



GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA *

COMUNIDAD INTERNACIONAL, DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. La diversidad cultural como valor de la comunidad internacional. - 3. La ciencia del Derecho internacional privado y su función en las sociedades multiculturales. - 3.1. Toma de posición. - 3.2. Materialización de la función del Derecho internacional privado. - 3.3. Compromiso del Derecho internacional privado con los valores aceptados por la comunidad internacional. - 3.4. Presupuestos del Derecho internacional privado y comunidad internacional. - 4. Orden público y comunicación intercultural entre ordenamientos. - 4.1. Diversidad cultural y orden público. - 4.2. El orden público como “cláusula de salvaguardia” y comunicación intercultural. - 5. Consideraciones finales. - 6. Bibliografía.

1. *Introducción*

La sociedad internacional grociana, que debe su nombre a H. Grocio (1625), fundador del moderno Derecho de gentes y del Derecho internacional, se caracteriza – como se verá *infra* de forma más detenida – por la idea de cortesía internacional (*comity*), reflejo – como señala autorizada doctrina – de un período capitalista modelado de acuerdo a las concepciones sucesivas de holandeses e ingleses, que son las potencias que se han escalonado en la dirección de esta etapa de establecimiento del capitalismo en el seno del Estado monárquico¹. Sin embargo, la actual comunidad internacional puede ser definida como una noción superadora de la tradicional sociedad internacional, al tener cabida en ella los valores que constituyen las señas de identidad del género humano y, en particular, la diversidad cultural, que puede considerarse un valor de toda sociedad que se considere avanzada y, en

* Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado (CU acreditada-ANECA). Universidad de Jaén.

¹ Se trata de un Derecho internacional político, pragmático y utilitarista que reposa en las nociones tan queridas a este período histórico como son la armonía natural de todos los intereses, una teoría pragmática de los sentimientos morales, etc. (véase, M. AGUILAR NAVARRO, *Crisis y reajuste del Derecho internacional privado*, en *Rev. esp. der. int.*, 1954, p. 421).

particular, de la constituida por los Estados que forman parte de la Unión Europea (en adelante, UE)².

Y, en este sentido, el reconocimiento de la diversidad cultural como valor por el ordenamiento de la UE está, sin duda, presente en el actual proceso de integración, que se relaciona –a su vez– con el mantenimiento de la paz (véase *infra*)³. Por este motivo, se habla de la Europa multiversa para referirse a que la paradoja peculiar de Europa es ser una cultura plural, que sólo existe en sus diferencias⁴.

De otro lado, a medida que la diversidad cultural se ha convertido en un valor de la comunidad internacional, en especial, por la labor desarrollada por la UNESCO (Organización de Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura), el sistema de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) no puede prescindir de considerarlo, en particular, desde la óptica de su función, porque ha de estar comprometido con la sociedad, promoviendo los valores que reconocen los textos internacionales y Constituciones. Y, entre ellos, destacan, sin duda, los que expresan los derechos humanos.

Así, como se verá *infra*, el sistema de DIPr ya no sólo tiene la finalidad u objetivo de dar una respuesta satisfactoria a las situaciones privadas internacionales que evite las situaciones claudicantes, sino que ha de estar comprometido con los valores comúnmente observados en la sociedad internacional. Cabe decir, por ello, que tiene lugar en el momento actual un giro de la tradicional comprensión de la función del DIPr, que se orienta al logro de la efectividad de los valores (materiales) de la comunidad internacional (protección de la vida, de la libertad individual, etc.). Y, en especial, del derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, pero también de la diversidad cultural.

2. *La diversidad cultural como valor de la comunidad internacional*

Se trata de verificar el reconocimiento que tiene la diversidad cultural en los instrumentos elaborados por las organizaciones internacionales y, en particular, por el ordenamiento de la UE. Para comenzar, cabe señalar que el Derecho ha tratado hasta ahora la idea de cultura, más bien, desde la lógica o perspectiva de la “política cultural” (fomento e industria de la cultura), como puede verse en los acuerdos alcanzados en el seno de la Organización Mundial del Comercio (e, incluso, en el ámbito de la UE, como se verá *infra*). Es interesante en este sentido el tránsito de la idea de excepción cultural a la noción de

² Véase, J.A. CARRILLO SALCEDO, *Influencia de la noción de comunidad internacional en la naturaleza del Derecho internacional público*, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Madrid, 2005, pp. 175 y ss. En este mismo sentido se habla de un “Derecho internacional de la comunidad internacional o de la humanidad” (véase, J. ALCAIDE, *Orden público internacional y soberanía de los Estados*, en N. BOUZA/C. GARCÍA/A.J. RODRIGO (dirs.), *La gobernanza del interés público global*. XXV Jornadas de la AEPDIRI, Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013, Madrid, 2015, p. 123).

³ En este sentido, conviene remontarse a la idea originaria de diversidad (en Europa), que se sitúa en el contexto del final de la Segunda Guerra Mundial (al igual que en el caso de otras organizaciones internacionales, como Naciones Unidas) con una clara finalidad de asegurar la Paz entre las naciones enemigas históricamente. Y, para ello, era necesario canalizar la “demanda de reconocimiento” de cada uno de los pueblos que la integraron originariamente (véase, J.A. SOTILLO LORENZO, *Un lugar en el mundo. La política de desarrollo de la Unión Europea*, Madrid, 2006, p. 25).

⁴ Véase, P. CEREZO GALAN, *Europa: una cuestión de identidad (entre el casticismo y el multiculturalismo)*, en *Discurso de Ingreso*, 4 de febrero de 2003, pp. 348 y ss.

diversidad cultural, auspiciado – de forma importante- por la participación de los países nacidos tras la descolonización⁵.

En particular, el primer texto en el que se encuentra la referencia a la citada diversidad cultural es la Declaración Universal sobre la diversidad cultural (adoptada en la 31ª Conferencia de la UNESCO), de 2 de noviembre de 2001, cuyo art. 1 proclama que la diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad⁶. Con posterioridad, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 18 de marzo de 2007, indica que la diversidad cultural se refiere a: “*la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades*” (art. 1)⁷.

Por su parte, el actual ordenamiento de la UE reconoce la diversidad cultural enlazando en este sentido con la citada Declaración de la UNESCO, de 2 de noviembre de 2001. Así, parte del respeto de la diversidad (cultural) y de la diferencia⁸. En concreto, se reconoce en el art. 22 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE de 2000 (en adelante, CDF), sobre “*Diversidad cultural, religiosa y lingüística*”, al señalar (de forma lacónica) que: “*la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística*”⁹. Y, en este mismo sentido se recoge en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), en concreto, el (art. 167, 4º)¹⁰.

De otra parte, cabe indicar una pluralidad de instrumentos adoptados por las instituciones comunitarias destinados a la gestión derivada de la diversidad de las culturas. En particular, la Agenda Europea para la Cultura en un mundo en vías de globalización (Comisión, 2007)¹¹, así como la pluralidad de ocasiones en las que las instituciones comunitarias han realizado manifestaciones a favor del Diálogo intercultural, debiendo destacarse, en particular, el año 2008, considerado Año Europeo del Diálogo Intercultural, a fin de dar expresión y visibilidad a las mejores prácticas y procesos de diálogo intercultural, con objeto de establecer una estrategia sostenible más allá de 2008¹². Con posterioridad, en 2010, la Comisión de la UE elaboró el Informe (al Parlamento Europeo, al Consejo, al

⁵ Véase ampliamente, M. PETIT, *Génesis y evolución de los conceptos cultura y diversidad desde los acuerdos de la OMC (1994) hasta la Convención de la UNESCO sobre diversidad cultural (2005)*, *Revista de Estudios Políticos*, 2012, nº 156, pp. 209 y ss.

⁶ Además -continúa señalado la citada Declaración-, la diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos; es una de las fuentes del desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria (art. 3). Por último, la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana (art. 4).

⁷ Para la noción de diversidad cultural en la actividad de la UNESCO véase, A. ARIÑO VILLAROYA, *La diversidad cultural en el discurso de la UNESCO*, en A. ARIÑO VILLAROYA, (ed.), *Las encrucijadas de la diversidad cultural*, Madrid, 2005, pp. 497 y ss.

⁸ Véase, J. GARCÍA CÍVICO, *¿Hay realmente un horizonte intercultural en la Unión Europea?*, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 17, enero 2013, pp. 97-138.

⁹ Véase, C. MONEREO ATIENZA/J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los derechos. Comentario sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, 2012.

¹⁰ En concreta, esta disposición señala que: “*la Unión tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones de los Tratados, en particular, a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas*”.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre “*Una Agenda Europea para la Cultura en un Mundo en vías de Globalización*”, Bruselas, el 10 de mayo de 2007 [Documentos COM(2007) 242 final].

¹² Decisión nº 1983/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO Serie L nº 412, de 30 de diciembre de 2006).

Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones), sobre la aplicación de la Agenda Europea para la Cultura¹³.

Cabe señalar que en todos estos instrumentos se recoge una noción de hecho de la diversidad cultural, esto es, en tanto que diversidad intrínseca al ser humano, que puede tener una pluralidad de expresiones jurídicas y, en concreto, puede tutelarse por la vía del derecho a la igualdad (en la conocida propuesta de L. Ferrajoli)¹⁴ o mediante derechos específicos (derechos culturales)¹⁵. Como se ha señalado: “*el reto del nuevo siglo XXI sigue siendo el de definir los derechos humanos en términos capaces de sostener el principio de la igualdad a partir del reconocimiento de la diversidad*” (NASH, 1999). Y, en todo caso, la diversidad cultural constituye un valor que también recoge el ordenamiento internacional en el momento actual¹⁶. Por tanto, no se trata de un objeto ideal, sino de “*una intencionalidad históricamente objetivada en el proceso de la cultura, implicando siempre el sentido vectorial de una acción posible*”¹⁷.

Por último, el tratamiento de la multiculturalidad ha sido cada vez más frecuente, a medida que se ha asentado la población extranjera en la UE, sin perjuicio de los procesos de retorno que tienen lugar en la actualidad. En todo caso, se trata de una competencia compartida con los Estados parte y, por último, cuenta con una pluralidad de manifestaciones, de entre las que interesa de forma específica en esta sede el campo de las situaciones privadas internacionales y, por ello, la recepción por el DIPr de origen europeo del valor de la diversidad cultural (presupuesto de la creación de sociedades multiculturales). Y, en este sentido, se ha criticado el art. 10 del Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (véase *infra*)¹⁸.

3. La ciencia del Derecho internacional privado y su función en las sociedades multiculturales

3.1. Toma de posición

Tal y como indicó J. D. González Campos, “*el fundamento teórico de una particular Ciencia jurídica -en nuestro caso el DIPr.- inevitablemente se ve afectado no sólo por sus posibles deficiencias intrínsecas*

¹³ Como señala el citado Informe: “*la cultura se halla en el centro del proyecto europeo y es el elemento en el que se basa el concepto de la unidad en la diversidad de la UE. El respeto por la diversidad cultural, combinado con la capacidad de unirse en torno a valores compartidos ha garantizado la paz, la prosperidad y la solidaridad de las que goza la UE*” [Documentos COM(2010) 390 final, Bruselas, el 19 de julio de 2010; Documentos SEC(2010) 904].

¹⁴ Véase, L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999.

¹⁵ Véanse las aportaciones realizadas en la obra colectiva M^a J. AÑÓN (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, 2004.

¹⁶ Siguiendo a M. Reale, la idea de valor se entiende como “*constante de acción*” dentro de cierta coyuntura histórica, que permite concebir reglas jurídicas destinadas a regir o expresar el orden de los actos humanos (véase, *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, Madrid, 1997, p. 109).

¹⁷ *Ibid.*, p. 101. Como explica M. Reale, el valor se caracteriza por las notas de: realizabilidad, inagotabilidad, trascendentabilidad y polaridad (p. 100).

¹⁸ DOUE Serie L n^o 20, de 10 de diciembre de 2010. También presenta interés tratar su ámbito material. Véase, P. ABARCA JUNCO, *Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III* en, J. FORNER DELAYGUA/C. GONZÁLEZ BEILFUS/ R. NIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudio sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 45 y ss; P. WINKLER V. MOHRENFELS, *Die Rom III-VO - Teilvereinbeitlichung des europäischen internationalen Scheidungsrechts*, Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 2013, n^o 4, pp. 699-724.

sino también, más decisivamente, por la evolución de la Ciencia del Derecho y la aparición de nuevos métodos de conocimiento¹⁹. Entiéndase por “ciencia” un conjunto de conocimientos que se obtienen mediante la observación y el razonamiento, que se encuentran estructurados de manera sistemática y de los que se deducen principios y leyes generales.

En este sentido, es sabido que han existido hitos en la historia de esta disciplina científica, que han marcado distintas etapas o estadios, entendidos en sentido evolutivo, de los que ha dado cuenta el Prof. J. González Campos de forma magistral. Desde este prisma, el siglo que se inicia pone de relieve que el DIPr experimenta una evolución que permite ser enfocada de forma más clara si no se limita a hacer resumen o recapitulación, sino que se centra en los procesos que tienen lugar de forma gradual.

La evolución que experimenta la sociedad en el momento actual afecta de modo muy especial al DIPr., caracterizado por dar entrada a la diversidad de culturas, de formas de vida, de tradiciones de muy distinto signo, siendo tal diversidad su propio objeto de análisis. Así, en el momento actual puede decirse, sin ambages, que el DIPr no es una Ciencia que trate de resolver los “conflictos”, sino de regular, esto es, de dar respuesta satisfactoria a las situaciones privadas internacionales, que se caracterizan porque alguno de sus elementos hace que la relación entre en contacto con más de un sistema jurídico²⁰. Y, en este sentido, cabe hacer algunas consideraciones sobre la función del DIPr a los efectos de verificar la actualización que ha tenido lugar con respecto a una concepción inicial o clásica²¹.

Para ello, hay que advertir desde un primer momento que la influencia del Derecho internacional (su pigmentación internacionalista, en palabras del maestro M. Aguilar Navarro) se ha dejado notar en la concepción de la función del DIPr. Así, ha estado supeditada a la idea originaria (nacimiento del Derecho internacional moderno) de la existencia de un “orden internacional general tradicional de carácter estatal”, surgido en el s. XVII, tras la Paz de Westfalia en 1648²². O, dicho de otro modo, por la concepción de la “sociedad internacional de Estados soberanos”²³ y la función del Derecho internacional destinado a regular las relaciones (de coexistencia o cooperación) entre ellos²⁴.

Esto es, la función del DIPr se ha construido sobre una concreta visión del Derecho internacional existente en dicho momento histórico, basada –de forma exclusiva– en las relaciones interestatales, como se verá a continuación, dejando en un segundo plano (o pretiriendo) otras consideraciones que también están presentes cuando se trata de dar

¹⁹ Véase, El paradigma de la norma de conflicto multilateral, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Tomo IV (Derecho civil y Derecho público), Madrid, 1996, p. 5269.

²⁰ Ha sido criticada esta visión “patológica” del DIPr., que considera que la única función del DIPr. es dar respuesta a los “conflictos” que se plantean ante las instancias judiciales concretas de determinado Estado, pues se pierde de vista una función no menos importante que consiste en asesorar, aconsejar, etc. Para una crítica de esta preocupación constante por la resolución de litigios en DIPr. véase, O. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, *Recueil des cours*, 1974-III, vol. 143, pp. 259 y ss.

²¹ Sobre la función del DIPr véase en particular, M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado*, *Rev. esp. der. int.*, 1970, pp. 745 y ss; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Reflexiones en torno al objeto y función del Derecho internacional privado*, *Rev. esp. dr. int.*, 1983, vol. 35, pp. 29 y ss; J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3ª ed., Madrid, 1983; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa*, *Anuario de Derecho civil*, 1993, pp. 1109 y ss; M. GUZMÁN ZAPATER, *Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación* en, *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor J. González Campos*, Tomo II, Madrid, 2005, pp. 1619 y ss.

²² Véase, J.A. CARRILLO SALCEDO, *La influencia*, *cit.*, p. 178.

²³ Véase, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Prólogo* de, F.J. ZAMORA CABOT, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho antritrust de los Estados Unidos*, Madrid, 2001, p. 15.

²⁴ Véase, J.A. CARRILLO SALCEDO, *La influencia*, *cit.*, pp. 175-177.

respuesta a las situaciones privadas internacionales que constituyen su objeto (véase *infra*)²⁵. Si bien esta concepción se ha modificado con posterioridad en el Derecho internacional, ha permanecido petrificada –hasta cierto punto– en el campo del DIPr, que, en este sentido, no ha evolucionado de la misma forma en la que lo ha hecho el primero²⁶.

La idea de coordinación de sistemas, querida para el maestro H. Batiffol²⁷, es un buen ejemplo de esta influencia de la construcción del Derecho internacional en el DIPr (en particular, en la concepción sobre su función), que se mantiene hasta la actualidad²⁸. Así, la original relación que ha existido entre el Derecho internacional y el DIPr –destacada por autorizada doctrina y, en particular, por M. Aguilar Navarro y J.D. González Campos, en la española y H. Batiffol, en la extranjera²⁹– ha determinado la función de este último, concebida también –al igual que en el momento del nacimiento del Derecho internacional) de forma interestatal (relaciones entre Estados) y, más bien, política³⁰.

De otro lado, dicha concepción ha provocado –desde mi punto de vista– cierta confusión entre los presupuestos del DIPr y su función, porque uno de ellos, la existencia de diversidad de ordenamientos nacionales, se ha convertido en un objetivo del DIPr, lo que ha provocado cierto anquilosamiento de la concepción de la función del DIPr y una menor visibilidad de la evolución que también ha tenido en el campo del DIPr³¹. De ahí que las propuestas de revisión de la función del DIPr se realicen a partir del estudio de su objeto, defendiéndose –más bien– una concepción de la especialidad del DIPr por razón de su objeto y no por razón de su función, dado que las conocidas funciones (armonía internacional,

²⁵ Puede decirse, por ello, que durante siglos en la historia, el DIPr ha carecido de una función autónoma con respecto al Derecho internacional, que ha provocado otra angostura, que se suma a la que ya denunció el maestro M. AGUILAR NAVARRO (“angostura problemática”) para criticar la penetración del rigorismo formalista de la última etapa del positivismo (véase, *El Derecho internacional privado y su amplitud problemática*, *Rev. esp. der. int.*, 1948, p. 112).

²⁶ La evolución del Derecho internacional ha tenido lugar –a juicio de la mejor doctrina– en una triple dirección: un proceso de socialización, desde el momento en el que comenzó a regular relaciones sociales y humanas más complejas y amplias, que las tradicionales relaciones políticas entre Estados soberanos. De otro lado, un proceso de creciente y progresiva institucionalización de la comunidad internacional, como consecuencia de la aparición y desarrollo de las organizaciones internacionales. Y, por último, un proceso de humanización, al dar entrada al protagonismo de los pueblos y de la persona, rompiendo el exclusivismo de los Estados como únicos sujetos del Derecho internacional (véase, J.A. CARRILLO SALCEDO, *La influencia*, *cit.*, pp. 177-178).

²⁷ Véase, H. BATIFFOL, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, *Recueil des cours*, 1967-II (vol. 120), pp. 169 y ss; *id.*, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, en *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, 1976, pp. 199 y ss.

²⁸ Véase, P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé (Cours général de droit international privé)*, *Recueil des cours*, 1999 (vol. 276), pp. 13 y ss.

²⁹ Véase, H. BATIFFOL, *Points de contact entre le Droit international public et le Droit international privé* en, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, 1976, pp. 37 y ss.

³⁰ En este sentido, no quedan tan lejanos los tiempos en los que la competencia para el reconocimiento de las decisiones extranjeras en España correspondía al Tribunal Supremo, al poder –de este modo– aplicarse los criterios de la reciprocidad (positiva y negativa), en función del tratamiento dado a las decisiones españolas en el país extranjero de procedencia de la decisión cuya homologación se solicita en el foro. Véase, en particular, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1974.

³¹ Otros autores –sin embargo– se refieren a la función en otro sentido. Esto es, no hacen referencia a la coordinación de sistemas como objetivo del DIPr, sino que, en su lugar, resaltan la estrecha vinculación entre las funciones del DIPr. y una concreta actitud frente al Derecho, en general, y al Derecho en las relaciones internacionales, en particular. Esto es, en definitiva, ante determinada concepción del mundo [*cf.*, P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)*, *Recueil des cours*, 1977-II (vol. 155), p. 36].

coordinación de sistemas y cooperación internacional) no dejan de ser más que instrumentos para cumplir el fin del DIPr, que comparte con el propio del Derecho, en general³².

Por último, si bien la doctrina ha prestado importante atención en el transcurso del tiempo a la fuerte influencia positivista de la que ha sido objeto el DIPr a finales del s. XIX y en la necesidad de su adaptación a las nuevas necesidades históricas y sociales, no se ha desarrollado de forma suficiente la “sustantividad” de la función del DIPr. Esto es, el DIPr –hasta cierto punto– no ha logrado aún emanciparse del Derecho internacional, a pesar de su independencia formal a finales del s. XIX, por obra del positivismo y de las primeras codificaciones nacionales (F. Rigaux).

3.2. Materialización de la función del Derecho internacional privado

Como señalara M. Aguilar Navarro, es necesario recuperar en el momento actual “*el aspecto sociológicamente internacional de nuestro Derecho*”, para que cumpla las funciones que le son propias en la actualidad (véase *infra*)³³. Y, para comenzar, cabe recordar que función y fin del Derecho (o, más propiamente, fines) no expresan la misma idea, porque el fin hace referencia al objetivo último (finalidad) o meta que se pretende alcanzar³⁴. Y, en este sentido, los fines del DIPr son los mismos que los del Derecho (M. Aguilar Navarro).

Pero, si bien el fin sigue siendo único y compartido con el ordenamiento en su conjunto, su cumplimiento se realiza a través de la realización de distintas funciones, atendiendo al sector del ordenamiento considerado, a los principios que lo inspiran así como a las consideraciones de política-jurídica existentes y situación socio-histórica. Por ello, la función se refiere al papel, posición o servicio que desempeña el DIPr y no es la misma que la del Derecho en general (ni que la de otros ámbitos jurídicos: Derecho mercantil, Derecho procesal, etc). En caso de no identificar estas funciones específicas del DIPr, mantendríamos una concepción de una disciplina especial por razón de su objeto, pero no por razón de su función, lo que la haría estéril.

De otro lado, dicha posición o servicio que desempeña el DIPr se refiere a cada contexto y momento y, por ello, cambia a lo largo de la historia –como indicara la doctrina más autorizada³⁵. Y, en este sentido, cabe señalar un cambio que ha tenido lugar no sólo en

³² Ésta es la concepción seguida en la doctrina española, en particular, por S. Álvarez González. Para S. Álvarez, si bien el DIPr. no tiene fines específicos, sino que son los generales del Derecho, la especificidad del objeto puede determinar también la especificidad de los fines, siendo preciso, por ello, indagar sobre objeto para identificar tales fines (véase, *Objeto del Derecho internacional privado*, cit., pp. 1109 y ss, esp. p. 1124, nota 45). Este autor parte de una concepción indiferenciada de los fines del DIPr con respecto a los del ordenamiento. Y, de otro lado, señala que la mayoría de los intentos de fijar unas funciones inmediatas al DIPr. se quedan en la enumeración de los medios (desde un punto de vista instrumental) encaminados a la consecución de un fin. Se hable de cooperación internacional, coordinación de ordenamientos o armonía internacional de soluciones, constituyen medios para conseguir un fin mayor.

³³ El maestro M. Aguilar Navarro indicaba que, “*haciéndolo de este modo, habremos realizado un progreso evidente en este intento de revisión que realizamos*” para referirse a las posturas más formalistas del positivismo jurídico que se habían aplicado al campo del DIPr (véase, *El Derecho internacional*, cit. p. 113).

³⁴ En este sentido, siguiendo a R. von Ihering, el Derecho sirve propiamente a la sociedad (véase, *El fin en el Derecho*, Granada, 2000, p. 299).

³⁵ Esta idea fue señalada de forma diáfana por M. Aguilar Navarro, quien aludía a que “*el fin de nuestro Derecho (DIPr.) estará anclado en el problema general de toda una concepción del mundo y de una filosofía de las leyes. Mas lo que no será*

la función del DIPr en la actualidad (su carácter polifuncional), sino, en particular, en su concepción, relacionado con la configuración del mundo y de las relaciones internacionales (escenario mundial) en época reciente (finales del s. XX)³⁶.

Y, en particular, dicho cambio en la concepción de la función del DIPr se relaciona con su actual independencia con respecto a los presupuestos y condiciones que dieron lugar a la génesis (construcción científica) del Derecho internacional, determinada –en gran medida– por la configuración de la nueva “sociedad internacional de Estados modernos” nacida en el s. XVII. En una tradicional concepción de la función del DIPr., auxiliar de la del Derecho internacional, se ha considerado que tenía la finalidad de resolver los potenciales conflictos entre Estados soberanos³⁷.

Y, en este sentido, la idea de conflicto ha perdurado en la Ciencia del DIPr hasta el momento presente, pudiendo situarse su surgimiento histórico en la Edad Media y, más concretamente, tras la caída del Imperio Romano y del florecimiento de las ciudades-Estado³⁸. Sin embargo, no puede decirse que esta idea de conflicto fuera acogida por F. K. von Savigny, dado que su pensamiento se caracterizó por la superación del fraccionamiento jurídico como consecuencia de la idea de “comunidad de Derecho entre los diferentes pueblos” (“*völkerechtliche Gemeinschaft*”), constituida por un espíritu del pueblo ideal, en el que se establecía una convivencia y comunicación entre todos los pueblos, basada en el Derecho romano y, más concretamente, en el Código justinianeo³⁹.

En este marco, el DIPr ha de propiciar la “armonía internacional de soluciones”⁴⁰. Expedientes como la calificación, el reenvío y también la cuestión previa tienen su origen no sólo histórico, sino también ideológico, en este momento⁴¹. Existe, por tanto, una idea de justicia propia del DIPr, la “justicia conflictual”, diversa de la “justicia material”, que consiste en lograr dicha armonía internacional, utilizando expedientes como el reenvío, que consiste

admisibile es sostenere identicas tesis cuando las cosas han variado enormemente” (véase, *El Derecho internacional privado y su amplitud problemática*, *Rev. esp. der. int.*, 1948, p. 116).

³⁶ Para las características del escenario mundial actual véase, en particular, C. DEL ARENAL, “El nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco)*, Madrid, 1993, pp. 79 y ss.

³⁷ Como señala M. AGUILAR NAVARRO, las concepciones internacionalistas fundacionales acusaban extremadamente la faceta pública del DIPr, que tenía como centro la idea de conflicto de soberanías y del recíproco reconocimiento de los órdenes jurídicos estatales. Los destinatarios del DIPr eran los Estados y la naturaleza de las normas de colisión imponía su calificación como normas de Derecho público. Por último, el DIPr afectaba a los Estados en cuanto elementos de un sistema de ordenación estatal (véase, *Divagaciones*, *cit.*, pp. 152-153).

³⁸ La aplicación territorial de las leyes que preconizaba U. Huber (1636-1694) se basaba en una concepción de la soberanía del Estado, que afectaba también a la regulación de las situaciones privadas internacionales, tomada del DIP. Según esta concepción, la aplicación de un Derecho extranjero sólo podía tener lugar como consecuencia de una idea de *comitas*, esto es, como concesión a una soberanía extranjera (véase, P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporaine*, *Recueil des cours*, 1986, vol. 196, p. 50). En este contexto, el DIPr. tomó prestada del DIP una concreta concepción de la soberanía, haciendo que también las normas de conflicto tuvieran la función de reparto de las competencias soberanas de los Estados. Para una crítica de esta función véase entre otros, PH. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, pp. 121 y ss.

³⁹ Véase, F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad moderna*, F. Fernández Jardón (trad.), Madrid, 1957, ed. a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, 2000, p. 349.

⁴⁰ Véase, P. PICONE, *Les méthodes*, *cit.*, p. 37.

⁴¹ Véase, B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)*, *Recueil des cours* 1989-III, vol. 186, p. 331.

en que las situaciones privadas internacionales reciban la misma respuesta "conflictual", con independencia del sistema jurídico material que resuelva la cuestión⁴².

Si bien el DIPr tiene en común con el DIP que hunde sus raíces en la "comunidad internacional", esta estricta concepción de la "soberanía", meramente delimitadora de las competencias de cada Estado fue desapareciendo a medida que se comprobó que los intereses que hay en juego tras una situación privada internacional no son sólo estatales, sino que, en definitiva, ha de darse una respuesta "satisfactoria" a las relaciones entre los particulares. Así, la concepción del DIPr, como "elemento de un sistema de ordenación interestatal" va siendo superada, a medida que se va abriendo paso la concepción del internacionalismo personalista y aparece el protagonismo de los intereses privados, ya presente también en la construcción savignyana⁴³.

La idea de "conflicto" fue deshechaza por los autores partidarios de una concepción particularista del DIPr., opuesta al universalismo defendido hasta finales del s. XIX por determinados autores, aunque ciertamente también desde distintas concepciones (F.K. von Savigny, P.S. Mancini, A. Pillet, entre otros)⁴⁴. En este momento histórico (finales del s. XIX y primeras décadas del s. XX) se sitúa un segundo hito en las relaciones entre el DIPr y el DIP, cuando –como indicó J.D. González Campos- la ciencia del DIPr recibe el impacto del positivismo como método jurídico y se afirma el carácter estrictamente estatal de sus fuentes⁴⁵.

La función del DIPr no es resolver conflictos, sino regular -de forma adecuada- un tipo especial de situaciones privadas, conectadas por alguno de sus elementos con, al menos, dos sistemas jurídicos⁴⁶. Ahora bien, puede verse en la concepción de H. Batiffol que también subyace la idea de confrontación de sistemas jurídicos⁴⁷. Esto es, su planteamiento sobre la "coordinación de sistemas" –heredero de la noción savignyana de la armonía internacional de decisiones- también está presidido por la existencia de sistemas jurídicos coexistentes en la comunidad internacional, que hacen inevitable que tenga que existir un Derecho propio de esta sociedad, que permita que los particulares crucen las fronteras de los Estados sin verse limitados o coartados por obstáculos irremediables⁴⁸.

⁴² Véase, F. RIGAU, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale (Cours général)*, *Recueil des cours*, 1989-I, vol. 213, p. 162.

⁴³ Véase, M. AGUILAR NAVARRO, *Divagaciones*, *cit.*, p. 153.

⁴⁴ Como señalara R. AGO, "la idea de un conflicto o de un concurso de leyes está fuera del orden jurídico nacional, para el cual las leyes de otros sistemas jurídicos no pueden tener valor jurídico por sí mismas" (*cfr.*, *Règles générales des conflits de lois*, *Recueil des cours*, 1936-IV, vol. 58, p. 278).

⁴⁵ Véase, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Prólogo* de, F.J. Zamora Cabot, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho antritrust de los Estados Unidos*, Madrid, 2001, p. 16.

⁴⁶ P. Lalive destacaba esta función de "reglamentación" (*Entscheidungsrecht*) del DIPr, que no se limita a solucionar un conflicto de leyes, sino que ha de contribuir a aportar una reglamentación adecuada a las cuestiones que suscitan las situaciones internacionales, planteándose después la cuestión de si ha de resolverse la situación de conformidad con alguno de esos sistemas jurídicos [*vid.*, *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)*, *Recueil des cours*, 1977-II (vol. 155), p. 33].

⁴⁷ Como señalaba el citado maestro, el objetivo del DIPr es la coordinación de sistemas: la coexistencia de sistemas jurídicos de Estados diferentes apela a la utilización de reglas que hagan posible su aplicación conjunta a relaciones que les interesan de forma simultánea [véase, *Principes de Droit international privé*, *Recueil des cours*, 1959-II (vol. 97), p. 444].

⁴⁸ En principio, para Savigny, la idea de la armonía internacional no se vinculaba de forma necesaria a la continuidad espacial. En su concepción, la noción de armonía se relacionaba más con la "igualdad" de todos los ordenamientos (particularismo) y la posibilidad de armonizarlos o coordinarlos a través del nuevo expediente, pero no se planteó de forma concreta las cuestiones relacionadas con la continuidad espacial. Sobre

Tal Derecho, por tanto, ha de tender a un reparto de las competencias legislativas de cada Estado⁴⁹. Como se ha señalado, esta visión "competencialista" centra su atención en uno de los presupuestos del DIPr., la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, pero desdeña el segundo ellos, la vida internacional de la persona⁵⁰. Sin embargo, el estadio actual de evolución del Derecho, que también encuentra reflejo en el DIPr, se caracteriza por un proceso de convergencia, en el que el lema ha dejado de ser la confrontación para transformarse en la cooperación

3.3. *Compromiso del Derecho internacional privado con los valores aceptados por la comunidad internacional*

El cambio operado presenta relación con las circunstancias socio-políticas que tuvieron lugar, en especial, tras la SGM⁵¹. Tras la citada segunda gran contienda bélica mundial se sintió la necesidad de restablecer un "nuevo orden internacional" basado en la cooperación entre las naciones y pueblos de la tierra⁵². Este proceso evolutivo (cambio de comprensión del orden internacional y, al mismo tiempo, de las relaciones entre los Estados) ha tenido también repercusión en la concepción del DIPr⁵³.

Dicho cambio ha supuesto una relativa pérdida de importancia de la noción de confrontación así como de la idea de diversidad de sistemas que han de ser "coordinados" para dar una respuesta satisfactoria a las situaciones privadas internacionales y, en especial, para evitar las situaciones claudicantes⁵⁴. Como se ha señalado, ha tenido lugar un cambio con respecto a la función del DIPr (en particular, con respecto a su concepción), que ya no gravita –como hasta ahora– sobre los presupuestos y condicionamientos del Derecho internacional, sino que ha adquirido sustantividad propia⁵⁵.

Al igual que a finales del s. XIX tuvo lugar una ruptura con la concepción universalista del DIPr (F. Rigaux) y una separación de los dos campos (Derecho internacional y DIPr), al

la noción y desarrollo de la armonía internacional de decisiones véase, G. SPERDUTTI, *Théorie du droit international privé, Recueil des cours*, 1967-III, vol. 122, pp. 190 y ss.

⁴⁹ Véase, H. BATIFFOL, *Principes*, cit., p. 442.

⁵⁰ Véase, M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado*, *Rev. esp. dr. int.*, 1970, p. 757.

⁵¹ Ahora bien, debe considerarse también la existencia de factores más recientes que, a juicio de la doctrina, están determinando una configuración de un nuevo sistema mundial, a partir de la década de los 90 del s. XX. Véase, C. DEL ARENAL, *El nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales, Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco)*, Madrid, 1993, pp. 79 y ss.

⁵² Se trata del "clima de cooperación internacional", al que hiciera referencia autorizada doctrina (M. Díez de Velasco), existente después de 1945. Para las características del citado nuevo orden mundial véase, C. JIMÉNEZ PIERNAS, *Reflexiones sobre el método del Derecho internacional público* en, *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor J. González Campos*, Tomo II, Madrid, 2005, pp. 377 y ss.

⁵³ O, dicho de otro modo, el DIPr constituye una expresión jurídica del deber de los Estados de cooperar mutuamente [véase, J.A. CARRILLO SALCEDO, *Le renouveau du particularisme en droit international privé, Recueil des cours*, 1978-II (vol. 160), p. 256].

⁵⁴ M. Aguilar Navarro se refiere al "Derecho internacional de la coexistencia", para hacer referencia a una etapa de la historia en la que el mundo estuvo dividido en dos bloques durante la Guerra Fría (véase, *Crisis y reajuste*, cit., pp. 439-440).

⁵⁵ Véase, B.A. WORTLEY, *The interaction of Public and Private International Law today, Recueil des Cours*, 1954-I (vol. 85), pp. 255 y ss.

haber adoptado una concepción particularista (en especial, de las fuentes del DIPr), en el momento actual tiene lugar una nueva ruptura. En este caso, en el ámbito de la función, pues (en el caso del DIPr) ya no deriva de una concepción concreta adoptada en el Derecho internacional (en cada época o período), sino que tiene sustantividad propia.

Decir que el DIPr tiene una función sustantiva significa dar un nuevo paso en relación con su autonomía del Derecho internacional⁵⁶. Así, la existencia de distintos ordenamientos estatales es un presupuesto del DIPr, pero ya no condiciona su función (o, al menos, no tiene por qué hacerlo). Si bien no cabe decir que exista una absoluta ruptura con el Derecho internacional, dicho vínculo se establece de otro modo, en particular, se retoma por la base, por la propia existencia de las relaciones internacionales (y sociedad internacional), pero no se adopta una metodología compartida con el Derecho internacional (como sucedió, en particular, en la Edad Moderna).

Así, la época actual, caracterizada de convulsa tanto en la esfera interna como internacional, permite una renovación en la comprensión de la función del DIPr en el nuevo panorama de las relaciones internacionales⁵⁷. Se trata de la realidad material, esto es, de la dimensión ecológica o material de la sociedad internacional, sobre la que (el Derecho internacional –y también el DIPr) ha de inquirir (para su elaboración científica) en situaciones de crisis y cambio, como las actuales⁵⁸.

Así, el sistema de DIPr ya no sólo tiene la finalidad u objetivo dar una respuesta satisfactoria a las situaciones privadas internacionales, que evite las situaciones claudicantes (interestatales), sino que ha de estar comprometido con los valores comúnmente observados por la sociedad y comunidad internacionales y, en particular, con el valor del interés superior del menor, con la solidaridad internacional (G. Scelle) y con la diversidad cultural, entre otros.

Y, en concreto, este sistema ha de estar comprometido con la sociedad, promoviendo los valores que reconocen los textos internacionales y Constituciones. Y, entre ellos, destacan, sin duda, los derechos humanos y la protección del más débil⁵⁹. Por ello, su función consiste en lograr la plena realización de los derechos humanos de las personas y de todos los colectivos (menores, jóvenes, mujeres, personas adultas, migrantes, entre otros) cuando se está en presencia de una situación privada internacional.

Así, tiene lugar en el momento actual un giro de la función del DIPr, que no es ya sólo la tradicional o clásica, sino que se trata de una función orientada hacia el logro de la efectividad de los valores materiales de la actual comunidad internacional (protección de la vida, de la libertad individual, etc)⁶⁰. Y, en especial, del derecho a la igualdad y el libre

⁵⁶ Si se establece la diferencia entre función adjetiva y sustantiva, la primera indica la falta de independencia con respecto al Derecho internacional (origen histórico, construcción científica y evolución posterior). Así, la función del DIPr ha estado condicionada o supeditada a una concepción determinada seguida por el Derecho internacional a lo largo de su configuración histórica y, en particular, tras el surgimiento de la noción de Estado en la época moderna. La noción de soberanía también ha tenido influencia en dicha comprensión, que ha marcado la función del DIPr hasta la actualidad de una forma subrepticia o poco visible.

⁵⁷ Para la caracterización de las relaciones internacionales en el momento actual véase, C. DEL ARENAL, *El nuevo escenario*, cit., pp. 79 y ss.

⁵⁸ Véase para el Derecho internacional, C. JIMÉNEZ PIERNAS, *Reflexiones sobre el método del Derecho internacional público* en, *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor J. González Campos*, Tomo II, Madrid, 2005, p. 385, quien sigue a D. FISICHELLA, *Epistemología y ciencia política*, *Revista de Estudios Políticos*, 1986, n° 54, pp. 54-58.

⁵⁹ Véase, M. AGUILAR NAVARRO, *Crisis y reajuste del Derecho internacional privado*, *Rev. esp. dr. int.*, 1954, p. 436.

⁶⁰ Como indica la mejor doctrina, la función del DIPr consiste en situar al hombre perfectamente para que pueda realizar su dimensión personal (dignidad) en escala universal. Por tanto, el DIPr ha superado ya su orientación liberal de tutela del interés del nacional (frente al extranjero) o la satisfacción del interés del mercader (en relación con las operaciones del tráfico mercantil o comercial), sino que se trata de la protección del hombre

desarrollo de la personalidad y, para ello, el reconocimiento de la diversidad intrínseca al ser humano (diversidad cultural).

Por tanto, la función de este nuevo DIPr de principios del s. XXI no es ya la coordinación de sistemas, sino la plena realización de los derechos humanos de las personas (de su dignidad). De otro lado, como corolario necesario de la afirmación anterior, dicha función ya no es única. La diversidad de ámbitos que integran su contenido, la fuerte especialización de los ordenamientos internos y la complejidad que pueden llegar a alcanzar las situaciones privadas internacionales, teñidas por distintos factores (y, entre ellos, el socio-económico, aunque no sólo), permite pensar en el carácter pluri-funcional del DIPr, presidido, en todo caso, por la efectividad de los derechos humanos⁶¹.

3.4. *Presupuestos del Derecho internacional privado y sociedad multicultural*

Como se ha señalado, la diversidad cultural no sólo es un valor de la actual comunidad internacional, sino también una función del DIPr y, de otro lado, modifica uno de los tradicionales presupuestos sobre los que se ha construido esta disciplina científica. Podría decirse que la diversidad cultural (jurídica) ha sido uno de dichos presupuestos del DIPr desde su nacimiento, pues, por definición, el fraccionamiento jurídico del mundo derivado de la existencia de Estados nacionales conlleva la idea de cierta diversidad.

Así, si se parte del hecho de que la diversidad cultural constituye el presupuesto para la formación de sociedades multiculturales, la primera de las nociones encuentra un sentido específico en el Derecho y, en concreto, en el campo del DIPr, uno de cuyos presupuestos es, como se sabe, la existencia de una pluralidad de ordenamientos que, a su vez, pueden ser diversos entre sí. Sin embargo, se trataba de una diversidad relativa, en la medida en que, como se sabe, la construcción savigniana de la “comunidad internacional” partió de la idea de igualdad del contenido de los ordenamientos existentes en la sociedad internacional de la época (“sociedad grociana”).

Como ha señalado la doctrina, el pensamiento de F.K. von Savigny se caracterizó por la superación del citado fraccionamiento jurídico como consecuencia de la búsqueda del espíritu del pueblo, constituida por un espíritu ideal, en el que se establecía una convivencia y comunicación entre todos los pueblos, basada en el Derecho romano y, más concretamente, en el Código justiniano⁶².

Por ello, puede afirmarse que el DIPr se ha construido sobre la idea de la existencia de pluralidad de ordenamientos (nacionales), pero no sobre la idea de la “diversidad” existente entre ellos. La noción de diversidad jurídica (cultural) es posterior en el tiempo,

en cuanto persona, quedando así protegidas todas sus otras dimensiones (véase, M. AGUILAR NAVARRO, *Crisis, cit.*, p. 435).

⁶¹ A consecuencia de su necesaria adaptación a las circunstancias sociales, económicas y políticas del momento histórico actual. Véase, M. GUZMÁN ZAPATER, *Sobre la función, cit.*, pp. 1619 y ss.

⁶² Véase la obra de Savigny en español en, *Sistema de Derecho romano actual*, trad. de J. Messía y M. Poley, Madrid, 1875; y concretamente el tomo 6, libro III, dedicado al “Imperio de las reglas del Derecho sobre las relaciones jurídicas”, pp. 123 y ss. Véase, F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad moderna*, F. Fernández Jardón (trad.), Madrid, 1957, ed. J.L. Monereo Pérez, Granada, 2000, p. 349.

como se ha señalado *supra*. La propia idea de cultura es también posterior, en la medida en que es consecuencia del reconocimiento de la diversidad cultural y, por ende, de la diversidad cultural jurídica (s. XVIII).

Ahora bien, según la concepción de teoría política que se siga, se afirma que el Derecho (ni el DIPr) no ha de construir respuestas para una sociedad multicultural sino –en todo caso- plural, en la que conviven personas que proceden de distintas partes del mundo⁶³. Pero, en todo caso, esta afirmación no es óbice para reconocer el valor de la diversidad cultural existente en la actual comunidad internacional, en la que –como se ha señalado- tienen cabida las señas de identidad del género humano y, por ello, su propia diversidad (L. Ferrajoli), como se ha indicado *supra* (y que repercute en la función del DIPr).

De otra parte, el cambio de siglo ha servido para justificar la realización de valoraciones o recapitulaciones acerca del "modo" en el que se presenta el sistema de DIPr en el momento actual. Se plantea una pregunta abierta en los siguientes términos: ¿progreso o involución?⁶⁴ Sin embargo, este planteamiento presenta cierto formalismo, al centrarse en las técnicas y métodos de reglamentación, prescindiendo del análisis del objeto del DIPr., las situaciones privadas internacionales. Y, sobre todo, de las especialidades que plantea en las actuales sociedades multiculturales, en las que puede haber desaparecido el elemento extranjero (al tratarse de personas originariamente extranjeras que dejan de serlo, tras la adquisición de la nacionalidad del país de residencia), pero permanece el factor cultural.

En ocasiones anteriores he tratado la cuestión del método en DIPr, en particular, la forma en la que cabe dar respuesta a las situaciones privadas internacionales multiculturales pero en ésta me voy a centrar en las herramientas, dadas las limitaciones de espacio y tiempo que impiden abordar ambas cuestiones en esta sede⁶⁵. Cabe realizar, por ello, una reflexión sobre los expedientes que emplea el DIPr para dar respuesta a las cuestiones que se plantean relacionadas con la citada "multiculturalidad de inmigración" (W. Kymlicka).

Ahora bien, el "método del reconocimiento", que permite interpretar el sistema de DIPr con arreglo al principio de la integración social, constituye el marco que explica la función del orden público en las actuales sociedades multiculturales (véase *infra*).

4. Orden público y comunicación intercultural entre ordenamientos

4.1. Diversidad cultural y orden público

⁶³ Se sigue a G. SARTORI, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, 2001, p. 61.

⁶⁴ Véase, S.C. SYMEONIDES (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, International Academy of Comparative, 2000, *passim*.

⁶⁵ Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, 2009. De otro lado, la doctrina señala que cada método que emplea el legislador en DIPr tiene su propia "teoría general", ya que se trata de diferentes formas de ofrecer una construcción de conjunto del modo en que actúan los sectores del DIPr así como los mecanismos que utiliza esta disciplina. Y, en concreto, se refiere a tres. A saber: el clásico método de localización espacial de la relación jurídica, el método material, el método de referencia al ordenamiento extranjero competente, y el consistente en la aplicación generalizada de la ley del foro [véase, P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé (Cours général de droit international privé)*, *Recueil des cours*, 1999 (vol. 276), pp. 26-27].

Si, como se ha señalado *supra*, la diversidad cultural es un valor reconocido por la comunidad internacional, de un lado y, de otro, constituye una nueva función del DIPr, han de ser adaptadas sus expedientes para su logro y, de forma particular, el orden público, pues se ha empleado con carácter principal para dar respuesta a las cuestiones que se presentan cada vez con más frecuencia en las sociedades multiculturales⁶⁶.

Como se sabe, se trata de una herramienta pensada para descartar la aplicación de un Derecho extranjero o para impedir el reconocimiento en el foro de las decisiones extranjeras que sean incompatibles con los principios o valores superiores del foro⁶⁷. Esta concepción de la función del orden público como excepción procede de la obra de F. K. von Savigny, para el que se trataba de una “defensa” de los valores de la civilización occidental (cristina), al tratarse de la única que contemplaba el citado autor integrante de la denominada comunidad de ordenamientos⁶⁸.

Como se ha señalado *supra*, se trataba de una comunidad de Derecho entre los diferentes pueblos (“*völkerechtliche Gemeinschaft*”) integrada por las naciones de la órbita occidental, que compartían los mismos valores, correspondientes a la civilización cristiana⁶⁹. En este contexto, se comprende que el citado orden público constituyese una herramienta para la defensa de tales valores frente a ordenamientos extranjeros (excepción). De otro lado, la metodología comparada o el ámbito comparado aplicado al Derecho no se encontraba desarrollado, pues las reflexiones que se realizaban desde la órbita occidental tenían alcance universal, esto es, era aceptables (exportables) a todas las partes del Planeta (ya conocido).

Sin embargo, la inicial noción de orden público ha evolucionado, de tal forma que se ha ido aceptando la idea de que actúe con menor intensidad cuando se trata de reconocer en el foro las relaciones constituidos al amparo de ordenamientos extranjeros. Pero, al mismo tiempo, se critica la insuficiencia de la acción atenuada del orden público para dar respuesta a las cuestiones que se suscitan -cada vez con mayor frecuencia- en relación con las

⁶⁶ En este sentido, se ha considerado que el orden público es el instrumento más idóneo para gestionar los “conflictos de culturas” que provoca la concurrencia de modelos familiares que son expresión de modelos ideológicos diferentes. Véase, Resolución del Instituto de Derecho Internacional en la Sesión de Cracovia de 2005 sobre “*Diferencias culturales y orden público en el Derecho internacional privado de familia*”, *Anuario de Derecho Internacional*, Sesión de Cracovia, vol. 71-I, 2005, pp. 11-15.

⁶⁷ En principio, los términos de la comparación son los siguientes: el contenido esencial del derecho fundamental, que expresa los valores superiores del foro, de un lado; y de otro, el efecto que produce en el foro la aplicación de la ley extranjera (véase, F. MOSCONI, *Exception*, cit., p. 107). Ahora bien, para otro sector, el orden público no actúa frente al ordenamiento extranjero como conjunto normativo, sino frente a una parte, constituida por las concretas disposiciones incompatibles con los valores del foro (véase, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Los problemas de aplicación de la norma de conflicto: una concepción internacionalista y funcional* en, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Madrid, 2005, p. 1133).

⁶⁸ Como señala la doctrina, para Savigny el orden público era el expediente necesario para impedir que se aplicasen en el foro ordenamientos extranjeros, que no pertenecían a la civilización occidental y, en especial, en el contexto histórico del referido autor, la otomana. Por ello, el “conflicto de civilizaciones” estaba latente en dicho planteamiento y, de ahí, también la función del orden público como excepción (véase, S.L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo* en, CALVO CARAVACA, A.L./BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, p. 266).

⁶⁹ Cabe recordar que el concepto de pueblo para Savigny no es la realidad política y sociológica de la nación histórica sino una individualidad ideal, la comunidad espiritual y cultural que se constituye mediante inconscientes prácticas creadoras (véase, F. WIEACKER, *Historia*, cit., p. 362). Como señala la doctrina, al haber basado Savigny su teoría sobre la idea de una “comunidad de Derecho entre los diferentes pueblos” no piensa en un conflicto entre sistemas jurídicos, sino en sus puntos de conexión [véase, H.H.L. BELLOT, *La théorie anglo-saxonne des conflits de lois*, *Recueil des cours*, 1924-II (vol. 3), p. 135].

circunstancias personales y familiares en el contexto de las actuales sociedades de inmigración y multiculturales⁷⁰.

Algunos autores se refieren al “afinamiento de la excepción de orden público”, que fije las condiciones de su actuación, pero que no evite la consulta del Derecho extranjero ni la posibilidad de apreciar el resultado de su aplicación en un concreto caso⁷¹. También se menciona el “orden público de adaptación”, que introduce un significativo grado de dificultad en el razonamiento que ha de realizar el operador jurídico⁷²; así como la “vinculación interior del orden público”, entendiéndose por tal que su acción depende de la mayor o menor conexión de la relación con el foro, de tal forma que es menor cuanto menor es también la vinculación entre la situación y el foro⁷³. Y el “orden público de desarrollo”, que permitiría moldear la institución extranjera para hacerla más aceptable ante los ojos del foro⁷⁴.

En todo caso, en el marco de la progresiva conformación de las sociedades multiculturales ha de cambiar -de forma significativa- la comprensión de la función del orden público⁷⁵. Las actuales sociedades multiculturales demandan realizar una interpretación del orden público, como ha destacado autorizada doctrina, con la finalidad principal de verificar hasta qué punto los derechos fundamentales pueden ser interpretados de conformidad con el valor de la diversidad cultural⁷⁶.

Por tanto, no se trata de que el orden público actúe con menor intensidad (efecto atenuado), sino de que su acción sea limitada o reducida, funcionando, más bien, como cláusula de salvaguardia, que permita -al mismo tiempo- la “comunicación intercultural entre ordenamientos” y, ello, con la finalidad de promover la continuidad espacial de las decisiones (véase *infra*). De otro lado, el citado orden público ha de ser entendido, en todo caso, en relación con los derechos fundamentales del foro⁷⁷. Ahora bien, no ha de tenerse una concepción estricta o unívoca de tales derechos, pues, de lo contrario, se promueven las decisiones claudicantes, contrarias a la función prístina del DIPr (continuidad espacial)⁷⁸.

⁷⁰ Véase, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe, en BORRÁS, A./MERNISSI, S. (ed.), *El islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Barcelona, 1998, p. 169.

⁷¹ Véase, P. HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public*, *Rev. cit. dr. int. pri*, 1997, pp. 1-31.

⁷² Véase la presentación que hace de esta función del orden público, utilizando ejemplos de la jurisprudencia alemana, así como propuestas doctrinales en este sentido, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000, p. 46.

⁷³ Para una reciente y exhaustiva aportación sobre este particular véase, N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, 2007, esp. margs. 275 y ss.

⁷⁴ Véase, P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé, polygamie et répudiation*, Paris, 1972, pp. 109 y ss.

⁷⁵ La doctrina señala en este sentido que la actual sociedad multicultural requiere dejar al margen el viejo fantasma del orden público, de un lado, y de otro, una flexibilización de dicho expediente que no atente contra los valores constitucionales, pero que al mismo tiempo, permita encontrar soluciones materialmente justas (véase, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *La sociedad europea multicultural*, cit., p. 196).

⁷⁶ Dicha nueva interpretación requeriría, de otro lado, considerar que el orden público está integrado más que por los derechos del hombre por los contenidos más específicos de una aproximación de Derecho comparado. Véase en este sentido, G. SALAME, *Le devenir de la famille en Droit international privé. Une perspective postmoderne*, Aix-en-Provence, 2006, pp. 457 y ss.

⁷⁷ Así lo indica la generalidad de la doctrina española y, de forma específica, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado*, *Revista de Derecho Privado*, 1998, p. 547.

⁷⁸ Véase también este planteamiento de la acción del orden público en, G. SALAMÉ, *Le devenir*, cit., p. 460. La autora hace referencia a que una concepción cerrada del orden público (etnocéntrica) basada en los derechos fundamentales considerados de forma estricta conduce a situaciones claudicantes en DIPr y compartimenta los sistemas jurídicos.

Por ello, tiene lugar un cambio en la concepción de la acción del orden público, que se concreta en los derechos fundamentales (de la persona extranjera). Y, en segundo término, hay que identificar hasta qué punto el derecho fundamental puede asumir la diversidad – cultural- presente en las actuales sociedades multiculturales⁷⁹. Esto es, es preciso realizar una valoración acerca de hasta qué punto cabe dejar de considerar el derecho fundamental tal y como es entendido en el Derecho español con la finalidad de dar entrada a la diversidad cultural (jurídica), en la medida en que la norma de conflicto reclama la aplicación de una ley extranjera.

Por tanto, la actuación del orden público se relaciona de forma directa con el alcance de las normas de aplicación necesaria, esto es, con el contenido (esencial) de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que no puede quedar establecido con carácter unívoco, sino atendiendo a la diversidad cultural actual, determinada –en gran medida- por la creciente presencia de personas inmigrantes extranjeras en los países occidentales⁸⁰.

La cuestión se centra, no tanto en determinar qué contenidos de una legislación extranjera son incompatibles con los valores superiores del ordenamiento, sino en delimitar el alcance de la acción de las normas imperativas. Por tanto, no se trata tanto de que deje de aplicarse el Derecho extranjero por ser incompatible con el orden público, cuanto de verificar el contenido (esencial) del derecho fundamental⁸¹.

Así, se trataría –en primer lugar- de delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales, de forma que no cabe aplicar un Derecho extranjero, cuando se trate de un aspecto comprendido en dicho contenido⁸². En este sentido, cabe recordar que la conformación de las actuales sociedades de inmigración y multiculturales requiere como presupuesto la integración social y, para ello, es necesaria la equiparación en derechos y, en particular, del derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución Española de 1978).

Y, en concreto, la igualdad se traduce en el sistema de DIPr en la acción de las normas imperativas, pero –de otro lado- dicho derecho ha de ser interpretado en el sentido de la “igual valorización jurídica de las diferencias” o, expresado de otra forma en la concepción ferrajoliana, “todos somos iguales en nuestras diferencias”. Lo que permite incluir la especificidad cultural dada por la regulación extranjera, con el límite de su incompatibilidad con los valores superiores del foro.

De otro lado, dicho orden público actúa –en todo caso- una vez que se ha llegado a conocer el Derecho extranjero (y, por ello, no puede considerarse la acción anticipada del

⁷⁹ Véase en este sentido las aportaciones realizadas en el n° 58 de 2006 de la *Revue internationale de Droit comparé*, por L. GANNAGÉ, *Le relativisme de droits de l'homme dans l'espace méditerranéen. Regards du proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman*, pp. 101-1116; A. MEZGHANI, *Quelle tolérance pour les répudiations?*, pp. 61-71; M.-L. NIBOYET, *Regards français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes*, pp. 27-46.

⁸⁰ En este sentido explica la doctrina la evolución de la excepción del orden público en el ámbito de la familia en el DIPr francés hacia una disminución de su actuación por el desarrollo de las normas imperativas (véase, D. ALEXANDRE, *L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français, Le Droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, 1992, pp. 105 y ss).

⁸¹ Y, por este motivo, la doctrina es crítica con respecto a la utilización del orden público de proximidad, justificado en la limitación de las reacciones del orden público (en contra de un Derecho extranjero) exigiendo una vinculación mínima de la relación con el foro (véase, G. SALAMÉ, *Le devenir, cit.*, pp. 464 y ss).

⁸² Véase en este sentido, *inter alia*, F. MOSCONI, *Exception to the operation of choice of law rules*, *Recueil des cours*, 1989-V, vol. 217, p. 143. Para una presentación actual de la relación entre normas de aplicación necesaria y orden público véase B. REMY, *Excepción d'ordre public et mécanisme des lois de police en Droit international privé*, París, 2008; y comentario crítico de este planteamiento por H. MUIR WATT en, *Rev. cit. dr. int. pr.*, 2008, vol. 3, pp. 718 y ss.

orden público), descartando su aplicación si es contraria a los valores superiores del ordenamiento del foro, al no poder ser interpretados tomando en cuenta la especificidad cultural (jurídica) extranjera. Cabe citar a título de ejemplo la regulación de la disolución del matrimonio en el Código de Familia de Marruecos de 2004 (en adelante, CFM)⁸³.

No puede dejar de aplicarse el Derecho marroquí, considerando que es incompatible con el orden público, pues, por el contrario, si se interpreta el derecho a la igualdad según las pautas (culturales) del Derecho islámico, puede comprenderse que se hayan mantenido estas diferencias (A. Ounnir), presentes en la forma en la que se concibe la disolución del matrimonio⁸⁴. Sin embargo, ello no impide que se hayan introducido criterios nuevos, que permiten a ambos cónyuges solicitar la extinción del matrimonio a través del mismo procedimiento y alegando la existencia de desavenencias (art. 97 del CFM).

Así, podría pensarse, p.ej., en la posibilidad de que las autoridades españolas declarasen el *talaq* (renuncia al pacto del matrimonio) presentado por una mujer marroquí o por un hombre de esta nacionalidad, cuando se solicita de mutuo acuerdo (art. 114 del CFM). De otro lado, si se aplica el CFM a la disolución del matrimonio, será reconocida la decisión española en dicho país (art. 128 CFM). Y, en este sentido, es preciso tomar en cuenta la noción de integración social propia del DIPr, que requiere que la relación que se constituya en el foro sea reconocida en el ordenamiento de origen de la persona inmigrante o inmigrada.

Por ello, la acción del orden público está matizada –como se ha señalado– por el principio de la integración social, que permite la interpretación del sistema de DIPr cuando se trata de dar respuesta a las situaciones privadas internacionales multiculturales. Por último, no se trata solamente de que el orden público actúe de forma atenuada, sino limitada, esto es, como cláusula y no como excepción⁸⁵.

4.2. El orden público como “cláusula de salvaguardia” y comunicación intercultural

El orden público se convierte así en una cláusula de salvaguardia, esto es, un límite a la posibilidad de que el foro acepte las particularidades o especificidades culturales de la ley extranjera, porque no lo permite el sentido en el que está regulado dicho derecho fundamental, no sólo en el ordenamiento del foro sino en la comunidad internacional. Cabe apreciar, por ello, cierta diferencia entre la concepción del orden público como excepción o como cláusula. La principal se encuentra en que, como excepción, tiene carácter rígido⁸⁶, esto

⁸³ Véase, K. OUALD ALI, *La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí* en, J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ (dir.), *Inmigración, familia y Derecho*, Madrid, 2011, pp. 289 y ss.

⁸⁴ Para la posición del Derecho islámico en relación con los textos sobre derechos humanos véase, K. KREUZER, *International Instruments on Human Rights and Shariah Law, Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 343 y ss.

⁸⁵ Para el funcionamiento del orden público como excepción véase, entre otros, F. MOSCONI, *Exception*, cit., pp. 26 y ss. De otro lado, como señala A. BORRÁS RODRÍGUEZ, es necesario flexibilizar la acción de las normas de aplicación (de la norma de conflicto) y, en concreto, del orden público, que ya no puede interpretarse en el sentido de que se deje de aplicar una ley extranjera por el hecho de que contradiga los principios básicos del ordenamiento del foro, ya que esta solución puede ser injusta desde el punto de vista material en el actual contexto de la formación de sociedades de inmigración y multiculturales [véase, *Europa multicultural. El caso de España* en, A. BORRÁS/S. MERNISSI, (ed.): *El islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Barcelona, 1998, p. 159].

⁸⁶ Para un análisis del funcionamiento rígido de la excepción de orden público y de su carácter flexible como cláusula en relación con la actual conformación de sociedades de inmigración y multiculturales, véase, H.

es, su acción tiene lugar cuando se dan las circunstancias que son valoradas como de orden público⁸⁷.

En cambio, como cláusula permite llegar al contenido de la legislación extranjera, hacer un estudio de la institución y verificar si la regulación es incompatible con los valores del foro (tomando en cuenta la especificidad cultural dada por el Derecho extranjero)⁸⁸. Por tanto, como cláusula, su acción puede ser matizada y, en todo caso, no permite la actuación anticipada del orden público⁸⁹. Esta forma de proceder sólo se justifica cuando el orden público es observado como una excepción que, en la medida en que la autoridad aprecia la incompatibilidad con los valores superiores del ordenamiento, no permite dejar de utilizar la excepción para descartar la legislación extranjera.

Sin embargo, en el marco de la conformación de las sociedades multiculturales cambia la función del orden público, al actuar –en todo caso– una vez que se ha llegado a conocer el Derecho extranjero, descartando su aplicación si es contrario a los valores superiores del foro, que no pueden ser interpretados tomando en cuenta la especificidad cultural (jurídica) extranjera⁹⁰. Por ello, una mera diferencia en cuanto al contenido de un Derecho extranjero no justifica dejar de aplicarlo, sino que hay que conocer su interpretación para valorar en qué medida puede vulnerar el derecho fundamental⁹¹.

Por tanto, concebido el orden público como cláusula de salvaguardia de los derechos humanos y, en particular, fundamentales de la persona (con independencia de su nacionalidad), al emplearse como límite cuando no cabe interpretar los valores que presiden el ordenamiento del foro con arreglo a las particularidades culturales de una legislación extranjera, permite la comunicación intercultural entre ordenamientos⁹². Y, dicha comunicación tiene lugar a través de la comparación.

AGUILAR GRIEDER, *Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en Derecho internacional privado en, Cuestiones actuales de Derecho comparado*, La Coruña, 2003, pp. 244 y ss.

⁸⁷ Véase en este mismo sentido, P. HAMMJE, *Droits fondamentaux, cit.*, pp. 12 y ss.

⁸⁸ Véase en parecido sentido, P. ABARCA JUNCO, *La regulación de la sociedad multicultural en, Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 178; A. QUINONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración, cit.*, pp. 60-61. Cabe citar la SAP de Barcelona (sección 12ª), de 6 de abril de 2000 (rec. nº 1138/1999-R), que considera que la legislación marroquí relativa al repudio y al divorcio (en el antiguo Código del Estatuto Personal de Marruecos), no es contraria al orden público, sino sólo distinta a la seguida por el Código civil español tras la Ley 30/1981 (BDA, AC 2001\1088).

⁸⁹ Puede ponerse como ejemplo de la acción del orden público como excepción, la SAP de Murcia núm. 166/2003 (Sección 1ª), de 12 de mayo, en la que la autoridad judicial, incluso, se anticipa a la posibilidad de averiguar el contenido de la legislación extranjera (la legislación marroquí sobre la disolución del matrimonio), para indicar que el orden público actúa de forma anticipada [recurso de Apelación núm. 66/2003 (BDA, AC 2003\1676)].

⁹⁰ La doctrina hace referencia en este sentido al orden público entendido como preocupación de justicia material [véase, H. GAUDEMET-TALLON, *Cours général. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, Recueil des cours, 2005, vol. 312, p. 275].

⁹¹ Y, en este sentido, la doctrina hace referencia al proceso de secularización, especialización y flexibilización que experimenta en el momento actual el orden público. Véase, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad en, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Alcalá de Henares, 2001, pp. 332-333.

⁹² Para la interpretación del orden público internacional con arreglo a los derechos humanos véase, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *¿Orden público europeo versus orden público nacional de cada Estado?* en, N. BOUZA/C. GARCÍA/A.J. RODRIGO (dirs.), *La gobernanza del interés público global*. XXV Jornadas de la AEPDIRI, Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013, Madrid, 2015, pp. 145 y ss.

Así, el orden público como cláusula permite llegar al contenido del Derecho extranjero, establecer una comparación con la regulación dada por el ordenamiento del foro, así como una valoración sobre su eventual incompatibilidad con sus principios superiores⁹³. Tras dicha valoración, puede establecerse cierta equivalencia en cuanto a la función que desarrollan las instituciones en uno u otro caso, sin que actúe la excepción de orden público desde un primer momento⁹⁴.

En este sentido, el maestro M. Aguilar Navarro señalaba las nociones de mínima equivalencia o afinidad entre las instituciones como presupuesto del DIPr durante el período de la Guerra Fría (o de coexistencia)⁹⁵. Sin embargo, la necesidad de comunicación y cooperación internacional se ha acentuado en el momento actual y requiere el empleo de nuevas herramientas, distintas de las utilizadas desde la “lógica de la coordinación” y que se orienten hacia la convivencia (y mayor compatibilidad) de sistemas⁹⁶, para lo que cabe emplear el “método comparado” como herramienta⁹⁷.

Ahora bien, frente a las posiciones mantenidas por las corrientes comparadas en épocas anteriores, que han sucumbido ante los planteamientos formalistas de las postrimerías del positivismo, en el momento actual dicho método comparado presenta una renovada vitalidad, a consecuencia de la intensificación de las relaciones privadas internacionales y de la mayor cercanía en la que se encuentran los ordenamientos entre sí y, por ello, capacidad de mutua influencia⁹⁸.

Por todo ello, no puede dejarse de aplicar el Derecho marroquí –siguiendo el ejemplo señalado *supra*- considerando que es incompatible con el orden público, sino que, por el contrario, si se interpreta el derecho a la igualdad según las pautas (culturales) del Derecho islámico, se comprende que se hayan mantenido estas diferencias, presentes en la forma en la que se concibe la disolución del matrimonio⁹⁹. Dicha comunicación intercultural se relaciona, por otro lado, con el “método del reconocimiento” (véase *infra*) y, por ello, si se permite la aplicación del Derecho de Marruecos a la disolución del matrimonio, se consigue que la decisión española sea reconocida en el citado país (art. 128 del CFM).

Por tanto, entendido como cláusula de salvaguardia, el orden público es un límite a la posibilidad de que el foro acepte las particularidades culturales de la ley extranjera, porque no lo permite el sentido en el que dicho derecho está regulado, no sólo en el ordenamiento

⁹³ La doctrina habla, en sentido parecido, de un orden público específico destinado a la defensa de los derechos fundamentales (véase, P. HAMMJE, *Droits fondamentaux, cit.*, pp. 19 y ss).

⁹⁴ Cabe citar, de forma particular, la jurisprudencia alemana, cuando se trata de la aplicación del Derecho iraní sobre la disolución del matrimonio, en particular, cuando lo solicita la mujer a cambio de una compensación. Véase la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH), de 6 de octubre de 2004, comentada por TH. RAUSCHER, *Iranischrechtliche Scheidung auf Antrag der Ehefrau vor deutschen Gerichten* (zu BGH, 6.10.2004), *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts.*, 2005-4, pp. 313 y ss.

⁹⁵ Véase, M. AGUILAR NAVARRO, *Crisis y reajuste, cit.*, p. 437.

⁹⁶ P.ej., el expediente del "reenvío" sólo encuentra cabida en un método de coordinación. Para una visión actualizada véase, entre otros, A. PÉREZ VOITURIEZ, *El reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada*, *Revista de Derecho Notarial*, 1995, pp. 257-337.

⁹⁷ Para las características del método comparado véase, K. ZWEIGERT, *Méthodologie du Droit comparé, Mélanges offerts à Jacques Maury, Tome I. Droit international privé et public*, Paris, 1960, pp. 579 y ss.

⁹⁸ Véase, H. BATIFFOL, *Les apports du Droit comparé au Droit international privé, Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, 1976, pp. 113 y ss.

⁹⁹ Para la posición del Derecho islámico en relación con los textos que reconocen los derechos humanos véase, K. KREUZER, *International Instruments on Human Rights and Shariab Law, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 343 y ss.

del foro, sino en la comunidad internacional¹⁰⁰. Así, la falta del recurso a la excepción del orden público (y su utilización como cláusula de salvaguardia) permite la consulta del Derecho extranjero –incluso cuando está en juego el contenido esencial de un derecho fundamental - y su aplicación cuando tal contenido no es incompatible con el referido contenido esencial, lo que –como se ha señalado- sucede en este caso, al no poder considerar que la actual regulación que prevé el CFM relativa a la disolución del matrimonio es incompatible con el derecho a la igualdad entre hombre y mujer.

De otra parte, si se plantea la cuestión desde la perspectiva del reconocimiento de decisiones, esto es, de permitir que despliegue efectos en el foro la decisión extranjera, no cabe analizar el contenido del Derecho marroquí, sino las concretas consecuencias que tiene la decisión en nuestro ordenamiento, habida cuenta, de otro lado, que en nuestro sistema jurídico se permite que la disolución sea solicitada por cualquiera de los cónyuges –como se sabe- tras la reforma del CC operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio¹⁰¹.

Y, en tercer extremo, por lo que respecta al reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio a través de la fórmula del *talaq* no ha de ser impedido por razones de orden público, dado que interviene la autoridad judicial, que autoriza que los dos *adules* levanten acta de la disolución del matrimonio por *talaq*, de un lado y, de otro, dicha acta ha de estar homologada judicialmente.

Posteriormente el Tribunal ha de pronunciar la decisión en la que queda constancia de forma resumida de todos los extremos: que se han respetado los derechos de la mujer (en especial, de tipo económico), así como que existe un pronunciamiento con respecto a la pensión de alimentos que corresponda –en su caso- a los hijos, cuya manutención es una obligación del padre y, en cuanto al procedimiento, se respeta la presencia de las dos partes, salvaguardando el derecho de defensa de la esposa (que puede considerarse -en este sentido- parte demandada).

Por último, en todo caso, aún dejándose de aplicar el Derecho extranjero, pueden tomarse en cuenta sus especificidades en orden, p.ej., a promover el reconocimiento de la decisión en el país de origen de la persona inmigrante y con la finalidad del más pleno desarrollo de la personalidad, si la especificidad cultural extranjera se corresponde con la ley nacional de la persona actual o de origen¹⁰². Como es sabido, la toma en consideración no consiste, exactamente, en la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino en la posibilidad de considerar su contenido en orden a dar la respuesta por el operador jurídico subsumiéndolo en el supuesto de hecho de la norma del foro¹⁰³.

¹⁰⁰ Para la actuación del orden público como cláusula véase, F. VISCHER, *Der Wandel im Familienrecht und das internationale Privatrecht, Familienrecht im Wandel. Festschrift für Hans Hinderling*, Basel and Stuttgart, 1976, p. 320. Ha de tomarse en cuenta –de otro lado- la crítica que se hace al carácter etnocéntrico de los derechos humanos. Véase, en particular, J. DE LUCAS MARTIN, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, 1994.

¹⁰¹ BOE de 9 de julio de 2005.

¹⁰² Por tanto, incluso si el orden público ha impedido la aplicación del Derecho extranjero, cabría tomar en cuenta sus especificidades para la tutela del libre desarrollo de la personalidad y para promover el reconocimiento de decisiones. Véase, G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, 2009.

¹⁰³ La toma en consideración del Derecho extranjero ha tenido lugar en los casos *supra* citados por la jurisprudencia alemana, en relación con las peticiones de disolución del matrimonio presentadas por las mujeres conforme a ordenamientos de tradición islámica, en los que cabe a cambio de la renuncia, p.ej., a la dote. De otro lado, cabe considerar la ley extranjera (en concreto, la marroquí) cuando se trata de determinar la custodia de los hijos en las situaciones de crisis de la pareja. Si bien es sabido que la mujer no tiene la autoridad paterna (*wilaya*), se proyectan las normas imperativas del foro (art. 154 del CC) impidiendo la aplicación de una

Por tanto, no se trata de la intensidad de la acción del orden público (tomando como ejemplo el caso de su efecto atenuado), sino de su propia intervención. Esto es, se verá reducida su operatividad por el recurso a las normas materiales imperativas del foro, que tutelan –necesariamente– los valores superiores expresados por los derechos fundamentales y los derechos humanos.

4.3. Orden público y método del reconocimiento: la “teoría del límite”

Como puede apreciarse, la noción de orden público entendida como cláusula de salvaguardia se relaciona con un cambio no sólo en la función del DPr en el actual contexto de las sociedades multiculturales, sino también con respecto a la tradicional concepción savigniana de la comunidad jurídica internacional integrada por una pluralidad de ordenamientos nacionales uniformes. El expediente del orden público no puede concebirse ya como una excepción destinada a la defensa a ultranza de determinados valores (del foro) sino como cláusula que modula o moldea la posibilidad de aceptar la diversidad cultural extranjera (en particular, jurídica), una vez que no están en juego los derechos fundamentales de la persona.

Esto es, habrá cuestiones que no puedan regularse por lo que indique una legislación extranjera al tratarse de derechos fundamentales, pero es preciso identificar –en primer lugar– su “contenido esencial”¹⁰⁴. Así, el empleo de la cláusula de orden público permite la aplicación del Derecho extranjero cuando su contenido no es incompatible con el derecho fundamental, lo que sucede en el caso de la regulación de la disolución del matrimonio en el CFM, como se ha señalado *supra*. Esta concepción no empece la acción de las normas imperativas del foro, para la tutela de los derechos fundamentales, que son irrenunciables, pero la diferencia ha de ser entendida en términos de diversidad, como un valor de la comunidad internacional y, en concreto, para el DIPr, la diversidad en sentido jurídico. Esto es, la diversidad intrínseca de los ordenamientos.

Ahora bien, pueden proyectarse sobre la relación privada las normas de aplicación necesaria del foro (p.ej., para la tutela de la igualdad, entendiéndose por tal la igual valorización jurídica de las diferencias). Así, el orden público actúa como cláusula de salvaguardia –cuya acción está limitada–, que como excepción y, en todo caso, está supeditado al “método del reconocimiento”, porque también es preciso verificar –en orden a realizar dicha comparación– si la relación que se constituya en el foro va a ser reconocida en el país de origen de la persona extranjera.

Por ello, el “método del reconocimiento” constituye un límite a la aplicación de las normas imperativas del foro a las situaciones privadas internacionales, en especial, en orden al logro de la integración social de las personas extranjeras, que tiene un sentido específico en el sistema de DIPr, que requiere que se constituyan en el foro las relaciones que puedan

legislación extranjera. De otro lado, la toma en consideración del CFM permitirá el reconocimiento de la decisión en Marruecos. Véase extensamente, G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración*, cit., pp. 336 y ss.

¹⁰⁴ En este sentido, A. QUINONES ESCÁMEZ se refiere al núcleo duro de los derechos fundamentales [véase, *El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas* en, *XVII Jornadas de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales* (1997), Madrid, 1999, pp. 181 y ss]. Pero, en tal caso, no se trata de la acción del orden público sino de las normas imperativas del foro, que regulan determinados aspectos de las relaciones personales y familiares de cualquier persona (con independencia de su nacionalidad).

ser reconocidas en el país de origen de la persona extranjera. Por tanto, el orden público debe dejar de concebirse como una excepción que impide la aplicación de un Derecho extranjero por el hecho de ser diferente con respecto al Derecho del foro y, por ello, considerado incompatible con sus principios y valores superiores.

Entendido como cláusula de salvaguardia (y no como excepción) permite la comunicación intercultural entre ordenamientos, para favorecer la diversidad cultural como valor de la comunidad internacional y función del DIPr en la actual sociedad multicultural europea. Y, en concreto, la concepción *supra* señalada del orden público también se enmarca en esta nueva concepción denominada “método del reconocimiento”, que permite la interpretación del entero sistema de DIPr.

En este contexto, el método del reconocimiento actúa como límite ante la aplicación de las citadas normas imperativas (de aplicación necesaria) del foro, con la finalidad de promover la continuidad espacial de las decisiones. Por tanto, el orden público, entendido como cláusula, permite la comunicación intercultural entre ordenamientos, que hace posible, a su vez, la continuidad espacial de las decisiones.

5. Consideraciones finales

Cabe hacer un conjunto de consideraciones sobre la forma en la que el DIPr gestiona la multiculturalidad existente en la sociedad europea. Es preciso señalar las propuestas doctrinales así como las reformas operadas en los sistemas de DIPr para lograr dar un tratamiento especializado de las cuestiones que se suscita la “convivencia cultural” en la sociedad europea. Y, en particular, por los recientes instrumentos europeos. En todo caso, se entiende la noción de multiculturalidad (sin tomar concreto partido por una opción de teoría política) en sentido descriptivo y la principal demanda consiste la integración social de las personas extranjeras que residen en el país de recepción o acogida.

En principio, cabe recordar que la identidad y la diversidad cultural no son nociones isomorfas. Por ello, su tratamiento ha de ser diferenciado también en el ámbito del Derecho y, en concreto, en el DIPr. Ahora bien, se parte de que la citada diversidad constituye un presupuesto para la formación de las sociedades multiculturales, de un lado. Y, de otro, de que la diversidad cultural es un valor en la actual comunidad internacional (véase *supra*), que se reconoce en la UE y por las instituciones internacionales (UNESCO), que ha de ser canalizado por el DIPr a través de sus herramientas y, en particular, varía la concepción del orden público. De otra parte, en cuanto al método, se ha propuesto en otras ocasiones el “método del reconocimiento”.

Además, como valor, la citada diversidad cultural también repercute en la función del DIPr, una vez que se ha independizado (su concepción) de la más específica del Derecho internacional, para adquirir autonomía y sustantividad propia. Dicha nueva función permite canalizar a través de sus herramientas dicho valor para lograr el más pleno reconocimiento de los derechos humanos. Por tanto, dicha nueva función (tutela de la diversidad cultural) se canaliza mediante el empleo de los expedientes del DIPr, que han de concebirse también de forma distinta para dar respuesta a la multiculturalidad presente en la sociedad europea.

Así, dicho cambio de la función también se refleja en sus expedientes y, en concreto, en la comprensión del orden público que se ha transformado en una cláusula de salvaguardia de tales valores superiores, pero que, al mismo tiempo, permite la comunicación intercultural

entre ordenamientos, para hacer posible la continuidad espacial de las decisiones en la actual “sociedad (internacional) multicultural”. Habiendo sido el orden público el principal expediente empleado para impedir la aplicación en el foro de ordenamientos extranjeros incompatibles con los valores superiores, la forma en la que actúa en el momento actual ha cambiado en la misma medida en que lo ha hecho la función del DIPr.

Y, en particular, a través de una nueva consideración del orden público, para evitar que sea un mecanismo de rechazo (defensa) ante cualquier Derecho extranjero que no exprese la misma concepción que el foro de sus instituciones, en particular, del Derecho de familia. Así, el orden público se convierte en una cláusula de salvaguardia, esto es, impide la aplicación de una legislación extranjera que no respeta los derechos fundamentales de la persona, pero concebidos admitiendo la diversidad inherente al género humano y también la derivada de la cultura, entendida como nivel de observación de segundo orden.

Por tanto, la diversidad cultural se tutela a través de la acción de las normas imperativas que tienen la finalidad de que se respete la igualdad (entendida como la igual valorización jurídica de las diferencias, en la concepción de L. Ferrajoli), distinta de la identidad cultural (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos). Y, en este contexto, el “método del reconocimiento” se erige como límite a la aplicación necesaria de la ley del foro, dado el carácter funcional de la noción de integración, que consiste en la continuidad espacial de las relaciones personales y familiares de las personas que migran (en los países de origen y residencia en el extranjero).

Y, una vez que no actúan las normas imperativas, el orden público se convierte en un expediente o cláusula que hace posible la comunicación intercultural entre ordenamientos, con la finalidad de dotar de continuidad espacial a las decisiones (método del reconocimiento), esto es, para evitar situaciones claudicantes. De otro lado, aún dejándose de aplicar el Derecho extranjero, pueden “tomarse en consideración” sus especificidades en orden, por ejemplo, para promover el reconocimiento de la decisión en el país de origen de la persona inmigrante o inmigrada.

Por ello, es criticable el art. 10 del Reglamento Roma III, al impedir –de plano- la aplicación de un Derecho extranjero, que prevea procedimientos distintos para la disolución del matrimonio para el hombre y para la mujer¹⁰⁵. Si bien en un primer momento puede parecer que no se refiere al orden público, se emplea de forma anticipada. Así, el legislador comunitario ha previsto dos cláusulas distintas de orden público: la primera, el art. 10, que impide la aplicación de un ordenamiento extranjero, en los dos casos que prevé; y la segunda, el art. 12, que recoge la tradicional excepción de orden público internacional, que actúa para descartar la aplicación del Derecho extranjero manifiestamente incompatible con los principios superiores del foro.

¹⁰⁵ Sobre el Reglamento Roma III véase, entre otras, las siguientes aportaciones: P. FRANZINA, *The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n. 1259/2010 of 20 December 2010*, Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre de 2011, vol. 3, n° 2, pp. 85-129; P. GRUBER, *Scheidung auf Europäisch- die Rome III Verordnung*, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2012-5, pp. 381 y ss; M. HERRANZ M. BALLESTEROS, *Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: el Reglamento (UE) n° 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, Revista de Derecho de la UE, 2012, n° 22, pp. 43 y ss; *id.*, *Reflexiones en torno al Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, J.M. SOBRINO HEREDIA (dir.) y C. GARCÍA SEGURA/C. MARTÍNEZ CAPDEVILLA/G. PALAO MORENO (coords.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española*, col. Cuadernos de la Escuela Diplomática, Madrid, 2011.

Por tanto, es criticable el art. 10 del citado Reglamento Roma III, porque el orden público ha de ser entendido como cláusula y no como excepción. Quizás, el tratamiento dado por el legislador comunitario responde a la tímida noción que emplea la CDF y el actual TFUE sobre la diversidad cultural, que no se corresponde con la que recoge la UNESCO. De otro lado, los casos están llegando al Tribunal de Justicia de la UE y, en concreto, cabe citar la cuestión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht* de Múnich, el 11 de junio de 2015 (As. C-281/15, Soha Sayouni c. Raja Mamisch).

Por último, la citada diversidad es un valor de la comunidad internacional, que ha de encontrar también acogida en el sistema de DIPr y, de hecho, afecta a la función y a las herramientas que emplea y, en concreto, al orden público, con independencia del alcance de las normas imperativas del foro que tutelan los derechos fundamentales, interpretados conforme a la diversidad cultural (jurídica).