ARTÍCULOS

ASPECTOS RELEVANTES DE LA CODIFICACIÓN RECIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EUROPA*

EVANGELOS VASSILAKAKIS**

* Conferencia dictada por el autor en el Seminario sobre «Docencia y función tutorial del Derecho Internacional Privado en la UNED», celebrado en Madrid los días 26 y 27 de octubre de 1990 y que por su interés se reproduce ahora en este número del BFD.

** Doctor en Derecho por la Universidad de París I, abogado del Iltre. Colegio de Tessaloniki y Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Thessaloniki.

SUMARIO

I. El rechazo de la aplicacion preferente de la ley del foro.

II. La libertad del juez en la determinacion de la ley aplicable.

A) La determinación de la ley aplicable mediante la localización concreta del caso.

B) La determinación de la ley aplicable en función de su contenido material.

BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO, núm. 2, 1993

ASPECTOS RELEVANTES DE LA CODIFICACIÓN RECIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EUROPA

EVANGELOS VASSILAKAKIS

La lectura de una exposición puede resultar aburrida para quienes la escuchen. De otra parte, existe una regla no escrita en el ámbito de los cambios científicos internacionales que impone no arriesgarse a hablar a un auditorio en su idioma materno sin un texto escrito.

Además, la riqueza del idioma de Cervantes y el nivel universitario de todos ustedes, son razones complementarias para que hoy me someta a dicha regla, con todos los riesgos que ello implica. Previamente quiero agradecer a la Universidad Nacional de Educación a Distancia y en particular a todos los profesores y tutores de Derecho internacional privado de la misma, la deferencia que han tenido conmigo al invitarme a hablar sobre los «Aspectos relevantes de la codificación reciente del Derecho internacional privado en Europa». Y también quiero agradecer la presencia hoy aquí de profesores de otras Universidades de Madrid.

1. En las tres últimas décadas un número importante de países europeos ha procedido a la codificación de las normas de Derecho internacional privado[1]. Esta tendencia hacia la sistematización legislativa de las normas de Derecho internacional privado, es decir, normas relativas a las relaciones de

[1] Vid. sobre la codificación del Derecho internacional privado NOLDE, *La codification du droit international privé*, «RCADI», 1936-I, pp. 299 y ss.; BRAGA, «Kodifikationsgrundsätze des internationales Privatrechts», *RabelsZ*, 1958, pp. 452 y ss.; SCHWIND, «Problems of Codification of Private International Law», *Int. Comp. L. Quarterly*, 1968, pp. 428 y ss.; NEUHAUS, «Emp-

Derecho privado con elemento extranjero, ha aparecido tanto en Europa oriental como en la occidental.

Aunque esta dicotomía del contingente europeo ha perdido en los últimos meses mucho de su significado sociopolítico, la elaboración de nuevas normas de Derecho internacional privado ha tenido lugar en un momento en que eran importantes las diferencias entre las dos partes de Europa, incluso en el plano de la concepción general del Derecho. Sin embargo, conviene hacer notar que a primera vista no hay diferencia cualitativa en relación con las soluciones contenidas en los textos de codificación objeto de esta exposición.

Los países que han procedido a la codificación de sus reglas de Derecho internacional privado son, por orden cronológico, los siguientes: Checoslovaquia (1963), Polonia (1965), Portugal (1966), España (1974), la ya desaparecida República Democrática Alemana (1975), Austria (1978), Hungría (1979), Yugoslavia (1982), República Federal de Alemania (1986) y Suiza (1987). Por otra parte, Turquía, país en principio asiático desde el punto de vista geográfico, pero que ha experimentado la influencia europea en el plano de la legislación, ha procedido a la sistematización legislativa de su Derecho internacional privado, mediante la Ley de 20 de marzo de 1982.

En la mayoría de los casos se trata de textos legislativos autónomos. Solamente España y Portugal han incluido las nuevas disposiciones en el Código Civil. Asimismo, la Ley de 1986 de la Alemania federal, constituye en principio una modificación de las normas de conflicto de la Ley de Introducción al Código Civil alemán de 1900 (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetz*). Se constata pues que, en general, la especificidad de la materia está consagrada en el plano formal, de donde se sigue que la codificación sea objeto de textos autónomos.

2. Esta tendencia hacia la sistematización legislativa ha aparecido en un momento en que la norma de conflicto, norma fundamental en materia de Derecho internacional privado, comenzaba a ser objeto de críticas más o menos vivas. En efecto, se ha hecho notar que la designación abstracta y en cierto sentido algebraica de la ley aplicable conduce a resultados poco satisfactorios en lo que se refiere a la solución del fondo del asunto. Recordemos en tal

---

fiehlt sich eine Kodifizierung des IPR?», *RabelsZ*, 1973, pp. 453 y ss., del mismo, «Die Aktualitat der Kodifikation des internationalen Privatrechts», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1977, pp. 82 y ss.; FERRER-CORREIA, «Les problèmes de codification en droit international privé», *RCADI*, 1975-II, pp. 57 y ss.; Mc DOUGAL, «Codification of choice of law: a critic of the recent European trend», *Tulane Law Review* 1980, pp. 114 y ss.; NORTH, «Problems of codification in Common Law System», *RabelsZ*, 1982, pp. 490 y ss. Vid., por lo que se refiere a las recientes codificaciones, VON OVERBECK, «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents (Coures générale)», *RCADI*, 1982-III, páginas 1 y ss.

sentido las «frecuentes deformaciones formalistas» del Derecho internacional privado, a las que hacía referencia la profesora Pérez Vera en relación con los problemas que plantea esta disciplina[2].

La doctrina ha propuesto varias soluciones con el fin de remediarlo. Así, se ha sugerido aplicar en general la ley del foro, de forma que la ley aplicable sea la del tribunal que conoce del caso. Esto llevaría a la coincidencia de la competencia legislativa y de la competencia judicial. Otros se han mostrado favorables a la idea de determinar la ley aplicable en función de los elementos del caso concreto. Según esta posición, se debe aplicar o bien la ley del país con el cual el caso está más estrechamente vinculado, o bien la ley cuya aplicación conduce al resultado material más apropiado en función de los elementos del caso. Esto implica de cualquier forma dar al juez un margen de apreciación importante.

Al mismo tiempo, el movimiento codificador del Derecho internacional privado coincide con el hecho de la constatación de la incidencia creciente que conlleva el elemento procesal, es decir, el hecho de que un caso llegue a ser litigioso y deba ser resuelto por una autoridad judicial.

Ahora bien, el examen de las disposiciones contenidas en las codificaciones citadas parece que permite considerar, en relación con las soluciones propuestas para remediar los inconvenientes del funcionamiento de la norma de conflicto tradicional, dos aspectos fundamentales: de una parte, que no se admite la aplicación preferente de la ley del foro y, de otra, que algunas de las disposiciones adoptadas consagran la libertad del juez en relación con la determinación de la ley aplicable.

I. EL RECHAZO DE LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LA LEY DEL FORO

3. Es en el marco de la intervención judicial donde aparecen las relaciones entre competencia judicial y competencia legislativa[3] (o, en otros términos, entre tribunal competente y ley aplicable), en la medida en que su articulación

---

[2] PÉREZ VERA, *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional*, Granada, 1973, p. 11.

[3] Vid. sobre las relaciones entre las competencias BATIFFOL, «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», *Choix d'articles*, pp. 105 y ss.; *Revue critique de droit international privé*, 1960, pp. 287 y ss.; HEBRAUD, «De la correlation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître», *Revue critique de droit international privé*, 1968, pp. 205 y ss.; BREULEUX, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht;* Zürich, 1969; HELDRICH, *Internationale Ziständigkeit und anwendbares Recht*, Berlín, 1969; GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *RCADI*, 1977-III, pp. 227 y ss.; HAY, «The interrelation of jurisdiction and choice-of-law in United States Conflicts Law», *Int. Comp. L. Quarterly*, 1979, pp. 161 y ss.

permite la superación de la irregularidad que ha provocado la situación litigiosa: la aplicación de una ley, ya sea la ley del foro o una ley extranjera, presupone la competencia de un tribunal. Por otra parte, ésta no tiene sentido si no conduce a la aplicación de una ley.

En su trabajo consagrado al estudio de las relaciones entre las dos competencias, el profesor GONZÁLEZ CAMPOS subraya desde el principio el carácter estructural de dichas relaciones[4]. Este autor constata la dualidad de los métodos en Derecho internacional privado: de una parte la regulación separada, que corresponde a la concepción clásica, según la cual la aplicación de las normas de Derecho internacional privado conduce tanto a la aplicación de la ley del foro como a la aplicación del Derecho interno de un país extranjero.

De otra parte, la regulación unitaria, que tiene como consecuencia la aplicación preferente de la ley del foro. Esta correlación puede realizarse, bien mediante la determinación de la competencia legislativa en función del tribunal al que se someta el caso (prioridad de la competencia judicial), o bien a la inversa, mediante la designación del tribunal competente en función de las disposiciones materiales aplicadas al caso (prioridad de la competencia legislativa). La primera de estas prioridades es la más extendida. A este respecto es muy característico el ejemplo de la jurisprudencia en los países germánicos, que bajo el término de *Gleichlauf* admite dicha correlación en ciertos ámbitos. Si esta correlación ha sido admitida inicialmente por los tribunales de dichos países dando prioridad a la competencia legislativa, más adelante ha prevalecido la prioridad inversa.

4. Examinemos con más detenimiento la aplicación preferente de la ley del foro. En este caso, la elección por el demandante de un tribunal situado en un Estado A, tendría como consecuencia la aplicación de la ley interna de A: el conflicto de leyes desaparece, ya que el litigio se soluciona conforme a la ley del país de los tribunales ante los que una de las partes tuvo la iniciativa de someter su acción.

Por tanto, esta es la razón por lo que una mayoridad relevante de autores se ha pronunciado en contra del recurso generalizado a la ley del foro. En efecto, la aplicación preferente de ésta desconoce la especificidad de los litigios internacionales que quedan asimilados a los litigios nacidos de las relaciones del Derecho privado puramente interno. Sus vinculaciones con varios ordenamientos jurídicos en ningún momento se toman en cuenta. De otra parte, es muy probable que la parte que «empieza» el proceso vaya a elegir el tribunal del país cuya ley le asegure, por el contenido de sus normas sustantivas, el resultado más favorable a sus intereses. De ahí al *forum shopping* no hay mucha distancia.

---

[4] GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 237.

Sin embargo, no hay que perder de vista las ventajas innegables que ofrece el recurso a la ley del foro. El juez aplica su propia ley y evita tanto las dificultades como los riesgos que presenta la aplicación del Derecho extranjero. La práctica nos demuestra el carácter relativo del principio según el cual se supone que el juez conoce la ley extranjera. En una época en que la legislación se nos presenta cada vez más detallada y complicada, el juez que debe aplicar una ley distinta a la suya —la expresión es característica— tiene por delante una tarea difícil de realizar. Tomemos el ejemplo de un juez español que deba resolver un caso de disolución de un matrimonio conforme a la ley paquistaní, es decir, una ley impregnada de concepciones islámicas, y que debe interpretar algunas de sus disposiciones. Pero incluso en ejemplos menos exóticos, las dificultades son evidentes como es el caso de la aplicación por el mismo juez de la ley francesa o alemana en un contrato de garantía. Por esta razón, la jurisprudencia tiende muy a menudo so varios pretextos a que el litigio se rija por la ley del foro, como por ejemplo cuando el contenido de la ley extranjera normalmente aplicable no ha podido establecerse.

5. Vayamos a los textos de codificación que son objeto de esta exposición. Se debe distinguir entre los textos siguientes:

a) Los que realizan la correlación entre las dos competencias en el plano formal, en el sentido de las normas de competencia legislativa y las normas de competencia judicial, o según una terminología algo distinta, las normas de conflicto de leyes y las normas de conflicto de jurisdicciones están contenidas en el mismo texto.

b) Los que no realizan la correlación en el plano formal, por el hecho de que, al menos en principio, no contienen más que normas de conflicto de leyes.

Entre estos textos figura la Ley suiza de 1987, que establece una imbricación estrecha entre las dos categorías de normas, por lo menos en la medida en que éstas coexistan en el marco de cada uno de sus Capítulos. En cambio, en los textos checoslovaco, húngaro, yugoslavo y turco las dos categorías de normas están reagrupadas en principio en Capítulos distintos. Por ejemplo, el segundo capítulo de la codificación yugoslava (artículos 14 a 45) se titula «derecho aplicable», mientras que su tercer Capítulo (artículo 46 a 85) se titula «Competencia y procedimiento».

En cuanto a los textos polaco, portugués, español, de Alemania del Este y austríaco, en principio no hay más que normas de conflicto de leyes. Señalemos también que, si la ley de Alemania Federal de 1986 realiza en principio una modificación de las normas de conflicto de la Ley de Introducción al Código Civil, su artículo 5 modifica las disposiciones del Código de procedimiento civil (*Zivilproze Bordnung*), relativas a la competencia internacional de los tribunales alemanes y al reconocimiento de decisiones extranjeras.

6. Se puede distinguir en la primera de estas dos categorías de textos una evolución hacia la concepción amplia del Derecho internacional privado[5]. Esta evolución expresa un nuevo interés por la competencia judicial y está relacionada con el interés creciente hacia la incidencia del elemento procesal. La cuestión que ahora se plantea es la de saber si las codificaciones que realizan la correlación entre las dos competencias en el plano formal conceden un lugar preponderante a la ley del foro en relación con los textos de codificación que no contienen más que normas de conflicto de leyes o, en otros términos, si la distinción establecida en el plano formal repercute también en el plano sustancial.

Pero nos distraería ahora la atención realizar un análisis exhaustivo y descriptivo de cada una de esas disposiciones. Permítaseme limitarme a la constatación de que la aplicación de la ley del foro está prevista a menudo en los textos de codificación que realizan la correlación en el plano formal. No obstante, esta constatación no tiene un alcance absoluto: la ley de Alemania oriental estaba impregnada de la tendencia a la aplicación de la *lex fori*[6], a pesar de estar dedicada solamente a los conflictos de leyes.

7. Pero resulta de mayor interés constatar que la aplicación preferente de la ley del foro no está consagrada de forma absoluta. Ningún texto la institucionaliza. En Austria y en Hungría la propuesta de consagrar de forma general el recurso a la ley del foro ha sido rechazada en el marco de los trabajos preparatorios de codificación[7].

En efecto, las disposiciones que imponen de forma absoluta la aplicación de la ley del foro son poco numerosas: es sobre todo en materia de declaración de defunción y en materia de ausencia donde está explícitamente previsto que el juez tenga que aplicar su propia ley, incluso en los textos que no realizan la correlación en el plano formal. Asimismo, en algunos textos se prevé la aplicación de la ley del foro en materia de medidas provisionales y urgentes. Esta solución toma en consideración las dificultades a las que debe hacer frente el juez encargado de dictar su sentencia en un plazo más o menos breve. En este caso, los problemas relativos al conocimiento del Derecho extranjero acentúan las dificultades.

---

[5] Vid. sobre esta concepción VALLINDAS, «Droit international privé lato sensu ou stricto sensu», *Mélanges Maury*, t. I, Dalloz, 1960, p. 517.

[6] DE NOVA, «La "lege sull'applicazione del diritto" della DDR», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*», 1976, p. 198.

[7] Vid. para codificación austríaca PALMER, «The Austrian Codification of Conflicts Law», *American Journal of Comparative Law*, 1980, pp. 201 y 202, y para la codificación húngara VEKAS, «Zur Kodifikation des ungarischen internationalen Privatrechts», *Jahrbuch für Ostrecht*, 1979, p. 301.

Consideraciones análogas han llevado al legislador austríaco a prescribir que si, «a pesar de los esfuerzos realizados, el Derecho extranjero, no puede investigarse en un plazo razonable, el Derecho austríaco deberá aplicarse» (párrafo 4, apartado 2.°). Igual solución ha sido retenida en los textos polaco (artículo 7), portugués (artículo 23, apartado 2.°), húngaro (párrafo 5, apartado 3.°), turco (artículo 22, apartado 2.°) y suizo (artículo 16, apartado 2.°). Se trata de una solución que toma nota de la tendencia jurisprudencial ya mencionada, de recurrir a la ley del foro cuando se revela imposible o difícil la investigación del contenido de la *lex causae*. Signifiquemos que esta tendencia se consagra incluso en codificaciones que no realizan la correlación entre las dos competencias según la distinción ya mencionada.

8. Pero la mayor parte de las disposiciones que prevén la aplicación de la ley del foro pertenecen al Derecho internacional privado de familia y, en menor medida, al Derecho internacional privado de las personas y de sucesiones. Ahora bien, probablemente sea útil señalar, que estas materias son las que más han sufrido las consecuencias del alcance limitado que se atribuye desde hace mucho tiempo al elemento procesal, a diferencia del derecho de obligaciones, donde el papel que juegan y se reconoce a las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable y del tribunal competente, ha reducido los inconvenientes de la aproximación un tanto abstracta del conflicto de leyes. En efecto, las relaciones relativas a Derecho de personas, de familia y de sucesiones se distinguen porque cada una de ellas tiene sus propios parámetros, que el funcionamiento abstracto de la norma de conflicto a menudo desconoce. Puede que entonces se deriven de ello resultados indeseables y que la excepción de orden público se nos presente como insuficiente o inoportuna.

En algunos casos, la aplicación de la ley del foro está ligada a la obtención de ciertos resultados en el plano de la solución del fondo del litigio. Así, por ejemplo, en las disposiciones en materia de divorcio que obligan al juez a aplicar su propia ley, cuando la ley normalmente aplicable —que es en principio la ley nacional común de los esposos— prohíbe o hace difícil la disolución del vínculo conyugal. Esta solución ha sido retenida en los textos checoslovaco (artículo 22, apartado 2.°), de Alemania Oriental (párrafo 20, apartado 2.°), húngaro (párrafo 41, letra a), yugoslavo (artículo 35, apartados 3 y 4) y suizo (artículo 61, apartado 3.°).

De esta forma se descarta la ley inicialmente designada por la norma de conflicto, y se aplica la ley del foro: y de ahí los puntos en común con la excepción de orden público, de forma que las disposiciones en cuestión se califiquen como cláusulas de orden público. En efecto, su aplicación está condicionada por la obtención de un resultado, a saber, la disolución del matrimonio a que la ley normalmente aplicable no puede conducir.

No está desprovisto de sentido el hecho de que la mayor parte de los textos en cuestión prevén que en defecto de la ley nacional común (y, en algunos casos, del domicilio común), el caso litigioso deba regirse por la ley del foro

(Checoslovaquia, artículo 22, apartado 1.°, párrafo 2.°; Polonia, artículo 18, apartado 2,°; Alemania Oriental, párrafo 20, apartado 2.°; Hungría, párrafo 40, apartado 2.°; Turquía, artículo 13, 2.° apartado, párrafo 2.°). En cuanto al Derecho suizo, prevé que desde ahora el divorcio y la separación de cuerpos se regirán por el Derecho suizo (artículo 61, 2.° apartado). En efecto, esta norma no tiene un alcance absoluto, ya que la ley nacional común de los esposos se aplica cuando éstos son extranjeros y uno de ellos esté domiciliado en Suiza (artículo 61, apartado 2.°). Sin embargo, el apartado 4.° del artículo 61 impone la aplicación de la ley suiza cuando un tribunal suizo es competente en cuanto al foro de origen del esposo suizo, en virtud del artículo 60 de la ley de 1987, que literalmente dispone: «Cuando los esposos no estén domiciliados en Suiza y uno de ellos sea suizo, los tribunales del lugar de origen serán competentes para conocer de la acción de divorcio o de separación de cuerpos, si la acción no puede intentarse en el domicilio de uno de los esposos o si no puede razonablemente exigirse que lo sea».

La ley del foro juega también una cierta función en materia de tutela, aunque esté previsto que en principio la ley aplicable sea la ley nacional del menor. A título de ejemplo citaré el párrafo 48, apartado 3.° de la codificación húngara, que impone la aplicación del Derecho húngaro a las relaciones entre el tutor y el pupilo en el caso en que este último viva en Hungría y el Derecho de este país le sea más favorable. Vemos así la importancia atribuida a la obtención de resultados favorables al menor, que es considerado en cierta forma como la parte más débil de esas relaciones jurídicas.

9. En resumen, la coexistencia de normas de conflicto de leyes y de normas de conflicto de jurisdicciones no significa que se admita la aplicación preferente de la ley del foro. La admisión de ésta aparece, en resumidas cuentas, en casos limitados. En otros términos, el interés mostrado por las cuestiones de competencia judicial no conduce a la desaparición de la especificidad de los litigios internacionales, ni a la superación del conflicto de leyes en el sentido de ser de aplicación generalizada la ley del foro. Por otra parte, no habría que olvidar que los textos en cuestión se caracterizan también por la relación con la norma de conflicto bilateral. Ahora bien, la norma de conflicto bilateral, por el hecho de que pone en un pie de igualdad la ley extranjera y la ley del foro, se concilia con dificultad con la tendencia de privilegiar el recurso a la ley interna del juez competente.

De otra parte, es importante no perder de vista que, en la mayoría de los casos, se impone el recurso a la ley del foro cuando el funcionamiento abstracto de la norma de conflicto corre peligro de producir resultados poco satisfactorios en la solución del fondo del litigio. No es casualidad que la aplicación preferente de la ley del foro, quede en lugar relegado en materia de obligaciones, es decir, en una materia donde la función reconocida a la autonomía de la voluntad permite remediar, en gran medida, los problemas provocados por la designación mecánica de la ley aplicable.

II. LA LIBERTAD DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

10. Otras consideraciones similares se pueden realizar respecto a otro aspecto característico que se puede descubrir en los textos recientes de la codificación del Derecho internacional privado. Se trata, especialmente, del hecho de que encontramos en estos textos un número no despreciable de disposiciones que consagran, en su ámbito de aplicación, la libertad del juez en la elección de la ley aplicable.

En Derecho interno se ha juzgado oportuno reconocer al juez un margen de apreciación importante. Estas disposiciones, más o menos numerosas en cada ordenamiento jurídico, habilitan a la autoridad judicial a zanjar el litigio tomando en consideración los datos concretos del caso sometido a su jurisdicción. Así ocurre especialmente en el marco de la aplicación de disposiciones de Derecho interno que implican la apreciación de los intereses divergentes en presencia, con el fin de evitar los inconvenientes que engendra el grado de abstracción inherente a toda norma jurídica.

Esta libertad está reconocida de forma general en el famoso artículo 1.°, apartado 2.°, del Código Civil suizo, conforme al cual, «a falta de una disposición legal aplicable, el juez se pronunciará conforme al Derecho consuetudinario, y, a falta de una costumbre, según las normas que él estableciera en caso de ser legislador». Es evidente que esta formulación confiere al juez un poder muy amplio de apreciación en los casos —sin duda numerosos— en que la ley presenta lagunas[8]. En realidad, importa tener en cuenta que la jurisprudencia helvética no ha hecho un uso excesivo de los poderes que esta disposición le ha acordado.

11. ¿Es posible atribuir la misma libertad al juez encargado de resolver un litigio de Derecho internacional privado? Con el fin de dar una respuesta a esta pregunta, es indispensable poner de relieve algunas características de la norma de conflicto. Examinemos, en primer lugar, su especificidad estructural.

Hemos visto ya que la norma de conflicto, bajo su forma clásica, se limita a indicar de manera abstracta cuál es el Derecho que rige un caso determinado. Sin embargo, el carácter abstracto de esta norma no es suficiente para diferenciarla de las disposiciones de Derecho interno, ya que éstas presentan un grado de abstracción que, por poco que sea, obligan al juez a proceder a apreciacio-

---

[8] Vid. MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gemäB Art. 1 Abs. 2 des schweiszerischen Zivilgesetzbuches*, Zürich, 1951, p. 290; DU PASQUIER, *Les lacunes de la loi et de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article 1er CCS*, Bâle, 1951, p. 72.

nes concretas con vistas a resolver el litigio. En cambio, el carácter indirecto de la norma de conflicto, que consiste en que no prevé directamente la solución que el juez debe aportar a la situación litigiosa, contribuye a que su especificidad quede asegurada en relación con las normas de Derecho interno.

En materia de litigios internacionales se debe distinguir entre la solución conflictual, que trata de la determinación de la ley aplicable, y la solución material por la cual el juez busca un nuevo equilibrio para la situación fáctica litigiosa. La solución conflictual consiste en que la ley de un país A sea designada como ley rectora del litigio, mientras que la solución material se resume en que, por ejemplo, el demandado deba (o no deba) pagar daños y perjuicios conforme a esta ley. Es evidente que una relación orgánica existe entre las dos soluciones. Su articulación refleja la incidencia del elemento procesal y constituye una condición necesaria para la eficacia de la intervención del juez encargado de resolver un caso dotado de un elemento de extranjería: la decisión judicial que se limitara a la designación de la ley aplicable tendría poco sentido.

Además, la designación indirecta de la ley aplicable es susceptible de no tener suficientemente en cuenta los datos propios del caso, así como de conducir a resultados poco adaptados a su realidad. En otros términos, la norma del conflicto se distingue por su materialidad limitada, es decir porque está, en relación con su formulación, poco impregnada de consideraciones de orden material relativas a la individualización de las situaciones de hecho a las cuales se refiere. Así, la norma de conflicto que por ejemplo prevé, en materia de relaciones entre esposos, la aplicación de su ley nacional común, tiene poco en cuenta la posibilidad de que los referidos esposos hayan vivido siempre en un país distinto al de su nacionalidad común.

12. Abordemos ahora la especificidad funcional de la norma de conflicto. El hecho de que la norma de conflicto aparente hacer poco caso al resultado a que su aplicación da lugar, ha llevado a eminentes autores a afirmar su neutralidad, y de ahí que la determinación de la ley aplicable constituya una meta socialmente neutra[9]. Sin embargo, parece estar permitido rechazar la tesis de la neutralidad de la norma de conflicto, teniendo en cuenta sobre todo la relación orgánica que existe entre la solución conflictual y la solución material del litigio. Por tanto, hay que tomar en consideración el aumento de litigios de carácter internacional. En efecto, el contencioso internacional ya no concierne sólo a situaciones de hecho excepcionales y exóticas: como ha sido puesto de manifiesto, «el Derecho internacional privado ya no es el privilegio de los *beati possidentes*»[10].

---

[9] ZWEIGERT, «ZurArmut des IPR an sozialen Werten», *RabelsZ*, 1973, pp. 453 y ss.

[10] JACQUES FOYER y M. SIMON-DEPITRE, Nota a la Sentencia de la *Cour d'appel de París* de 27 de abril de 1973, *Revue critique de droit international privé*, 1974, pp. 93 y ss., en especial p. 96.

En consecuencia, la solución aportada en el plano de la determinación de la ley aplicable afecta, aunque sea por razón de su relación con la solución al fondo del litigio, a la cohesión interna del orden jurídico del foro. Lo atestigua la incidencia de las normas constitucionales sobre el conflicto de leyes, incidencia reconocida tanto por el legislador como por la jurisprudencia. Se pueden citar al respecto los tres ejemplos siguientes:

a) En su célebre fallo de 4 de mayo de 1971[11], el Tribunal Constitucional federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) examinó si la norma de conflicto y la ley extranjera designada por ella eran conformes al artículo 6, apartado 1.°, de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*). Se trataba de un español domiciliado en Alemania que deseaba contraer matrimonio con una alemana divorciada, y a tal fin había solicitado a los tribunales alemanes un certificado de capacidad matrimonial. La capacidad de un nacional español para contraer matrimonio debería ser apreciada según el artículo 13, apartado 1.° EGBGB; pero conforme a la ley española de la época, que no reconocía el divorcio, la mujer alemana se consideraba unida por un matrimonio válido. La alta jurisdicción alemana llegó a la conclusión de que la aplicación de la ley española designada por la norma de conflicto alemana, no respetaba en este caso el principio fundamental de la libertad de matrimonio, tal y como está definido en el texto constitucional alemán.

b) En Grecia, el legislador procedió en 1983 a la reforma de las normas de conflicto del Derecho internacional privado de familia, al mismo tiempo que refundía las disposiciones internas en la misma materia, para armonizarlas con el principio de igualdad de sexos consagrado en la Constitución de 1975 (Artículo 4, apartado 2.°)[12].

c) Y por lo que se refiere a España, baste citar la reciente aprobación de la Ley 11/1990, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

13. Por otra parte, la norma de conflicto puede ejercer una influencia sobre el comportamiento de las personas cuando la intervención del juez aparece como posible. Es entonces cuando los particulares se interesan por la cuestión de saber cuál es el alcance del Derecho potencialmente aplicable ante la presencia de un elemento internacional, con el fin de circunscribir la leyes inter-

---

[11] Vid. sobre esta Sentencia los artículos publicados en *RabelsZ*, 1972, pp. 1-144. Vid. también ARROYO MONTERO, «Derecho internacional privado y Constitución: proyección en la jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal constitucional federal de Alemania», *Revista española de Derecho internacional*, 1988, pp. 89 y s.

[12] Vid. traducción en francés en *Revue critique de droit international privé*, 1984, pp. 168 y ss.

nas y, a continuación, modelar su comportamiento para la obtención del resultado deseado[13].

Siendo una norma de Derecho específico desde un punto de vista estructural y funcional, la norma de conflicto también contribuye al reequilibrio de la situación de hecho litigiosa, sobre todo en la medida en que determina la ley aplicable. Su funcionamiento se inserta en el marco de la intervención judicial. Ahora bien, esta intervención tiene como objetivo principal la solución más conforme a los datos concretos del caso litigioso. Dada la relación entre solución conflictual y solución material, la toma en consideración de los datos propios del caso hace indispensable la apreciación concreta del juez en la determinación de la ley aplicable. En consecuencia, la concesión de una cierta libertad al juez no debe ser excluida *a priori* en materia internacional, ya que la solución concreta de los litigios internacionales se impone por razones similares a las exigidas para la solución concreta de los litigios en Derecho interno.

14. Vista la importancia de la concesión de tal libertad, es conveniente estudiar de nuevo las nuevas codificaciones del Derecho internacional privado, con el fin de examinar en qué medida esta libertad se atribuye al juez encargado de resolver un litigio internacional. Sin embargo, hay que proceder previamente a la definición del contenido que puede tener esta libertad.

Hemos subrayado anteriormente la especificidad de la intervención judicial en materia internacional, especificidad que resulta de las relaciones que existen entre solución conflictual y solución material. Ahora bien, esta dualidad de soluciones inherente a todo litigio internacional, parece imponer la distinción efectuada por el profesor Kegel entre justicia de Derecho material privado (*materiellprivatrechtliche Gerechtigkeit*) y justicia de Derecho internacional privado (*internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit*)[14]. La justicia de Derecho material privado consiste en la aplicación del derecho que, por su contenido, resulte más adecuado para regir el caso, mientras que la justicia de Derecho internacional privado se alcanza en cuanto se aplica la ley del país en que se localiza el litigio. Por ello parece permitido distinguir entre, de una parte, la determinación de la ley aplicable por la localización del caso concreto, y, de otra parte, la determinación de la ley aplicable en función de su contenido material.

---

[13] Vid. GRAULICH, «La signification actuelle de la règle de confluit», *Mélanges A. Weill*, París, 1983, pp. 295 y ss., en especial p. 302.

[14] KEGEL, «Begriffs- und interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», *Festschrift Lewall*, Basel, 1953, pp. 259 y ss., en especial p. 270. Solución criticada por LORENZ, *Zur Struktur des internationalen Privatrechts - Ein Beitrag zur Reformdiskussion*, Berlín, 1977, página 62.

A) La determinación de la ley aplicable mediante la localización concreta del caso

15. La libertad judicial que implica la determinación de la ley aplicable en función de los datos concretos, consiste en que al juez se le reconozca el derecho a investigar cuál es, de entre las leyes potencialmente aplicables, la que debe ser aplicada como ley del país en que se encuentra el centro de gravedad del caso litigioso. Para conseguirlo, el juez debe constatar, en primer lugar, cuáles son los países con los que el caso está vinculado y proceder, a continuación, a una apreciación de estas vinculaciones con vistas a determinar la ley aplicable *in concreto*.

El profesor Lagarde emplea, en el marco de una aproximación global y profunda de los nuevos datos del tráfico jurídico internacional, el término de «principio de proximidad» para designar «la idea de la conexión de una relación de Derecho con el ordenamiento jurídico del país con el que presenta vínculos más estrechos»[15]. Este eminente autor considera que se trata de la respuesta europea occidental ante las soluciones radicales propuestas por al otro lado del Atlántico, con el fin de sortear los inconvenientes ligados al funcionamiento mecánico de la norma de conflicto.

Este paso concreto debería conducir, en general, a que el juez aplique, después de considerar los datos del caso, la ley del país con el que presente vínculos más estrechos. Su aplicación está consagrada por una disposición de carácter general que ha dado mucho que hablar y que podríamos estar tentados de considerar como la más importante entre las cientos de disposiciones contenidas en los textos recientes de la codificación del Derecho internacional privado. Se trata del artículo 15 de la ley suiza, cuyo texto parece que debe ser citado íntegramente:

> «1. El Derecho designado por la presente ley no es aplicable si excepcionalmente, respecto al conjunto de las circunstancias, es claro que la causa tiene poca relación con este Derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro Derecho.
>
> 2. Esta disposición no es aplicable en caso de elección del Derecho.»

Denominada cláusula de excepción, esta disposición ha provocado muchas reacciones. Es cierto que institucionaliza de manera general la libertad del juez

---

[15] LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *RCADI*, 1986, pp. 25-26.

para replantear la solución conflictual inicialmente prevista atribuyéndole una especie de poder de corrección. Por otra parte, esto debe de producirse en función de unas consideraciones totalmente independientes del resultado obtenido por la ley inicialmente designada[16]. En efecto, la formulación del artículo 15 en ningún caso hace depender la no aplicación de la ley normalmente designada, de su contenido substancial y del resultado al que conduzca *in casu*.

Hay que admitir, también, que el recurso a esta cláusula debe ser excepcional, a menos que queramos convertir en caducas las normas de conflicto del texto suizo: solamente cuando la ley inicialmente designada tiene poca relación con el caso litigioso, éste debe regirse por la ley del país con el cual tiene una relación más estrecha, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias. En efecto, si admitimos que el artículo 15 habilita al juez suizo a sortear las normas de conflicto suizas, terminaríamos por admitir que dicho proceder atenta contra la seguridad jurídica. Se trata, como lo veremos más adelante, de un reproche que se hace a menudo a las disposiciones que amplían el poder de apreciación del juez.

Sea como fuere, la disposición suiza consagra de manera suficientemente clara el papel creador del juez en materia internacional. De manera que da como resultado, de una parte, un equilibrio entre la rigidez inevitable que implica toda sistematización legislativa, y de otra parte, la flexibilidad de las normas de conflicto aprobadas por el legislador. De todas formas, se critica severamente la concepción según la cual los conflictos de leyes pueden resolverse solamente mediante las conexiones fijas.

También es interesante apuntar que es el mismo Derecho, el Derecho suizo, el que tras haber reconocido a principio de siglo de manera general el poder creador del juez por la disposición ya mencionada del artículo 1.°, apartado 2.°, del Código civil, hoy institucionaliza este poder en el plano del Derecho internacional privado[17]. Pero esforzarme en poner de relieve la afinidad subterránea de las dos disposiciones, sobrepasaría el objetivo de esta exposición.

16. De todas formas, no es esta la única disposición de tal naturaleza en las codificaciones en examen. El párrafo primero de la codificación austríaca está formulado como sigue:

---

[16] SIEHR/KELLER, *Einführung in die Eigenart des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1978, p. 40; HOYER, «Die gemeinsamem Bestimmungen des schweizerischen IPR-Gesetzesentwurfes», *Annuaire suisse de droit international*, 1979, p. 50; VON OVERBECK, «Quelques solutions générales du projet suisse de loi sur le droit international privé et premières réactions à leur égard», *Tr. com. fr. d.i.p.*, 1980-81, p. 100.

[17] VON OVERBECK, *op. cit.*, *RCADI*, 1982-III, p. 205; SIEHR, «Zum Wntwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht», *Recht der internationalen Wirtschaft;* 1979, p. 736; MC CAFFREY, «The Sweis Draft Conflits Law», *The American Journal of Comparative Law*, 1980, p. 250.

«1) Las situaciones que presentan vínculos con el extranjero se regirán, en materia de Derecho privado, por el orden jurídico con el cual existe la relación más estrecha.

2) Las normas especiales del ordenamiento jurídico aplicable (normas de conflicto) enunciadas en la presente ley federal deben ser consideradas como expresión de este principio.»

Si en el primer apartado parece consagrarse la libertad del juez en caso de lagunas de Derecho, el segundo apartado es objeto de interpretaciones divergentes. La mayor parte de los comentaristas austríacos rehusan considerarlo como el equivalente al artículo 15 de la ley suiza. Según este punto de vista, el segundo apartado no sería más que la justificación teórica de las soluciones contenidas en las nuevas normas de conflicto austríacas[18]. Esta no es la opinión del profesor Schwimann, que considera que el conjunto del párrafo primero sería una norma en blanco (*Blankettnorm*), concebida deliberadamente por el legislador con el fin de asegurar la flexibilidad de las decisiones judiciales, aunque sea a costa de las previsiones legislativas. Se trataría, de alguna forma, del equivalente a la cláusula de excepción suiza[19].

De todos modos, la disposición austríaca se caracteriza por su ambigüedad. Esta ambigüedad, que da pie a las interpretaciones divergentes ya mencionadas, parece ser debida a que los redactores del proyecto de ley no parece que evaluasen correctamente la importancia de la libertad judicial, aunque hayan querido asegurar una cierta flexibilidad en materia internacional. La formulación retenida no parece susceptible de establecer un equilibrio entre el texto de codificación y las prerrogativas del juez, en la medida en que a éste no se le reconoce la facultad de volver a cuestionarse, en atención a un caso concreto, la ley designada como aplicable por la norma de conflicto.

En resumen, el párrafo primero de la ley austríaca, aunque integrándose en la corriente de las disposiciones susceptibles de aumentar el margen de apreciación judicial en materia internacional, no puede considerarse, por razón de su formulación ambigua, con el mismo alcance del artículo 15 de la ley suiza.

17. Sea como fuere, se encuentran en los textos de codificación de los cuales tratamos un número importante de disposiciones que prevén la determina-

---

[18] MÄNHARDT, *Die Kodifikation des österreichischen internationalen Privatrechts Schwerpuktanalyse einer bemerkenswerten Gesetzesinitiative*, Berlín, 1978, p. 39; SCHEIND, «Zwischenbilanz der Reformarbeiten des österreichischen internationalen Privatrechts», *Das Standesamt*, 1976, p. 122; DUCHEK, «Die österreichische IPR-Kodifikation», *Acta Jur. Acad. Sci. Hungariae*, 1981, p. 141.

[19] SCHWIMANN, *Grundriss des internationalen Privatrechts (Mit besonderer Berücksichtigung der IPR-Staatsverträge)*, WIEN, 1982, pp. 55-56; BEITZKE, «Neues österreichisches Kollisionsrecht», RabelsZ, 1979, p. 248; McDOUGAL, *op. cit.*, p. 119.

ción de la ley aplicable en función de los datos del caso, es decir la aplicación de la ley del país con el cual el litigio presenta relaciones más estrechas. Por ejemplo, la ley austríaca, cuya cierta ambigüedad acabamos de señalar en lo que concierne el poder corrector del juez, aunque prescriba en materia de responsabilidad delictual la aplicación en principio de la *lex loci delicti* (párrafo 48, apartado 1.°), indica que «no obstante, si existe para las partes una relación más fuerte con el Derecho de otro Estado, el Derecho de éste será aplicable» (párrafo 48, apartado 2.°). La misma disposición figura en la ley turca (artículo 25, apartado 3.°).

Pero la mayor parte de las disposiciones especiales que consagran en cierta forma la libertad judicial, son parte del Derecho de las obligaciones contractuales. Se trata de una materia que, desde hace mucho tiempo, se caracteriza por la importancia dada a la voluntad de los contratantes[20]: la prioridad de la ley de autonomía, es decir, la ley elegida por las partes para regir el contrato, está consagrada en Derecho positivo. En lo que se refiere a los textos de codificación, se encuentran solamente tres disposiciones que imponen un límite a la voluntad de las partes, ya que exigen que haya una relación entre el contrato y la ley elegida por los contratantes. Se trata del artículo 25, apartado 1.°, del texto polaco; del artículo 41, apartado 2.° del Código Civil portugués, y del artículo 10, párrafo 5, del título preliminar del Código Civil español. Corresponde al juez verificar si en cada caso concreto, la elección de las partes a la vista de la ley aplicable es conforme al límite impuesto por el legislador. Se aprecia en este caso que la atribución al juez de un margen de apreciación sirve para que las limitaciones impuestas a la voluntad de las partes queden intactas.

18. Al contrario, otras disposiciones consagran el margen de apreciación de los tribunales en los casos donde las partes han omitido designar la *lex contractus*. Según el artículo 10, apartado 1.°, de la ley checoslovaca de 1963, el contrato se rige, a falta de elección, «por la legislación cuya aplicación facilite a una regulación razonable de la relación respectiva». En cuanto al texto suizo figura que, en este caso, la ley aplicable será la del país con el cual el contrato presenta vínculos más estrechos (artículo 117, apartado 1.°).

La misma solución ha sido adoptada por el nuevo artículo 28, apartado 1.°, de la Ley de introducción al Código Civil alemán. Igualmente ha sido retenida por el Convenio de Roma de la CEE sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales[21], del que se conoce su afinidad con las nuevas disposiciones alemanas relativas al Derecho de obligaciones. Hay que subrayar que estas disposi-

---

[20] Por lo que se refiere a las relaciones entre la voluntad de los contratantes y la ley aplicable, vid. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, 1956, p. 89.

[21] Sobre la importancia de este Convenio CEE para el Derecho internacional privado de los Estados miembros, vid. MENGOZZI, *Diritto internazionale privato italiano*, Torino, 1983, p. 150.

ciones no conceden, sin embargo, una libertad absoluta a los jueces encargados de determinar cuál es la ley más estrechamente vinculada al contrato.

En efecto, se presume que estos vínculos existen con el país en el que la parte que debe garantizar la prestación característica tiene su residencia habitual (artículo 117, apartado 2.°, de la ley suiza; artículo 28, apartado 2.° de la Ley de introducción al Código Civil alemán). Es evidente que estas presunciones indican al juez cuál es la ley que debería aplicar y son por ello susceptibles de restringir su margen de apreciación. No obstante, el juez puede proceder a una evaluación diferente. De otra parte, la noción de prestación característica implica que el juez aprecie de forma concreta los datos relativos al contrato con el fin de determinar la ley aplicable.

Asimismo, el artículo 10, apartado 2.°, de la ley checoslovaca, enumera las categorías de los contratos, indicando los puntos de conexión que en principio deben ser retenidos por cada una de ellas. Se supone que estos puntos de conexión se corresponden a una regulación razonable de la relación litigiosa. Una solución similar ha sido adoptada por la ley yugoslava (artículo 20), en el sentido que cada categoría de contrato se regirá por el Derecho del país donde se localiza el punto de conexión respectivamente retenido (por ejemplo, el contrato de depósito se regirá por el Derecho del lugar donde el depositario tenga su domicilio o su sede en el momento de la recepción de la oferta), a menos que otro Derecho sea designado por las circunstancias de la causa. Por relativa que sea, la libertad del juez no queda menos afirmada: las presunciones contenidas en el texto legislativo no impiden a los jueces decidir de forma diferente.

El recurso al concepto de las relaciones más estrechas está también admitido por los textos húngaro (párrafo 29) y turco (artículo 24, apartado 2.°), cuando los puntos de conexión inicialmente previstos son inoperantes. En este supuesto incumbe a los jueces la determinación de la ley aplicable, después de una apreciación concreta de la relación contractual.

19. También se reconoce un margen de apreciación por las disposiciones que se refieren al conflicto positivo de nacionalidades. Este conflicto aparece cuando varios Estados atribuyen su nacionalidad a una persona determinada. Generalmente se admite que la nacionalidad del Estado del foro prevalece cuando surge un conflicto de nacionalidades. Esta regla está confirmada por las codificaciones europeas en materia de Derecho internacional privado. Pero cuando se trata de nacionalidades extranjeras, estos mismos textos prevén que hay motivos para reconocer la primacía de la nacionalidad del Estado con el cual el plurinacional está más estrechamente vinculado. Son excepción la disposición checoslovaca por la que prevalece la nacionalidad extranjera más reciente (artículo 33, apartado 2.°), así como la disposición española, contenida en el artículo 9, párrafo 9.°, del Código Civil.

No estaría desprovisto de interés subrayar que en los textos de codificación no se trata de «nacionalidad efectiva». Claro que la nacionalidad del Estado con el cual el plurinacional tiene relaciones más estrechas equivale a la nacionalidad efectiva. Ahora bien, esta elección «terminológica» no parece haber sido fortuita. Al contrario, refleja la preocupación de establecer una relación entre el conflicto de leyes y el conflicto de nacionalidades, dado que la solución de este último ejerce una influencia indirecta y al mismo tiempo decisiva. Al respecto, es característico que la ley suiza no prevea la prioridad de la nacionalidad del Estado con el cual el plurinacional está más estrechamente ligado, salvo en el caso en que hay que resolver el conflicto de nacionalidades para determinar la ley aplicable (artículo 23, apartado 2.°).

20. Podemos encontrar también disposiciones que imponen la apreciación concreta del juez en materia de Derecho internacional privado de familia. Así, por ejemplo, el artículo 52, apartado 2.°, del Código Civil portugués —tal y como ha sido modificado por el Decreto-ley n.° 496/1977—, prescribe que a falta de nacionalidad y residencia habitual común de los esposos, hay motivos para aplicar a sus relaciones la ley del país con el cual la vida familiar presenta relaciones más estrechas: el juez está, por tanto, habilitado para investigar cuáles son los países con los cuales la vida familiar está más vinculada y, a continuación, evaluar *in concreto* cuáles son las relaciones más estrechas. Pero la libertad judicial está reconocida, sobre todo, en lo que se refiere a las relaciones de Derecho de familia[22], bajo su segunda forma, a saber, la determinación de la ley aplicable en función de su contenido substancial. Ahora vamos a abordar esta forma de libertad del juez en materia internacional.

B) La determinación de la ley aplicable en función de su contenido material

21. En este caso, la solución conflictual está en una gran medida en función de la solución material. En efecto, la norma de conflicto está formulada de tal modo que asegura la obtención de un resultado determinado o bien la consecución de unas soluciones favorables para el interés de ciertas personas, como, por ejemplo, los menores, que son juzgadas dignas de una protección particular.

Así es, por ejemplo, en el artículo 15 de la ley checoslovaca, según el cual los derechos de indemnización están regidos por la ley del lugar donde el per-

[22] Vid. D. MAYER, «Evolution du statut de la famille en droit international privé», *Clunet* 1977, p. 456.

juicio ha ocurrido o del lugar donde se ha producido el hecho que da lugar al derecho de indemnización. Es evidente que esta disposición implica para el juez, de manera indirecta, la posibilidad de que el litigio se rija por la ley que, por su tenor, asegure la solución más satisfactoria. En la primera parte de esta exposición hemos mencionado las disposiciones que en materia de divorcio preven la aplicación de la ley del foro, cuando la ley inicialmente designada prohíbe el divorcio o lo somete a unas condiciones severas. Así, el artículo 61, apartado 3.°, de la ley suiza, atribuye a la apreciación judicial el recurso a las disposiciones materiales suizas en caso de que la ley extranjera prevea unas condiciones extraordinariamente severas para la disolución del vínculo conyugal.

22. Otra categoría de normas que implica la libertad judicial es la de las disposiciones mediante las cuales el legislador, en vez de indicar que la aplicación de la norma de conflicto debe conducir a la obtención de ciertos resultados, se limita a designar las personas cuyos intereses parecen ser dignos de protección y a indicar al juez que hay que resolver el caso litigioso aplicando, entre las leyes potencialmente aplicables, la más favorable para la persona digna de protección en el plano de la solución material. Vemos ahí las relaciones entre solución material y solución conflictual.

Entre los numerosos ejemplos se puede citar, en materia de Derecho internacional privado de familia, el párrafo 22, apartado 2.° de la ley austríaca, según el cual el juez debe, en materia de legitimación, conceder prioridad a la ley más favorable para la legitimación del niño, si los padres no tienen la misma nacionalidad[23]. Pero es cierto que en principio se aplica la ley nacional común de los padres, y solamente a falta de nacionalidad común se debe recurrir a la ley más favorable a la legitimación.

En este caso nos encontramos ante una solución de compromiso entre, de una parte, la norma de conflicto tradicional que impone la aplicación de la ley que parece en principio más adaptada a la relación jurídica en cuestión, abstracción hecha de los resultados que su aplicación conlleva *in concreto*, y, de otra parte, la norma de conflicto que refleja la preocupación del legislador para asegurar lo mejor posible la obtención de un resultado deseado, en caso de legitimación. No resulta inoportuno señalar esta tendencia de compromiso y establecer una cierta correlación con la ambigüedad que caracteriza el párrafo primero de la ley austríaca.

Otro ejemplo: en materia de responsabilidad extra-contractual, el artículo 28, apartado 1.°, de la codificación yugoslava, prescribe que el juez elija entre

[23] Solución criticada por BEITZKE, «Grundfragen familienrechtlichen Kollisionsrechts in den heueren mitteleuropäischen Kodifikationen», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1981, p. 124.

la ley del lugar donde el hecho perjudicial ha acaecido y la ley del lugar donde se han producido sus efectos, la que, por su contenido, sea más favorable a la persona perjudicada, persona considerada con razón digna de protección. Una solución similar ha sido retenida en el párrafo 32, apartado 2.° del Decreto-ley húngaro; asimismo, el artículo 45 del Código Civil portugués lleva la influencia del principio de *favor laesi*[24].

23. La determinación de la ley más favorable, en cuanto articulación de la solución conflictual y de la solución material, constituye una tarea delicada para el juez. En efecto, presupone que éste compare las dos soluciones materiales y aprecie, a continuación, cuál es la más favorable para la persona digna de protección. Esta apreciación es producto de la correlación de los datos de hecho y de derecho del caso y termina por equivaler a un juicio de valor. Es evidente que la expresada apreciación debe ser concreta en cualquier caso. Para limitarnos al ejemplo de las disposiciones impregnadas por el principio de *favor laesi*, no se excluye que el juez tenga que elegir entre dos leyes: una admite más fácilmente la responsabilidad del autor del hecho perjudicial, mientras que la otra es más generosa en lo que se refiere al reconocimiento de daños y perjuicios importantes. Se ve ahí la importancia de la apreciación del juez.

Sea cual sea la forma, la libertad del juez en lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable nos parece constituir el aspecto más significativo de las codificaciones recientes del Derecho internacional privado. La concesión al juez de un margen de apreciación más o menos importante en ciertas materias atestigua la preocupación general para remediar los inconvenientes que engendra el funcionamiento abstracto y mecánico de la norma de conflicto tradicional. Por otra parte, es útil señalar que la tendencia a privilegiar el papel del juez en materia internacional ha aparecido también en los textos legislativos de los países europeos del Este en una época en que su Derecho se caracterizaba por una desconfianza, a menudo ostensible, hacia los jueces considerados menos resistentes que el legislador respecto a las ideas consideradas socialmente nocivas[25].

Otra nota más próxima a la lingüística consiste en que el empleo de los adjetivos contribuye a la institucionalización de la libertad del juez. Si se trata de determinar de manera concreta la ley con la que el caso presenta relaciones más estrechas o bien la ley más favorable para una categoría determinada de personas, es la inserción de adjetivos en la norma de conflicto, cuya formula-

---

[24] Solución criticada por CAVERS, «Contemporary Conflits Law in American Perspective», *RCADI*, 1970-III, pp. 166-7.

[25] Vid. TOUMANOV, *Contemporary Bourgeois Legal Thought - A Marxist Evaluation of the Basic Concepts*, Moscú, 1974, pp. 86 y ss. Contra KNAPP, «La création du droit par le juge dans les pays socialistes», *Festschrift Rheinstein*, Tübingen, 1969, vol. I, pp. 67 y ss.

ción ha sido hasta ahora rígida y «seca», la que permite la apreciación concreta por el juez.

24. De otra parte, no se puede olvidar que la concesión de un margen de apreciación al juez, es susceptible de restringir la previsibilidad de las decisiones judiciales y perjudicar así la seguridad jurídica, que constituye sin duda uno de los objetivos fundamentales de toda sistematización legislativa. Es evidente que la apreciación concreta del juez encargado de determinar la ley aplicable, no garantiza la misma seguridad jurídica que el funcionamiento algebraico de la norma de conflicto tradicional. En resumen, un aumento de la imprevisibilidad es el precio que hay que pagar por la flexibilidad de las decisiones judiciales.

Ahora bien, nos parece que, dados los inconvenientes inherentes al funcionamiento de la norma de conflicto tradicional, la flexibilidad debe ser consagrada en primer lugar. Por otra parte, no se debe olvidar que toda decisión judicial, como producto de un silogismo, está dotada de un mínimo de previsibilidad, sea o no sea dictada en materia internacional.

25. Otra cuestión surge en materia de libertad judicial: ¿no sería susceptible conducir al juez a recurrir a toda costa a su propia ley, so pretexto que el litigio presente relaciones más estrechas con el Estado del foro?[26]. Ni que decir tiene que el juez, en gran medida, está predispuesto a regular el litigio por su propia ley, a pesar de sus relaciones con otros ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, es importante señalar la evolución del Derecho positivo, tal y como se refleja en las codificaciones europeas en el plano de la parte general del Derecho internacional privado, sobre todo en lo que se refiere a las disposiciones que tratan del reenvío, de la calificación, del orden público y del fraude de ley. Hasta ahora, estas disposiciones han facilitado en la práctica el recurso del juez a la ley del foro. ¿El famoso fallo en el caso Forgo no tuvo como consecuencia la aplicación de su propia ley por el juez francés?

Es sobre todo el mecanismo del recurso al orden público[27] el que ha sido impregnado por la tendencia de privilegiar la aplicación de la ley del juez competente, considerando, en primer lugar, la no aplicación de la ley inicialmente

---

[26] En su sentencia *Chelouche c. van Leer* del 10 de diciembre de 1976, el *Tribunal Supremo de los Países Bajos (Hoge Raad)* se abstuvo de aplicar la ley holandesa (designada por la norma de conflicto del mismo derecho), por conducir ésta a un resultado material poco satisfactorio.

[27] Sobre el orden público existe una extensa bibliografía, entre la que cabe destacar MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente. L'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952; LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international*, París, 1959; FRANCESKAKIS, «Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?», *Tr. com. fr. d.i.p.*, 1966-1969, pp. 149 y ss.; ROTH, «Der Vorbehalt des ordre public im internationaln Privatrecht», *N.J.W.*, 1967,.134;

designada por la norma de conflicto. Ahora bien, la mayoría de las codificaciones, prevén esa no aplicación por sí, en el caso concreto, la aplicación de la *lex causae* atenta contra el orden público del foro. Por otra parte, solamente las disposiciones de Alemania Oriental (párrafo 4.º) y húngara (párrafo 7, apartado 3.º), prescriben explícitamente que procede, en caso de incompatibilidad de la ley normalmente aplicable con el orden público del foro, resolver el caso litigioso conforme a la expresada ley del foro. La mayor parte de los textos permiten al juez, explícita o implícitamente, apreciar cuáles son las normas de derecho que se aplican en lugar de las excluidas. En este caso, la apreciación judicial debe ser concreta.

En resumen, se constata que la tendencia de aumentar el margen de apreciación de los jueces, se confirma incluso en el plano de los mecanismos generales del Derecho internacional privado, cuya puesta en marcha ha conducido muy a menudo hasta ahora al aumento del ámbito de aplicación de la ley del foro.

Queda por saber si la tendencia hacia la flexibilidad de las decisiones judiciales en materia internacional se afirmará en un futuro próximo. Por esta razón es por esto que podemos esperar con interés particular, tanto la práctica jurisprudencial que se desarrolle a partir de las codificaciones recientes, como las soluciones que se adopten en las próximas codificaciones en materia de Derecho internacional privado.

Espero que esta exposición y el debate posterior que pueda suscitar, sirva al menos para constatar y precisar la importancia de la codificación reciente del Derecho internacional privado en Europa. Muchas gracias.

HOLDER, «Public Policy and National Preferences: The Exclusion of Foreign Law in English Private International Law», *Int. Comp. L. Q.* (1968), pp. 926 y ss.; MIAJA DE LA MUELA, «Indicios de atenuación del orden público en el Derecho internacional privado español», *Festschrift Wengler, II*, 1973, pp. 573 y ss.; LATANZI, «Valore assoluto o relativo dei principi di ordine pubblico», *Rivista di diritto internazionale*, 1974, pp. 281 y ss.; STÖCKER, «Der internationale ordre public im Familien- und Familienerbrecht», *RabelsZ*, 1974, pp. 79 y ss.; DUTOIT, «L'ordre public: Caméléon du droit international privé», *Melanges Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 455 y ss.