a la norma de DIPr (aspecto éste de difícil concreción) que va a determinar, en cierto grado, la propia estructura de la norma y, en todo caso, la solución por ella otorgada. Doble concepción hasta ahora no asumida de modo general y sobre la que versarán las consideraciones que siguen.

B) *La norma de DIPr como determinante del objeto*

La evidencia normativa de la existencia de un buen número de preceptos positivos que, en numerosas ocasiones, se autocalifican como *Derecho internacional privado* (*ad ex* Cap. IV Tit. Prel. del C.c., que reza «normas de derecho internacional privado»); la *Ley suiza sobre el*

(6) E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. 1, París, 1930, Prólogo, p. 1. Importancia similar le atribuye M. JERDIC, «L'élément étranger et l'étendue du droit international privé», *De conflictu legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn/J. Offerhaus*, Leiden, 1962, pp. 268-278.

(7) J. JITTA, *La méthode du droit international privé*, La Haya, 1890, p. 34.

(8) M. ANGULO RODRÍGUEZ parece atribuir al objeto la doble función delimitativa del DIPr (en cuanto disciplina) y del contenido normativo del mismo (*vid.*, «Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado», *REDI*, 1970, p. 749); a la primera se refiere también J. A. CARRILLO SALCEDO (*Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1983, pp. 37 y ss., entre otras) y a la segunda J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Lecciones de Derecho internacional privado*, Oviedo, 1989, pp. 23-24.

DIPr o la Ley de la RFA sobre la *nueva reglamentación del DIPr*) resulta hoy un lastre para la asunción de un objeto del DIPr con las características apuntadas. Dejando de lado las opiniones ligadas a la llamada concepción «publicista» o «externa», según la cual el objeto del DIPr estaría constituido por las relaciones entre leyes de distintos Estados o en el conflicto (¿?) entre las mismas para regular un determinado supuesto (9), lo cierto es que incluso en quienes hacen hincapié en la realidad social (o en una determinada realidad social) como objeto del DIPr, puede apreciarse una presencia apriorística del material normativo. Y no nos referimos a quienes puedan ver el objeto como una *actividad* (objeto-función): «...el objeto del derecho internacional privado es... la reglamentación aplicable al fondo de un litigio o, mejor, de una cuestión de carácter internacional» (10). En realidad, aunque puede apreciarse una asociación de objeto y actividad normalmente inherente a todo conjunto normativo, creemos que en estos supuestos nos encontramos ante una incorrecta utilización del término «objeto»; a pesar de la apariencia, parece que deba ponerse el acento en la «cuestión de carácter internacional», categoría que es la que en la definición transcrita aparece como elemento diferenciador entre la actividad del DIPr y la del resto del ordenamiento jurídico (reglamentar el fondo de cualquier pretensión). Otro tanto puede decirse de quienes identifican el objeto del DIPr con un determinado material normativo, con preceptos legales (objeto del DIPr serían, por ejemplo, los arts. 8 a 12 del C.c. o los preceptos de la multitud de convenios sobre DIPr). El carácter plurívoco del término «objeto» favorece tal diversidad conceptual, que, por otra parte, es plenamente legítima. Aún así, el carácter previo de la norma es puesto expresamente de manifiesto cuando se asevera que la delimitación entre situaciones internas y situaciones internacionales deriva de una apreciación necesariamente hecha desde el punto de vista de *un Derecho internacional privado* (creemos que hay que entender un concreto *sistema* de DIPr) (11).

Si reproducimos una de las últimas opiniones expresadas al respecto en nuestro país esta realidad se corrobora. Los Profesores J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo señalaban en 1989 que «el objeto de las normas de DIPr viene constituido por un conjunto de *relaciones de la vida jurídica que son objeto de regulación por dichas normas*, esto es, relaciones de la vida jurídica que integran los fenómenos propios

(9) Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, p. 39.

(10) P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *R. des C.*, t. 155, 1977-II, p. 34; M. KELLER, A. SCHLAEPFLER, *Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé*, Zurich, 1982, pp. 1 y ss.; J. VERHOEREN, «Droit international public et droit international privé: où est la différence?», *Arch. phil. droit.*, t. 32, 1987, p. 32. Quizá pudiera incluirse aquí también P. MAYER, *Droit international privé*, 4.^a ed., París, 1991, pp. 9-12, aunque la rúbrica de sus desarrollos pueda inducir a error.

(11) P. LALIVE, *loc. cit.*, p. 22.

y exclusivos del particular sector del ordenamiento jurídico» (12). Tal definición, propia de quienes nos consta que mantienen una postura muy similar a la nuestra en relación con el objeto del DIPr (13) mostraba la tendencia a recurrir a la evidencia ontológica que precisamente se cuestiona —al menos en cuanto a sus límites precisos—; a tomar el sistema normativo de DIPr como un *apriori*, lo que conduce a posturas formalistas alejadas de la realidad y a esfuerzos lógicos suplementarios para *emancipar el objeto de la norma* que lo determinaría y servir, a su vez, como criterio delimitador y *configurador* de aquélla. Admitir una visión apriorística de la norma sobre la materia que regula conduciría a una *irrelevancia total de la pregunta por el objeto del DIPr* y nuestro estudio habría de terminar en este punto.

Tal es la idea que, aunque de modo confuso, parece inspirar la construcción que en la doctrina española defendió J. L. Iglesias Buigues, para quien, partiendo de la evidencia de unas normas de DIPr que en su literalidad se refieren a todo tipo de situaciones, carece de relevancia la pregunta por el objeto, puesto que éste viene determinado por aquéllas sólo cuando la situación o relación de la vida social se localice en un ordenamiento extranjero. Tal visión, apoyada fundamentalmente en un tipo de normas de DIPr, las normas de conflicto multilaterales, necesita del apoyo de «presupuestas» (aunque no «expresas») normas de este tipo en la aplicación de todo material jurídico (lo que le lleva a una cierta negación de clasificaciones normativas consolidadas en la doctrina del DIPr: normas materiales especiales o normas materiales imperativas encuentran su *título* de aplicación, su justificación, en una «presupuesta» norma de delimitación, en una norma no positiva que permite dicha aplicación a un concreto caso). Qué más da, continuaría el razonamiento anterior, preguntarse por la heterogeneidad, por el carácter de internacionalidad de una situación privada relativa a la separación o divorcio si el art. 107 C.c. englobaría todo tipo de situación, homogénea y heterogénea, meramente interna o surtida de un elemento extraño al orden jurídico español; qué más da, si la aplicación del art. 107 C.c. puede extenderse tanto a supuestos de extranjeros residentes en España o en el extranjero, cuanto a españoles residentes en España (situación en principio puramente «nacional») como en el extranjero (14).

Incluso sin salirnos del formalismo que parece guiar esta construcción, creemos que pueden encontrarse argumentos suficientes que demuestran lo equivocado de la misma, que demuestran, en fin, la importancia de delimitar correctamente el objeto del DIPr. Reparemos

(12) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, p. 21.

(13) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, pp. 39-50.

(14) Así creemos interpretar las no siempre claras palabras del profesor J. L. IGLESIAS BUIGUES, «Reflexiones en torno al objeto y función del Derecho internacional privado» *REDI*, 1983, pp. 29-42.

en otros ejemplos similares a los que arguye el autor citado. Por una parte, en el ámbito de la competencia judicial internacional (sector sobre el que existe un consenso suficiente en torno a su pertenencia al sistema de DIPr), el art. 17 del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, de 27 de septiembre de 1968 (15), puede incluir de acuerdo con la *literalidad* de su texto tanto situaciones heterogéneas como puramente homogéneas («Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un Tribunal o los Tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir... tal Tribunal o tales Tribunales serán los únicos competentes»); no obstante, la concurrencia de una situación privada internacional, no meramente homogénea o interna, puede ser considerada como una condición de aplicación de dicho precepto (16). Por otra, el ejemplo paralelo en el campo del Derecho aplicable nos lo ofrecen preceptos como el art. 116,1.º de la Ley suiza sobre DIPr o el art. 27,1.º, inciso primero de la EGBGB («el contrato se regirá por la ley elegida por las partes»); ambos posibilitan una elección incondicionada de ley rectora del contrato que, sin embargo, *depende* de que nos encontremos ante un contrato internacional. Evidentemente, la literalidad del precepto suizo no va a permitir que la compraventa de un bolso de cuero celebrada entre dos suizos en el mercadillo de la Plaza de Riponne, en Lausana, pueda someterse por voluntad de las partes, amantes de la cultura china, a la legislación del país asiático.

La idea que proponemos, que la norma de DIPr debe ser un *posterior* a la situación privada internacional, al objeto (cuestión que analizaremos a continuación), es expresada, con independencia de la arcaica terminología utilizada, de la pertinencia del argumento y de la solución final que se dio al caso, por la *Sent. TS de 30 junio 1983*, al señalar que el art. 10,5.º es «...precepto incluido entre las *normas de Derecho internacional privado*, es decir, *aplicables cuando existe un conflicto de leyes en el espacio* que aquí, en puridad, no concurre porque las dos sociedades litigantes son españolas (constituidas, domiciliadas y registradas en España), los buques que efectuaron el transporte de las mercancías contratadas eran españoles y el problema se suscita en España que es también el lugar de cumplimiento del contrato...» (17). Qué quiere significar el TS: a pesar de la literalidad de una norma de

(15) *BOE*, 28-I-1991.

(16) *Vid.* el propio J. L. IGLESIAS BUIGUES, *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la CCE y en Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 34-35; de forma más expresa, P. GOTHOT y D. HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas de 28 septiembre 1968*, Madrid, 1986, pp. 107-108. *Vid.*, asimismo, M. DESANTES REAL, *La competencia judicial internacional en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986.

(17) *RAJ*, 1983, núm. 3699.

DIPr, que pudiera englobar tanto situaciones heterogéneas conectadas con más de un ordenamiento, como puramente internas, es presupuesto de su aplicación la concurrencia de las primeras (18).

C) *La norma de DIPr como determinada por el objeto*

La norma de DIPr, aun sin que la realidad nos ofrezca una idea clara de cómo es o qué es, participa, como el resto del ordenamiento jurídico en un momento dado, de las consecuencias de las experiencias jurídicas anteriores a la misma. Y son esas experiencias jurídicas las que determinan su existencia. Hablar de objeto del DIPr a partir de la norma es una opción tan legítima como cualquier otra; sin embargo, en nuestra opinión, más estéril o, mejor, mucho menos fructífera, menos rica en consecuencias concretas, que la que arranca de la experiencia jurídica. Y esta experiencia nos indica la «complejidad» o peculiaridad de determinadas situaciones sociales con pretensión de convertirse formalmente en situaciones jurídicas, es decir, necesitadas de mediación del Derecho para satisfacer unos intereses concretos, que por contener un elemento ajeno al orden jurídico con el que entran en contacto de forma inmediata necesitan un *plus* de atención normativa o una atención normativa especial y distinta de otras situaciones que no presentan dicha peculiaridad.

Un acercamiento, no delimitación, al objeto del DIPr como el propuesto tiene la ventaja de servir en teoría como parámetro *identificador* de lo que es el conjunto de normas que pueden formar el DIPr. Sin embargo, la experiencia, el problema real y su contrastación con la norma que lo disciplina viene a complicar esta aparente bondad metodológica. Esta dificultad incide en la tan predicada relatividad del elemento extranjero y, como consecuencia más importante, relatividad de la función identificadora del objeto del DIPr. Trataremos de aclarar lo que consideramos un falso problema, aunque, realmente, no nos detengamos en absoluto en su posterior aplicación: averiguación, delimitación del contenido normativo del sistema de DIPr. Ni siquiera repararemos, por razones sistemático-expositivas, en lo que consideramos un aspecto *esencial* de la moderna ciencia del DIPr, como son las exigencias del

(18) El art. 1 de la Ley suiza sobre el DIPr señala: «La presente ley regirá, en *materia internacional*: a. La competencia de las autoridades judiciales o administrativas suizas... b. El Derecho aplicable... c. Las condiciones de reconocimiento y de ejecución de decisiones extranjeras». Más explícito, el art. 3,1.^o EGBGB, bajo la rúbrica *Internationales Privatrecht* (DIPr) del Cap. 2, establece que «Las siguientes disposiciones determinan qué ordenamientos jurídicos son aplicables en los supuestos que presentan una vinculación con el derecho de un Estado extranjero (Derecho internacional privado)».

concepto de *sistema* frente al DIPr (19). Nos interesa, eso sí, poner de manifiesto la confluencia de una función delimitadora (del contenido)

(19) Si el objeto del DIPr es un material social, el contenido del mismo es un material normativo. Es el conjunto de normas que responde a la pregunta inicial ¿qué es DIPr?, asumida en un contexto profano. Mas ¿por qué preguntarse por el contenido del DIPr? ¿por qué la necesidad de seleccionar una parcela del ordenamiento jurídico positivo para calificarla como DIPr? La respuesta se encuentra en una especie de precomprensión jurídica que gira en torno al concepto de *sistema*, como instrumento de explicación (*Vid.* esta dimensión instrumental y precomprensiva en CH. GRZEGORCZYK, «Evaluation critique du paradigme systemique dans la sciencie du droit», *Arch. phil. dr.*, 1986, pp. 281-301, conr. pp. 286-287). Delimitar los elementos del sistema de DIPr permitirá una reordenación y reinterpretación de los mismos a la luz de un *modus operandi* específico y, quizá, de unos principios generales propios. Decir que tal o tal otro grupos sistemáticos y teleológico forman parte del DIPr importa con vistas a dotar al mismo de un espacio jurídico en cuyo seno recibirán respuestas específicas específicas cuestiones sobre las que gravite el silencio legal, la laguna normativa, la mera duda. Ejemplos del carácter no meramente especulativo de esta idea no faltan. El estudio desarrollado por M. VIRGOS SORIANO respecto de concretos aspectos de la contratación internacional incide, desde una perspectiva diversa, en este mismo sentido (*Lugar de celebración y de ejecución...*, *op. cit.*). La interpretación de las categorías «lugar de celebración» y «lugar de ejecución» en la contratación internacional está en íntima relación con el contexto sistemático y teleológico en el que integran, lo que lleva a soluciones diversas ya estemos hablando de DIPr, ya de otra rama del ordenamiento jurídico y, más aún, distingue el citado autor, ya nos encontremos en el sector del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales, ya en el de la competencia judicial internacional. Esta demostrada autonomía científica del DIPr incide en la necesidad de delimitar su contenido.

Otra manifestación que el momento actual de la ciencia DIPr nos ofrece es la existencia de preceptos, mecanismos y doctrinas con vocación de constituirse en una «parte general» del DIPr. La noción de *sistema* nos permitiría determinar cuál es el material normativo al que tutela esa supuesta «parte general» (*Cf.* K. PLESZKA y T. GIZBERT-STUDNICKI, «Le système du droit dans la dogmatique juridique», *Arch. phil. droit*, 1986, pp. 107-119, conr. pp. 109-110). El desarrollo que realizaban J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO bajo la rúbrica de «verificación de los parámetros tradicionales» muestra también que la idea *parte general* (en concreto se están refiriendo a las denominadas «normas de aplicación comunes») *parte especial* —tutelada— puede ser un parámetro a tener en cuenta en la delimitación del contenido DIPr (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, p. 67; *vid.*, más ampliamente, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Sobre el contenido del Derecho internacional privado (I)», *REDI*, 1986, pp. 68-108 y A. L. CALVO CARAVACA, «Noción y contenido del Derecho internacional privado», *RGD*, núms. 508-509, 1987, pp. 5-31), pero, sobre todo, es una manifestación de la necesidad de delimitación del sistema. Por último, la idea de *sistema*, a la que sirve esta función delimitadora del objeto, resuelve también la cuestión de la integración normativa frente a concretas necesidades no satisfechas por el Derecho positivo. La ausencia de regulación alguna relativa a los requisitos de sumisión tácita (art. 22.2.^o LOPJ) y al control de la competencia judicial internacional por parte de Jueces y Tribunales españoles puede suministrar un buen ejemplo. De esta situación se ha derivado que los intentos de ofrecer soluciones coherentes a los problemas suscitados en este ámbito, a través de la aplicación analógica de las normas de la LEC para las situaciones puramente internas, deban ser contemplados con cautela. Porque creemos que la interpretación de las normas que nos interesan de la LOPJ y la integración de sus carencias deben realizarse bajo el prisma del DIPr con lo que ello conlleva. Entre otras cosas, cuestionar la mecánica trasposición de lo dispuesto en el art. 58.2.^o LEC en lo concerniente a la sumisión tácita y, como consecuencia, la interpretación de corrido del tratamiento procesal de la verificación de la competencia ju-

y una función *normativa*, mucho más importante y que exigirá un tipo específico de especialización normológica y funcional a la que nos referiremos a continuación.

3. RELATIVIDAD DEL ELEMENTO EXTRANJERO

A) *En su función delimitadora*

No vamos a entrar a diseccionar las distintas caras que manifiesta la relatividad del elemento extranjero a un orden jurídico dado. Ello nos llevaría a la obligación de analizar una multitud de perspectivas casi ilimitadas y a volver sobre lo que ha sido ya expuesto con mayor claridad que la que nosotros seríamos capaces de alcanzar (20). Por ello no hablaremos de la relatividad *stricto sensu* (inseguridad en el carácter absoluto de la calificación), sino de la muy conocida (y en otro tiempo debatida entre la doctrina española) cuestión de la relevancia del elemento extranjero.

Y en este tema no parece ocioso comenzar por la también conocida cita de J. Maury según la cual la concurrencia de cualquier elemento extranjero basta para encontrarnos ante un «rapport international» que reclama la intervención del DIPr (21). Esta lectura no ha sido asumida por un gran sector de la doctrina posterior, quizá por no contar con una *razón específica* para justificar la importancia del objeto en el discurso dogmático del DIPr. En la doctrina española contamos con claros ejemplos de una postura favorable a exigir una cierta relevancia al ele-

dicial internacional, negando la viabilidad de la excepción dilatoria del art. 533,1.º LEC, por considerar que ha existido sumisión tácita (*Vid.* M. AMORES CONRADI, *loc. cit.*, p. 154; por contra, nos esforzamos en hacer hincapié en el contexto teleológico de la nueva reglamentación, cuestionando la absoluta analogía entre las cuestiones homogéneas y heterogéneas en nuestro trabajo. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «Control de oficio de la competencia judicial internacional», *RCEA*, 1987, pp. 87-98). La *Sentencia Aud. Territ. de Barcelona de 24 marzo 1987 (RJC, Jurisprudencia*, 1987, pp. 627-629), antecedente de la *Sent. TS (Sala 1.ª) de 12 enero 1989, (RAJ, 1989, núm. 100* y las notas de M. A. AMORES CONRADI, *CCJC*, núm. 19, 1989, pp. 86-91, y de M. CHECA MARTÍNEZ, *REDI*, 1990-1, pp. 276-277) puede iluminarnos la idea expuesta. Su Fundamento de Derecho III extiende al ámbito internacional la conjunción de los arts. 56 y 58,2 LEC para concluir que una sociedad extranjera que impugna la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles se ha sometido tácitamente a ellos por el hecho de haber realizado tal impugnación tras haber solicitado una prórroga para contestar a la demanda. La conciencia de encontrarnos ante la aplicación (en este caso, integración de una laguna) de una normativa perteneciente al sistema DIPr hubiera podido evitar el «rigorismo» de que hizo gala el Tribunal (*Vid.* la nota de M. A. AMORES CONRADI en *REDI*, 1988, pp. 193-194. *Vid.* recientemente la *Sent. TS (Sala 1.ª) de 18 de junio de 1990, La Ley*, 19 octubre 1990, en cuyo Fundamento de Derecho tercero se aprecia una involuación de planos, aunque sin importante relevancia argumentativa).

(20) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS citado por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, pp. 27-28 y 1991, pp. 47-48.

(21) J. MAURY, «Règles générales des conflits de lois», *R. des C.*, t. 57, 1936-III, p. 375.

mento extranjero para que defina la situación objeto del DIPr. El denominador común de los mismos es abordar el objeto como un *apriori* del sistema, aunque sin llegar a asumir una emancipación efectiva, siquiera a nivel especulativo (22). El elemento extranjero existe pero se discute su aptitud para convertir la situación en la que se inscribe en objeto del DIPr. ¿Cuál es la razón de esta exigencia? Siguiendo nuestro discurso y las dos finalidades que atribuíamos a la determinación del objeto creemos oportuno realizar algunas reflexiones sobre la necesaria *relatividad de la relevancia* del elemento extranjero.

Una objeción meramente operativa sería la derivada de *fixar* el límite de la relevancia y los criterios a utilizar. Se dice que hay que situarse en un sistema determinado de DIPr para emitir un juicio similar. Con ello volvemos a caer en el círculo vicioso de considerar objeto del DIPr lo que determina la norma de DIPr; de nuevo la pregunta por el objeto se esteriliza. Por otro lado, la realidad nos muestra, también a veces de forma evidente, cómo situaciones y relaciones conectadas con más de un orden jurídico estatal reciben una conformación jurídica al margen de *las normas* de DIPr. En ocasiones la relevancia del elemento extranjero no se traslada a la aplicación de una norma de DIPr (parámetro presente en una gran mayoría de las construcciones que estamos criticando) sino que se proyecta, por ejemplo, sobre la integración de un concepto jurídico indeterminado como el interés del hijo o, meramente, sobre una argumentación. La *Sent. Aud. Territ. de Bilbao de 9 enero 1985* es buena prueba de cuanto decimos. El elemento extranjero, en una situación que presentaba un alto grado de proximidad con nuestro orden jurídico, no fue capaz de poner en marcha los mecanismos formales de DIPr. El resultado del fallo, que trasladó los principios de solución internos a la situación privada internacional, no puede considerarse insatisfactorio; sin embargo, obvió planteamientos peculiares derivados precisamente de la presencia del elemento extranjero (23). Si, volviendo al ejemplo de la Sentencia de la Aud. Territ. de Bilbao, no todas las normas que resuelven situaciones con un elemento extranjero evidentemente relevante son normas de DIPr; in-

(22) M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, p. 748; J. A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, *passim*. Y exigir que la situación presente un elemento de extranjería *relevante, fundamental, jurídicamente relevante o jurídicamente relevante y socialmente trascendente...* (M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *ibíd.*; J. A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 21; E. PÉREZ VERA, *Intereses del tráfico externo y Derecho internacional privado*, Granada, 1973, p. 14; J. M. ESPINAR VICENTE, *Derecho internacional privado*, vol. I. Málaga, 1984, p. 28).

(23) RGD, núm. 501, 1986, pp. 2890-2892. *Vid.* la Nota S. ALVAREZ GONZÁLEZ, en *REDI*, 1988, pp. 225-227. Señalaban J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO «...la presencia de un factor de extranjería, sea cual sea, es suficiente para otorgar una naturaleza internacional a la relación jurídica de que se trate y, por tanto, abre las puertas a una eventual, aunque no necesaria, aplicación de las normas de DIPr» (Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, p. 28). Hoy afirman la idea manifestando que todas las situaciones privadas que incluyen elemento extranjero

cluso, si ni siquiera una situación con elemento extranjero relevante y evidente ha requerido en la práctica la aplicación expresa inmediata de norma alguna como demuestra alguna decisión de nuestros Juzgados en materia de reclamación de deuda alimenticia o, por citar un ejemplo reciente, *Res. DGRN, de 22 de junio de 1991* (24), el criterio de la *aplicación* de unas normas determinadas a la situación con elemento extranjero *relevante* no es la técnica adecuada para delimitar el contenido normativo del DIPr, uno de los objetivos que habíamos asignado a un objeto bien delimitado. A esta finalidad basta una labor que determine el grupo de normas que *se orienten* de forma inmediata a satisfacer las exigencias jurídicas de una situación que presente un elemento extranjero o, incluso, a falta de dichas normas, las que debieran orientarse a tal fin, puesto que, como apunta L. Díez Picazo, la falta de ley en modo alguno transforma la cuestión en cuestión no jurídica (25) (26). Que el elemento extranjero sea más o menos relevante va a tener una influencia decisiva en la *configuración* de la norma de DIPr, por un lado, y en su *aplicación*, por otro (27), dimensiones ambas a las que se dedica el presente trabajo. Y aun en esta línea de relativizar la relevancia del elemento extranjero como criterio definidor del objeto del DIPr, debe señalarse la profunda incidencia de *factores externos* al mismo en esa fase de aplicación. Por ejemplo, la relevancia de *la pretensión* tiene mucho que ver en la puesta en marcha de un sistema de DIPr. Y, sobre todo, el carácter *problemático* (problemático con independencia del elemento extranjero) de la *cuestión de Derecho*, que presenta ya un proyecto o tendencia de conformación jurídica (28) (29).

constituyen el objeto del DIPr, cualquiera que sea su relevancia. Cosa distinta es que ese elemento presente una mínima importancia y no sea tenido en cuenta por la solución legislativa (Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, p. 47).

(24) *RAJ*, 1991, núm. 5692.

(25) Cf. L. Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1987, p. 280.

(26) Como señala A. L. CALVO CARAVACA, «... una cosa es que una relación sea de tráfico jurídico externo porque uno de sus elementos resulte extranjero y otra, distinta, es que ese elemento sea tomado en consideración en la formulación de reglas de DIPr y determine su contenido... Siempre que hay un elemento extranjero, al menos, en una relación, hay tráfico jurídico externo y se plantea una duda, una vacilación, una interrogante que interesa el Derecho internacional privado» (Cf. A. L. CALVO CARAVACA, «Noción y contenido...», *loc. cit.*, p. 9; *vid. asimismo* p. 7 en este mismo sentido).

(27) Absolutamente de acuerdo con A. L. CALVO CARAVACA cuando señala que «la significación o relevancia de tal elemento permitirá, después, fijar criterios legislativos y jurisprudenciales en la regulación de este tráfico /tráfico jurídico externo/ pero no en su identificación» (Cf. A. L. CALVO CARAVACA, *loc. cit.*, p. 9).

(28) *Vid.* esta idea en relación con la «calificación» en B. ANCEL, «L'objet de la qualification», *Journ. dr. int.*, 1980, pp. 227-268, *concr.* pp. 234-240, empleando una terminología tributaria de P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, París, 1973, p. 61, entre otras.

(29) Que el discurso no es baladí se pone de manifiesto en el trabajo de W. A. STOFFEL, «Le rapport juridique international», *Conflicts et harmonisation. Kollision und*

B) En su función normativa

Relatividad del elemento extranjero por cuanto que no existe una homogeneidad en el grado de su concurrencia en cada situación dada. El objeto del DIPr puede exigir un juicio sobre el Derecho aplicable (entendiendo Derecho «estatal» aplicable) o simplemente implicar una «complicación en la aplicación de la ley del foro» (30). Esta *heterogeneidad estructural* de las situaciones con elemento extranjero (heterogéneas en sí mismas en cuanto a la procedencia de sus elementos en relación con varios sistemas jurídicos estatales) es algo que no resulta novedoso. Ya J. Jitta la ponía en evidencia con su clásica división entre *relaciones nacionales, relativamente internacionales y absolutamente internacionales* (31). Entre la doctrina española J. M. Espinar Vicente ha hablado de que las relaciones extranacionales pueden presentar en la práctica un *grado de extranjería* muy variable (32); J. D. González Campos alude a un *mínimo de extranjería y máximo de internacionalidad* (33); nosotros, al hilo del estudio de un sector muy concreto pero muy característico, el de la filiación natural, nos hemos referido al *grado de heterogeneidad* (34) de la situación privada internacional. Se trata de diversas formas de calificar la misma realidad: la estructura del objeto del DIPr puede presentarse bajo múltiples aspectos. Si se quiere, este fenómeno puede emparentarse —aunque no identificarse— con la por algunos reclamada relevancia del elemento extranjero y posee una importancia capital no en la *función identificadora* del objeto, sino en lo que podríamos denominar su *función reguladora o normativa*. No se trata de aseverar que las situaciones *relativamente internacionales*, aquéllas que presentan un mínimo de extranjería (35) o un bajo grado de heterogeneidad no sean objeto del DIPr y no sirvan a la función identificadora citada. La importancia de esta distinción radica en las distintas *exigencias de reglamentación* que

Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization, Mélanges en L'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Friburgo, 1990, pp. 421-451.

(30) Cf. G. VAN HECKE, «Principes et méthodes de solution des conflits de lois», *R. des C.*, t. 126, 1969-I, pp. 410-411.

(31) *Vid.*, J. JITTA, *op. cit.*, pp. 200 y ss.; distinción que ya adelanta en pp. 48-49.

(32) Cf. J. M. ESPINAR VICENTE, *op. cit.*, p. 30.

(33) *Cit.* en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, p. 30.

(34) S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza (Sistemas de DIPr y relaciones concernientes a la emigración española*, León, 1989. P. LALIVE se refiere a un «dégéré d'extranéité» (*loc. cit.*, pp. 77 y ss.); G. VAN HECKE a que el grado de perturbación introducido por el elemento extranjero es variable (*loc. cit.*, p. 409).

(35) *Vid.*, por ejemplo, *Sent. TS de 12 julio 1986*, y la nota de M. AMORES CONRADI, *REDI*, 1988-1, pp. 192-193. Se trataba de un problema surgido entre dos empresas españolas con sede social en España, donde se involucraba un transporte de mercancías con destino Berlín. El seguro también había sido concertado en España y el problema real se circunscribía a la determinación del Juzgado competente entre dos órganos judiciales españoles.

comportan, teniendo en cuenta la variada gama de situaciones intermedias que pueden producirse (36). Estas exigencias no pueden ser las mismas ante un problema de separación matrimonial de un francés y una española residentes en España que ante la misma cuestión involucrando a un francés y una española residentes en Francia.

Este grado de heterogeneidad tiene, como hemos señalado, una importancia decisiva en la configuración de las soluciones positivas; el mismo que posee el concepto de *proximidad*, con el que no llega a identificarse, pero de cuyas características y exigencias participa en buena medida (37). Sin embargo posee una capacidad *accessoria* en la reglamentación global de una situación; una capacidad que hace que no se agote su importancia en la subsunción del problema en un complejo normativo dirigido a disciplinarlo jurídicamente y concebido para ello (el sistema de DIPr). Se puede afirmar, además, que el objeto cumple, en función de su grado de heterogeneidad, una función *argumentativa* y legitimadora de primer orden en la obtención de una decisión, en la solución de una cuestión del Derecho, que puede y *debe* ir más allá de la previsión legal.

C) *Manifestaciones concretas de la función normativa del objeto*

Por qué y cómo se manifiesta esta perspectiva dinámica del objeto. Las *razones* se encuentran, en nuestra opinión, en la aún constatable generalidad de las normas de DIPr (incluso cuando hablamos de *especialidad o especialización* en las normas de DIPr estamos siendo profundamente optimistas pues, al cabo, no se trata, en el mejor de los casos, sino de una generalidad atenuada) y en la gran zona gris que separa en DIPr las previsiones normativas de su efectividad en el caso concreto. Este más que posible divorcio entre letra de la ley y normativa aplicada, puesto de manifiesto desde diversas perspectivas y con distintas finalidades (38), presenta interesantes *manifestaciones*. Por una parte, desempeña un papel relevante en la solución de cuestiones problemáticas emparentadas con alguno de los denominados *problemas de aplicación*, aquéllos que surgen como consecuencia de la puesta en funcionamiento de tipos específicos de normas de DIPr, ya ofrezcan en sí mismas la respuesta a la cuestión debatida, ya —y sobre todo— se limiten a remitir a las que ofrecerán tal respuesta (principalmente, norma de conflicto). La exigencia de que para poder inaplicar una normativa extranjera en virtud de la noción de *orden público* haya

(36) Cf. J. M. ESPINAR VICENTE, *op. cit.*, p. 31.

(37) P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R. des C.*, t. 196, 1986-I, pp. 9-237.

(38) F. K. JUENGER, «General Course on Private International Law (1983)», *R. des C.*, t. 193, 1985-IV, pp. 119-387; CH. ROCHAT, *La dislocation du statut personnel*, Lausana, 1986, pp. 315-317, entre otras.

de concurrir un cierto grado de proximidad, de vinculación de la situación con el foro, en nuestro caso, con nuestro orden jurídico (que no se confunde necesariamente con la vinculación que ha justificado, por ejemplo, la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales) es buena prueba de ello (39) (40).

Esta *función normativa* del objeto no se agota en la determinación de la norma y en su utilización como argumento expreso o subyacente en la solución de cuestiones jurídicamente controvertidas. A veces, llega a imponer un cierto comportamiento decisorio *junto a* la aplicación de la normativa *ad hoc* de DIPr. Es decir, las exigencias del objeto obligan al legislador a adoptar una determinada solución (adecuada, adaptada, especial) jurídico-positiva, pero no termina con ello su capacidad normativa que se proyecta, también, en el proceso interpretativo y aplicativo de dicha solución. Esta manifestación, que enmarca J. D. González Campos dentro de la relatividad del elemento extranjero, ha encontrado albergue en decisiones como las de la *Hoge Raad de 18 de*

(39) Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, p. 483, con matizaciones desde el punto de vista constitucional. La idea encuentra expresión en el concepto alemán de *Inlandsbeziehung* o *Inlandsberührung* (Cf. G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7.^a ed., Munich, 1987, p. 330) o en la doctrina y jurisprudencia suizas el equivalente *Binnenbeziehung* (Cf. A. BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht)*, Basilea y Stuttgart, 1975, p. 128; M. KELLER/K. SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986, p. 544).

(40) Otro ejemplo, más concreto, manifestación de esta *importancia normativa* del objeto es apreciable en el tan traído y llevado tema de la necesidad o no de *exequatur* de sentencias de divorcio extranjeras para contraer nuevo matrimonio. No vamos a entrar ahora en la solución de una cuestión en la que se imbrican un sinfín de intereses. Tan sólo queremos llamar la atención sobre dos muy próximas decisiones de la DGRN, concretamente sus *Resoluciones de 1 de julio 1989* y *de 10 de julio 1989* (RAJ, 1989, núms. 5947 y 5953, respectivamente. La primera anotada por M. AMORES CONRADI en *REDI*, 1990-1, pp. 263-264) donde concurren datos significativos de cuanto decimos. En ambos supuestos un español divorciado en el extranjero pedía la inscripción del nuevo matrimonio contraído. En el primer caso se exige el *exequatur* de la sentencia extranjera que decretó el divorcio de un español y su primera esposa; el Órgano directivo incide sintomáticamente en el hecho de la nacionalidad española del marido y en la adquisición de esta misma nacionalidad por la mujer, como consecuencia del matrimonio (F. de Derecho cuarto); en otras palabras, la situación presentaba una vinculación especial con España. En el segundo, a pesar de la nacionalidad española de uno de los cónyuges, el divorcio pronunciado respecto de su anterior matrimonio no necesita previo *exequatur* (cierto es que no se plantea expresamente el problema) a la inscripción del segundo matrimonio, pues aquél se produjo, al parecer, siendo los contrayentes de nacionalidad marroquí; es decir, la situación presentaba una vinculación distinta (menor) con nuestro país: la solución, ¿por ello?, fue también distinta. Son dos manifestaciones de la importancia del objeto en su dimensión normativa cuando en puridad lógico formal nos encontrábamos ante un mismo problema. Piénsese en todo caso en lo poco satisfactorio de esta solución en el siguiente caso: español y francesa se divorcian en Francia contrayendo nuevo matrimonio con francesa y español, respectivamente. mientras en el primer caso la inscripción del matrimonio en el Registro debería precederse de *exequatur* de la sentencia extranjera, en el segundo no.

noviembre de 1983 y de 30 marzo de 1984 (41), mas no es un fenómeno reciente. Si bien en el contexto de una impugnación global del sistema positivo suizo anterior a la reforma operada en 1976 sobre la vieja LRDC (*Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, de 25 junio 1891), la jurisprudencia cantonal helvética no dudó en integrar en el Derecho aplicable normalmente competente (dentro de la heterodoxia de la impugnación citada) un Derecho estatal distinto, encontrándonos con supuestos en los que el Derecho suizo concurrió con el Derecho italiano o el español en la regulación global de una misma pretensión (42); concurrencia que en absoluto estaba legitimada por el sistema positivo de DIPr (43). Volveremos, no obstante, sobre estas exigencias suplementarias del objeto del DIPr al hilo de la que se ha dado en llamar *Zweistufentheorie* del DIPr (44) (45).

(41) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, pp. 27-28; *Vid.* un resumen y comentario de los hechos en H. U. JESSURUM D'OLIVEIRA, «Krypto-Internationales Privatrecht», *ZfRV*, 1986, pp. 246-262, esp. pp. 250-255.

(42) *Sent. Trib. de Distrito de Lausana de 8 febrero 1968, Sent. Trib. cantonal de Vaud de 29 de enero 1969, Sent. Trib. cantonal de Vaud de 7 febrero 1968; vid.* nuestras consideraciones en *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 90-106, 102-103 en especial.

(43) Hemos de reconocer, no obstante, que junto a razones inherentes a la propia estructura de la situación, a esta perspectiva que hemos llamado *normativa* del objeto, aquéllas propias a la defensa de concretos intereses, como el prevalente del hijo o el del nacional suizo, fueron las más decisivas en actitudes como las citadas.

(44) *Vid. infra* el último apartado del presente estudio.

(45) Al limitar nuestro estudio a las exigencias normativas derivadas de la peculiaridad de la situación privada internacional y al contraste parcial de diversas técnicas, eludimos un desarrollo que creemos importante, cual es el de la función o fines del DIPr. Adelantamos en este punto que partimos de una concepción indiferenciada de nuestra disciplina en relación con el resto del orden jurídico. Tal proceder, para P. LALIVE, es en cierto modo inevitable. En su reiteradamente citado Curso General pone de manifiesto la estrecha vinculación existente entre las funciones del DIPr y las concretas actitudes adoptadas frente al Derecho en general y al Derecho en las relaciones internacionales; frente, en definitiva, a una determinada concepción del mundo (*Cf.* P. LALIVE, *loc. cit.*, p. 36). ¿No es posible entonces identificar determinadas funciones propias del DIPr con independencia de la premisa iusfilosófica adoptada? Probablemente no; a salvo el generalísimo fin imputado a todo el Derecho de dar respuestas satisfactorias a las cuestiones de hecho «impregnadas jurídicamente», por utilizar la imagen de F. RIGAUX; a las cuestiones suscitadas por las situaciones privadas internacionales (o, siguiendo la terminología del mismo autor, *relaciones jurídicas transnacionales*: *Cf.* F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé» *R. des C.*, t. 213, (1989-I), pp. 84 y ss., *concr.* pp. 84 y 89-90). Nos encontramos con que la mayoría de los intentos de fijar unas funciones inmediatas al DIPr se queda 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 jurídicos estatales, de armonía internacional de soluciones, etc., no se está haciendo mención sino a *medios* para la consecución de un fin mayor o, en el mejor de los casos, en «funciones» que inciden en la dimensión técnico-jurídica quedándose en la superficie (*Cf.* A. FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tubinga, 1990, p. 49; este

II. OBJETO Y RESPUESTAS A LAS EXIGENCIAS DE SU CARÁCTER

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Debemos precisar el cariz de la perspectiva que vamos a adoptar para dar respuesta a la pregunta planteada. Perspectiva valorativa que podría equipararse a *perspectiva metodológica*. Si no hemos adoptado esta segunda terminología es por el carácter complejo del significado plurívoco de *método*. Y, sin embargo, lo que nos proponemos es tratar de esclarecer en la línea argumental que mantenemos, el método (al menos aspectos generales —y necesariamente parciales— del mismo) a seguir para que el DIPr responda satisfactoriamente a su función general en relación con el objeto que le es propio.

Partiendo de la propia etimología del término, entenderemos por método la vía o camino a seguir para alcanzar una meta (46). Y el imperativo lógico de determinar la meta, objetivo o fin a obtener, imperativo que en los últimos años impide hablar propiamente de una metodología jurídica en favor de tantas metodologías como metas predeterminadas (47), habrá de identificarse con las funciones globales del Derecho en general. La cuestión en este momento sería determinar ¿cuál es la vía apropiada para que el sistema de DIPr dé cumplimiento,

autor pone de manifiesto la identidad de principio en las funciones del DIPr y la del Derecho privado en general —pp. 48-52—, aunque sobre la base de una unilateral concepción del Derecho en torno a la vieja idea de mecanismo de solución de intereses). La idea era puesta de manifiesto por H. E. YNTEMA en su clásico trabajo sobre los objetivos del DIPr. El primero de ellos (y asimilamos objetivo a función) es el de proporcionar seguridad jurídica: «*como el de todo Derecho*», diría el citado autor (Cf. H. E. YNTEMA, «Les objectifs du droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 1-29). Ello nos ratifica en la importancia concedida al objeto del DIPr y, fundamentalmente, a la función normativa del mismo, en la importancia adelantada de su grado de heterogeneidad. Por lo tanto, en la labor de vislumbrar cómo debe ser o de qué manera el DIPr puede cumplir satisfactoriamente su función nos refugiaremos en el elemento diferenciador, la situación privada internacional, tratando de responder a la pregunta *¿cómo debe afrontar el DIPr, en relación con el objeto que le es propio (la situación privada internacional) y con el grado de heterogeneidad del mismo, el cumplimiento de las funciones encomendadas al ordenamiento jurídico en su conjunto*, sin que esta reducción quiera significar que el DIPr no es capaz de proporcionar una solución integral de la situación jurídica (en tal sentido se manifiesta P. MAYER, *op. cit.*, p. 10, para justificar su calificativo de Derecho *especial*). Tal idea está siempre en función de la técnica normativa empleada. Por supuesto, el recurso a la norma de conflicto no proporciona tal respuesta integral; la apelación a complejos normativos directos (DIPr por proyectarse sobre su objeto) puede que sí (por ejemplo, Derecho uniforme sobre materias exclusivamente internacionales).

(46) Cf. en tal sentido W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung I Rechtsmethodik früher und religiöser Rechte*, Tubinga, 1975, p. 22.

(47) Vid. en este sentido J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, 1988, pp. 290-291.

en relación con el objeto que le es propio, a las funciones encomendadas al ordenamiento jurídico en el que el dicho sistema se integra? Por ello, cuando hablamos de método, estamos adoptando una visión del mismo similar a la que utilizan quienes inciden sobre cuestiones o, mejor, *opciones generales* en la reglamentación del tráfico jurídico externo (48).

Tal punto de partida nos exime de incidir en las numerosas «corrientes metodológicas» que se han sucedido a lo largo de la historia reciente. Con menos pretensiones, vamos a poner de manifiesto un número escogido de cuestiones que consideramos, y como tales han sido asumidas en los últimos tiempos, relevantes a la hora de interpretar, sistematizar y, sobre todo, *elaborar* o configurar un sistema de DIPr respetuoso con las peculiaridades de su objeto. Ello, ya desde el principio es, si pretendemos una visión general, una tarea condenada al fracaso o a la repetición de tópicos de todos conocidos. Aun conscientes de la imposibilidad de huir de estos últimos, vamos a limitar esta visión valorativa incidiendo solamente en aquellos aspectos de técnica jurídica (las distintas etapas del «camino» o «vía») que se refieren a uno de los dos aspectos con juego propio en el desenvolvimiento de la función del DIPr: el respeto por las características de su objeto, por su *grado de heterogeneidad*; eludiendo de forma específica (aunque lo presuponemos) el respeto por la dimensión general (no especial en relación con otras situaciones jurídicas) de la situación privada internacional, es decir, por las exigencias de justicia ajenas a la consideración del carácter transnacional de dicha situación. Como ya indicamos en otro lugar (49), esta división no es más que un mecanismo de reducción de la *complejidad expositiva* que supondría ser coherente con nuestra *visión unitaria de la justicia en DIPr*; con la negación, en fin, de una justicia material y una justicia conflictual, separables e independientes.

2. EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA FUNCIÓN NORMATIVA DEL OBJETO DEL DIPR Y ESPECIALIZACIÓN

A) *De nuevo sobre el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional: primera exigencia de especialización*

Como es sabido, la norma de DIPr, en cuanto norma dirigida a una situación privada internacional, está, por hipótesis, concediendo rele-

(48) En este sentido, por ejemplo, E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récents du droit international privé en Europe*, París, 1987, o E. VITTA, «In tema di riforma del diritto internazionale privato», *Il foro italiano*, 1986 (nosotros manejamos una separata repaginada) o, mucho antes, J. JITTA, *op. cit.*

(49) Vid. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación...*, *op. cit.*, p. 30, entre otras.

vancia al elemento extranjero (cualquiera que sea su relevancia con independencia de la norma) que en ella se inscribe. Sin embargo, hasta la fecha esta relevancia se ve limitada por un factor que a pesar de su evolución positiva sigue siendo capital en la ausencia de un verdadero respeto por la peculiaridad sobre la que se proyectan las normas de DIPr: *insuficiencia cuantitativa* del material normativo de DIPr, generalidad del mismo y correlativa exigencia de *especialización*. Insuficiencia que debe ser predicada fundamentalmente del sector relativo a la identificación de la norma o el Derecho aplicables a la situación privada internacional que lo reclame. Ya nos refiramos a las denominadas normas de conflicto, ya a técnicas de reglamentación directas como las normas materiales especiales o normas materiales de DIPr, la evidencia de la multitud de supuestos que pueden presentarse para ser regulados por un puñado de normas repartidas aleatoriamente por diversos cuerpos legales descarta cualquier visión de respuesta satisfactoria. Esta descripción negativa se atenúa de forma importante en aquellos sectores en los que sólo concurren situaciones puramente internacionales que no tienen parangón a nivel meramente interno, así como respecto de aquéllos que han sido objeto de codificación internacional del DIPr o que han gozado del interés institucional del sistema comunitario. Mas, en el resto, los ejemplos más simples ponen de manifiesto la insuficiencia de la pobreza normativa que puede imputarse a nuestro sistema autónomo de DIPr.

Imaginemos un supuesto en el que un español en el extranjero testa de forma mancomunada. El art. 733 del C.c. prohíbe tal testamento «aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado». Y tal prohibición tiene la misma vigencia ya nos encontremos ante un español que realiza su testamento durante un viaje de vacaciones en Alemania, teniendo su residencia habitual, sus causahabientes, sus bienes, todo su centro de vida familiar y patrimonial en España, ya suceda todo lo contrario, es decir, lleve treinta años en aquel país, donde está casado con una alemana, siendo sus hijos de tal nacionalidad y poseyendo la mayoría de sus bienes en Alemania, con la salvedad de ciertos inmuebles situados en España como consecuencia de la herencia de sus padres (y sobre los que se suscita el problema). La paradoja se repite si tomamos como ejemplo un supuesto de filiación. La ley personal del hijo (su ley nacional) determinará, según el art. 9,4.º del C.c. cualquier problema relacionado con el carácter y contenido de su filiación. Si se trata de un francés, hijo de madre francesa y con residencia habitual en España que impugna la paternidad de otro francés (su actual padre «legal») residente en Francia la ley francesa determinará la pertinencia de la pretensión, del mismo modo que si se trata de un francés residente en España junto con su madre y su padre «legal», ambos españoles por haber adquirido la nacionalidad por residencia (pensemos, por ejemplo, que, además, el hijo está esperando al momento oportuno para optar a la nacionalidad española). En ambos casos (y los ejemplos podrían multiplicarse a otros ámbitos y con otras normas) la

misma respuesta no parece que satisfaga las exigencias de la *peculiaridad trasnacional* de la situación y para el segundo, surge, por ejemplo, la heterodoxia del *rattachement anticipé*, o conexión anticipada a la futura nacionalidad (50).

¿Qué consecuencias derivan de los ejemplos propuestos? Una evidencia parecería indicar que no es justo tratar supuestos tan desiguales de idéntica manera; consecuencia lógica sería la proposición de una norma concreta para cada supuesto. Sin embargo ello vulneraría uno de los objetivos inherentes a toda norma jurídica, cual es la necesaria previsibilidad jurídica que debe promover. Ni siquiera en otras ramas del orden jurídico la casuística total es admitida en el seno de ordenamientos que, como el nuestro, son fundamentalmente de base legal. La norma jurídica es consustancialmente *general* y *abstracta*. El fortalecer la fecundidad del legislador de DIPr es un recurso posible, incluso deseable, pero con unos límites precisos derivados de las exigencias del ordenamiento jurídico en su conjunto, unos, de la propia tradición jurídica del DIPr, otros, y del respeto por los grupos normativos (huída del fraccionamiento normativo sin adecuada reconstrucción del mismo), los terceros.

Partamos pues de una posibilidad limitada de especialización por razón de la *cuantía* de normas jurídicas desinadas a la regulación del tráfico externo (reténgase que codificaciones con pretensiones de exhaustividad como la suiza llegan —y no pasan— a los doscientos artículos). La respuesta a la necesidad de tener convenientemente en cuenta el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional pasa a situarse en la propia norma individualmente considerada; y será ella de forma individual la que deba responder mediante su *multiplicación funcional* a dichas necesidades. Cómo un reducido grupo de preceptos legales pueden multiplicarse para ofrecer una diversidad de respuestas superior a su propio número es una cuestión llamada a responderse a través de su *grado de ductilidad*. Y en esta tarea, como el ejemplo propuesto da a entender, las exigencias de ductilidad pueden recaer tanto sobre normas que otorgan una respuesta material, directa y concreta a la situación jurídica que se plantea, cuanto sobre las que tradicionalmente han arrastrado la etiqueta de mayor abstracción y formalismo, las normas que remiten a otras para otorgar esa respuesta directa y definitiva, las normas de conflicto.

(50) Cf., en este sentido. A. E. VON OVERBECK, «L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation», *Liber Amicorum A. F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380, coner. p. 367. La jurisprudencia suiza relativa al ámbito de la filiación natural ofrece numerosos ejemplos de esta conexión anticipada, eso sí, justificada bajo los auspicios del *interés del hijo*, y con un solapado lefeorismo como telón de fondo (Vid. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, op. cit., pp. 99-102).

En los últimos años, como reacción natural a una crisis recurrentemente anunciada del DIPr (51), crisis que, en realidad, se predicaba de la tradicional norma de conflicto, se han puesto de manifiesto las *bondades* de dicha opción en aras a la consecución de soluciones justas. Los aludidos desarrollos del carácter funcional de la norma de conflicto o del método de atribución parece que traten de poner de manifiesto las *virtudes ocultas* de la norma de conflicto y, sobre todo, de los mecanismos que rodean su puesta en funcionamiento, en aras al respeto por las exigencias *particulares* de cada situación privada internacional. En lo que concierne a esta segunda dimensión, la idea no es nueva y cuando nosotros mismos hemos recurrido a ella (52) no hicimos sino trasladar líneas argumentales ya presentes en el memorable curso de L. Raape de 1934 sobre las relaciones entre padres e hijos (53). Esta reacción, sin embargo, ha tenido como consecuencia la aparición de nuevas vías de razonamiento encaminadas a la consecución de resultados satisfactorios. A ellas haremos alusión a continuación.

Mas antes debemos poner de manifiesto que la polarización en torno a la «optimización», al máximo aprovechamiento del método conflictual ha desatendido, en cierta manera, y en lo que a los sistemas de DIPr autónomo concierne, la realidad de las normas materiales de DIPr especialmente encaminadas a resolver las cuestiones suscitadas por las situaciones privadas internacionales. Dejando de lado las llamadas normas materiales imperativas o normas materiales de aplicación necesaria, de creciente importancia en ámbitos como el del comercio internacional, lo cierto es que las normas materiales especiales de DIPr ocupan hoy en día un lugar destacado en la codificación internacional de determinados sectores del comercio como la compraventa internacional, el sector de los transportes..., pero carecen de relevancia en otros donde parece que la preeminencia del método conflictual desmiente la idea de crisis. ¿Es que no puede tomarse en cuenta suficientemente el carácter transnacional de una situación jurídica a través de una norma de regulación especial y/o directa (englobense tanto normas materiales especiales como normas materiales espacialmente autolimitadas como la del primer ejemplo propuesto)? Hasta ahora, si como requisito de juicio positivo exigimos la antecitada *ductilidad* que fomenta el respeto del grado de heterogeneidad de la situación, la respuesta sólo puede ser negativa. Respuesta negativa que no viene

(51) Quizá el curso de G. KEGEL en la Academia de La Haya sea una de las expresiones típicas de la misma (Vid. G. KEGEL, «The Crisis of Conflict of Laws», *R. des C.*, t. 112, 1964-II, pp. 91-168).

(52) Vid. por ejemplo el tratamiento de los tradicionales problemas de aplicación que realizamos en el Capítulo VI de nuestra obra *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*

(53) L. RAAPE, «Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé», *R. des C.*, t. 50, 1934-IV, pp. 401-544.

impuesta en modo alguno por una imposibilidad técnica, sino por el propio alcance normativo de este tipo de normas que generalmente *comparten* la regulación jurídica del supuesto global con otras técnicas normativas de DIPr. Ciertamente la respuesta no es negativa en aquellos sectores sobre los que se ha proyectado el Derecho uniforme o la acción general de la codificación internacional del DIPr o, incluso, de los sectores de los que se ha ocupado el llamado DIPr Institucional.

Y es en esas otras técnicas, fundamentalmente en las normas de conflicto y, en general, en las normas unilaterales que difieren en otras normas la respuesta final (por ejemplo normas de extensión) donde se han desarrollado mecanismos de flexibilización en beneficio de la satisfacción a la *función normativa* del objeto. El porqué de esta distinción hay que buscarlo en la propia evolución histórica del DIPr. Lo cierto es que la introducción de instrumentos como las denominadas *cláusulas de excepción* a la ley normalmente aplicable o la *especialización por razón del grado de heterogeneidad* de la situación privada internacional, mecanismos ambos respetuosos con la dimensión que analizamos en este momento y sobre los que volveremos, se inscriben en el seno del método de atribución y dentro de la tradicionalísima idea de la mejor localización (54).

B) *Las cláusulas de excepción como mecanismos que responden a los imperativos normativos del objeto*

Según C. E. Dubler «una cláusula de excepción propiamente dicha hace intervenir el poder moderador del juez, a fin de que la situación jurídica planteada sea sometida a la ley con la que presenta conexiones más estrechas» (55). Esta definición resalta una de las características identificadoras de la cláusula de excepción con relación a otras cláusulas correctoras: asegurar *exclusivamente* la remisión a la ley con la que la causa presenta las conexiones más estrechas; la otra nota característica es que sólo corrige o excluye el normal funcionamiento de una

(54) Claro está, ello no descarta la posibilidad de normas de regulación directa que mediante la utilización de categorías de contenido variable traten de lograr un respeto (directo) de ese grado de heterogeneidad, aunque, transformando el primer ejemplo en una posibilidad de este tipo vemos su atipicidad y quizá su ineficacia: por ejemplo, «No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero... *salvo que del conjunto de circunstancias se pueda desprender lo contrario*» (la finalidad ejemplificativa de este supuesto hace que hayamos obviado la reglamentación del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961, *BOE*, 17-VIII-1988).

(55) Cf. C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Etudes suisses de droit international privé/Schweizer Studien zum internationalen Recht, vol. 35, Ginebra, 1983, p. 28.

norma de conflicto *stricto sensu* (56). Ello significa que la cláusula de excepción está, en principio, desprovista de toda connotación material o de favor hacia la consecución de determinados valores, protección de concretos intereses u obtención de resultados precisos, por más que la peculiar intervención del Juez a la hora de materializar el concepto de contenido variable «conexiones más estrechas» pueda derivar en lo contrario (57). Dicho esto, no debemos olvidar la estructura y trasfondo de nuestras consideraciones. Como señalamos en la introducción, la perspectiva *localizadora* no muestra sino una de las caras de obtención de una única solución justa; y, en este sentido, si la designación de una ley extranjera (o nacional) significa que ésta es (en principio) la más apropiada para regular la situación de que se trate, la cláusula de excepción posee, en esta medida, un alcance substancial (58).

La primera manifestación legislativa de este instrumento apareció con la reforma de la citada LRDC operada en 1976, que introdujo los arts. 8d y 8e en dicho cuerpo legal donde se insertó una cláusula de excepción *stricto sensu* que conducía a la aplicación de la ley con la que la causa presentase «rapports prépondérants». Tal inclusión fue resultado de las experiencias a que había conducido la extrema *rigidez* del primitivo art. 8 LRDC (59). Esta afirmación, que se corresponde en términos generales con la realidad (60), viene ya a poner en evidencia que el objetivo primario de la cláusula, la *voluntas legislatoris*, estaba encaminada más hacia la evitación de los resultados «indeseados» que hacia la consecución de una «justicia de Derecho internacional privado» (pero, ¿acaso son aspectos separables?).

Con posterioridad, diversas manifestaciones de cláusulas de excepción también especiales, es decir, referidas a concretas materias, han sido recibidas en diversos sectores y diversas sedes de la codificación

(56) *Ibid.*, pp. 30-31.

(57) Así hay que entender las no corroboradas previsiones de F. VISCHER, que veía en la introducción de una cláusula de excepción una vía de materialización de soluciones (Cf. «Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechtes. Gesamtkodifikation des internationalen Privatrechtes der Schweiz oder Revision des Bundesgesetzes betreffen die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG)», *Z.Schw.R.*, 1971-II, pp. 1-106; *id.*, «Drafting National Legislation on Conflicts Laws: the Swiss Experience», *Law & Cont. Problems*, vol. 41, 1977, pp. 131-145, concr. pp. 138-140); previsiones que, al margen de la opinión mayoritaria rescata con posterioridad a la Ley suiza sobre el DIPr (Cf. F. VISCHER, «La loi fédérale de droit international privé. Introduction générale», *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, Lausana, 1988, pp. 11-26, concr. p. 15; *id.*, «General Cousse on Private International Law», *R. des C.*, t. 232, 1992-I, pp. 9-255, concr. p. 109.).

(58) Cf., en este sentido, B. AUDIT, *Droit international privé*, París, 1991, p. 82.

(59) Cf. A. E. VON OVERBECK, «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, t. 176, 1982-III, pp. 9-258, concr. pp. 202-203; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, pp. 176-179.

(60) *Vid.* al respecto nuestros desarrollos en *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, Capítulo II.

internacional del DIPr. Así, por ejemplo, los arts. 4,5.º y 6,2.º del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, recogen dos soluciones técnicas basadas en el principio de conexión más estrecha y que vienen a excepcionar o corregir (61) las soluciones primarias en materia de contratos en general y contrato de trabajo en particular. Del mismo modo, la Conferencia de La Haya ha optado por la solución de la cláusula de excepción parcial en el art. 8,3.º del Convenio sobre ley aplicable a la venta internacional de bienes muebles, de 22 de diciembre de 1986 (62) o en el art. 3,2.º del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, de 1 de agosto de 1989 (63).

En la actualidad, el paradigma positivo de las cláusulas de excepción se encuentra también en el DIPr helvético, consagrado concretamente en el art. 15 de la Ley sobre el DIPr (64). Con independencia de las condiciones y alcance de la aplicación de tal precepto (65), nos interesa poner de manifiesto en este lugar el aspecto o condición fundamental de la flexibilidad y operatividad de esta cláusula de excepción. Como también hemos señalado en otra ocasión (66) cualquier intento de abordar la manifestación peculiar del principio de proximidad a través de la cláusula de excepción positivizada en el art. 15 de la Ley suiza sobre el DIPr debe pasar, necesariamente, por la constatación de que existe un elemento cuyo protagonismo puede conducir a orientaciones muy dispares entre sí o a la adopción de una línea jurisprudencial unívoca; este elemento no es otro que la libertad del Juez en la determinación de la conexión. Tal libertad ha sido profusamente analizada como una de las orientaciones básicas de las codificaciones recientes (67) y parece que en la aplicación de las cláusulas de excepción deba estar limitada por esa dimensión de respeto por las peculiaridades estructura-

(61) No se trata en el primer caso tanto de excepcionar cuanto de corregir. La terminología utilizada por K. KREUZER, «Berichtigungsklauseln im internationalen Privatrecht», *Festschrift für Imre Zajtay*, Tubinga, 1982, pp. 207-235, se adapta en mejor medida a las soluciones del Convenio de Roma.

(62) *Vid.*, al respecto, M. PELICHET, «La vente internationale de marchandises et le conflit de lois», *R. des C.*, t. 201, 1987-I, pp. 9-210, concr. pp. 153-157.

(63) *Vid.* P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 249-275, concr. pp. 255-257, donde pone de manifiesto los intereses últimos presentes tras la redacción definitiva de la cláusula: intereses de determinados países (Estados Unidos, Reino Unido, la mayoría de países de *Common Law*, los países escandinavos y algunos de América Latina) que ponían en duda la adaptación de la solución general para cada circunstancia.

(64) «El Derecho designado por la presente ley será excepcionalmente inaplicable si, de conformidad con el conjunto de circunstancias, es manifiesto que la causa sólo posee un vínculo muy débil con el mismo y presenta una relación mucho más estrecha con otro Derecho.»

(65) *Vid.* C. E. DUBLER, *op. cit.*, *passim*; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 182-188.

(66) S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 179-181.

(67) Es, junto con la aplicación preferente de la ley del foro, el otro pilar de la obra de E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*

les de la situación contemplada: la cláusula de excepción guiaría la corrección en el sentido del exclusivo logro de la llamada «justicia conflictual», lo que supone que todo tipo de argumento material (aquéllos que en la satisfacción de la función global del Derecho se distinguen de la satisfacción particular de la especialidad impuesta por la presencia del elemento extranjero y el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional) debe excluirse.

En la consecución del respeto por las características definidoras de la transnacionalidad de la situación privada internacional la cláusula de excepción cuenta en su contra con una presunción de proximidad en beneficio de las normas de conflicto. Y es en la veracidad de esta presunción en la que se encuentra la clave de la operatividad de la cláusula. Los criterios que integran los conceptos que nos ocupan (relación más estrecha, vínculo preponderante) han sido clasificados en dos grandes grupos que se corresponden con criterios objetivos y criterios subjetivos (68), con posteriores subdivisiones y subclasificaciones (69). No obstante es de mayor interés la *valoración* de esos criterios que su mera identificación; valoración donde serán de vital importancia aspectos como la *sectorialización* del DIPr (el mismo balance objetivo tendrá diferente alcance ya nos encontremos ante una materia familiar o personal, ya ante una cuestión de relaciones extracontractuales), la intensidad de determinados criterios frente a otros, etc. (70). Y en este hecho, en la correcta comprensión de este factor, es donde radica la operatividad mayor o menor de la cláusula. Porque, como ya hemos puesto de manifiesto en otra ocasión, la cláusula de excepción «relativiza todas y cada una de las soluciones positivas... puede operar tanto en la determinación del criterio de conexión primario, cuanto en la persona en que el mismo recae; igualmente tiene una operatividad potencial importante como factor de especialidad (incidencia en el supuesto de hecho contemplado) y, sobre todo, como factor de jerarquización de las soluciones, atendiendo a la peculiaridad de *cada situación*» (71). Todos los aspectos reseñados son importantes con vistas a tratar individualizadamente, de forma *especial*, cada situación privada internacional, pero quizá el que en mayor medida responde a las exigencias del grado de heterogeneidad de dicha situación sea el último referido: la multifuncionalidad (especialización funcional) frente a la llamada jerarquización de las normas de conflicto, ya que ésta es otro de los mecanismos idóneos para la obtención del fin perseguido.

(68) Vid. H. P. DIETZI, «Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen internationalen Privatrecht», *Festgabe zum schweizerischen Juristentag* 1973, Basel-Stuttgart, 1973, pp. 49-74, conocr. p. 61.

(69) Vid. de forma general, C. E. DUBLER, *op. cit.*, pp. 92-97.

(70) *Ibid.* pp. 97-100.

(71) Cf. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 293-294.

Por ello puede afirmarse que se trata del instrumento que en mayor medida colabora a la *multiplicación funcional* de la normativa de DIPr. La cláusula de excepción a la ley normalmente aplicable resulta un mecanismo óptimo de especialización por razón del grado de heterogeneidad; *diversificación que va más allá incluso de la que reflejan las normas a las que eventualmente excepciona*. La cláusula de excepción puede funcionar como tantas normas *distintas* cuanto situaciones distintas concurren. Ciertamente ello no va a ser así, puesto que el mismo límite cuantitativo que pesa sobre el legislador a la hora de elaborar normas de DIPr debe pesar sobre el intérprete y aplicador del sistema. Sin embargo la idea misma de *excepción* por razón de la dispersión de los elementos de la situación jurídica justifica la especialización (72).

(72) Especialización que, contrariamente a lo que se ha dicho, puede incidir también en la dimensión de *especialización por razón del problema o grupo de problemas* contemplados. No se trata de predicar distintas respuestas jurídicas para grados distintos de heterogeneidad de la relación privada internacional, sino de predicar soluciones distintas para problemas distintos aunque el grado de heterogeneidad de la relación jurídica que los plantea sea idéntico. Un ejemplo puede ayudar a asimilar esta idea que, por razones sistemáticas (no se trata de una consecuencia de la peculiaridad del objeto), no está suficientemente expresada en el apartado que hemos dedicado a la cláusula de excepción. Imaginémosnos que el sistema jurídico español X arbitra una única norma para la determinación de la ley aplicable a la filiación (natural y adoptiva) que se remite a la ley nacional del hijo/adotando; imaginemos en este contexto las situaciones siguientes: padre legal ha adquirido por residencia la nacionalidad española, madre e hijo de nacionalidad francesa y con residencia habitual en España; adoptante de nacionalidad española y con residencia habitual en España. Si, en el primer supuesto, nos encontramos con una impugnación de la paternidad del padre legal, la hipotética norma conduciría a la aplicación de la ley nacional francesa del hijo y la existencia de una cláusula de excepción quizá no alterase el normal juego de dicho precepto. ¿Sería lo mismo si lo pretendido fuese —segundo supuesto— la constitución de la adopción por parte del adoptante español? ¿Acaso en este caso las posibilidades de actuación de la cláusula de excepción —en favor de la ley española— no serían mayores? El grado de heterogeneidad de la situación privada internacional es en términos generales el mismo. Cambia el problema. Y la cláusula de excepción puede tener cuenta del mismo, puesto que la valoración de los vínculos más estrechos está íntimamente ligada al problema, a la cuestión del Derecho (capacidad de especialización no por el grado de heterogeneidad). Sobre esta dimensión de la especialización, no por razón del grado de heterogeneidad de la relación jurídica nos permitimos remitirnos a las consideraciones, muy parciales por razón de la materia, que realizamos en nuestra obra *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 162-165 y, en especial a los trabajos de P. G. VALLINDAS, «La structure de la règle de conflit», *R. des C.*, t. 101, 1960-III, pp. 327-380, *concr. p. 360*; F. SCHWIND, «Aspects et sens du droit international privé. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, t. 187, 1984-IV, pp. 1-144, *concr. p. 104*; B. AUDIF, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois)», *R. des C.*, t. 186, 1984-III, pp. 223-397, *concr. pp. 361-362*; M. A. ASÍN CABRERA, «La technique des règles spéciales de rattachement dans les Conventions de La Haye de droit international: répercussions dans le droit international privé espagnol», *Perméabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, Zurich, 1992, pp. 265-280; y las sintomáticas palabras de P. M. PATOCCHI, enlazando en parte las perspectivas sobre las que ahora tratamos al señalar que «especialización y flexibilidad de la norma de conflicto son fenómenos muy distintos; no obstante, su objetivo es común: se trata de conseguir una mejor localización»

Que el mecanismo es perfectamente asimilable por el intérprete continental es una primera impresión que puede legítimamente abstraerse de las primeras aplicaciones de la «cláusula de excepción» del Convenio de Roma (o de las normas que la habían *nacionalizado* con anterioridad a su entrada en vigor). Un análisis de la incipiente jurisprudencia alemana, francesa y belga arroja un balance provisional positivo; el mismo que la primera decisión del Tribunal Federal suizo que se consagra expresamente a las condiciones de aplicación *in casu* del art. 15 de la Ley sobre el DIPr (73). Las primeras decisiones alejan los temores de una utilización en función de un resultado sustancial preordenado así como la tendencia hacia un legeforismo artificial (74). De otra parte, el peligro de atentado a la previsibilidad que supuestamente asegura la tradicional norma de conflicto (75) choca tanto con la realidad jurisprudencial española y comparada que se aleja de aquélla, cuanto del valor que posee la jurisprudencia en el seno de nuestro orden jurídico.

Por otro lado y, a pesar de que intuitivamente estemos construyendo el discurso en torno al sector del Derecho aplicable, no cabe duda de que un mecanismo similar en el ámbito de la competencia judicial internacional cumpliría una función diversificadora como la que cumple la cláusula de excepción. El peculiar carácter unilateral de las normas estatales sobre competencia judicial internacional haría que la configuración técnica de tal cláusula adoptase una fórmula diversa, próxima a un *forum non conveniens*, por un lado, y a un foro de necesidad, a modo del art. 4 de la Ley suiza sobre el DIPr, por otro (76). Como hemos puesto de manifiesto en otra sede, el hecho de que la LOPJ no cuente con una previsión al respecto no supone en modo alguno su innecesidad. Los intereses que trata de proteger una fórmula flexible de foro de necesidad conciernen a la relación en sí misma considerada (a su grado de heterogeneidad y a su proximidad con el foro) y evitarían situaciones que rozan el derecho a la tutela efectiva reconoci-

(Cf. P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Etudes suisses de droit international/Schweizer Studien zum internationalen Recht, vol. 42, Ginebra, 1985, pp. 229-230).

(73) Cf. C. CAMPIGLIO, «Prime applicazioni della clausola d'eccezione "europea" in materia contrattuale», *Riv.dir.int.priv.pr.*, 1992, pp. 241-254. Respecto de la jurisprudencia suiza, *vid.*, la *Sent.Tribunal fédéral suisse (2e Cour civile)*, de 28 noviembre 1991, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1992, pp. 484-488, y la nota de F. KNOEPFLER, *ibid.*, pp. 488-495.

(74) C. CAMPIGLIO, *loc. cit.*, p. 254.

(75) Cf., entre las recientes manifestaciones, B. AUDIT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 80.

(76) «Cuando la presente ley no prevea ningún foro en Suiza y un procedimiento [judicial o administrativo] en el extranjero aparezca como imposible o no pueda exigirse razonablemente, las autoridades judiciales o administrativas suizas del lugar con el que la causa presente un vínculo suficiente serán competentes». Como ejemplo positivo de *forum non conveniens* podemos aludir al derogado art. 8e 3 LRDC (*vid.*, sobre ambos, S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 124-130 y 138-139).

do en el art. 24 de nuestra Constitución (recordemos, derecho susceptible de invocación directa) como la que pudo presentar la *Sent. TS (Sala 1.ª) de 4 de noviembre de 1991* que, con independencia de lo discutible de su argumentación, ratificó las anteriores declaraciones de incompetencia en un supuesto ampliamente ligado a nuestro ordenamiento (77).

C) *La jerarquización de las normas de conflicto*

Otra de las opciones tendentes al respeto del grado de heterogeneidad de la situación privada internacional, con especial relevancia en aquéllas que por su estructura permiten la *agrupación* de criterios a la hora de determinar su ley rectora es la que plantea la alternativa entre normas de conflicto con conexiones únicas y normas de conflicto complejas o con conexiones múltiples; más concretamente, con diversas conexiones entre las que se establece una jerarquía interna con base en la diversa fuerza localizadora de cada criterio. Tal opción tiene su epicentro, también, en la efectividad de la localización (78) o en el deseo de elaborar una «mecánica de precisión tan próxima como sea posible de la realidad» (79). La alternativa no se centra en la mayor o menor amplitud de la categoría empleada como supuesto de hecho de la norma, sino en la búsqueda de soluciones adecuadas para los distintos grados de heterogeneidad de una relación jurídica concreta. Ello no supone en modo alguno la concreción técnica de múltiples normas de conflicto para múltiples supuestos, sino el establecimiento de un *orden de preferencia* que, naturalmente, presupone una opción o un juicio de valor básico en torno al criterio o criterios asumidos como relevantes. Este dato debe servirnos para poner en entredicho, como se ha pretendido, la debilidad del valor localizador de las conexiones subsidiarias (80). Estas responden, *todas ellas*, al mismo interés por la localización más adecuada y se corresponden *in concreto* con *situaciones distintas*, como pone de manifiesto su propia subsidiariedad. La circunstancia de que concurriendo varios de los supuestos de hecho presentes en la norma de conflicto compleja, la jerarquía establecida excluya unas soluciones en beneficio de otras en nada empaña lo dicho. Las conexiones subsidiarias están concebidas para situaciones con un grado de heterogeneidad *concreto y distinto* (generalmente, conforme van entrando en

(77) *Vid. CCJC*, 1991, núm. 27, pp. 1057-1060 y el comentario de M. AMORES CONRADI, pp. 1060-1068. Aunque la visión del TS hubiera sido correcta (que, como manifiesta M. AMORES CONRADI, no lo es) las exigencias de los principios inspiradores del sistema español de competencia judicial internacional y las exigencias de la peculiaridad de la situación privada internacional juzgada hubieran debido conducir a un comportamiento judicial distinto.

(78) *Cf. P. M. PATOCCHI, op. cit.*, p. 229.

(79) *Cf. J. FOYER*, «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation», *R. des C.*, t. 193, 1985-IV, pp. 9-117, concr. p. 54.

(80) *Cf. P. M. PATOCCHI, op. cit.*, p. 229.

juego las conexiones subsidiarias la dispersión de los elementos de la relación, su grado de heterogeneidad, es mayor o, al menos, es menor la presencia de aquéllos a los que las concepciones del foro otorgan una importancia mayor), y la entidad de su valor localizador debe juzgarse con base en tal presupuesto. El hecho de que este tipo de normas no se aparte de la ortodoxia conflictual clásica (son neutras y, en cierto modo, rígidas, asegurando una previsibilidad de resultados y una seguridad jurídica clara) no supone negar relevancia a la situación concreta de que se trate (81), sino, por el contrario, darle una relevancia importante desde el punto de vista de la dispersión de sus elementos en el espacio.

La presencia en un sistema de normas de conflicto con conexiones subsidiarias es un índice que permite valorar el grado de adaptación del sistema a la pluralidad potencial de supuestos reales, su grado de *especialización*. M. Keller y K. Siehr señalan convenientemente la idea. Ellos parten de un concepto de conexión subsidiaria distinto al que aquí hemos adoptado; distinguen entre las normas como las del art. 4 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (para ellos, típico ejemplo de norma con conexiones subsidiarias) y las denominadas conexiones en cascada (*Kaskadenanknüpfungen*), ya que parten de la idea de subsidiariedad emparentada a las funciones del orden público (conexiones subsidiarias impregnadas de un elemento material orientador). Nosotros, por el contrario, nos referimos a normas de conflicto con conexiones subsidiarias para hacer referencia, precisamente, a la cascada conflictual kegeliana. Pues bien, lo que nos interesa destacar, y para ello traemos a colación la opinión de los antecitados autores, es que estas conexiones subsidiarias determinan el Derecho aplicable a *distintas* situaciones de hecho (82).

Las normas con conexiones subsidiarias (en cascada) liberadas de connotaciones materiales, implican un respeto al grado de heterogeneidad de la relación jurídica y correlativamente un *factor de especialización* que no incide sobre el supuesto de hecho, sobre la mayor o menor generalidad de la categoría utilizada como tal, sino en la propia situación. A título de ejemplo puede repararse en el art. 10,5 del C.c., cuya descomposición siguiendo la línea que nos inspira nos llevaría a decir que «las obligaciones contractuales no mediando sumisión... se regirán por la ley nacional común...»; «las obligaciones contractuales respecto de las cuales las partes, sin poseer nacionalidad común, no hayan acordado expresamente la sumisión a una ley determinada con la que el negocio tenga alguna conexión, se regirán por la ley de la residencia habitual común de las mismas...», etc.

(81) Cf. PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional...», *loc. cit.*, p. 93.

(82) Cf. M. KELLER/K. SIEHR, *op. cit.*, p. 284.

Esta variante de la especialización viene *impuesta* por la voluntad de acudir a criterios de conexión fuertes (que aseguren un alto grado de continuidad de la situación en el espacio, una fuerte validez internacional de la configuración jurídica que se efectúe a través de la norma) o a leyes aplicables que presenten una alta vinculación con la situación, lo que implica el recurso a la conjunción de elementos que no siempre concurren y a la paradoja de que cuando mayor sea el grado de heterogeneidad de la relación jurídica, es decir, cuanto mayor sea la dispersión de sus elementos en el espacio, la toma en consideración de esa peculiaridad redundará en una pérdida del interés por ofrecer soluciones acordes con la misma. Se suele producir una *desinternacionalización relativa* al recurrir a la ley del foro como si de situación puramente homogénea se tratase. El ejemplo del art. 107 C.c. es buena muestra de ello: la ley española —la misma que disciplina los supuestos puramente homogéneos— será la que regulará los supuestos de nulidad separación y divorcio en los que los cónyuges posean distinta nacionalidad y diferente residencia habitual. En otros casos, como pone de manifiesto la reciente reforma operada por la Ley 11/1990 con la conexión «lugar de celebración», se acude a conexiones de cierre que, aun no siendo coincidentes con la *lex fori*, no arrojan una vinculación suficiente con el supuesto de que se trate. El respeto por el grado de heterogeneidad será tanto mayor cuanto mayor sea la escalera conflictual.

D) Otras «excepciones» respetuosas con el grado de heterogeneidad

La especialización normativa en DIPr también se manifiesta a través de la progresiva diversificación de las categorías que se incluyen en las normas que componen el sistema. Sin embargo, que existan tres normas para determinar el Derecho aplicable al reconocimiento voluntario de filiación, a la filiación matrimonial o a la determinación judicial de la filiación es un hecho que, en principio no añade nada al respeto por el grado de heterogeneidad a que hacemos referencia. Otro tanto puede afirmarse de una distinción entre los diversos tipos contractuales, a modo de lo que dispone el Convenio de Roma de 1980 (por ejemplo, trabajadores, consumidores y contratos en general). La especialización a que nos referimos (que en modo alguno descarta aquella por razón de la cuestión jurídica) *tiene una dimensión localizadora* (al lado, no cabe duda, de una dimensión sustantiva). Las cláusulas de excepción son una muestra de la misma. La jerarquización de las normas de conflicto otra, así como las normas de extensión o los mecanismos de integración de normas pertenecientes a diversos órdenes jurídicos. En el sistema español de DIPr autónomo existen ejemplos de estas últimas.

Señalan J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo que las normas de extensión cumplen la función de exceptuar, para determinados supuestos la solución general contenida en la norma de conflicto en atención a peculiares intereses de política legislativa del legislador del foro o por la *especial conexión de tales supuestos con el ordenamiento del foro* (83). El ejemplo clásico del art. 1,4.º del Estatuto de los Trabajadores, limitando el general alcance del art. 10,6.º del C.c. y ofreciendo una solución *distinta* para un supuesto *concreto* de los, en principio, incluidos por la generalidad del citado 10,6.º, pone de manifiesto la idea que queremos destacar. Se trata de la adopción de soluciones diversas para situaciones que, refiriéndose a una *misma cuestión jurídica*, presentan una conformación estructural distinta en lo que a la distribución de sus elementos respecta. Ello, bien entendido, no es sino una muestra mínima de diversificación de las soluciones por razón de las peculiaridades de la situación jurídica. Se ofrecen *dos* soluciones distintas para un mismo grupo de problemas en función del grado de «transnacionalización» del mismo. Por supuesto, la unilateralidad de las normas de extensión sólo da respuesta diferenciada, como señalan los autores últimamente citados, a situaciones que encuentran un cierto grado (*alto* desde las concepciones del sistema) de proximidad con el foro.

Esta misma especialización por razón de la situación y no por razón del problema general contemplado se produce, aunque con peculiares manifestaciones, en aquellos casos en los que el sistema de DIPr, posibilita condicionalmente la concurrencia parcial de más de un sistema jurídico estatal en la satisfacción de una determinada pretensión; siempre que tal condición, claro está, se refiera a las peculiaridades estructurales de la situación. El art. 9,5.º del C.c. referido a la constitución de la adopción nos proporciona un ejemplo palmario: «La adopción constituida por juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios: 1.º *Si tuviera su residencia fuera de España...*» El precepto puede justificar varias lecturas (84) pero de lo que no cabe duda es que se está diferenciando por razón del grado de heterogeneidad de la relación jurídica. Si integramos lógicamente la norma dotándola de contenido concreto en relación con lo establecido en el art. 22,3.º LOPJ, vemos que de los cuatro criterios de competencia que se determinan (nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptando) la norma de derecho aplicable distingue entre aquél en el que el

(83) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, pp. 411-415.

(84) *Vid.* PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, para una visión mucho más amplia y plural de la que aquí ofrecemos. *Vid.*, además, N. BOUZA VIDAL, «La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y su proyección en DIPr», *RGLJ*, 1987, pp. 897-931.

adoptando tenga su residencia en España de los otros tres cuando no concurren con dicha residencia. En el primer caso (y a salvo, por el momento, la matización que sigue introduciendo el art. 9,5.º en lo que a la adquisición de la nacionalidad española por parte del adoptando respecta) es la ley española la competente; en el segundo, que presenta un grado de heterogeneidad *distinto*, la ley española va a concurrir parcialmente con la ley nacional del adoptando: existen dos soluciones en función del grado de heterogeneidad *actual* de la situación relativa a la adopción.

En la misma línea de razonamiento pero con un matiz interesante se encuentra el análisis de la otra «situación» que da origen a un tratamiento relativamente diverso: cuando el adoptando, aun poseyendo su residencia habitual en territorio español no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción también «deberá observarse» la ley nacional del adoptando respecto de los extremos citados. El matiz al que nos referimos es que, en este caso el respeto por el grado de heterogeneidad de la situación jurídica se realiza en función de una estructura *futura*: si la nueva situación que resulta de la constitución de la adopción de conformidad con la solución normativa *X* tiene un grado de heterogeneidad *Y* la primaria solución no se modula en absoluto; si, por el contrario, la aplicación de la solución *X* implica un a situación con un grado de heterogeneidad *Z* dicha solución normativa pasa a ser *X + W*. Las soluciones son distintas en función del grado de heterogeneidad futuro resultante. Cuando decimos que en el ejemplo propuesto se produce una especialidad *relativa*, la presencia de un tratamiento *relativamente* diverso, queremos poner de manifiesto que en realidad las peculiaridades *actual* y *futura* inherentes a la situación privada internacional, reciben un tratamiento *distinto* con relación al resto de los supuestos pero *idéntico* una con relación a la otra. Ello, para finalizar, responde a la idea de respeto al grado de heterogeneidad *en función* de la consecución de un mismo objetivo de salvar en la mayor medida posible la discontinuidad en el espacio de la adopción constituida por el Juez español; de constituir, en fin, adopciones con un alto grado de validez internacional.

Se trata, en todo caso, tanto en este ejemplo como en el anterior, de manifestaciones incipientes y sumamente *débiles* (menos débil en el caso de la constitución de la adopción) de especialización por razón de la distribución de los elementos componentes de la situación privada internacional en el espacio (85).

(85) En un discurso que partiera no de la importancia y consecuencias del objeto del DIPr, sino de la importancia y consecuencias de sus funciones (o de ambos) deberían aparecer a continuación de este punto las respuestas a otras exigencias derivadas de las funciones generales del Derecho que competen al DIPr. Los límites del presente estudio hacen que los desarrollos sobre la traducción técnico positiva de dichas funciones, así como los mecanismos de optimización de las mismas, queden relegados. No obstante no podemos pasar sin siquiera hacer una brevísima referencia a técnicas como las denominadas normas de conflicto sustancialmente condicionadas o materialmente orientadas, manifestación más clara del compromiso entre toma en consideración del grado de heterogeneidad de la situación privada internacional y sus exigencias de acomodación a determinados valores superiores o a la protección de intereses considera-

3. EL LLAMADO «SEGUNDO ESCALÓN» DEL DIPr

A) Introducción y ubicación sistemática

Señalan M. Keller y K. Siehr que una vez determinado el Derecho aplicable a una situación privada internacional aún no existe funda-

dos como preponderantes. Según PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, este tipo normativo se enmarca dentro de la búsqueda del mejor resultado (consecución de la función pre-determinada) y dan respuesta a la incertidumbre que la libre actividad del Juez crea en la obtención de dicho resultado óptimo a través de su incidencia capital en los problemas de *aplicación* que rodean la puesta en funcionamiento de la norma de conflicto. Se garantiza así un cierto equilibrio entre seguridad jurídica y justicia en el resultado (Vid. PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional...», *loc. cit.*, pp. 120-121), que para nosotros no es más que el resultado de la consciente asunción de la tarea funcional del DIPr en cuya consecución las normas de conflicto de contenido sustancial son el resultado de una depuración técnica media entre dos grados distintos de consecución de los mismos objetivos (Vid. más ampliamente P. M. PATOCCHI, *op. cit.*, *passim*) con una necesaria toma en consideración de la estructura de la situación sobre la que se proyectan.

El otro gran aspecto que deberíamos destacar y del que tan sólo rescatemos una de sus manifestaciones —quizá una de las más llamativas— es el relativo a la importancia de las labores de interpretación e integración del sistema de DIPr. Sin detenernos en ello, queremos dejar constancia de la existencia de una peculiar utilización de la *analogía* y de una analogía positivada en alguna de las soluciones recientes de la codificación del DIPr que abren perspectivas sumamente atractivas en el discurso que mantenemos. La integración por medio de una *analogía positivada* y, por ello, carente de la especificidad del método de razonamiento analógico (Seguimos en este punto a M. ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986) viene a sumar una nueva vía de ampliación normativa, de *especialización de factó* del sistema. Preceptos como el art. 74 de la citada Ley suiza de DIPr («El art. 73/ relativo al reconocimiento voluntario de filiación/ se aplicará por analogía en materia de legitimación extranjera») llama la atención al incorporar soluciones específicas para otra institución a una que ha desaparecido de la regulación positivo-material del foro, pero que puede concurrir en el seno de una situación privada internacional. Sin embargo resulta más llamativa la apelación a la analogía que se realiza en preceptos como el 83,2.º (aplicación *por analogía* del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, para determinar los derechos de la madre a su sostén y al reembolso de los gastos del parto), el art. 85,2.º (que determina la aplicación *por analogía* del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, a la protección de mayores) o el art. 93,2.º (aplicación *analógica* del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, para cualquier tipo de disposición por causa de muerte). En ellos se ordena la aplicación *analógica* de convenios internacionales que, en principio, no se dirigen a regular los supuestos que regulan las citadas normas. No se trata ya de recurrir a otra norma o grupo de normas sino a todo un sistema convencional. Si la Ley suiza ha realizado por el intérprete ese juicio de semejanza entre las situaciones contempladas por los convenios y las que trata de regular, ¿estaría igualmente legitimado el intérprete? Y si la respuesta es positiva, ¿debería limitarse a los convenios que efectivamente obligasen al Estado o podría acudir a otros (Es realmente significativa a este respecto la *Sent. Aud. Prov. de Valencia de 16 mayo 1989* (RGD núms. 538-539, 1989, pp. 5022-5024), anotada por PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, *REDI*, 1990-1, pp. 235-238, y el recurso argumental que de ella se realiza al Convenio de Bruselas).

mento alguno para lanzar un «eureka» jubiloso. En numerosas ocasiones los problemas comienzan, de verdad, tras el plano, escalón o nivel conflictual; en un nivel material, en un segundo escalón sobre el que se siguen proyectando exigencias derivadas del origen conflictual del razonamiento (86). Si la aplicación de un determinado Derecho presenta ya dificultades en relación con situaciones puramente homogéneas, situaciones que se vinculan de forma exclusiva con él, puede pensarse razonablemente en la multiplicación de esos problemas cuando *la misma normativa* ha de aplicarse a situaciones con un determinado grado de heterogeneidad. Los citados autores condensan bajo la problemática suscitada por este segundo escalón (de Derecho material) una serie de problemas presididos por la idea de *coordinación* material de sistemas, donde tienen cabida cuestiones ya estudiadas desde antiguo, como la trasposición o la substitución (87), junto a un «amorfo grupo de casos» (88) con el denominador común de dificultades de *interpretación* del Derecho material aplicable. A él dedicaremos las siguientes ideas.

El discurso que venimos desarrollando no puede pasar por encima de este nuevo dato para la reflexión, sistematizado hace algunos años bajo la forma de una *Zweistufentheorie* del DIPr (89). Esta teoría de un *DIPr. en dos escalones, en dos niveles*, trata de justificar la toma en consideración de una normativa distinta a la declarada aplicable por la

(86) Cf. M. KELLER y K. SIEHR, *op. cit.*, pp. 516-524, concr. p. 516. Nada sería más superficial, señalaba H. LEWALD, que tratar de aplicar una normativa material (aquella designada por la norma de conflicto del foro o de otro ordenamiento) a una situación heterogénea como si de una situación interna se tratase (H. LEWALD, «Règles générales du conflit de lois. Contribution à la technique du droit international privé», *R. des C.*, t. 69, 1939-III, pp. 1-147, concr. p. 126; *vid.* también H. BATIFFOL, «Réflexions sur la coordination de systèmes nationaux», *R. des C.*, t. 120, 1967-I, pp. 165-188, concr. pp. 168-171). Al hilo de esta idea añadíamos nosotros que «el grado de heterogeneidad de la relación jurídica, que juega un papel preponderante en su "localización" en un sistema concreto, no agota con ello su relevancia, puesto que habrá de ser tenido muy en cuenta a la hora de insertarse en ese sistema» (Cf. *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, p. 255).

(87) Entre una abundante literatura sobre el particular, sin duda no resulta en absoluto extemporáneo traer a colación el memorable curso de H. LEWALD, «Règles générales du conflit de lois...», *loc. cit.*, pp. 136-145; igualmente diáfanos respecto de las figuras señaladas son las explicaciones de G. VAN HECKE, «Principes et méthodes de solution...», *loc. cit.*, pp. 499-513.

(88) Cf. M. KELLER y K. SIEHR, *op. cit.*, p. 518.

(89) Cf. H. J. HESSLER, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht. Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrecht*, Munich, 1985, como uno de los trabajos más significativos. No obstante, la idea es muy anterior, como pone de manifiesto la propia bibliografía manejada en el citado trabajo y encuentra un parentesco evidente con la denominada *datum-theorie* de A. A. EHRENZWEIG. Precisamente la *Zweistufentheorie* del DIPr fue objeto de atención especial en el *Ehrenzweig-Symposium* celebrado el día 17 de julio de 1984 en el seno del Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht de la Universidad de Heidelberg, recogido en el texto *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, Heidelberg, 1986, obra que no hemos podido consultar.

norma de conflicto del foro, que se integra como elemento interpretativo de la ley material competente. En palabras de E. Jayme, «... se trata de que tras la decisión de la norma de conflicto, en el plano de la norma material [aplicable] se tome en consideración nuevamente un Derecho extranjero... en primer lugar se determina el Derecho aplicable. Posteriormente serán *transformadas* las normas materiales de tal Derecho, con ayuda de un Derecho extranjero cuya toma en consideración viene exigida por la finalidad de la norma material» (90). La justificación de incluir en este momento el análisis de un tal proceder deriva de que su razón última se encuentra en la peculiaridad de la situación privada internacional y, si bien no de forma exclusiva, en su grado de heterogeneidad. Con ello no queremos solapar ni esconder la opinión manifestada por quienes se han ocupado profusamente del tema, en el sentido de considerar que el *segundo peldaño*, el segundo nivel en el que se desenvuelve la interpretación de la norma declarada aplicable a la situación privada internacional (primer nivel conflictual), se corresponde con un deseo de consecución de la denominada *justicia material*, por oposición a la denominada justicia conflictual que quedaría reservada al primer nivel (91). Nuestra constatación se ve corroborada por una relectura del fondo de la argumentación doctrinal.

Así podemos interpretar las palabras de quienes, incluyendo la *Zweistufentheorie* entre las técnicas de integración entre norma material y norma de conflicto, la consideran preferible a una *cláusula de excepción*, entendiéndola más justificada la peculiar interpretación de la norma material para el caso concreto que la construcción de una norma de conflicto para casos excepcionales (92); el hecho mismo de la comparación pone de manifiesto la eventual proximidad finalista de los mecanismos (93). En igual sentido traemos a colación la postura de H. U. Jessurum d'Oliveira bajo la terminología de *Kripto-Internationales Privatrecht*. A pesar de que también este autor manifiesta explícitamente que el *Kripto-IPR* colabora en la consecución de una justicia material para la que no existe apenas lugar dentro del proceso de averiguación de la normativa aplicable (tradicional norma de conflicto) (94), lo cierto es que una lectura pausada de su desarrollo puede arrojar un balance más próximo al aquí sustentado. El autor explica el mecanismo (similar al de la *Zweistufentheorie*) como un medio de desarrollo y metamorfosis del Derecho (interno), motivado por el carácter multicultural, multiétnico, pluralista en definitiva, de la so-

(90) Cf. E. JAYME, «Internationales Familienrecht heute», *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*, Baden-Baden, 1986, pp. 341-375, concr. p. 369.

(91) Cf., H. J. HESSLER, *op. cit.*, p. 168.

(92) Cf. E. JAYME, *loc. cit.*, p. 370.

(93) Así podría entenderse también la alusión que E. JAYME realiza a la limitación que impone H. J. HESSLER a la teoría sólo para las situaciones de tensión derivadas de una falta de armonía material (*ibíd.*, p. 369, nota 152).

(94) Cf. H. U. JESSURUM D'OLIVEIRA, *loc. cit.*, p. 262.

ciudad (holandesa). Desarrollo que orienta la norma (a través de su peculiar interpretación en la que se involucra un Derecho extranjero) hacia la consecución de una solución justa, una decisión aceptable que considere los aspectos sociales (problemas de comprensión, analfabetismo, diferencias culturales y religiosas...) de la situación privada internacional (95). A pesar de esta idea como derrotero, toda su construcción está impregnada de la importancia de esta situación privada internacional; con irónicas alusiones a la homogeneización de situaciones jurídicamente heterogéneas a través de la «varita mágica de la norma de conflicto» (96); de la importancia del «élément d'extranéité» (retenido en su terminología francesa) que, aunque puede no tener capacidad para desplazar el Derecho normalmente aplicable, sí la conserva para mantener el *status quo* dentro del mismo (97); con el reconocimiento de que no puede olvidarse que a pesar de la aplicabilidad de un Derecho material nacional, el supuesto juzgado no pierde la cualidad y peculiaridades propias de una situación privada internacional (98).

B) Alcance y significación

Señalada la razón sistemática del tratamiento de un proceder similar al que estamos analizando, abundaremos en el alcance y significación de dicha «doctrina» sobre la base de la sistematización realizada por H. J. Hessler. Esta, como hemos adelantado, parte de la justificación del método conflictual y de la necesidad de incorporar valores sociales en un campo tan sumamente sensible a los mismos como el de la familia. Además, parte de una situación privada internacional llamada a regularse por la *ley del foro*, en cuya aplicación una ley extranjera será reclamada como elemento interpretativo (como dato) para garantizar un resultado justo (99). Una síntesis de tal proceder extraída de las conclusiones de su tesis señala lo siguiente:

(95) *Ibid.*, p. 258.

(96) *Ibid.*, p. 247.

(97) *Ibid.*, p. 255.

(98) *Ibid.*, p. 260, parafraseando a M. KELLER y K. SIEHR, *op. cit.*, pp. 516 y ss., con los que se muestra absolutamente de acuerdo.

(99) H. J. HESSLER comienza apoyándose en diversos supuestos, sumamente representativos y sintomáticos, para ilustrar su construcción. El primero de ellos hace referencia a la situación creada por un matrimonio pakistani que se divorció en la RFA mediante *talaq*, que fue registrado en Rawalpindi. Ante la denegación del reconocimiento solicitado por el marido, éste hubo de solicitar de nuevo el divorcio ante las competentes autoridades alemanas con el asentimiento de su esposa. El Tribunal alemán declaró la disolución del matrimonio en aplicación del Derecho material alemán (§ 1565,2.º BGB), a pesar de que las partes aún no llevaban un año separados, como era exigido por la ley alemana. El fallo consideró que «la conservación del matrimonio supondría una irrazonable inconveniencia para las partes» (*Sent. AG Munich, de 5 de diciembre de 1980, IPRax*, 1982, pp. 250-251), tomando en consideración la situación

«El Derecho extranjero *desechado* [por la norma de conflicto] es tenido en cuenta en un plano material, como elemento racional en la interpretación de la cláusula general [material] interna. No es necesaria una orden de aplicación porque *la norma extranjera no es aplicada*: [sólo] es tomada en consideración en el *proceso interpretativo*, porque a causa de su vinculación personal o territorial (al menos derivada del Derecho nacional de uno de los litigantes) contiene la valoración reclamada en la integración de una cláusula general interna, actuando como un dato» (100).

Esta construcción, que circunscribe o limita su ámbito al Derecho de familia, a los supuestos en los que el Derecho aplicable es el Derecho material del foro y el Derecho *considerable* es un Derecho extranjero, que restringe su operatividad a los supuestos en los que el *considerado* Derecho extranjero integra la interpretación de una *cláusula material general* de la *lex fori* y que justifica toda la operación en la búsqueda de una *solución material justa*, como hemos visto, puede legítimamente extenderse en sus postulados y justificarse *además* y, al menos, conjuntamente, desde la perspectiva del respeto por el grado de *heterogeneidad* de la situación privada internacional: el DIPr en dos niveles, puede también encontrarse en todos aquellos supuestos en los que en la aplicación de la *lex causae* (sea la ley del foro o una extranjera (101)) se introduzcan elementos provenientes de otra u otras leyes vinculadas con el supuesto; y ello con independencia de que se trate de

consolidada para el Derecho pakistaní. La misma fuerza gráfica posee el supuesto resuelto por la *Sent. BGH (RFA) de 26 de mayo de 1982*: una alemana contrajo matrimonio con un francés, adquiriendo la nacionalidad francesa del marido y perdiendo la nacionalidad alemana. Tras varios años de matrimonio y tras una serie de desavenencias conyugales, el marido interpuso una demanda de divorcio, pendiente la cual la esposa solicitó y obtuvo la recuperación de la nacionalidad alemana. El Tribunal alemán, en virtud del (anterior a la reforma de 1986) art. 17 III EGBGB aplicó a las consecuencias del divorcio la ley alemana, que por mediación del § 1587 BGB otorgaba a la ex-esposa un beneficio en función de las expectativas a la consecución de una renta o pensión creadas durante el matrimonio. No obstante, tal beneficio puede no ser exigible si así se deriva del conjunto de circunstancias (§ 1587 c núm. 1 BGB). El BGH utilizó el Derecho francés, considerándolo como un dato, para la interpretación del § 1587 c 1 BGB, al considerar injusto la absoluta aplicación del Derecho alemán como consecuencia de la adquisición por parte de la mujer de la nacionalidad alemana pendiente el proceso (*Sent. BGH (RFA) de 26 de mayo de 1982*, IPRax, 1983, pp. 180-184). Un tercer ejemplo en materia de adopción internacional puede consultarse en H. J. HESSLER, *op. cit.*, pp. 3-4.

(100) Cf. H. J. HESSLER, *op. cit.*, p. 178 (los énfasis y los incisos entre corchetes son nuestros).

(101) Así se manifiestan también, M. KELLER y K. SIEHR, *op. cit.*, p. 522-523; E. LORENZ, «Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht», *FamRZ*, 1987, pp. 645-653, con cr. p. 646; H. U. JESSURUM d'OLIVEIRA, *loc. cit.*, p. 259, aunque preguntándose cómo podrá realizar el Juez del foro esa *creación* del Derecho sobre cimientos extraños (creemos que esa situación es tan sólo una dificultad, en modo alguno una imposibilidad).

la interpretación de cláusulas generales o no; si bien no puede desconocerse que la existencia de tales cláusulas facilitan el desarrollo de la *Zweistufentheorie* (102). Y la justificación de este proceder en relación con el grado de heterogeneidad del objeto del DIPr no resulta en absoluto lejana a la evidencia. Como señala al respecto E. Lorenz, en la aplicación de la norma material (no sólo cláusulas generales) declarada competente por la norma de conflicto a supuestos internacionales (supuestos heterogéneos) es preciso tener en cuenta que el supuesto está *vinculado fundamentalmente pero no exclusivamente* con la *lex causae* (103).

Puede así considerarse que el funcionamiento de la *Zweistufentheorie* es, pues, tributario del grado de heterogeneidad de la situación contemplada: creemos que a mayor grado de heterogeneidad, menores son las posibilidades de actuación de la misma: la dispersión absoluta de los elementos de la relación hace que las *desechadas* leyes sean numerosas y (aquí sí) la *proximidad* (porque ha de existir un cierto grado de proximidad) con una de ellas no sea lo suficientemente intensa para justificar su *toma en consideración*. Por el contrario, la polarización de dicha dispersión entre dos órdenes jurídicos (situación con un bajo grado de heterogeneidad) hace que pueda existir una *proximidad* pareja (o suficiente) con ambos; si la norma de DIPr se ha decantado (por las razones que sean) por uno de los dos, el otro puede legítimamente conservar su vocación de aplicación o, al menos, toma en consideración. Ahora bien, ésta no tiene por qué ser la única explicación de las relaciones entre *Zweistufentheorie* y grado de heterogeneidad. Al lado de esta opinión, debemos dejar constancia también de la parcialmente diferenciada de E. Lorenz. Para éste, cuanto más precisa sea la norma de conflicto en el primer nivel para encontrar el centro de gravedad de la situación heterogénea, menor será la posibilidad de (interpretar) aplicar el Derecho material competente de forma distinta a como sería (interpretado) aplicable a una situación puramente homogénea conectada exclusivamente con ese Derecho. Lo contrario (es decir, relevancia importante del *segundo nivel*) sucede cuando la norma de conflicto designa un Derecho con el que la situación jurídica presenta un vínculo débil.

Que estas consideraciones no son exclusivas del Derecho de familia y pudieran legítimamente generalizarse queda ratificado por los ejemplos antecitados de las *Sents. Hoge Raad de 18 de noviembre de 1983 y de 30 marzo de 1984*, donde también se puede ver una respuesta en dos niveles: a la luz de lo determinado expresamente por el sistema de DIPr del foro y a la luz de un Derecho (no contemplado por dicho sistema) que reivindica su *consideración* en función de una *solución*

(102) E. LORENZ, *Ibid.*

(103) *Ibid.*, (el énfasis sobre la idea de *vinculación* [y no de *materialización*] es nuestro).

justa (¿una solución acomodada al grado de heterogeneidad de la situación privada internacional?). En el ámbito del Derecho laboral internacional, soluciones satisfactorias para el supuesto de trabajos desempeñados temporalmente fuera del lugar habitual de prestación de los mismos, pueden acomodarse sin traumas a la *Zweistufentheorie*, haciendo que se *integre* el Derecho no retenido por la norma de conflicto dentro de la aplicación de la ley competente (104).

Nos encontramos, en todos estos supuestos, en una potenciación de la fase de *interpretación* de la ley normalmente aplicable que viene a suplir, en alguna medida, la pobreza normativa de los sistemas autónomos de DIPr a la que hacíamos alusión. El intérprete suple la existencia de una cláusula general que le habilite para la «aplicación simultánea» de dos órdenes jurídicos distintos (en la materia laboral últimamente referida puede verse tal posibilidad, si bien limitándose a las normas penales, de policía y de seguridad pública, en la salvaguarda de las mismas efectuada en el art. 10,6 C.c. (105)) o, al menos, para la toma en consideración de un orden jurídico distinto del legalmente aplicable. Que la jurisprudencia en la que los autores que han estudiado este fenómeno utilice una argumentación valorativa sustantiva (se habla de *equidad* o de evitar una *irrazonable inconveniencia* o de *injusticia*) no enmaraña, en nuestra opinión el peso relevante de la internacionalidad de la situación, de su grado de heterogeneidad, que no sólo posee capacidad para reclamar una respuesta legislativa concreta (y no otra), sino que hunde sus peculiaridades en el proceso interpretativo y aplicativo del Derecho para exigir, adicionalmente, un también concreto comportamiento decisorio. Se trata de una especialización funcional (una multiplicación de soluciones) en la fase de interpretación no ya, o no sólo, del sistema de DIPr considerado, sino de la ley material en definitiva competente. Especialización funcional, derivada de la peculiaridad de la situación privada internacional, que puede concurrir con el resto de las técnicas de especialización, incluso con la cláusula de excepción (106), pues supone una nueva técnica, no necesariamente contradictoria.

Hablar o no de un nuevo método ajeno a la localización clásica de la ley aplicable, creemos que puede desbordar la importancia de tal proceder. Que sea una manifestación, una prueba, de la insuficiencia

(104) Cf., en este sentido, E. LORENZ, «Das objektive Arbeitsstatut nach Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts», *Recht der Arbeit*, 1989, pp. 220-228, concr., p. 224. Resulta también significativo que los tres casos con los que H. U. JESSURUM d'OLIVEIRA ilustra su exposición correspondan al ámbito del Derecho laboral internacional (*loc. cit.*, pp. 250-255.).

(105) Resulta significativo el emparejamiento que H. U. JESSURUM d'OLIVEIRA establece entre esta técnica y la de las normas materiales imperativas de un tercer Estado, no idénticas pero comparables (*loc. cit.*, p. 256).

(106) Estamos de acuerdo con E. LORENZ, *loc. cit.*, pp. 647-648.

del método de atribución y la neostatutaria (107) no supone que se trate de una alternativa; más aún, es una consecuencia del carácter insatisfactorio del método de atribución pero lo presume. Que, al igual que alguno de los conocidos *problemas de aplicación* de dicho método, adquiera carta de naturaleza en la práctica jurídica de DIPr, es, en nuestra opinión, más que seguro. Las distintas técnicas ya asentadas de adaptación e integración de diversos órdenes jurídicos poseen un cierto parentesco con esta teoría. Por otro lado, recuérdese que la *Zweistufentheorie* surge inequívocamente en el seno de un proceso de *interpretación* que se corresponde con «...todo el conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para llevar a cabo la investigación o la búsqueda auténtica del derecho o de lo que “es derecho”, es decir, del “iustum” concreto» (108); que la interpretación en DIPr posee una importancia histórica innegable; y que el valor de la jurisprudencia, sin salirnos de nuestro propio sistema y sin entrar en la vana polémica de si el DIPr es o no un Derecho judicial (109), es una cuestión que hay que analizar alejándonos de viejas clasificaciones y atendiendo a los que consideramos datos capitales, al menos en nuestro orden jurídico: la prohibición de *non liquet* que hoy ampara el art. 1,7 C.c. y, sobre todo, la disposición del art. 1692,4.º LEC, que posibilita un recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la *jurisprudencia* (110). A partir de ellos, no puede descartarse la consolidación de un proceder aplicativo del DIPr (sobre todo por parte de las autoridades judiciales) que, orientado hacia un *modelo abierto*, supla, la *imprevisión* legislativa, en unos casos, y la *imposibilidad* técnica de adaptación perfecta de la legislación a su objeto social, en otros. El peligro de manipulación de la técnica (111) no es mayor que el que pesa sobre otras muchas técnicas de DIPr. En contrapartida, supone un grado más de especialización, mucho más abierto, al no estar constreñido por el marco formal de una norma; al situarse en la fase de interpretación. En otro contexto y para otro tipo de situación, señala M. Virgos Soriano que «...La interpretación debe partir de la norma a in-

(107) Así H. U. JESSURUM D'OLIVEIRA, *loc. cit.*, p. 262.

(108) Cf., L. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas...*, *op. cit.*, p. 231.

(109) *Vid.* ya P. LALIVE, *loc. cit.*, pp. 63 y ss.

(110) La construcción que, sobre este dato y en íntima relación con la doctrina de las fuentes, realiza IGNACIO DE OTTO es sumamente expresiva de una realidad innegable por encima de calificaciones y clasificaciones: «...lo determinante —señala— a la hora de determinar el valor vinculante de la jurisprudencia no es en modo alguno el calificativo que se le aplique, sino las consecuencias que se conecten a su infracción... el ordenamiento jurídico establece que la sentencia que la infrinja podrá ser sancionada con la anulación, lo que sólo es posible porque el ordenamiento considera que la sentencia es antijurídica y, por tanto, que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción acarrea una consecuencia, esto es, del derecho» (Cf. IGNACIO DE OTTO y PARDO, *Derecho constitucional y sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, p. 298).

(111) En tal sentido se manifestó A. E. VON OVERBECK en el citado *Ehrenzweig-Symposium*, Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, *op. cit.*, p. 165 (referencia tomada de E. LORENZ, *loc. cit.*, p. 648).

tegrar (la de DI privado) y de la nueva realidad a regular (la del tráfico externo, sus intereses y problemas) y no de la norma integradora (la del Derecho material en función auxiliar) y la realidad antes regulada (la del tráfico interno)» (112). La idea es más que adaptable a la situación contemplada. De lo que se trata en este momento es de interpretar la norma material según las exigencias de la nueva realidad a regular (la situación privada internacional, del tráfico externo, sus intereses y problemas) y no de la realidad para la que la norma material fue concebida (la situación homogénea o meramente interna, la del tráfico interno).

III. CONCLUSIONES

Hablar de objeto del DIPr en los tiempos que corren puede parecer un ejercicio estéril o trasnochado. Incidir en la *juridicidad y normatividad* del DIPr en la misma medida que la del resto del ordenamiento jurídico, una evidencia sin mayores consecuencias. Sin embargo, cuando objeto y norma se confrontan para comprobar la incidencia de uno sobre otro, y de tal confrontación derivan consecuencias directas que aconsejan una determinada *actividad legislativa, judicial o interpretativa* en general, la esterilidad deja paso a un discurso fructífero. Este discurso es el que hemos pretendido realizar. En él, por razones expositivas, hemos prescindido de un desarrollo que creemos sumamente importante, cual es el que se cimenta en la idea de *sistematicidad* y todas las consecuencias que se derivan de la misma. Asimismo, no hemos puesto especial énfasis en los aspectos relacionados con la llamada *materialización* del DIPr, con independencia de haber reiteradamente advertido que nuestro discurso los presupone.

Siendo el DIPr parte de un orden jurídico determinado, participa necesariamente de las funciones a que ese orden se orienta. Mas comprobar que el DIPr responde a las funciones generales del Derecho sí que es un resultado estéril si no se ve acompañado de algún tipo de matización que justifique su estudio individual, que justifique la idea de sistema. Y en este punto la especificidad funcional del DIPr aparece dirigida a la satisfacción de las funciones generales del Derecho (y en última instancia la función de alcanzar una *solución justa*) en *relación con el objeto que le es propio*. La importancia del objeto se revitaliza tras la visión de la función.

El *grado de heterogeneidad* de la situación privada internacional, de ese objeto, impone una respuesta diferenciada para una situación

(112) Cf. M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución...*, op. cit., p. 22. Vid., del mismo autor, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, 1993, pp. 148-150.

asimismo diferenciada. La realidad sigue siendo mucho más rica que la norma y su evolución problemática mucho más veloz que la legislativa. Por ello, esa realidad plural reclama una *especialización* normativa. Especialización como un mecanismo de máximo aprovechamiento de las respuestas jurídicas que el sistema de DIPr debe aportar. Especialización que en el discurso realizado ha adoptado variadas perspectivas: en primer lugar, una *multiplicación cuantitativa* de las normas de DIPr con independencia de la concreción técnica de que se trate: normas materiales especiales, normas de extensión, normas de conflicto. No cabe duda de que esta vía resulta, al menos teóricamente, apta para ofrecer esa diversidad de respuestas que la diversidad de problemas plantea; la *especialización por el supuesto de hecho de la norma de conflicto*, es decir, la disección de las categorías generales que lo integran en otras menos generales es una manifestación de esta perspectiva (en la que no hemos reparado suficientemente al no venir determinada por el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional). En segundo lugar, una *multiplicación funcional* de las normas de DIPr. Partiendo de la imposibilidad de ampliar indefinidamente el sistema de DIPr, lo cual más que reducir la complejidad llegaría a un grado en que la aumentaría de forma considerable (piénsese en la también multiplicación de los problemas calificadorios y, sobre todo, de delimitación del ámbito de aplicación de cada norma), se trata de arbitrar mecanismos que favorezcan el resultado último de «plegado», de acomodación a las exigencias del problema. En otras palabras, el DIPr se ha servido y debe servirse de técnicas que sin implicar un aumento cuantitativo del material normativo sí respondan a una diversificación funcional.

En esta tarea de especialización creemos que debe apoyarse decididamente alguna de las técnicas expuestas cuyo estudio hasta la fecha no ha puesto suficientemente de relieve sus posibilidades en este sentido: dos ejemplos característicos (no únicos) son las normas de conflicto con conexiones en cascada y las cláusulas de excepción a la ley normalmente aplicable. Las primeras, como hemos puesto de manifiesto, se convierten en un índice que nos permite valorar el grado de adaptación del sistema a la pluralidad potencial de supuestos reales; las conexiones principal y subsidiarias de una norma de este tipo determinan el Derecho aplicable a *distintas* situaciones de hecho por poseer distinto grado de heterogeneidad. En nuestro discurso nos hemos contentado con poner de manifiesto, describir esta perspectiva. Las segundas son un elemento idóneo de especialización (no sólo, aunque sí fundamentalmente, por el grado de heterogeneidad de la situación privada). No encontramos argumentos (temores) fundados que impidan su recepción positiva como cláusula general en el sistema autónomo español. Por otro lado, la orientación de la codificación internacional del DIPr hace que el intérprete español esté llamado indefectiblemente (y no a largo plazo) a operar con cláusulas de excepción especiales (*ad ex* las contenidas en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las

obligaciones contractuales o las introducidas o que se vayan introduciendo en la labor codificadora de la Conferencia de La Haya).

Otro tanto debemos decir de mecanismos como el de la denominada «conexión anticipada», garante de una especialización en función del *grado de heterogeneidad futuro* de la situación privada internacional. Especialmente idóneo en relación con la conexión nacionalidad en el ámbito de la familia, puede operar en igual sentido respecto de otro tipo de conexiones personales e, incluso, territoriales. Una respuesta próxima a esta idea se encuentra en el art. 9,5 C.c., en materia de constitución de la adopción y debe ser saludada.

Por último, la idea de especialización no debe contentarse con la exigencia de un *determinado* material normativo. La revitalización de la fase de *interpretación* de la normativa de DIPr y el tratamiento del Derecho material efectivamente aplicable con asunción de un proceder similar al propugnado por los defensores de la *Zweistufentheorie* del DIPr es una actitud sólo heterodoxa desde una perspectiva clásica; desde una visión formal (formalista) del proceso clásico de averiguación de la ley aplicable, sobre cuyas carencias no es necesario abundar. Es una de las muestras más llamativas de un proceso interpretativo donde se han consolidado manifestaciones o *teorías* menos «naturales» (*¿quid* de la teoría de la *cuestión previa* o del mismo expediente del *reenvío*?). En tanto que este *modus operandi* responda a las exigencias normativas del objeto (y ya hemos visto que se muestra altamente operativo para la protección de concretos intereses «sustantivos») el problema que supone la necesidad de *adaptación* de normativa perteneciente a dos órdenes jurídicos distintos inherente a la *Zweistufentheorie* se compensa sobradamente con el mayor grado de especialización que supone la elaboración de una solución *ad hoc*, aun a costa de negar la nitidez (no su funcionalidad) de la localización y de la idea de «centro de gravedad» de la situación privada internacional.

