



CONFLICTOS DE LEYES EN EL ESPACIO. CONTRIBUCIÓN A SU ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Virginia Martínez Bretones

I. ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS

El tema del conflicto de leyes en el espacio constituye un centro de reflexión necesario en toda teoría general del derecho. Sin embargo no siempre se ha dedicado a esta cuestión la atención suficiente, lo que a mi modo de ver carece por completo de justificación. Por ello trataremos de reflexionar sobre el problema de las relaciones entre ordenamientos jurídicos diferentes, que es donde la problemática de las llamadas normas de conflicto encuentra su adecuada ubicación.

Desde la publicación de las obras de Wächter¹ y de Zitelmann²

1. G. C. VON WÄCHTER, *Über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedenen Staaten*, Archiv für Zivilistische Praxis, 1841, 1842. Trad. "Sobre la colisión entre las leyes de derecho privado de varios Estados", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo 1951, p. 949 ss., y 1954, p. 907 ss. Según Wächter, cuando una relación jurídica privada que contiene elementos extranjeros requiere un pronunciamiento judicial, el juez nacional llamado a entender en el asunto debe preguntarse qué derecho tiene que usar para juzgar dicha relación. Para contestar esta pregunta es preciso contestar previamente otra, a saber: cuáles son en general las fuentes de las que el juez ha

en Alemania, y de Santi Romano³ en Italia, no es posible ya marginar, ni mucho menos desconocer, el gran tema de las relaciones existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos.

El tema en sí resulta muy amplio, pues afecta tanto a las relaciones que se dan entre el derecho internacional público y el derecho de los diversos estados, como a las relaciones de los ordenamientos jurídicos estatales con el de la Iglesia (o iglesias), a

de extraer la contestación a la pregunta anterior. Wächter fundamenta un sistema nacionalista radical. Véase el comentario al respecto de Quintín ALFONSÍN, *Teoría del derecho privado internacional*, Montevideo 1955, pp. 99 y ss. Para Alfonsín, Wächter convierte el derecho privado internacional en un derecho de excepción con respecto al derecho privado nacional, pues toda vez que una relación no es objeto de una norma de derecho privado internacional expresa o tácita, cae automáticamente dentro del derecho privado nacional. El derecho privado internacional así concebido no tiene lagunas (*op. cit.* p. 115). Por esta razón afirma Alfonsín que en realidad Wächter no elaboró un sistema de normas de derecho privado internacional sino un sistema sobre la indagación judicial de las normas aplicables a las relaciones con elementos extranjeros" (p. 117).

2. Dicen los profesores J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo que para Zitelmann "el problema nuclear del derecho internacional privado surgía de la existencia de distintos ordenamientos jurídicos con un determinado ámbito de vigencia; aparecen, a partir de aquí, una serie de competencias legislativas concurrentes que es preciso delimitar de acuerdo a unos principios, y dichos principios no son otros que los utilizados por el derecho de gentes para fijar las fronteras respectivas de las soberanías de los estados. La cuestión fundamental es, en el pensamiento de este autor, la determinación del momento en que el estado posee competencia legislativa en una determinada materia, lo que le permite aspirar al reconocimiento de los demás estados de dicha competencia" (*Curso de derecho internacional privado*, Civitas, Madrid 1991, p. 39). La obra fundamental de Zitelmann en cuanto a nuestro tema se refiere es *Internationales Privatrecht*, I, 1897.

3. La obra teórica fundamental de Santi ROMANO es el conocido libro *El ordenamiento jurídico*, traducida por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, con estudio preliminar de Sebastián Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1963. También es importante sus *Fragments de un diccionario jurídico*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1964 (El original es *Frammenti di un dizionario giuridico*, A. Giuffrè, Milano 1947).

las de los ordenamientos jurídicos que constituyen una parte integrante de otros ordenamientos jurídicos más amplios (como sucede, por ejemplo, en el caso de un municipio que forma parte de un estado, o en el de un estado federado que forma parte de la federación), así como a las relaciones entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes estados.

El problema específico al que nos referimos en este momento es el que se centra en las relaciones de los sistemas jurídicos estatales en cuanto ordenamientos jurídicos coordinados, esto es, en cuanto ordenamientos jurídicos situados en pie de igualdad, que es lo que caracteriza la normativa designada como derecho internacional privado, y uno de cuyos tipos característicos es la llamada norma de conflicto. Entre los manuales al uso publicados por especialistas de filosofía del derecho o de teoría general del derecho el problema al que hacemos referencia puede encontrarse especialmente tratado en las obras de autores como Norberto Bobbio en su *Teoría dell'ordinamento giuridico*⁴, que sigue los pasos de Romano, y Eduardo García Maynez en su *Introducción al Estudio del Derecho*⁵. Y aluden a él otros autores como Angel Latorre⁶, Miguel Reale⁷, François Terré⁸, etc.

4. N. BOBBIO, *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, hay traducción española junto a *Teoría della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958, debida a E. Rozo Acuña y publicada por Temis, Bogotá, 1987 y Debate, Madrid, 1991 con el título conjunto de *Teoría general del derecho*. Bobbio aborda primero la teoría de la norma jurídica y a continuación la teoría del ordenamiento jurídico, pero dejando sentado en todo momento que no es posible deslindar ambas, ya que él participa también de una concepción ordinalista del derecho, al igual que Romano, aunque no sea tan acusada como en éste. Bobbio está más en la línea del positivismo normativista, mientras que Romano está en la idea del positivismo institucionalista. El tema de las relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos lo aborda en el último capítulo de la teoría del ordenamiento jurídico, bajo el título "Los ordenamientos jurídicos y su interrelación". Véase N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Madrid 1991, pp. 253 y ss.

5. E. GARCÍA MAYNEZ también se ocupa del problema en el último capítulo de su libro, dentro de la cuarta parte, que dedica a la técnica jurídica,

Constituye un dato cada vez más evidente que en el mundo actual ni la vida ni la información se detienen en los estrechos márgenes que delimitan las fronteras del estado. Los hombres y las mujeres viajamos, establecemos relaciones amistosas, profesionales, culturales, familiares, económicas, y de otros géneros, más allá de nuestras fronteras. Lógicamente, cuando en estas relaciones privadas internacionales surgen problemas se ha de acudir a un sistema de soluciones ya articulado por el derecho para suministrar la respuesta oportuna.

Así como a los problemas relacionados con la aplicación de leyes que tienen diferente ámbito temporal los denominamos "conflictos de leyes en el tiempo", los que provienen de la existencia de preceptos legales relativos a los mismos hechos, pero que pertenecen a sistemas jurídicos cuyos ámbitos espaciales son diferentes, se suelen reconocer bajo la rotulación de "conflictos de leyes en el espacio". La existencia de estos problemas tienen su origen en la pluralidad de legislaciones.

esto es, como una parte del problema de la aplicación del derecho, véase *Introducción al Estudio del derecho*, Ed. Porrúa, México 1971 (19 ed. corregida con prólogo de Virgilio Domínguez). Mientras Bobbio enfoca el tema teniendo en cuenta el problema de las relaciones entre ordenamientos jurídicos diferentes, esto es, de dos unidades jurídicas que se relacionan entre sí a través de determinada especie de normas, García Maynez se fija en el aspecto práctico del problema consistente en relacionarlo con el momento de la aplicación del derecho o de la decisión jurídica. Los dos planteamientos son correctos y complementarios. El primero se mueve en el plano de las relaciones formales de dos ordenamientos, destacando el aspecto de la relación estructural, mientras que el segundo contempla el momento en que es visto por el juez que tiene que resolver un litigio en el que se le plantean problemas jurídicos en los que intervienen relaciones con elementos de extranjería.

6. A. LATORRE, *Introducción al derecho*, 7ª ed. Ariel, Barcelona-Caracas-México 1976, pp. 192 ss.

7. M. REALE, *Introducción al derecho*, Pirámide, Madrid 1976, pp. 266 ss.

8. F. TERRÉ, *Introduction générale au Droit*, Précis Dalloz, Paris 1991, pp. 358 y ss. También el enfoque de Terré es fijarse en el problema atendiendo al prisma de la aplicación del derecho en el espacio.

Mario Allara en su obra *Le nozioni fondamentali del diritto privato* plantea la cuestión con gran plasticidad en el siguiente párrafo: "Supongamos –dice– que un ciudadano italiano, que es propietario de bienes situados en Francia, hace su testamento en Alemania, instituye heredero a un ciudadano suizo y muere en Inglaterra. Surge entonces el problema –continúa Mario Allara– de saber si la sucesión testamentaria debe regirse con arreglo a la ley del estado al que pertenece el testador, o con arreglo a la del país en el que están ubicados los bienes, o por la del lugar donde se hizo el testamento, o por el estado al que pertenece al heredero, o por aquél en donde ha muerto el testador". Estos son los problemas específicos de una rama de la ciencia jurídica que se denomina derecho internacional privado, y cuya función consiste en determinar, entre los distintos ordenamientos jurídicos que intervienen en este caso, aquel que se va a aplicar al caso concreto.

A lo largo de la historia se han ido generando diversas soluciones para los problemas jurídicos en los que intervenía más de un ordenamiento jurídico. Podemos destacar tres métodos distintos a este respecto.

En primer lugar, tenemos la solución que aplicaban los romanos, que consistía en que una autoridad judicial, el pretor peregrinus, en este caso, solucionaba los problemas en los que intervenía un elemento extranjero, ideando una norma especial, una norma *ad hoc* para resolver la situación concreta que se daba en la vida privada internacional; y así es como fue configurándose progresivamente el *ius gentium* en oposición al *ius civile*, que era el derecho aplicable a los problemas que surgían entre los ciudadanos romanos⁹.

Tras la caída del Imperio romano y la invasión de los bárbaros se produce un florecimiento de comunidades dispersas, que no

9. Véase al respecto la explicación de Paul JÖRS, *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana de L. Prieto Castro, Ed. Labor, Madrid, 1^a ed. 1937; reimpresión 1965; pp. 82 y ss.

estaban articuladas políticamente, y se presentaban, por consiguiente, regidas por ordenamientos jurídicos diferentes. Pues bien, es a partir de esta situación cuando surgen los dos grandes principios alrededor de los cuales se plantean las controversias ante los problemas concretos con elementos de extranjería. Estos principios son el principio de personalidad y el principio de territorialidad¹⁰.

El principio de personalidad se aplicó en el periodo que va desde el siglo V al siglo IX. Consiste en que cada individuo, por el solo hecho de ser miembro integrante de una determinada comunidad, tiene derecho a que se le aplique su ley personal. A tal efecto, él mismo hacía la denominada "professio legis" y era sometido a su "juez natural", que es una institución que aún pervive en nuestros días en el derecho procesal a través del juez del domicilio del demandado.

El principio de territorialidad surge a finales del siglo IX y se va imponiendo progresivamente. De tal manera que muy pronto se pudo constatar que si cada extranjero hacía uso de su derecho a su juez natural, el proceso se dilataba en el tiempo y se dificultaba extraordinariamente. Por esta razón se fueron introduciendo poco a poco toda una serie de excepciones. Por ejemplo, en una glosa de Carolus de Tocco se recoge la renuncia al juez natural del extranjero que actuaba como demandante; y en el siglo XIII Jacobus Balduini distingue a su vez dos criterios básicos para solucionar los conflictos entre ordenamientos jurídicos diferentes: el *forum* y el *ius*.

El *forum* o la *lex fori* está formado por el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso y sólo es posible aplicarlas ateniéndose a criterios estrictos de territorialidad. En cambio, el *ius* expresa el derecho aplicable, el derecho sustantivo que ha de solucionar la controversia concreta, y que puede incluso llegar a

10. Ver José DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho internacional privado. Parte general*, 3ª ed., Reus, Madrid 1971, pp. 57 y ss.

ser derecho extranjero. Coincidiendo con el desarrollo de las ciudades-estado, especialmente en el norte de Italia, que tenían su propio derecho, los *statuta*, se va a consolidar esta forma de solución durante casi cinco siglos¹¹.

La tercera etapa de la evolución de las soluciones a los problemas referidos comienza en el siglo XIX, paralelamente a la consolidación del proceso codificador (que en el campo del derecho privado da lugar a los códigos civiles y de comercio, y en el del derecho público se traduce en la aprobación de las constituciones nacionales), al desarrollo del espíritu de especulación abstracta (que se adecúa perfectamente a la construcción de las grandes sistematizaciones jurídicas de la pandectística) y a la aparición de figuras tales como Story, Mancini y Savigny.

Es precisamente este último quien habría de producir un giro copernicano en el tratamiento del problema que nos ocupa. En su magnífica obra *System des heutigen römischen Rechts*¹² señala Federico Carlos de Savigny que las reglas jurídicas están destinadas a regir las relaciones de derecho; pero se pregunta: ¿cuáles son los límites de su imperio?, ¿qué relaciones de derecho están sometidas a estas reglas? El derecho positivo no es el mismo para la humanidad entera, sino que varía según los pueblos y los estados. Esta diversidad de los derechos positivos es la que hace tan necesaria y tan importante la determinación de su respectivo imperio, y esta determinación es la única base para decidir sobre las colisiones que puedan presentarse entre varios derechos positivos con motivo de una relación concreta de derecho. También puede adoptarse el punto de vista de una relación de derecho concreta y preguntarse qué normas jurídicas la regulan; aunque el punto de partida es distinto el resultado es el mismo, dice Savigny,

11. Véase de nuevo la exposición de José DE YANGUAS MESSIA, *op.cit.*, pp.73 y ss.

12. Publicada en 1840 y años sucesivos, hay traducción española de J. Mesía y M. Poley, con prólogo de Durán y Bas, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, Góngora, S.A.

pues se llega a la cuestión de la delimitación de los diversos derechos positivos y a las colisiones que entre ellos puedan resultar¹³.

Como puede apreciarse, Federico Carlos de Savigny plantea el problema desde la perspectiva de las normas o reglas jurídicas y su aplicación a las distintas relaciones de derecho, encajando así oportunamente el problema en el marco de su teoría general. Y proporciona a este respecto la siguiente fórmula: "Buscar para cada relación de derecho el dominio jurídico a que esta relación pertenezca *por su naturaleza* (en donde tiene su asiento)"¹⁴. Como puede verse, el criterio de Savigny se desplaza a la investigación de la naturaleza de la relación jurídica de que se trate, para de esta manera descender al análisis de los distintos tipos de relaciones y poder así encontrar "la sede donde radica su centro de gravedad"¹⁵.

Sobre la base de estas ideas y del principio de la existencia de una comunidad jurídica internacional (que ya formulara en su tiempo Francisco de Vitoria), Savigny propone un sistema

13. F. C. DE SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, cit., t. VI, pp. 121 y ss. Savigny continúa explicando: "Con la cuestión del límite de los derechos positivos se relaciona otra muy distinta, aunque tiene gran analogía con la primera. Hasta aquí hemos considerado las reglas jurídicas como fijas, sin tener en cuenta las modificaciones que en ellas puede introducir el tiempo. Pero el derecho positivo tiene por carácter esencial no permanecer nunca estacionario y ofrecer una sucesión continua de desenvolvimientos orgánicos; por lo cual se dice que varía con el tiempo. Bajo el primer punto de vista, (se refiere al de las relaciones en el espacio) las reglas de derecho nos aparecen como simultáneas, fijas e inmóviles; bajo el segundo, como sucesivas y modificadas por un continuo desenvolvimiento. Para abreviar designaré este doble punto de vista por medio de las expresiones siguientes: 1. Límites locales del imperio de las reglas jurídicas; 2. Límites temporales de este imperio" (pp. 122-123). Por esta razón divide Savigny la materia de los límites del derecho en límites locales y límites temporales, relativos ambos al imperio de las reglas jurídicas sobre las relaciones de derecho.

14. *Ibidem*, p. 182. El subrayado es nuestro.

15. Que es la expresión que utiliza J. Yanguas Messía en *Derecho internacional privado, Parte General*, cit. p. 102.

conforme al cual del examen de la naturaleza de las relaciones y de la clasificación de éstas (tomando como punto de partida a la persona, pues dice que "toda relación jurídica tiene por centro la persona que de ella es titular"¹⁶), se deduce en cada una de las ocasiones el ordenamiento jurídico que parece más conveniente aplicar.

Esta concepción es la que origina la aparición de las llamadas normas de conflicto, también conocidas bajo la denominación de normas indirectas o de normas multilaterales, que han tenido un escaso tratamiento en la teoría de las normas jurídicas, a pesar de la indudable importancia que tienen en el mundo actual de profusión de relaciones privadas internacionales o con elementos de extranjería.

La expresión "norma de conflicto" no es, desde luego, muy adecuada, pues en realidad la norma que remite a otro ordenamiento jurídico no resuelve directamente un conflicto. Lo que hace, en todo caso, es evitar que un posible conflicto entre ordenamientos jurídicos se produzca, ya que establece cual de los ordenamientos jurídicos posibles regula efectivamente la relación de que se trate.

Por esta razón quizás sea más oportuna la denominación habitualmente utilizada por la literatura jurídica francesa: *règles de rattachement* o por la italiana: *regoli di collegamento*, que la española, o la que es común a los autores alemanes: *Kollisionennormen*. Mientras estas últimas acentúan la idea del posible conflicto entre ordenamientos jurídicos diferentes, aquéllas se fijan de manera concreta en la característica más destacada de este tipo de normas, que consiste precisamente en servir de contacto entre estos ordenamientos jurídicos.

La norma de conflicto es un tipo de norma que encaja dentro del tipo de las llamadas normas remisivas o normas de remisión, de acuerdo con la terminología que emplea Karl Larenz en su obra

16. F .C.SAVIGNY, *op. cit.*, p. 187.

*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*¹⁷. La norma de remisión se caracteriza porque se remite a otra norma jurídica diferente. Una remisión así puede tener un carácter muy diverso, ya que puede tener la función de completar el supuesto de hecho, de determinar la consecuencia jurídica o simplemente de regular una determinada materia.

En el interior de todo ordenamiento jurídico es frecuente la existencia de este tipo de normas que se remiten a otras del mismo sistema. Lo característico de la norma de conflicto es que se remite a una norma o conjunto de normas que pertenecen a otro ordenamiento jurídico, estableciendo qué norma material ha de aplicar el órgano decisor (normalmente el juez) al caso que se le plantea y al que tiene que proporcionar una solución.

Si la norma de remisión en el interior de un ordenamiento jurídico sirve de ordinario para simplificar, evitando repeticiones, de la norma de colisión hay que decir que sirve ante todo, de acuerdo con la idea expresada por F.C. Savigny, para regular la relación jurídica que se debate de la manera más adecuada a su propia naturaleza jurídica.

A la norma de conflicto también se la reconoce con las denominaciones, como hemos dicho antes, de norma indirecta y de norma multilateral. Norma indirecta, como la denomina Goldschmidt en su obra *Sistema y filosofía del Derecho inter-*

17. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, pp. 253 ss. Esta traducción está hecha de la cuarta edición alemana. La obra de Larenz va hoy por la sexta edición, aunque con ligeros retoques respecto a las inmediatamente anteriores. Larenz dice: "La remisión es un medio técnico-legal para evitar incómodas repeticiones. La ley puede conseguir, por medio de una ficción, el mismo resultado que mediante la remisión" (p. 254). Sostiene este autor que la ficción jurídica consiste en la equiparación voluntaria de algo que se sabe que es desigual (p. 255). Es bastante claro que aunque pueda apreciarse que toda ficción, o al menos algunas ficciones, puedan implicar una remisión, en el caso de las normas de conflicto puede hablarse de normas de remisión en sentido estricto, esto es, de carácter expreso, y no de ficciones.

*nacional privado*¹⁸, quiere decir que no establece una determinada conducta como exigida de una manera directa, sino que tan sólo indirectamente, esto es, mediante la remisión a otro ordenamiento jurídico, se produce tal regulación. La norma de conflicto determina qué norma es la aplicable de entre las posibles que puedan tener relación con el problema jurídico de que se trate. Es, por consiguiente, una norma que determina la norma aplicable, la cual puede, a su vez, pertenecer al propio ordenamiento jurídico o a otro ordenamiento jurídico distinto. Su cometido consiste precisamente en la determinación de la norma jurídica aplicable al caso concreto que se encuentra planteado. Por esto, acierta plenamente Ernst Rudolf Bierling¹⁹ cuando entiende las normas de conflicto como una especie de "Anwendungsnormen", esto es, como una especie del género "normas de aplicación". En el tercer capítulo del tomo IV de su obra, titulado "Búsqueda, determinación e interpretación de las normas jurídicas" es donde plantea Bierling el problema de las normas de conflicto como un mecanismo más para la determinación del derecho aplicable.

Decimos también que la norma de conflicto es una norma multilateral, dando con ello a entender que dicha norma conecta varios ordenamientos jurídicos, dos cuando menos. Es posible que una norma de conflicto se remita a otro ordenamiento jurídico que, a su vez, se remita a otro, y este último a otro diferente y así sucesivamente. Esto es lo que la doctrina ha acuñado con el nombre de "reenvío", y que podemos caracterizar como el fenómeno que se produce cuando una norma del ordenamiento jurídico A se remite al ordenamiento jurídico B, el cual a su vez también se remite a otro, que puede ser A (o sea, el primer ordenamiento) o C (esto es, un tercer ordenamiento).

El problema del reenvío sólo pueden solucionarlo los propios ordenamientos jurídicos, lo que es lo mismo que decir que requiere

18. Buenos Aires, 1952.

19. E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, tomo IV, Scientia Verlag, Aalen 1911, p. 151.

una adecuada solución jurídico-positiva. Así, por ejemplo, puede suceder (y esto es lo que ocurre en concreto en el derecho español) que no se admita el reenvío salvo cuando sea al mismo ordenamiento jurídico de partida. En tal caso, sólo si el segundo ordenamiento jurídico, el ordenamiento B, remite al ordenamiento A, se acepta el reenvío. Pero, no sucede así si el ordenamiento B se remite al ordenamiento C y así sucesivamente.

Sin embargo, cabe también la posibilidad de que el ordenamiento remitente no haya establecido nada al respecto, quedando entonces el problema abierto a las distintas y sucesivas remisiones. El problema del reenvío también puede resolverse si se acepta que la norma de conflicto se remite exclusivamente a la norma material aplicable y no a las normas de conflicto propias del ordenamiento jurídico al que se remite.

En definitiva, se trata pura y simplemente de una cuestión de derecho positivo que sólo puede resolverse de una manera adecuada con las legislaciones afectadas en la mano.

Otro problema teórico interesante que plantea la norma de conflicto es el de su estructura. Si aceptamos la concepción usual o general de que la norma jurídica es un imperativo que se expresa en una estructura bimembre: supuesto de hecho (Tatbestand) y sanción o consecuencia jurídica (Rechtsfolge), puede decirse que la característica diferenciadora de la norma de conflicto es que el primero de sus elementos no es un supuesto fáctico, un Tatbestand típico, un acontecimiento de la vida, sino, como dice Quintín Alfonsín en su espléndida obra *Teoría del Derecho internacional privado*²⁰, la categoría, palabra que expresa muy genéricamente tanto una relación jurídica (que es la que emplea Savigny), como una cuestión de derecho (que dice Niederer) o una situación problemática (que gusta de emplear Goldschmidt).

20. Montevideo, 1955.

La categoría de la norma de conflicto designa en realidad el objeto de la norma, la relación o situación jurídica a la que se ha de aplicar en cada ocasión la consecuencia jurídica.

La categoría de la norma de conflicto puede ser más o menos amplia, como es lógico. Así, por ejemplo, una norma que establezca que "los contratos se regulan por la *lex loci solutionis*", emplea la categoría de "contratos", que es más amplia que la utilizada por otra norma de conflicto que dijera: "los contratos de compraventa se regulan por la *lex loci solutionis*", pues en esta última norma de conflicto la categoría es el contrato de compraventa. Y todavía más restringida sería si la categoría se refiriera ya en concreto a los contratos de compraventa de bienes inmuebles.

En ocasiones la norma de conflicto sólo se refiere a las condiciones de la misma, otras veces lo hace sólo a las consecuencias de la categoría y, por fín, a veces a las condiciones y a las consecuencias. Así, en el primer caso, una norma de conflicto puede referirse sólo a las condiciones para contraer matrimonio; otra, a las consecuencias del matrimonio, esto es, a los deberes y derechos de los cónyuges; por último, puede que la norma contemple ambos aspectos: las condiciones para contraer matrimonio y el conjunto de consecuencias jurídicas que derivan del hecho de haberlo contraído.

La consecuencia jurídica de la norma de conflicto es el mandato de aplicación de las normas de un determinado ordenamiento jurídico, que será el que ofrezca la concreta reglamentación de los aspectos contemplados en la categoría, ya sea de las condiciones de la relación jurídica, ya de los derechos y deberes de las partes implicadas en la misma, o ambas cosas.

La consecuencia jurídica puede llamarse también, siguiendo la terminología utilizada por el propio Quintín Alfonsín, disposición. La norma de conflicto enlaza, pues, la categoría con la disposición.

Pero junto a los elementos que ya han sido señalados, es igualmente característico de la norma de conflicto el poseer un

tercer elemento que sería el denominado punto de conexión, al que también se le suele reconocer con los nombres de criterio de conexión, momento de conexión, medio de conexión, criterio de solución, etc. En la doctrina extranjera se habla de *Anknüpfungsbegriff*, *Anknüpfungspunkt*, *circonstance de rattachement*, *momento di collegamento*, etc. Incluso se dice que es la característica original y específica de la norma de conflicto.

El punto de conexión es el elemento en virtud del cual se fija o determina la ley aplicable, constituye la clave para poder determinar el derecho aplicable a la concreta relación que se contempla. Es, en definitiva, el medio técnico que utiliza el legislador para llegar a determinar el ordenamiento jurídico que ha de resolver en cada caso el problema.

El punto de conexión se encuentra delimitado en la disposición de la norma de conflicto. Así, por poner un ejemplo, si la norma establece: "La capacidad se regula por la *lex domicilii*" habrá que averiguar cuál es en concreto la *lex domicilii*, para lo cual hay que saber dónde está domiciliada la persona del caso. En este ejemplo, la categoría es la capacidad, la disposición es la *lex domicilii* (o que se debe aplicar la *lex domicilii*) y el punto de conexión, el domicilio, puesto que sólo sabiendo el domicilio se puede saber cual es la *lex domicilii*, que es la ley que regula la capacidad, según la norma que así lo establece. Pongamos otro ejemplo. La norma que dice: "la sucesión mortis causa se regirá por la ley nacional del causante, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren". La categoría de la norma es aquí el concepto jurídico "sucesión por causa de muerte". La consecuencia jurídica o disposición es el imperativo de aplicar la ley nacional del causante. Si el causante es francés, habrá que aplicar la ley francesa, si es alemán, la alemana; y si es navarro, su derecho foral propio, pues, aunque sólo sea de pasada, es preciso señalar que los conflictos de leyes en el espacio también se dan dentro de los Estados que tienen reconocidos derechos territoriales, como en España sucede en el caso representado por los derechos forales,

con la salvedad de que en este caso se cambia automáticamente la categoría de "nacionalidad" por la de "vecindad". Pues bien, dado que en el ejemplo que habíamos propuesto, la disposición es la ley nacional del causante, el punto o criterio de conexión será la nacionalidad. El legislador podría, desde luego, haber elegido un punto de conexión distinto; por ejemplo, el lugar donde estén ubicados los bienes, el domicilio del de cuius, la nacionalidad del heredero, etc. El legislador elige la opción que le parece más pertinente ateniéndose a criterios de política legislativa.

Los criterios de conexión son de diversa especie. Destaca la clasificación que de los mismos se suele hacer en criterios personales (o subjetivos) y criterios territoriales. Los primeros son los que se refieren al sujeto o persona que interviene en la relación contemplada; tal sucede con la nacionalidad o la residencia. Los puntos de conexión de carácter territorial se refieren, por su parte, al lugar, ya sea el lugar de celebración del acto, o el lugar del cumplimiento de la obligación, o donde debe tramitarse el proceso, o el lugar donde está situado el bien.

Desde otra perspectiva, el punto de conexión puede ser abierto (o flexible) o cerrado (o rígido). Así se dice que es abierto cuando la disposición se refiere a "la conexión más favorable", o a la conexión con la que la relación tenga "un vínculo más estrecho". Es evidente que en estos supuestos el problema no queda ni mucho menos resuelto, sino que, por el contrario, se deja abierta al aplicador la posibilidad (y al mismo tiempo también la necesidad) de decidir cuál ha de ser la norma aplicable a la relación, para lo cual tendrá que valorar en cada ocasión cuál sea efectivamente la conexión más adecuada al problema que se sustancie. El aplicador e intérprete dispondrá de un margen de actuación valorativa en virtud de la libertad que la norma le otorga.

En contraposición al punto abierto o flexible de conexión, tenemos los denominados puntos de conexión rígidos o cerrados, caracterizados por la circunstancia de que el legislador los deter-

mina con precisión, de tal manera que no se permite al aplicador ni al intérprete margen alguno de decisión.

Los puntos de conexión se dividen también en mutables e inmutables. Los primeros son aquellos que son susceptibles de variación, como sucede en el caso de la nacionalidad, o en el de la situación de un bien mueble. Los segundos, los inmutables, no permiten esa posibilidad, al impedirlo la propia naturaleza del acto o la del bien de que se trate; por ejemplo, el lugar de la comisión de un delito, o el lugar de ubicación de un inmueble.

Y, para concluir este punto, hay que añadir que las conexiones pueden también ser simples o múltiples. Las conexiones simples son aquellas que están formadas por un solo elemento. Las múltiples ofrecen, por el contrario, varios puntos de conexión, surgiendo entonces el problema de determinar el orden en que dichos puntos de conexión han de ser considerados.

Normalmente, el legislador establece un determinado orden de preferencia, como por ejemplo, en el caso del matrimonio, si establece en la norma que se tendrá en cuenta, en primer lugar, es la de la nacionalidad común de los cónyuges, si la nacionalidad no es común a ambos, la de la residencia habitual, y si tampoco ésta existiere, la de la residencia determinada por las partes.

Otra fórmula que puede elegir el legislador es la del orden alternativo (en cuyo caso cualquiera de los puntos de conexión pueden operar en pie de igualdad), o la del orden cumulativo (que a su vez puede ser distributivo, en el caso de que elija unas determinadas opciones y rechace otras, o limitativo, si exige que entren en consideración solamente determinadas opciones).

A la luz de estas explicaciones sobre la naturaleza y la estructura de la norma de conflicto, estamos ya en disposición de poder preguntarnos cómo se relaciona este concepto con la caracterización y clasificación general de las normas jurídicas.

Desde luego, hay que reconocer que el tema nos llevaría muy lejos si pretendiéramos pasar revista a las principales teorías, por lo que nos contentaremos con la realización de algunas puntua-

lizaciones. Llama la atención que en la obra de Hans Kelsen las normas de conflicto apenas son tratadas, no sólo en las dos ediciones de *Reine Rechtslehre* (1934,1960), sino tampoco en *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), obra póstuma, como se sabe²¹. Y es que, a pesar de ser Hans Kelsen uno de los autores que más ha hecho por comprender el derecho en términos de normas, no encontramos un tratamiento pormenorizado de este problema a lo largo de su obra.

Sin embargo, podemos preguntarnos, relacionando el tema que nos ocupa con la teoría pura del derecho: ¿constituyen las normas de conflicto normas dependientes o independientes? Como es bien sabido, Hans Kelsen habla de estos tipos de normas en la segunda edición de su obra principal: *selbständige Normen* y *unselbständige Normen*, es la denominación que a este respecto emplea²².

21. Al parecer, Kelsen ha dedicado escasa atención a las normas de conflicto, lo cual puede tener quizás su explicación en la tesis monista que él mantiene. La aceptación de la norma de conflicto y de su función coordinadora de ordenamientos jurídicos, presupone la existencia de estos últimos, o lo que viene a ser lo mismo, la postura que defiende la tesis de una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Kelsen, sin embargo, como es bien sabido, se ha dedicado con gran interés al problema de las relaciones entre derecho internacional público y derecho del estado, especialmente en su obra *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts - Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, segunda reimpresión de la segunda edición, Tübingen 1928 (reeditado por Scientia Verlag, Aalen 1981).

22. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (Mit einem Anhang: "Das Problem der Gerechtigkeit"), segunda edición completamente reelaborada y ampliada 1960, reimpresión 1976 (Verlag Franz Deuticke, Wien), p. 55 y ss. Es importante esta distinción de Kelsen entre normas independientes y dependientes, que amplía el panorama trazado en la primera edición de su obra, en la que se mantenía la idea, por lo demás muy difundida en su época, de la norma jurídica como juicio hipotético que enlaza un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica. No obstante, en la primera edición de *Reine Rechtslehre* apunta la idea de la norma jurídica completa (*vollständige Norm*) (ver KELSEN, *Reine Rechtslehre - Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig und Wien 1934, p. 56). La distinción entre normas dependientes e independientes permite introducir en el planteamiento inicial de Kelsen los diversos tipos de normas jurídicas: además de las que expresan

Las primeras, las denominadas normas independientes, son aquellas que por decirlo así, son autosuficientes, en el sentido de que en ellas vienen determinadas en su totalidad el presupuesto de hecho y la sanción o consecuencia jurídica, mientras que en las normas dependientes esto no sucede, sino que es preciso conectarlas con otras normas para poder llegar a completar una norma independiente. Las normas independientes son normas jurídicas completas, mientras que las dependientes son normas jurídicas que podemos considerar como incompletas.

Pues bien, nos parece claro que podemos afirmar que las normas de conflicto son normas dependientes por su propia naturaleza. Como hemos señalado, la norma de conflicto se remite a la norma que hay que aplicar, es una norma de determinación de la norma aplicable. Su naturaleza sólo puede comprenderse en cuanto que va referida a otra norma o normas jurídicas. De ahí que la norma de conflicto no regula la relación jurídica, sino que se limita a decir qué norma la regula. Sólo en contacto con esta última, con la norma aplicable directamente por el órgano decisor, es cuando la norma de conflicto adquiere todo su sentido.

Otra distinción importante que hay que poner en contacto con la naturaleza de la norma de conflicto es la distinción habitual que hacen los teóricos entre normas jurídicas taxativas o de derecho cogente (*ius cogens*) y normas jurídicas de derecho dispositivo. Las primeras son aquellas que actúan su exigencia directamente, no siendo posible que la autonomía de la voluntad de los particulares imponga un criterio normativo distinto. Por el contrario, las normas dispositivas son aquellas normas jurídicas que entran en

directamente un deber, que son las imperativas, las normas permisivas y las autorizativas. Además, en *Allgemeine Theorie der Normen*, Im Auftrag des Hans-Kelsen-Institut, editado por Kurt Ringhofer y Robert Walter, Wien 1979 (Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung), p. 84 y ss, introduce las normas derogatorias. De esta manera las normas cumplen las siguientes cuatro funciones : ordenar (*gebieten*), permitir (*erlauben*), autorizar (*ermächtigen*) y derogar (*derogieren*). Véase el capítulo 25 sobre las funciones de las normas, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 76 y ss.

funcionamiento cuando la autonomía de la voluntad no ha ejercido su función normativa.

Pues bien, a este respecto nos parece evidente que las normas de conflicto son normas de *ius cogens*, pues no actúan en defecto de la voluntad de las partes que intervienen en la relación, sino que, al contrario, imponen su criterio a los órganos de aplicación del derecho. El juez tiene el deber de aplicar de oficio las normas de conflicto.

También merece la pena que nos detengamos, aunque sea de forma breve, en el análisis de algunos de los problemas que plantea la aplicación de las normas de conflicto. Y es que si en el mundo actual hay más de ciento cincuenta ordenamientos jurídicos estatales diferentes, habrá que proceder a determinar cuál de ellos debe ser aplicado en cada una de las ocasiones y cuáles son los órganos competentes para ello.

El primer criterio que hay que barajar a este respecto es el llamado principio de exclusividad, que significa que los jueces y tribunales deben aplicar las normas de conflicto de su propio ordenamiento; así, si, por ejemplo, los jueces y tribunales son españoles, aplicarán las normas de conflicto españolas, si son franceses las francesas, etc. Pero como la norma de conflicto puede, a su vez, remitir a un ordenamiento jurídico extranjero, esto da como resultado que el derecho material por el que se resuelve la controversia en cuestión sea derecho extranjero.

Por ejemplo, si la norma de conflicto de un determinado estado prescribe que "las donaciones se registrarán por la ley nacional del donante", el juez en virtud del principio de exclusividad aplicará esta norma a la donación con elemento extranjero, por lo que si el donante es extranjero, tendrá que acudir al ordenamiento jurídico del que éste es nacional para resolver la controversia; aplicará la ley material de ese estado en materia de donaciones y no la de su propio estado.

En segundo lugar, como decíamos, es preciso determinar también cuáles son los órganos competentes para aplicar las

normas de conflicto. Estos son, desde luego, los jueces y tribunales, en general, pero no son sólo ellos; también los órganos no judiciales habrán de aplicar las normas de conflicto, como sucede, por ejemplo, en el caso de los árbitros, que habiendo sido elegidos para desarrollar su función en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, tienen que decidir en una controversia jurídica en la que intervengan elementos extranjeros; y lo mismo sucede con los funcionarios que se enfrenten con problemas similares, como es el caso de los funcionarios de los registros y el de los notarios.

Otros problemas que surgen alrededor de la aplicación de la norma de conflicto se centran en torno a la llamada calificación y en torno a la cuestión previa.

Respecto a la calificación hay que decir que afecta al supuesto o categoría de la norma de conflicto. Cualquier litigio, ya sea un litigio interno o un litigio de carácter internacional, requiere que el juez determine la norma que va a aplicar. Para ello, tendrá que examinar las pretensiones de las partes, los hechos en los que se basan, interpretar las normas que posiblemente incidan en el problema, y así seleccionar las que resuelvan de la mejor manera la controversia de que se trate. Así pues, el práctico tiene que calificar la relación propuesta, es decir, situarla en una categoría jurídica. Para ello atenderá al cuadro de categorías que le ofrece el conjunto de las normas de conflicto. Dirá, por ejemplo, "esto es un caso de capacidad", o "esto es un contrato", aplicando a continuación la norma de conflicto que se refieren en particular a la capacidad o la que afecta a los contratos. La relación sólo puede ser regulada por una norma de conflicto, por lo que la calificación decide, al determinar la categoría concreta a la que pertenece la relación. Las posibles dudas que surjan en la calificación habrán de resolverse por medio de la interpretación. Calificación e interpretación van así unidas.

En el marco del derecho interno, sucede que las funciones intelectuales a que aludimos, si bien no puede decirse que son

simples, sí son, desde luego, bastante menos complejas que en el campo de las relaciones internacionales. A veces tienen lugar de forma casi inconsciente o automática.

En los procesos en que se plantean elementos de extranjería pueden aparecer serias dificultades, pues en ocasiones será ciertamente complicado introducir en la categoría (o supuesto de hecho) de la norma de conflicto de un ordenamiento jurídico concreto situaciones configuradas en un ordenamiento jurídico extranjero (piénsese, por ejemplo, en instituciones como el trust o el leasing)²³. Además, la categoría de la norma de conflicto es, como hemos señalado con anterioridad, un concepto jurídico y no un hecho o un conjunto de hechos, por lo que la dificultad se acrecienta al tratarse de ordenamientos jurídicos que dotan de un significado diferente a conceptos que se expresan con las mismas palabras.

Otro problema técnico de gran importancia que plantea la aplicación de la norma de conflicto es el de la llamada cuestión previa o preliminar. A veces, nos encontramos con la circunstancia de que en el proceso de aplicación del derecho el juez no puede resolver la cuestión que constituye el objeto del litigio sin aclarar antes otra cuestión que constituye una condición de la aplicación de

23. Señala José Puig Brutau respecto de la calificación: "Puede suceder que unos mismos hechos reciban distinta calificación jurídica en los ordenamientos de los distintos países; incluso puede suceder que en uno sea desconocida una institución peculiar de otro sistema, como sucede cuando los tribunales de los países de Europa continental han de ocuparse del *trust* anglosajón. Por ello cuando el concepto jurídico utilizado por la norma de remisión difiera del que utiliza la legislación a la que se remite la primera, aparece la cuestión de saber de conformidad con qué ordenamiento ha de calificarse la cuestión discutida". (*Compendio de derecho civil*, Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona 1987, p. 136). Sobre la institución desconocida puede verse E. PECOURT, *Institución desconocida*, Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix), tomo 13, Barcelona 1968, pp. 33-57. El Código Civil español dispone sobre la calificación: "La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española" (art. 12-1 Cc). Lo que quiere decir que se hace de conformidad con la ley interna.

la norma. Por ejemplo, para determinar una cuestión sucesoria es preciso determinar antes la filiación; para juzgar un delito de bigamia habrá que determinar la validez del matrimonio anterior.

La cuestión litigiosa se llama cuestión principal (en los ejemplos, la sucesión o la bigamia). La cuestión principal constituye el objeto de la demanda. La condición es la cuestión previa o preliminar, que en los ejemplos citados serán la filiación y la validez del matrimonio anterior.

La trascendencia que tiene esta temática en la norma de conflicto es la siguiente: si el juez, para resolver la cuestión principal, aplica una norma de conflicto, surge entonces el problema de si para decidir la cuestión previa tiene que aplicar el derecho nacional o el derecho extranjero al que remite la norma de conflicto. La doctrina ha vacilado mucho ante este problema, pero, por el contrario, la jurisprudencia rara vez lo ha hecho. En general, se ha aplicado el derecho del foro para resolver la cuestión previa y la norma de conflicto para resolver la cuestión principal.

II. NORMA DE CONFLICTO Y AXIOLOGÍA JURÍDICA

Pudiera parecer, en un primer momento, que las normas de conflicto poco tienen que ver con los valores. Al ser, como ya hemos podido comprobar, normas de remisión y, por consiguiente, de carácter eminentemente formal, esto es, carentes en sí mismas de contenido regulativo, se podría pensar que nada tienen que ver con la realización de los valores que el derecho en su conjunto tiene que realizar.

Si fuera cierto que toda norma jurídica es la expresión de un juicio de valor, una expresión concreta de éste, podríamos pensar, con razón, que un tipo de normas cuya función es tan sólo la conexión con otras normas, la delimitación de la regulación de una categoría de relaciones, poco o nada tiene que ver con los juicios de valor a los que nos referimos.

Sin embargo, esto es tan sólo una apariencia, pues, efectivamente, las normas de conflicto, como vamos a poder ver a continuación, no escapan tampoco a la impronta axiológica que todo derecho o parcela del mismo conlleva. Tal manifestación axiológica se observa de manera clara en dos aspectos, uno de ellos positivo y otro de carácter limitativo.

El primero, el positivo, podemos resumirlo con estas palabras: en las normas de conflicto se intenta plasmar la solución más adecuada a la naturaleza de las cosas cuando en la relación jurídica que se contempla intervienen elementos de extranjería; es el pensamiento que hemos visto expresado en Savigny, para quien los criterios de delimitación de los puntos de conexión no han dejarse al capricho sino que, por el contrario, han de responder a la naturaleza de las cosas. Como es bien sabido, esta expresión, "naturaleza de las cosas" o "naturaleza de la relación", está cargada con un fuerte sentido valorativo.

La naturaleza, en el sentido aristotélico y del pensamiento escolástico, no es lo que es en la realidad fáctica de las cosas, sino, por el contrario, es lo que debe ser, es el ser cargado de valor, el ser impregnado de axios. Cuando Savigny propone el nuevo sistema de normas de conflicto está pensando, obviamente, en un sistema en el que no sólo se dé una armonía formal entre ordenamientos jurídicos diferentes, sino también una armonía material, para lo cual propone como tarea a realizar la de buscar los criterios más adecuados desde el punto de vista de los valores, que es lo mismo que decir desde el punto de vista de la naturaleza de las relaciones. Si siguiendo a Gustav Radbruch decimos que los tres valores fundamentales del derecho son la justicia (*Gerechtigkeit*), la seguridad (*Sicherheit*) y la adecuación a fin (*Zweckmässigkeit*) u oportunidad, como prefiere decir José Medina Echavarría²⁴, es claro que la norma de conflicto ha de

24. G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, cuarta edición, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1959, especialmente pp. 43 y ss. y 95 y ss.

saber reunir esas tres características, en las que se conjugan factores distintos. Esta es la reflexión que subyace a la tarea de determinación de los puntos de conexión como criterios clave de determinación de la norma aplicable a las relaciones jurídicas atendiendo a su naturaleza, a sus exigencias axiológicas internas.

Junto a este aspecto, de carácter positivo, y que nos llevaría al estudio de cuáles son los valores que subyacen a las normas de conflicto existentes, pero que no es tarea cuya realización deba ser considerada como propia de este momento, sino más bien pertenece a la dogmática jurídica, el aspecto limitativo al que nos referíamos con anterioridad se ha concretado en dos instituciones de gran importancia en lo que concierne al tema que nos ocupa. Me refiero en concreto al problema del fraude de ley y al concepto de orden público.

Respecto al fraude de ley, hay que decir, en primer lugar, que si bien es cierto que es posible en todos los sectores del ordenamiento jurídico, en el sector que nos ocupa de las normas de conflicto, adquiere una relevancia extraordinaria.

Así lo señala con gran énfasis Federico de Castro y Bravo en su *Derecho civil de España. Parte general*²⁵. Según este autor, en el terreno de las normas de conflicto, las cuestiones sobre fraude a la ley son de grandísima importancia práctica, porque el complejo juego de sus normas permite escoger, prácticamente, la circunstancia que hará aplicable la ley extranjera que se desee utilizar para el caso. Y señala a continuación que aunque muchos autores parten del carácter abstracto de las normas sobre colisión de leyes, reduciendo su valor a lo puramente técnico y negándolas fines propios y por tanto la posibilidad de su violación fraudulenta, "cada día parece ser mayor y más enérgica la corriente doctrinal que ve en las reglas de colisión normas con propios fines"²⁶.

25. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955.

26. Señala DE CASTRO que "en ninguna rama del derecho se siente tanto la necesidad de acudir a este recurso extremo; sin embargo, hay entre los internacionalistas una especial resistencia para su aceptación. Muchos autores

Pero, antes que nada, habría que preguntarse con carácter preliminar: ¿qué es el fraude de ley? ¿Cuáles son sus caracteres esenciales? Hay un concepto amplio y un concepto estricto o técnico de fraude de ley.

El concepto amplio, que es ciertamente el más antiguo, vincula esta figura con el dolo y con el acto contra ley, como formas de atentar contra ésta. Actúa en fraude de la ley quien, salvando las palabras de la ley, esquivo su sentido. Este es el sentido romano del fraude de ley, que pronto sería criticado diciendo que basta la teoría de la interpretación para que la ley deba ser respetada no sólo en su letra, sino también y muy especialmente en su espíritu (Castán). En su sentido técnico o estricto, fraude de ley tiene lugar, en palabras de Castán Tobeñas, cuando por caminos tortuosos se combinan actos aisladamente válidos, pero que en su conjunto llevan a un resultado absolutamente prohibido por la ley²⁷. Por su parte, Federico De Castro formula el concepto de fraude de ley en los siguientes términos: "uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se ha

parten del carácter abstracto de las normas sobre colisión de leyes; su valor lo reducen al puramente técnico, y como no les reconocen fines propios, niegan la posibilidad de su violación fraudulenta; pero como esto no impediría la condenación de los actos que se apoyasen en las reglas de derecho internacional privado, para contradecir (en fraude de ley) las normas internas, se agrega que la protección dada por las disposiciones sobre conflictos de leyes es inatacable, porque, por naturaleza, ellas no permiten distingos. Sin embargo, cada día parece ser mayor y más enérgica la corriente doctrinal que ve en las reglas de colisión normas con propios fines. Ella hará admitir la existencia de dos tipos de fraude a la ley: el de los actos que contradicen la ley interna amparándose en una regla de derecho internacional privado y el de los actos que violan la ley de colisión amparándose en otra norma de colisión o en una ley interna" (*Derecho civil de España. Parte General I*, cit., p. 612 y s.).

27. José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Tomo primero: introducción y parte general. Volumen primero: ideas generales y teoría de la norma jurídica*, reimpresión de la undécima edición revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Reus S. A., Madrid 1978, p. 574 y ss.

amparado en otra norma dictada con distinta finalidad"²⁸. Como dice Puig Brutau, en el supuesto de fraude de ley la infracción no se produce de una manera frontal o directa –como en los llamados, sin más, actos contrarios a la ley– sino indirectamente, a pretexto de actuar al amparo del texto de otra norma. El autor del fraude realiza actos que consiguen una sustitución de la norma que debería aplicarse, para que se aplique otra que le es más favorable²⁹.

Así, pues, el fraude de ley se caracteriza por los siguientes elementos: Primero, ha de tratarse de actos realizados al amparo del texto de una norma jurídica, a la que se denomina "norma de cobertura"; el texto de dicha norma proporciona protección aparente al acto pero no lo hace de una manera absolutamente completa y perfecta, pues en tal caso no se trataría de que el "texto" de la norma protege el acto realizado, sino que lo protegería la misma norma en cuanto a su propio sentido. Segundo, ha de tratarse de actos que persigan un resultado del que pueda decirse que constituye un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, lo que quiere decir que el acto en cuestión ha de atentar contra normas del ordenamiento jurídico, o contra principios generales del mismo³⁰.

Las normas de conflicto se prestan, como anteriormente hemos dicho, al fraude de ley de manera muy característica, pues cambiando el punto de conexión (que muchas veces depende del propio interesado, como sucede, por ejemplo, en el supuesto de la

28. DE CASTRO, *op.cit.* p. 607. Este autor se queja de que en la doctrina se ponen de relieve, generalmente, los caracteres llamativos del fraude, en vez de hacer resaltar los esenciales, refiriéndose con ello críticamente a diversos autores como Nussbaum, Wolff, Frankenstein, etc.

29. PUIG BRUTAU, *op. cit.* p.117.

30. El artículo 6.4 del Código civil dispone: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir." Véase el comentario y la bibliografía reseñada en José PUIG BRUTAU, *Introducción al derecho civil*, ed. Bosch, Barcelona 1980, p. 377 y ss.

nacionalidad), se puede cambiar así mismo la norma jurídica material reglamentadora de la relación jurídica que interese al que actúa en fraude.

Como es lógico, el fraude a la norma de conflicto sólo será posible en aquellas normas cuyo punto de conexión sea susceptible de ser modificado por las partes (este es el caso de la nacionalidad, el domicilio) y no en caso contrario (como, por ejemplo, la situación de un inmueble).

El mecanismo siempre es el mismo: quien realiza el fraude de ley pretende escapar a una norma de derecho interno o de derecho extranjero, que le correspondería aplicando la correspondiente norma de conflicto, para lo cual realiza un acto, o un conjunto de actos, que le permitan cambiar de norma de conflicto aplicable y por tanto de norma material reguladora, consiguiendo así su propósito fraudulento. Utilizando de esta manera la ley se burla en último término el derecho.

La sanción del fraude de ley (y por tanto del fraude de ley de conflicto) no es unívoca, ya que dependerá en cada una de las ocasiones de la naturaleza del acto y de sus consecuencias. Pero en todo caso parece evidente que el primer efecto sancionatorio que ha de tener el fraude de ley, en cualquiera de sus formas posibles, es que se cumpla efectivamente la ley que se hubiera tratado de evitar.

Así, en el supuesto de fraude a una norma de conflicto, el efecto sancionatorio primario (aparte de que se declare la nulidad, anulabilidad o cualquier otro efecto del acto que ha incurrido en fraude) será el que se aplique la norma de conflicto que se ha tratado de eludir.

El concepto de orden público es uno de los conceptos más descuidados por la teoría general del derecho, lo cual nos parece a todas luces injustificado, pues consciente o inconscientemente tal concepto, o lo que él representa, quizá sin esa denominación, actúa de continuo en la aplicación del derecho. Sin embargo el descuido de la noción en la teoría general no es total. Así lo demuestra la

excelente obra de W. Friedmann *Legal Theory*³¹. La segunda sección de la tercera parte de la obra se titula precisamente "La théorie du droit, l'ordre publique et l'évolution juridique", dedicando bastantes páginas al estudio de la noción de orden público en conexión con la jurisprudencia de los tribunales ingleses. Dice Friedmann que "el 'caballo fogoso' del orden público ha ejercido mucha más influencia en el derecho inglés de lo que pueda desprenderse de un examen superficial. Se puede decir, en efecto –continúa este autor– que constituye el agente fundamental del desarrollo jurídico si se distingue el uso inconsciente o semi-inconsciente que se ha hecho de él y que ha penetrado todo el sistema jurídico cuando el derecho tenía necesidad de ser hecho de una manera o de otra...y la aplicación consciente del orden público (dice, citando un trabajo de Winfield en la *Harvard Law Review*, 42) a la solución de problemas jurídicos, ya con el nombre con el cual se le conoce ahora, o estuviera escondido tras otra denominación que sin embargo expresaba la misma cosa".

Señala Friedmann que el concepto de orden público puede ser visto con dos sentidos. En el primero, no es más que otro nombre para designar los principios fundamentales (éticos, políticos y sociales) que guían la evolución jurídica en un momento dado, ya sea en lo que respecta a la legislación o a la administración. En un sentido más estricto, restrictivo, el orden público designaría un concepto límite expresivo del interés público, que no puede ser alterado por las decisiones de los tribunales. En este segundo sentido, de carácter más técnico, el orden público ya no se identifica sin más con el conjunto de los principios considerados como principios esenciales en un ordenamiento jurídico, sino, por el contrario, como una "excepción" a la aplicación normal de derecho extranjero.

31. W. FRIEDMANN, *Théorie générale du Droit*, quatrième édition, Paris (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1965, p. 402 y ss.



Este es el sentido que tiene en las relaciones en que intervienen las normas de conflicto. El orden público actúa como excepción respecto del principio de comunidad jurídica internacional. Recibe el nombre específico de orden público internacional. Su importancia en el terreno que nos ocupa es evidente.

Cuando la ley extranjera a la que se remite la norma de conflicto nacional choca gravemente contra los principios morales o jurídicos que el propio ordenamiento considera como principios esenciales, como sucede, por ejemplo, en el caso de que la ley extranjera consagre instituciones como la esclavitud o la muerte civil, chocando frontalmente con el derecho de las naciones civilizadas, el remedio es el orden público internacional, que, a su vez, no es sino la aplicación de la noción de orden público a las relaciones internacionales.

Aun cuando el primer teorizador moderno de la noción es Story, fue sin embargo Savigny quien formuló el concepto clásico de orden público internacional. Savigny parte a este respecto del principio de comunidad de derecho y establece el orden público como excepción a dicho principio bajo la forma de dos categorías de normas de orden público internacional: las leyes positivas rigurosamente obligatorias (como la prohibición de la poligamia) y las instituciones desconocidas en el país (tales como la esclavitud). En ambos casos, se trata de leyes y de instituciones que afectan a los fundamentos jurídicos del estado, o sea, a sus bases morales, políticas o económicas en cuanto que son reconocidas como esenciales por el propio derecho.

La idea de que el orden público internacional es una excepción a la comunidad jurídica internacional ha sido elaborada en la doctrina alemana, más recientemente, especialmente a partir de Zitelmann, bajo la denominación de *Vorbehaltsklausel*, o cláusula de reserva, cuyo significado es que el Estado se reserva determinadas materias a las que califica de "orden público" y con las cuales no transige,

pues en caso contrario, afectaría a sus propias bases, a su propia esencia³².

De acuerdo con esto, podemos decir que el orden público se caracteriza, en primer lugar, por su excepcionalidad, ya que constituye una excepción respecto del principio de la comunidad de derecho; y en segundo lugar, por su relatividad, tanto respecto al tiempo como respecto al espacio.

Relatividad respecto al tiempo, ya que al ser el derecho algo vivo y cambiante, como lo es igualmente la sociedad de la que surge y a la que se dirige, los valores jurídicos han de adaptarse también a esa situación, aunque sólo sea porque la percepción social de los mismos cambia de manera considerable con el transcurso del tiempo. El concepto de orden público no puede permanecer inalterado a lo largo del tiempo, sino que constituye, por el contrario, la expresión viva de los principios básicos efectivamente actuantes en el derecho vigente.

Y relatividad respecto al espacio, pues en efecto, como hemos visto, es cada Estado el que impone su propio orden público, que tendrá un contenido y no otro, expresión de los valores jurídicos que considera esenciales y que se encarnan en el conjunto normativo del ordenamiento jurídico³³.

32. Sobre el concepto de orden público la bibliografía es muy extensa. Entre los títulos habituales figuran L. GESTOSO TUDELA, *El concepto de orden público internacional*, Madrid 1913. José Antonio DORAL, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, EUNSA, Pamplona 1976.

33. El Código civil se refiere al concepto de orden público en varias ocasiones: art. 1255 (en materia contractual) dispone que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Respecto de la validez de la costumbre dispone el art. 1.3: "La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada"; así como en otros lugares relativos a la denegación de concesión de nacionalidad (arts. 20 y ss.) y renuncia de derechos (art. 6.2). En el marco del que nos ocupamos el art. 12.3 dispone: "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público". La opinión dominante considera que no son equivalentes el

La noción de orden público ha cobrado especial relevancia con el tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Europea, que en su artículo 48, después de establecer como uno de los principios básicos la libre circulación de trabajadores, lo que supone la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad, establece las "limitaciones justificadas por razón de orden público"³⁴.

Ha sido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el que ha interpretado tal cláusula como una cláusula de reserva a favor de los Estados, que son considerados como los únicos definidores de lo que se entiende por "orden público" en lo que a su respectivo ordenamiento jurídico afecta. La jurisprudencia no es escasa en la materia. Séanos permitido citar la famosa sentencia Van Duyn, en la que el Tribunal de Justicia se enfrentó ante el siguiente caso. La señora Van Duyn, de nacionalidad holandesa, y miembro y empleada de la secta de la Cienciología, al pretender su entrada en el Reino Unido con objeto de incorporarse a trabajar como empleada de la secta mencionada en las dependencias de la misma, fue rechazada por la policía aduanera británica. Al reclamar ante el tribunal inglés competente, le fue desestimada la demanda por tratarse, alegó el tribunal, de una materia propia del orden público del Reino Unido. La señora Van Duyn recurrió el fallo del tribunal británico ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, pero con resultado negativo, pues dicho tribunal estimó que el Reino Unido

orden público interno y el orden público internacional, teniendo este último un sentido más limitado para evitar una exclusión exagerada de la ley extranjera.

34. El famoso artículo 48.2 del Tratado de Roma o Tratado de la CEE de 25 de Marzo de 1957 dispone: "La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo". Y el párrafo siguiente añade: "Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho de" (y a continuación señala diversos derechos referentes a la oferta de trabajo, desplazamiento libre, residencia y permanencia en un Estado miembro).

era libre para interpretar, siempre naturalmente que justificase su decisión, el concepto de orden público³⁵.

Pues bien, parece ya llegada la hora de recapitular y de situar los problemas tratados en un esquema teórico sencillo.

Nuestro objetivo al tratar este tema ha sido mostrar cómo un tema que aparentemente puede ser considerado como tangencial, está lleno de contenido teórico y de interés práctico, tanto para el filósofo del derecho como para el jurista, o cualquier persona interesada en saber cómo funciona el derecho en nuestro complejo mundo.

El tema es, como hemos dicho al principio de nuestra exposición, un aspecto de un problema más amplio y que afecta a disciplinas varias: el de las relaciones entre ordenamientos jurídicos diferentes. Paradigmática es, en este sentido, la obra de Santi Romano, como ya hemos señalado. Su *Ordinamento giuridico* está dividida en dos partes, la primera de las cuales se dedica al estudio del concepto de ordenamiento, mientras la segunda, una vez justificada la tesis de la pluralidad de ordenamientos, se dedica al estudio de las posibles relaciones que puede haber entre las diverssas especies de ordenamientos. Las ideas de Romano vienen matizadas en su obra posterior, del año 1947, *Frammenti di un dizionario giuridico*, donde perfila algunos de sus conceptos. El mérito de Romano, aunque ya antes fuera de Bierling³⁶, un gran teórico hoy en buena medida desconsiderado, consiste en haber defendido la tesis de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos frente a la concepción dominante, de carácter estatalista, identificadora del derecho con el derecho del estado propio.

Contra el monismo reduccionista, una consideración del derecho "desde fuera", o desde un punto de vista externo, como diría Hart, aunque quizá con otro sentido, el pluralismo parece la

35. Sobre el concepto de orden público en el derecho de la CE véase T. C. HARTLEY, *European Community Law*, Second edition, Clarendon Press, Oxford 1988, pp. 192 y ss.

36. E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, cit.

posición más adecuada a la realidad. El problema que tiene la concepción pluralista es el de delimitar la frontera entre lo que es derecho y lo que no lo es. La posición monista lo tiene más fácil: si sólo es derecho el conjunto de las normas del estado, bien las que crea directamente, bien las que acepta expresa o implícitamente, el problema de la delimitación está salvado, si bien, en el fondo, se está adoptando así una solución ideológica, la de defensa del estado. El pluralismo es más neutro, no se decanta a favor del estado, trata de "describir" la realidad jurídica, que es multiforme y difícil de concretar.

Este es el problema con el que se enfrentó Romano. Para este autor, la concepción ordinamentalista del derecho va unida a la concepción institucionalista. Son las dos caras de una misma moneda. Toda institución posee su propio ordenamiento, y todo ordenamiento es la expresión de la institución. Para Romano, tanto el estado, como la comunidad internacional, la iglesia, el municipio, e incluso las organizaciones ilícitas desde el punto de vista del estado, son consideradas como instituciones, portadoras, por consiguiente de un ordenamiento jurídico³⁷.

Es dentro de este amplio panorama ordinamentalista que nos presenta donde plantea el tema de las relaciones entre ordenamientos jurídicos distintos.

El concepto alrededor del cual gira el tema de las relaciones entre ordenamientos jurídicos viene dado, dice Santi Romano, por la "relevancia jurídica" de un ordenamiento respecto de otro. "Para que haya relevancia jurídica es necesario que, o la existencia, o el contenido, o la eficacia de un ordenamiento determinado, estén condicionados respecto de otro ordenamiento, y ello, precisamente, en base a un título jurídico"³⁸.

Los diversos títulos de relevancia de un ordenamiento respecto de otro son, para Romano, los siguientes: primero, la relación de

37. SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cit. pp 127 y ss.

38. *Ibidem*, p. 249.

superioridad y de correlativa dependencia entre dos ordenamientos; segundo, la relación por la cual un ordenamiento es presupuesto de otro; tercero, la relación por la cual varios ordenamientos recíprocamente independientes dependen de un tercero; cuarto, la relación atribuida unilateralmente por un ordenamiento a otro que es independiente; y quinto, la relación de sucesión entre varios ordenamientos.

Pues bien, el problema que nos ocupa cae de lleno en la cuarta de las hipótesis: las normas de conflicto constituyen el mecanismo técnico por medio del cual se establece una relación de un ordenamiento con otro, siendo ambos independientes, por medio de la remisión unilateral. Por propia determinación y sin estar obligado a ello, dice Santi Romano, un Estado subordina algún aspecto de su propio ordenamiento jurídico, ya sea del contenido o de la eficacia, a otro ordenamiento del que es totalmente independiente, pero que pasa así a ser relevante para él. Se trata de una relevancia unilateral, cuya naturaleza no se modifica ni siquiera cuando el segundo ordenamiento no determine establecer un tratamiento recíproco.

La técnica de las normas de conflicto supone la participación del Estado en la vida internacional así como el reconocimiento de que existen otros ordenamientos jurídicos, pues sin tal reconocimiento carecería de sentido remitirse a ellos para regular situaciones con elementos de extranjería.

Se produce así la coordinación de ordenamientos jurídicos estatales que, manteniéndose como Estados que son en pie de igualdad, deciden vincular su contenido y su eficacia, en lo que se refiere a la regulación de determinadas relaciones jurídicas, a los preceptos pertenecientes al ordenamiento jurídico de otros Estados.

Bobbio, por su parte, en su *Teoría del ordenamiento jurídico* distingue diversos tipos de relaciones entre ordenamientos, que especifica en varias clasificaciones. Así, habla de relaciones de coordinación y relaciones de subordinación (o recíprocamente de supremacía); relaciones de exclusión total, de inclusión total y de



exclusión parcial (o inclusión parcial); relaciones de indiferencia, rechazo y absorción. Y dedica especial interés a las relaciones temporales, espaciales y materiales. Básicamente, es un esquema similar al de Santi Romano. Utilizando la terminología de Bobbio podemos decir que las normas de conflicto son el instrumental normativo utilizado para establecer relaciones de coordinación entre ordenamientos estatales, relaciones de "assorbimento" o absorción, que se producen cuando un ordenamiento considera obligatorio o prohibido lo que en otro ordenamiento es obligatorio o prohibido, relaciones, por último, que se producen en el contexto de la coexistencia espacial de los distintos ordenamientos estatales³⁹.

39. N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 253 y ss.