

EL DISCRETO ENCANTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, O DE LA IGNORANCIA Y LA INTOLERANCIA COMO ORGULLOSAS VIRTUDES MODERNAS

*THE DISCREET CHARM OF CONFLICT OF LAWS,
OR ON IGNORANCE AND INTOLERANCE AS PROUD
MODERN VIRTUES*

Carlos ESPLUGUES MOTA*

Palabras clave: Derecho internacional privado, intolerancia, integración, Unión Europea

Keywords: International Private Law, intolerance, integration, European Union

SUMARIO: 1. ÉRASE UNA VEZ... 2. ...UNA DISCIPLINA APARENTEMENTE FELIZ... 3. ... QUE BUSCABA SU LUGAR EN EL MUNDO. 4. ¿LO ENCONTRARÁ?

1. ÉRASE UNA VEZ...

“Érase una vez un lobito bueno al que maltrataban todos los corderos”. En este “mundo al revés” con el que soñaba José Agustín Goytisolo, “había también un príncipe malo, una bruja hermosa y un pirata honrado”, y pareciera, ahora, que hubiera igualmente democracias que querían dejar de serlo, y hombres y mujeres, sobre todo los primeros, que, siendo inferiores en muchos aspectos al resto de los humanos, se empeñaban en parecer superiores, encolerizándose cuando se demostraba su desnudez. En este entorno de realidades cambiantes y cambiadas, como es el actual, el Derecho internacional privado se ve compelido a plantearse su lugar en el mundo, cuestionándose sobre sus funciones y objetivos, y sobre el papel que ha de jugar en el futuro —si es que le resta alguno— frente a las revividas virtudes de la estulticia, la ignorancia o la intolerancia.

2. ...UNA DISCIPLINA APARENTEMENTE FELIZ...

El internacional privado constituye un sector del ordenamiento jurídico especialmente permeable al entorno social, económico o geoestratégico que le rodea. También, al menos hasta hoy, a la influencia extranjera. A pesar de sus cíclicas crisis, algo consustancial a su alma, su evolución en las últimas

* Catedrático de Derecho internacional privado, Universitat de València (carlos.esplugues@uv.es – <https://orcid.org/0000-0001-8568-5296>). Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST) – CIPROM 2023-64 (GV).

décadas ha venido marcada por una cierta calma y estabilidad, ancladas en diversos hitos que lo singularizan.

Así, en primer lugar, se acepta su condición de Derecho vinculado, como punto de partida, y de forma directa o indirecta, a la figura del poder estatal, encontrando en éste su justificación última. Un Derecho, en segundo lugar, obra de naciones —occidentales— económicamente vencedoras, que han ido modulando sus soluciones de forma acorde a sus intereses, sin atender, en exclusiva, a criterios jurídicos. Y en el que es factible identificar las diversas fases de su evolución con concretos momentos históricos —de Occidente—, y con el nombre de un puñado de autores —siempre hombres, blancos y cristianos— pertenecientes a distintos modelos de pensamiento jurídico.

A ello se añade un tercer dato relevante en el específico caso de Europa: la presencia de la Unión Europea, que sustituye ampliamente a los Estados europeos en el ámbito de la disciplina, constituyendo un referente imprescindible de la doctrina y de la práctica continental en la materia. Y que, con todas sus innegables virtudes y éxitos, y a pesar del momento un tanto desvaído que vive el proceso armonizador en su seno, también ha generado el efecto indeseado de aislarles, a una y a otra, de lo que pasa fuera de las fronteras de la Unión; que, por otra parte, es casi todo. Una presencia cuasiomnimedia que viene acompañada, además, por el lento, pero continuo, decaimiento de ciertos referentes codificadores claves como la Conferencia de La Haya, y la correlativa consolidación de otros como la CNUDMI.

En este entorno estable se han patentizado diversas tendencias, en ocasiones centrípetas, que han ido modulado la evolución de la disciplina en los últimos tiempos, y que interactúan de forma no siempre lineal y, cada vez más acelerada. Un número muy amplio de ellas se vinculan de forma plural, y más o menos estrecha, a la figura del Estado, referente principal de la actividad internacional hasta el momento y al que, como hemos avanzado, viene históricamente vinculada. Y, con ello, al proceso de redefinición de las funciones y objetivos estatales en el marco de una nueva geografía de poderes que le compele a compartir su protagonismo de forma asimétrica con otros actores privados, particulares y colectivos, de diferente naturaleza, relevancia e impacto.

Actores dispares, que, de manera creciente, y con la aceptación e incluso soporte del propio Estado, escriben o condicionan de antemano las respuestas atribuibles a las situaciones con elementos de extranjería, o actúan, sin más, como creadores de derecho o proveedores de servicios de justicia. Se generaliza, así, entre otros, la admisión directa o indirecta —a través, por ejemplo, del método del reconocimiento— del principio de autonomía de la voluntad; incluso en sectores que hasta ahora le eran vedados —como es el del derecho de familia y sucesiones—. A la vez que se avalan ciertas realidades normativas al margen del Derecho estatal que podrán, asimismo, ser apli-

cadas por autoridades distintas a las estatales, con un muy tenue, y *a posteriori*, control por parte del Estado. Una aceptación sesgada, en la que la simpatía mostrada hacia el amplio y confuso magma de la Ley de los comerciantes, del arbitraje y de los MASC, contrasta con el escaso apego manifestado respecto de otras normas y autoridades —religiosas o de los pueblos originarios, por ejemplo— existentes con anterioridad a Westfalia. Y que, además, en el caso de la primera no hace sino acentuar la autonomía del Derecho del comercio internacional frente a la matriz del Derecho internacional privado.

Sin embargo, y en claro contraste con ese aparente retraimiento del Estado, se observa, también, la pervivencia de su voluntad de asegurar ciertas políticas y objetivos en la puesta en práctica del modelo internacionalprivatista —en sus tres niveles de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras—, plasmada, por ejemplo, en una posición proactiva de custodia de determinados grupos vulnerables o en la salvaguarda de la diversidad. O en el renovado brío de las posiciones unilateralistas que ahora, además, encuentran manifestaciones novedosas —las normas de conflicto materialmente orientadas, por ejemplo— al lado de su expresión tradicional. Y que conducen a ese mismo Estado pretendidamente capidisminuido a dotar, incluso, de carácter extraterritorial a algunas de sus reglas en ámbitos diversos —por ejemplo, aquellas de ordenación económica o reguladoras de la sociedad digital—, quebrando, además, la visión de un modelo exclusivamente referido al derecho “estatal” y “privado”.

3. ...QUE BUSCABA SU LUGAR EN EL MUNDO

Estos anclajes, sin embargo, se ven hoy sometidos a creciente y plural presión, con una previsible incidencia directa en el entendimiento de la disciplina, de sus objetivos y función, y en su conformación futura. Hasta el punto de que, más allá de aventurar alteraciones, con grados diversos de relevancia, del *status quo* de los últimos tiempos, los cambios sociales y geoestratégicos que estamos viviendo amenazan con quebrar varias de las premisas sobre las que éste se ha articulado, afectando, incluso, a la pervivencia del proyecto de la Unión Europea; al menos, con el ideario de libertad e integración con que la hemos entendido hasta hoy.

Se aprecia la existencia de esta pulsión reescritora. Y aunque es todavía imposible prever su éxito y dibujar su resultado, pueden intuirse algunas claves provisionales del futuro al que, potencialmente, puede conducirnos. Una primera parece clara, y se vincula a la función integradora de lo ajeno cumplida por nuestra disciplina. El Derecho internacional privado se asienta sobre la necesaria presencia, en ocasiones interesada o incluso resignada, de un cierto grado de apertura y tolerancia hacia el extranjero y lo extranjero. Esa

premisa entra hoy en colisión directa con la paulatina aparición, en múltiples lugares, de posiciones de miedo y prevención hacia lo que viene de fuera.

La cercanía e interconexión derivada de una revolución tecnológica que favorece, e incrementa, los intercambios económicos y personales como nunca antes, no ha acabado facilitando necesariamente la consolidación de sociedades conscientemente multiculturales. Antes al contrario, en demasiadas ocasiones ha potenciado, tanto la aparición de una asimétrica sociedad policolectiva, en la que grupos dispares coexisten desde la desconfianza, como el correlativo incremento de sentimientos aislacionistas y nacionalistas olvidados por décadas, al menos en Occidente. Todo ello pone a prueba su grado de permeabilidad y tolerancia hacia lo foráneo, incidiendo directamente en el papel, tradicionalmente abierto y conciliador, atribuido al Derecho internacional privado.

Esto se manifiesta con especial claridad en las normativas basadas en la “American Laws for American Courts Act” promulgadas por algunos Estados de la Unión norteamericana con objeto de limitar o prohibir la aplicación del Derecho extranjero por parte de sus autoridades e, incluso, árbitros y mediadores. Una legislación que pone el foco en la *sharia* musulmana —no así en otros ordenamientos religiosos como el hebreo o el católico— considerando que su potencial aplicación impacta sobre la cultura americana, erosionando los fundamentos y valores cristianos sobre los que se asienta la sociedad estadounidense. Aunque con una limitada aceptación y una muy reducida práctica, su mera existencia refleja la consolidación de una actitud —reproducida en otras sociedades, no sólo, ni necesariamente, occidentales— de creciente prevención hacia determinados modelos legislativos que incorporan valores, en ocasiones, radicalmente distintos de los propios. No es, además, un fenómeno aislado. Frente a las tendencias integradoras que pudieran existir a finales del siglo pasado, el rechazo va ganando adeptos en el plano global; aún con un grado diverso de radicalidad, la evolución de las soluciones de la jurisprudencia de ciertos países europeos hacia figuras como el repudio no deja de reflejar esta misma prevención.

Este movimiento preventivo hacia lo extranjero se produce, además, y éste sería un segundo dato a ponderar en un número creciente de países occidentales, en un entorno de retorno hacia posiciones menos tolerantes y abiertas en el ámbito de los derechos de la persona y de la familia; con la consecuente prevalencia de lo que el Estado y la sociedad entienden que es lo “correcto” en estos sectores, frente a los derechos individuales. Un movimiento que, previsiblemente, va a repercutir sobre la función protectora de la diversidad satisfecha por la disciplina, con un impacto que puede ser especialmente grave en el ámbito europeo.

El calificativo “progre” atribuido a las políticas feministas y de protección efectiva de las personas LGTBI+, y las posturas de defensa activa de la fami-

lia tradicional y de una reevangelización del continente, no sólo van, previamente, a incidir en el futuro del proceso codificador europeo, limitando el recorrido de eventuales propuestas vinculadas a estas temáticas —con la regulación de la filiación como primer caído—. Sino que además puede potencialmente afectar al funcionamiento del espacio integrado de justicia, con una resistencia creciente al reconocimiento de situaciones y realidades personales creadas en otros países de la Unión —con una focalización en el matrimonio igualitario y, quizás, un adiós temprano al principio de reconocimiento—. E, incluso, al cumplimiento de las futuras sentencias dictadas por el TJUE en estos ámbitos.

Más allá de la Unión, y quizás los tiempos convulsos que vivimos nos deberían llevar a ponderar con mayor habitualidad lo que acontece al margen de ese 5,6% de la población mundial que habita en el viejo continente, estas pulsiones de retraimiento en un mundo que parece rechazar de manera creciente el multilateralismo pueden alimentar, igualmente, dentro y fuera de Europa, actitudes plurales tendentes a obviar la puesta en práctica efectiva del modelo de Derecho internacional privado, en favor de una ley del foro que será aplicada por unos tribunales que de forma significativa tienden a ejercer su competencia cuando exista una conexión efectiva del supuesto con ellos. Favoreciéndose la generación de modelos cosméticos de escaso recorrido práctico, articulados a través de actuaciones varias que pueden oscilar desde la conversión por los propios legisladores nacionales de situaciones transfronterizas, en domésticas *de facto* —mediante, por ejemplo, la alteración del punto de conexión de la norma de conflicto—, o con el recurso ampliado a los mecanismos de control de esta última, entre otras opciones.

Significativamente, y éste sería un cuarto dato, estas posiciones de miedo y prevención en relación con lo foráneo tienden a ser unidireccionales, proyectándose en el ámbito de la familia y de la persona, y no así, en general, en otras parcelas, como la de la actividad económica y comercial. En este último sector, es la protección del medio ambiente —otro *topos* progresista, junto con la integración del extranjero y las políticas feministas y de diversidad—, la que es vista como una barrera artificiosa al crecimiento y a la competencia en condiciones de igualdad con otras potencias económicas. Esta posición favorable a la desregulación en ésta, y otras materias, viene, además, acompañada de otros fenómenos varios como la conformación, sin pudor alguno, de oligopolios tecnológicos, o la existencia de una posición crítica hacia una aparente sobreregulación —especialmente en Europa, pero también fuera de ella— en ámbitos diversos que, se afirma, impediría los apuntados crecimientos y competitividad.

Todo ello se traduciría, al menos, en tres consecuencias diversas. En primer lugar, en una postura favorable a la existencia de un Estado mínimo, reflejado, entre otros extremos, en una liberalización reguladora y en el mantenimiento de una posición de mayor neutralidad con relación a la protección

de colectivos diversos involucrados en la actividad económica —pensamos, necesariamente, en el consumidor— o de ciertas políticas medioambientales o relacionadas con la actividad empresarial y financiera, con la posible suavización de los estándares mínimos de su salvaguarda, también en el plano transfronterizo. En segundo lugar, en contraste con la apuntada vuelta del Estado, la sacralización del libre albedrío, el fomento de la libertad económica y la búsqueda de la máxima eficiencia facilitarían la profundización en el proceso privatizador del poder de legislar y de prestar servicios de justicia, especialmente, en el ámbito del Derecho del comercio internacional. Incidiéndose, de esta suerte, y esta podría ser una tercera consecuencia, en la autonomía de este sector frente al tronco del Derecho internacional privado.

Todo lo anotado hasta el momento no deja de situarse en el mundo de la entelequia. Hay elementos que lo apoyan y alimentan, pero es todavía potencia, y habrá que esperar algún tiempo para verificar si se convierten en realidad, o permanecen como meras ideas fallidas. Frente a ello sí que existen dos datos adicionales, dos claves más, susceptibles de impactar en el futuro del Derecho internacional privado.

Europa y Estados Unidos, no así Iberoamérica a pesar de la enormidad de su proceso de codificación en la materia, han sido históricamente la cuna del Derecho internacional privado. Son ellos los que han exportado al resto del mundo, bien a través de su dominio colonial —Francia, Países Bajos o Reino Unido— o por el prestigio de su codificación —Alemania— las bases de lo que constituye el moderno entendimiento de esta rama del saber desde hace dos siglos. Frente a esta realidad, pareciera que llega el “momento Asia”. Ciertas economías, comunidades y países han ganado relevancia, y ya se avizoran nuevas naciones económica y políticamente vencedoras que, de seguro, dejarán muy pronto su impronta en la concepción futura de la disciplina. Del interés que muestren en abrirse a lo extranjero, de si lo hacen de forma total o tan sólo en el ámbito del Derecho del comercio internacional, y de la efectividad práctica con que doten sus tribunales y autoridades a las soluciones diseñadas por sus legisladores, dependerá el futuro práctico de un Derecho que presumiblemente evolucionará de forma acorde con los objetivos e intereses propios de estos nuevos vencedores.

Junto a este cambio del eje mundial, que pasó, en su día, del Mediterráneo al mar del Norte y de ahí al Atlántico, para moverse ahora hacia el Pacífico, existe un factor trasversal que es consustancial al nuevo mundo: la revolución tecnológica. La virtualización en aumento de nuestro entorno social afecta ya a la forma de entender y crear el Derecho, ofertando un papel creciente a la tecnología en la resolución de disputas: no hay más que recordar, así, la referencia a las actuaciones asistidas por algoritmos que recoge el artículo 57.1 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública,

régimen local y mecenazgo². Su incidencia en el funcionamiento del modelo internacionalprivatista todavía está por ver y aquilar, aunque, de seguro la tendrá; con un impacto en todos los operadores jurídicos involucrados, amén de en los resultados obtenidos, y en la cuestión de la pervivencia de la disciplina tal como hoy la entendemos.

Previsiblemente, además, el momento crítico se producirá cuando se evolucione del uso de los datos generados por algoritmos como soporte de las decisiones realizadas por humanos, a la automatización del proceso decisario sin presencia humana. Una posibilidad ya existente en algunos lugares, incluso dentro de Europa, que suscitará la cuestión de quien controla esos algoritmos. Un tema vinculado, entre otros, a la problemática de las inversiones extranjeras, objeto de debate diario. El hecho de que el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea³ clasifique en su Anexo III.6 como sistemas de alto riesgo a aquellos que deban ser utilizados en la administración de justicia, “dado que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”⁴ refleja su enorme relevancia.

4. ¿LO ENCONTRARÁ?

Agradezco al lector que haya llegado hasta aquí. Su fidelidad merece que le premie con una verdad que le había ocultado hasta el momento, y que quizás ya intuía. Frente al mundo, un tanto feliz, que le he mostrado, he de reconocerle que el Derecho internacional privado no resulta simpático a casi nadie, tampoco a los ciudadanos o a los operadores jurídicos. Desatendiendo su innegable función integradora, algunos muchos lo consideran complicado y engoroso, mientras otros, también bastantes, lo ven como una barrera a la actividad económica, y social, más que como una forma de canalizar la vida transfronteriza de una manera lógica y previsible. Este punto débil, casi de caricatura, que ha acompañado a la disciplina desde siempre, tiene el riesgo de servir de excusa para arrumbarlo como un estorbo que genera más problemas que ventajas, apostando por la aplicación sin más de la ley propia. Máxime, si es la del más fuerte.

Muchas son las incógnitas del momento presente. Se han agolpado de forma acelerada y sin que nos diéramos casi cuenta, y nos quieren conducir a un mundo de blanco y negro irreal. En medio de esta nueva tormenta de arena, a la que refería Arendt, y a partir de la libertad de cada uno de pensar como lo deseé, y del correlativo respeto a lo que piensan los demás, algo que

² BOE, núm. 303, de 20 de diciembre de 2023.

³ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, DOUE, L, de 12 de julio de 2024.

⁴ Considerando 61. Vid. también Considerando 96, y artículos 6.2 y 74.8.

no deberíamos olvidar, resulta imprescindible incidir, ahora más que nunca, en los valores de libertad, apertura y tolerancia como base del Derecho internacional privado y antídotos frente al oscurantismo. Manteniendo una actitud crítica, y también autocritica, sobre lo que éste nos ha ofrecido hasta el momento, especialmente en el seno de nuestra balbuceante Unión Europea —convertida, hoy, por la estulticia, en la gran enemiga a batir—. Y recordando en todo momento, que la “dominación totalitaria, como la tiranía, porta los gérmenes de su propia destrucción”⁵.

⁵ ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974, p. 382.