

# ESTADO DEMOCRÁTICO, POSTMODERNISMO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## DEMOCRATIC STATE, POSTMODERNISM AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO<sup>1</sup>

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FIN DEL MITO UNIVERSALISTA. III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO FRENTE AL ESTADO. IV. UN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MULTICULTURAL. V. ¿EL FIN DEL MITO POSTMODERNO?

Summary: I. INTRODUCTION. II. THE END OF THE UNIVERSALISM MYTH. III. PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN FRONT OF THE STATE. IV. MULTICULTURAL PRIVATE INTERNATIONAL LAW. V. THE END OF THE POSTMODERNISM MYTH.

### I. INTRODUCCIÓN

Hace ya más de tres lustros abordé la evolución del Derecho internacional privado tratando de justificar sus nuevas técnicas normativas y de interpretación sobre la base del pensamiento postmoderno<sup>2</sup>. Cuando con ocasión de la “semana de la ciencia” fui amablemente invitado por la Universidad de Jaén para participar con una intervención en torno al motivo genérico “Democracia y Derecho”, me pareció oportuno rescatar algunas de las reflexiones pasadas, por entonces bastante audaces, pero que vistas quince años después parece confirmarse vigentes, y aun tópicas.

El Derecho internacional privado ofrece un banco de pruebas excelente para medir el alcance real del pensamiento postmoderno, y, en particular, dos de sus postulados esenciales: el fin del mito universalista y la emancipación frente al Estado. Por una parte, la influencia del Derecho público y, singularmente del Derecho constitucional, en la consecución de las libertades individuales y en el desarrollo del principio democrático es tan obvia como engañosa. Como demuestra, sin necesidad de ir más lejos, el Derecho comunitario europeo, contra lo que pudiera pensarse el Derecho

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada.

<sup>2</sup> Vid. “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. XLVI, 1994, pp. 557-585; y “Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* (1996), Madrid, Tecnos, 1997, pp. 149-173.

público es bastante más permeable que el Derecho privado a la evolución y a la armonización. El Derecho privado, en cambio, es más reacio a desprenderse de sus elementos tradicionales y culturales, y el verdadero reto para el desarrollo del principio democrático en el Estado actual radica precisamente en someter al Derecho privado a tales valores. La lectura kelseniana sobre el auténtico valor y la verdadera esencia de la democracia, y la dicotomía entre democracia material y formal se presta asimismo a la distinción de la forma de actuar del principio en el Derecho público y en el Derecho privado.

Por otra parte, el Derecho internacional privado presenta otra ventaja metodológica de partida. Más que ningún otro saber jurídico, el Derecho internacional privado ha evolucionado históricamente en busca de un paradigma con el que enfrentarse a su consustancial complejidad, al caos que introduce en la coherencia y la congruencia del cosmos jurídico el mero hecho de la pluralidad jurídica, de la existencia de distintos universos jurídicos. El noúmeno kantiano se quintaesencia, y el pensamiento moderno necesita un paradigma fuerte para tratar, cuando menos, de convertirlo en un fenómeno manejable. El propio Kelsen, imbuido de este afán depurador propio del pensamiento moderno, ansioso de soluciones universales y no contingentes, no tuvo más remedio que “negar la mayor” para poder construir una teoría pura del Derecho y, no lo olvidemos, del Estado. Dedicó mucho más esfuerzo a reducir el inconveniente, incomparablemente más liviano, de la incorporación del Derecho internacional general a su concepción. Respecto del Derecho internacional privado, se limitó a negarlo. Pero fue una negación consciente. Otros grandes positivistas, como Hart, ni siquiera se plantearon los inconvenientes que la aplicación del Derecho extranjero planteaba a su famosa “regla de reconocimiento”.

El hecho es que la pirámide normativa kelseniana y su mecanismo de validez escalonada hasta la *Grundnorm* quedaba en evidencia si se aceptaba el mero hecho de la eficacia en el sistema jurídico de normas generales y singulares (sentencias) provenientes de un ordenamiento extranjero y cuya validez, en realidad, dependía de un sistema normativo estatal ajeno.

En un documento bastante desconocido y poco considerado en la filosofía del Derecho, Kelsen demuestra con nitidez su postulado respecto del Derecho internacional privado: “No creo que sea correcto caracterizar al Derecho internacional privado como reglas que prevén en un Estado determinado que ciertas relaciones sociales deban regirse por el Derecho vigente en otro Estado, o como reglas jurídicas de un Estado según las cuales el Derecho de otro Estado deba ser aplicado. En efecto, el Estado sólo puede aplicar su propio Derecho o, en una formulación más exacta: el órgano de un Estado únicamente puede aplicar normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de dicho Estado. Pues un individuo sólo es órgano de un Estado en la medida en que crea o aplica normas jurídicas de dicho Estado. La cuestión de determinar a qué sistema jurídico pertenece una norma no se refiere al fundamento de su validez. El fundamento de validez de todas las normas de un sistema jurídico nacional es la

Constitución de la comunidad constituida por dicho sistema jurídico, es decir, la Constitución del Estado de Derecho de que se trata”<sup>3</sup>.

Con todo, Kelsen no podía negar la realidad práctica de que el Derecho internacional privado aboca en ocasiones a aplicar normas y derechos extranjeros y a reconocer la eficacia de sentencias y actos dictados por órganos pertenecientes a otros sistemas jurídicos. Pero su solución parecía sencilla: “Cuando un juez, autorizado por su propia legislación, aplica —como se suele decir— una norma extraída del ordenamiento jurídico de otro Estado, la razón de la validez de dicha norma no es la Constitución de ese otro Estado, sino la Constitución del Estado donde radica el órgano. En consecuencia, también en este caso el juez aplica una norma de su propio Estado. Si se quiere describir correctamente lo que hace el legislador de un Estado cuando promulga una regla de Derecho internacional privado, debe decirse que promulga una norma de contenido idéntico al contenido de una regla jurídica perteneciente al sistema jurídico de otro Estado”<sup>4</sup>.

Por supuesto, la teoría de Kelsen ya tenía su propia traducción en la doctrina del Derecho internacional privado a través de las tesis de la “incorporación formal” o de la “incorporación material”, desarrolladas en los años de esplendor positivista, respectivamente, por D. Anzilotti y R. Ago. Ya por entonces, esta tesis se compadecía mal con el principio de remisión integral al Derecho extranjero, que obliga a calificar, interpretar y determinar el Derecho extranjero conforme a las disposiciones transitorias y a la jurisprudencia del propio país extranjero. Pero hoy en día sería insostenible, por el mero hecho de que existen títulos ejecutivos europeos que, sin proceso alguno de reconocimiento, son directamente ejecutivos en otro Estado, incluso si vulneran normas de desarrollo constitucional como las que garantizan la competencia del juez predeterminado en la Ley.

## **II. EL FIN DEL MITO UNIVERSALISTA**

Pero sin entrar en la discusión filosófica de fondo, nuestro propósito es mostrar cómo el Derecho internacional privado se rebela en su propio objeto frente a la domesticación de cualquier paradigma positivista, anclado en la filosofía moderna, en los planteamientos universalistas kantianos. Desde este punto de vista, por fuerza el Derecho internacional privado había de descubrir antes que cualquier disciplina jurídica que la realidad no es apolínea, sino dionisiaca, que el caos existe y nos enfrenta al reto de aprehenderlo una vez comprendido, mediante soluciones menos universales y paradigmáticas.

Para arrostrar esta tarea, el Derecho internacional privado se enfrentaba, sin embargo, a un paradigma o postulado abiertamente moderno y universalista, sobre el que se había gestado como disciplina científica, atribuido esencialmente a los planteamientos de F.K. von Savigny en el tomo octavo de su “Sistema de Derecho

<sup>3</sup> Vid. “Observations de M. Hans Kelsen” al *Rapport* de G.S. MARIDAKIS sobre “Le renvoi en droit international privé”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, 1957-II, p. 119.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 119-120.

romano actual”. Los planteamientos savignyanos resultan plenamente modernos y, en esencia, la norma de conflicto responde a los postulados de la razón crítica y de la razón práctica. Savigny parte de la creencia de que, en todo momento y lugar, hay una posibilidad racional de desentrañar la naturaleza inmanente de una relación jurídica para asignarle una “sede” de valor universal, garantizando con ello la armonía internacional de soluciones. Las variables culturales no parecen tener cabida en dicha determinación. La subjetividad del intérprete cederá ante la razón universal que justifica la sede de una relación jurídica, de forma que cualquiera que sea el lugar donde se suscite la controversia, sólo una ley nacional deberá ser aplicada. Por otra parte, la consecuencia jurídica del paradigma se antoja plenamente consecuente con la simplificación categórica del pensamiento kantiano. La complejidad de las soluciones internacionales desaparece a través de esta mágica solución simplificadora, imbuida de “apercepción pura”: la aplicación de un Derecho nacional. En definitiva, el elemento de caos —la internacionalidad— se reconduce al puerto seguro de la aplicación del Derecho nacional, como si dicho elemento nunca hubiera existido. Olvidamos el noúmeno y aceptamos el fenómeno sometido a categorías *a priori* de espacio y tiempo.

Sin embargo, en esta evolución la fuerza del pensamiento moderno resulta recurrente, y existen corrientes muy claras que, apartándose del paradigma savignyano, pretendieron encontrar paradigmas alternativos igualmente totalizadores y universales, al menos desde el punto de vista metodológico. Así, la *Conflict's Revolution* norteamericana, en especial la teoría del *governmental interests analysis* de B. Currie, presenta estos caracteres, además de reproducir una concepción publicista del Derecho internacional privado. Más recientemente, el poder totalizador del análisis económico del Derecho se ha utilizado para reducir a términos casi aritméticos el razonamiento jurídico, simplemente por la vía de sustituir a la Diosa Razón por la Diosa Economía, la matemática de los conceptos por la matemática de la econometría<sup>5</sup>.

La evolución del Derecho internacional privado rinde tributo al pensamiento postmoderno en la medida en que pone en cuestión el paradigma universalista —cualquiera de ellos—, edificando la “posibilidad”. El reconocimiento de la “pluralidad de métodos de reglamentación” fue un primer paso necesario, al que siguió una concepción sustancial del conflicto de leyes y, finalmente, elementos de corrección o flexibilidad que, en esencia, niegan la infalibilidad universal del método (cláusulas de excepción) u obligan a enfrentarse con la complejidad real de las situaciones internacionales, impidiendo su “nacionalización” (análisis en dos escalones). Pero, esencialmente, el pensamiento postmoderno propone una pluralidad de métodos, no sólo de reglamentación, sino científicos. Niega el paradigma científico y el normativo, y exige una tarea de aproximación dionisíaca a la pluralidad de valores y situaciones para proponer soluciones tópicas, *hic et nunc* como diría Theodor Viehweg. En cierto modo, muchas de las corrientes filosóficas de la nueva retórica son trasunto de un pensamiento postmoderno. De ahí que el diálogo de las fuentes y la importancia del *soft law* sea un

---

<sup>5</sup> Vid. A.Y. SEITA, “Common Myths in the Economic Analysis of Law”, *Brigham University L. Rev.*, 1989, pp. 1.111-1.112.

punto destacado del “Derecho internacional privado postmoderno”<sup>6</sup>. Así, la aspiración de que las partes puedan elegir un Derecho no estatal como ley rectora del contrato, actualmente en el debate europeo, es una muestra evidente de esta tendencia.

### **III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO FRENTE AL ESTADO**

Desde el punto de vista del pensamiento político y del debate acerca de las relaciones entre Derecho y democracia, el pensamiento postmoderno nos interesa especialmente por su propuesta emancipadora frente al Estado, con el ánimo de optimizar los derechos individuales y, más concretamente, el derecho a la diversidad individual.

El Estado constituye la quintaesencia política de la razón totalizadora (Hegel) y es una pieza clave del pensamiento moderno. El Estado representa la negación de los intereses individuales, la universalización de lo social en una forma apolínea. Esta es una idea asimismo decimonónica que trasciende a las concepciones publicistas del Derecho internacional privado, en buena medida alimentadas por el proceso codificador que servía a la consolidación de las nuevas Naciones-Estado tras la disolución del Antiguo Régimen. El Derecho internacional privado era una parte del Derecho público interno, y la teoría del conflicto de leyes era una variante del conflicto entre soberanías, coincidente con una concepción de corte kelseniano, en cuya virtud los elementos del Estado (la potestad, el territorio y el pueblo) no son otra cosa que la validez del orden estatal en sí, y el ámbito espacial y personal de validez de dicho orden<sup>7</sup>.

El pensamiento postmoderno elige al Estado como blanco de sus críticas y antepone al individuo y sus derechos. Incide asimismo en la horizontalidad de las relaciones y en la multiplicidad de los centros de decisión, transformando el concepto de “gobierno” por el de “gobernanza”<sup>8</sup>. Existe el riesgo cierto de que esta tentativa alimente concepciones neoliberales de signo conservador, como advierte J. Habermas<sup>9</sup>. Traducidas al Derecho internacional privado, ampararían las tesis más favorables a la eficacia de la denominada *lex mercatoria*: en definitiva, una serie de reglas creadas por los propios particulares y pretendidamente inmunes a las legislaciones estatales, pero que, en la práctica, revelan la falacia neoliberal, pues su imposición no atiende a intereses individuales, sino corporativos y, en concreto, de las grandes sociedades transnacionales y de los agentes más poderosos del comercio internacional a través de la imposición de contratos estandarizados y usos comerciales.

---

<sup>6</sup> Vid. E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 259 y ss.

<sup>7</sup> Vid. G. PUENTE OJEA, “El conflicto de leyes a la luz de la teoría del Estado de Derecho”, *REDI*, vol. IV, 1951/3, pp. 959-960.

<sup>8</sup> Vid. CH. P. PAMBOUKIS, “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *R. des C.*, t. 330, 2007, pp. 56 y ss.

<sup>9</sup> Vid. J. HABERMAS “La modernidad, un proyecto incompleto”, *La postmodernidad*, Barcelona, 1985, pp. 19 y ss.

De forma más genuina, no son las personas jurídicas, sino las personas físicas, el individuo en sí mismo, el objeto de protección del pensamiento postmoderno. Se busca emancipar al individuo del poder totalizador del Estado, y, evidentemente, el primer paso exige una concepción liberal del Estado y del Derecho público. En este sentido, la Constitución norteamericana expresa, mejor que ninguna otra, un modelo de protección de los derechos individuales frente al poder uniformador e interventor del Estado, y en tal sentido las principales concepciones doctrinales del constitucionalismo norteamericano toman como punto de partida esta tensión bipolar. R. Dworkin nos invita a tomarnos los derechos en serio sobre este punto de partida y, por ejemplo, sus escritos sobre casos constitucionales o desobediencia civil vienen a reflejar perfectamente el punto de partida del pensamiento postmoderno en este ámbito<sup>10</sup>. Semejante concepción constitucional o pública ha trascendido a los adalides norteamericanos del Derecho internacional privado postmoderno. T. Kogan<sup>11</sup> o L. Brilmayer<sup>12</sup> vienen a concebir el Derecho internacional privado sobre el derecho individual negativo a que un Estado no le imponga su propia jurisdicción ni su propio Derecho, amparándose en conceptos como *fairness priority* o *right to be left alone*, y exigiendo a tal efecto una fuerte legitimación que, en especialmente en el ámbito de la competencia, se reconduce al derecho constitucional a un proceso con las debidas garantías (*due process*). Pero, en esencia, estos planteamientos mantienen los resabios de una concepción publicista del Derecho internacional privado ya presente en fórmulas menos postmodernas como el *governmental interest analysis*.

Una revisión más profunda del Derecho internacional privado desde el postulado postmoderno exige eludir semejante concepción “politizada”<sup>13</sup> del propio objeto del Derecho internacional privado. En Europa tal proceso ha sido más nítido: el Derecho internacional privado atiende a relaciones e intereses particulares, y pretende, ante todo, dotar de previsibilidad y continuidad a dichas relaciones. La intervención excepcional de los intereses públicos siempre es posible, pero incluso correctivos como el orden público se atenúan y se orientan, más que al respeto de la soberanía, a la garantía de derechos fundamentales y de las libertades individuales. La expansión “irresistible”<sup>14</sup> de la autonomía conflictual en ámbitos antaño regidos por normas de “riguroso cumplimiento”, como el Derecho de familia, atestigua asimismo la evolución del Derecho internacional privado en el sentido expuesto. En el ámbito del Derecho aplicable, tal vez la ley aplicable al nombre y los apellidos sea el mejor ejemplo de confirmación del tránsito de una materia restrictiva e intervenida, inspirada en los intereses públicos de identificación, hacia un sector del ordenamiento vinculado al libre desarrollo de la personalidad donde impera la autonomía de la voluntad y los derechos individuales. Del mismo modo, estos derechos individuales amparan una extensión de la

---

<sup>10</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Barcelona, 1989.

<sup>11</sup> T. KOGAN, “Toward a Jurisprudence of Choice of Law: the Priority of Fairness over Comity”, *New York U.L. Rev.*, 1987, pp. 651 y ss.

<sup>12</sup> L. BRILMAYER, “Post-modernism in American Choice of Law”, *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, Bruselas, 1989, pp. 695-705.

<sup>13</sup> E. REHBINDER, “Zur Politisierung des internationalen Privatrecht”, *J.Z.*, 1973, p. 157.

<sup>14</sup> A.E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619 y ss.

posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, que en España se extiende a extranjeros residentes cuya ley nacional les impide hacerlo.

La evolución del Derecho procesal internacional atestigua asimismo esta evolución hacia la emancipación del individuo frente al Estado. Frente a las viejas soluciones sobre a jurisdicción y la competencia judicial internacional que actuaban sobre el criterio de la soberanía, incluso del imperio jurisdiccional, prohibiendo la derogación de la competencia judicial internacional, actualmente la lectura de este sector del Derecho internacional privado gira en torno a los derechos individuales garantizados por el artículo 24 de la Constitución, manteniendo un equilibrio entre la tutela judicial efectiva, que aconseja un margen razonable de competencia judicial internacional que beneficia al demandante, y el derecho a no quedar en indefensión que impide imponer al demandado una competencia poco razonable en supuestos con escasa vinculación al territorio del foro (Sent. T.C. núm. 61/2000 de 13 de marzo), y admitiendo, además, cada vez mayores cotas de disponibilidad o derogación por las partes.

En el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, la omisión del criterio de reciprocidad contenido aún en nuestra legislación vigente (arts. 952 y 953 de la L.E.C.) por parte de nuestros Tribunales es una espléndida muestra del cambio de modelo decimonónico. La reciprocidad es un resabio de una concepción del Derecho internacional privado de carácter publicista, basado en la soberanía estatal, ajena a los derechos individuales, e inspirada por criterios de retorsión política. Semejante principio resulta hoy dudosamente constitucional, pues violenta los más elementales derechos individuales al otorgar prevalencia a los intereses políticos o diplomáticos, lo que ha llevado al propio Tribunal Supremo a considerarlo de “precaria justificación moral” (Auto T.S. de 6 de mayo de 1991). En contrapartida, el auge del denominado “método de referencia al ordenamiento jurídico competente”, tendente a dar los máximos efectos y a optimizar la continuidad de las relaciones jurídicas constituidas bajo un sistema extranjero se sitúan en los antípodas de la “reciprocidad”, centrando en los intereses individuales el mecanismo de reconocimiento.

#### **IV. UN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MULTICULTURAL**

En cierto modo, el postulado posmoderno de la convivencia multicultural entronca con los dos anteriores. De un lado, el fin del mito universalista, la imposibilidad de escribir “razón” con mayúsculas, es el punto de partida preciso para una cierta relativización cultural. De otro, la convivencia multicultural exige refrenar el poder unificador y disciplinante del Estado, que en el ámbito de lo privado vendría representado por el modelo de ciudadano universal emanado del Código napoleónico.

La revolución de las comunicaciones incide asimismo en una sociedad cada vez menos transparente, más plural e incluso caótica, en la que residen las esperanzas de emancipación de los individuos y de las minorías<sup>15</sup>. Los fenómenos migratorios y la

---

<sup>15</sup> G. VATTIMO, *La sociedad transparente*, Barcelona, 1990, pp. 73-87.

sociedad de la comunicación se combinan para poner en relación las diversas culturas, que, una vez terminada la era colonizadora, aspiran a dialogar en un plano de igualdad. Este intercambio de valores y culturas aboga, en el Derecho internacional privado, por soluciones distintas al clásico modelo localizador, tratando de integrar soluciones coordinadas o integrativas, “deconstructivas” para algunos<sup>16</sup>. Pero, sobre todo, convierte al Derecho internacional privado en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de “*ius communicationis*”<sup>17</sup> o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica.

El Derecho internacional privado de la familia es el ámbito más sensible a esta comunicación intercultural, que ha permitido descartar soluciones totalizadoras, optando por una aplicación atenuada del orden público, que ha permitido en España el reconocimiento de determinados efectos a instituciones como el matrimonio poligámico, el repudio o los matrimonios informales o privados. Por lo demás, el Derecho internacional privado se ha orientado asimismo hacia fórmulas favorables a la integración de los extranjeros y, cuando no lo ha hecho, ha recibido la crítica doctrinal unánime.

Ciertamente, existen elementos plausibles de relativización o transparencia en la sociedad multicultural. Desde un punto de vista estrictamente democrático, el “patriotismo constitucional” propuesto por Habermas, que legitima en realidad ciertos límites a la tolerancia basándose en criterios de legitimidad y libertad, resulta plenamente admisible desde postulados postmodernos. El respecto de los derechos fundamentales de la persona y de sus libertades básicas diseñan un límite de notable impermeabilidad frente al relativismo cultural.

Fenómenos recientes, sin embargo, anuncian un retroceso de las conquistas de la sociedad multicultural, más allá de los límites razonables y constitucionales de la tolerancia. Crisis económica y terrorismo internacional han alimentado el debate identitario, siempre presente, y que observa en el discurso postmoderno de la multiculturalidad un riesgo evidente de pérdida de identidad cultural de un determinado grupo étnico o nacional (*Überfremdung*). No cabe duda de que este temor sólo resulta completamente fundado sobre una “absolutización” de la cultura, defendida por una visión “primordialista” de la etnicidad. En consecuencia, las aproximaciones “interculturales” son rechazadas por el riesgo de hibridación cultural. Y este rechazo no es exclusivo de posiciones fundamentalistas, pues en general la seguridad cultural o la autoestima etnocéntrica son parte del pensamiento moderno, de carácter binario, que se conforma y ordena a través de identidades puras y oposiciones simples y totalizadoras.<sup>18</sup> Asistimos, pues, en el ámbito de las políticas de integración, a un “nacionalismo

---

<sup>16</sup> Vid. el paradigma alternativo propuesto por W.P. NAGAN, “Theory and Method in Private International Law: A Policy-Oriented Internationalist Perspective”, *Liber Memorialis François Laurent*, Bruselas, 1989, p. 913.

<sup>17</sup> La expresión es de F. RIGAUX, “Le pluralisme en droit international privé”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco)*, Madrid, 1993, p. 1429.

<sup>18</sup> Vid. Y. ONGHENA, “Intercultural/Multicultural”, *Sistemas culturales multiétnicos y Derecho de integración*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 22-23.

nacionalizante” por utilizar la idea de R. Brubaker<sup>19</sup>, y el modelo original de “semejanza” se transforma en un modelo unidireccional sobre la peligrosa base de la superioridad *a priori* de la civilización de acogida<sup>20</sup>. En cierto modo, la forma en que en tiempos recientes la derecha española ha venido proponiendo su concepción de “compromiso de integración” responde a estos parámetros que exigen la aceptación por el extranjero tanto de “valores” como de “tradiciones y costumbres” del Estado de acogida, requeridos de forma indistinta y equivalente. El fenómeno no es, por otra parte, estrictamente Mediterráneo, y en otros sistemas más pluriculturales como el británico o el alemán no faltan estas manifestación por la aculturación, especialmente en el plano educativo, que encuentran diversas explicaciones para antropólogos y sociólogos: el miedo a los episodios de violencia racial, los efectos de la globalización sobre las identidades nacionales o cierto temor colectivo tras los acontecimientos del 2001, el terrorismo internacional barnizado de “conflicto de civilizaciones” y la propia influencia de planteamientos como los de Huntington o Sartori.

¿Anuncian estos síntomas un fin del mito postmoderno?

## V. ¿EL FIN DEL MITO POSTMODERNO?

Hay, por tanto, una relación histórica entre el pensamiento postmoderno y la democratización del Derecho. Por supuesto, determinados elementos coyunturales sirven de marco a esta evolución: fin de la guerra fría, fin del intervencionismo económico, fin del colonialismo, importancia creciente de los grupos y minorías... Muchos de estos elementos han variado en el siglo XXI de forma radical. El nuevo terrorismo internacional enmarcado en conflictos culturales y religiosos, la crisis financiera y sus efectos sobre la inmigración y la integración de los extranjeros, revelan nuevos escenarios donde el pensamiento único, el reforzamiento del papel del Estado y el predominio cultural y étnico vuelven a un primer plano de la realidad. Y con ellos retorna una concepción publicista de las relaciones privadas, donde las conquistas en el plano de las libertades privadas se esfuman en la humareda de los intereses públicos.

Basta traer a colación el ejemplo del tratamiento jurídico de los mal llamados “matrimonios de conveniencia”, referidos a aquellas uniones celebradas entre nacionales y extranjeros bajo la sospecha de fraude o simulación, en la medida en que la institución serviría de simple medio para obtener ventajas jurídicas en el ámbito de la inmigración. Técnicamente, la misma denominación es impropia. Todos los matrimonios son de conveniencia, convienen a los cónyuges y los cónyuges convienen en él prestando un consentimiento constitutivo e incondicionado. La finalidad o la conveniencia de la unión no interesan al Derecho civil actual. En otros tiempos, el consentimiento implicaba aceptar otras finalidades (procreación en el matrimonio canónico) o exigía la presencia de la *affectio*. De ahí que la simulación sea un capítulo esencial del matrimonio en el Derecho canónico. Pero no lo es en el Derecho civil.

---

<sup>19</sup> R. BRUBAKER, *Nationalism Reframed: Nationhood and the National Question in the New Europe*, Cambridge University Press, 1996.

<sup>20</sup> Vid. la expresiva explicación de M. BASILI, “Sull’integrazione della popolazione immigrata”, *L’immigrazione straniera: indicatori e misure di integrazione*, Bolonia, Il Mulino, 2006, pp. 10-12.

Contraer matrimonio por amor, interés económico, convención cultural o familiar, o conveniencia administrativa es indiferente. Lo único importante es que exista un consentimiento no condicionado y libre de contraerlo y aceptar su contenido esencial. Sin embargo, las políticas de inmigración y control han contaminado al propio Derecho civil a través de una burda práctica administrativa en que los órganos del Ministerio de Justicia actúan, en realidad, como órganos del Ministerio del Interior, y los principios del Derecho civil se transustancian en reglas de policía. Así, en un matrimonio entre españoles, el amor, incluso apasionado, puede ser un buen móvil para contraer matrimonio. Ni es necesario un noviazgo ni un conocimiento, bíblico o no, más allá del propio deseo. Pero las presunciones de fraude alteran el derecho fundamental a contraer matrimonio, tanto de los españoles como de los extranjeros, cuando lo hacen entre sí. Entonces es inevitable el noviazgo a través de unas relaciones mínimas previas de seis meses, capaces de acreditar la seriedad del amor y un conocimiento mutuo profundo. Las diferencias económicas, culturales, de edad o religión pueden ser sospechosas y, en muchas ocasiones, abocar a la desautorización de un derecho de forma manifiestamente contraria a la libertad individual. El precio del error lo pagan las personas, no el sistema, porque la protección del orden público prevalece sobre el derecho individual, y se niegan fórmulas más adecuadas al respeto de los derechos individuales como un control de la validez del matrimonio por vía jurisdiccional. Esta institución es una metáfora del eterno retorno a paisajes históricos menos comprometidos con las conquistas democráticas, con la libertad, donde la seguridad impera. Sin duda un escenario escasamente postmoderno, pero igualmente incierto en muchos sentidos. Invirtiendo el interrogante leninista, formulemos ahora un interrogante postmoderno: ¿Seguridad, para quién?

## **ESTADO DEMOCRÁTICO, POSTMODERNISMO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**Resumen:** Cabe decir que el sistema de Derecho internacional privado actual tiene su génesis histórica en la modernidad y que muchos de sus postulados y, en particular, entre ellos, la pretensión de universalidad, esto es, de soluciones universales (F.K. von Savigny), válidas incluso en el caso de la existencia de una pluralidad de ordenamientos en presencia (como sucede en el caso de las situaciones privadas internacionales) se configuraron en dicha época. No obstante, se constata una evolución, que ha tenido su reflejo, entre otras manifestaciones, en el empleo de una pluralidad de técnicas de reglamentación para dar respuesta a las referidas relaciones de tráfico externo, de la que se da cuenta en el presente estudio.

**Palabras clave:** Modernidad. Soluciones universales. Postmodernismo. Individualismo, Situaciones privadas internacionales.

## **DEMOCRATIC STATE, POSTMODERNISM AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

**Abstract:** Private International Law is rooted in “modernity” and most of its postulates, specially the universalist paradigm (Savigny), come also from this period. The universalist myth was available even in the case of a private international relationship linked with different legal systems. But, nowadays, one can find another kind of trend that consists on a plurality of regulation methods for solving the questions that arise in relation with those private international relationships. This article tries to explain the changes that are taking place in private international law systems and the influence into this subject of the postmodernist ideas.

**Keywords:** Modernity. Universalism. Postmodernism. Individualism. Private international relationships.

**Artículo recibido:** 16.12.2009

**Artículo aceptado:** 20.9.2010