

*Pre-Print (Nuevas Fronteras de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, pp. 133-143.*

## LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: DE LA TÉCNICA DEL CARRO ANTE LOS BUEYES A LA ESTRATEGIA DEL AVESTRUZ

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO  
Catedrático de Derecho internacional privado  
de la Universidad de Granada

*“¿Acaso no podía consistir la grandeza del genio  
en saber en qué caso conviene la uniformidad y en cuál las diferencias?”*

*(Montesquieu, El espíritu de las leyes, Libro XXX, capítulo XVIII)*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA DISTORSIÓN DE LAS “COMPETENCIAS” Y SUS EFECTOS EXTERNOS. III. LIBRE CIRCULACIÓN DE DECISIONES SIN REGLAS DE TRÁFICO. IV. LA VOLATILIDAD Y EVANESCENCIA DEL DERECHO POSITIVO. V. CONCLUSIÓN.

### I. INTRODUCCIÓN

Durante muchos años José Luis Iglesias Buhigues contribuyó de forma directa, en el seno de las instituciones europeas, a la construcción del Derecho internacional privado comunitario. Su dedicación al Derecho internacional privado y su talante europeísta se combinaron a la perfección y se tradujeron, asimismo, en una línea de reflexión que siempre ha defendido la proyección y el avance del Derecho internacional privado europeo. El tema de esta contribución ha sido a menudo objeto de sus análisis, y tal inspiración nos invita a rendirle homenaje con algunas consideraciones sobre el particular; lo anecdótico, desde luego, es que nuestra postura sea manifiestamente más crítica y escéptica acerca de los caminos emprendidos por el legislador comunitario.

A nuestro juicio, el legislador comunitario, con el fin de avanzar en la armonización del Derecho privado, en general, y del Derecho internacional privado, en particular, ha abusado de una técnica abiertamente fraudulenta, que gráficamente consiste en anteponer el carro a los bueyes. Sobrepasando sus propias competencias, la Unión Europea ha dictado ambiciosas y extensas regulaciones de Derecho internacional privado, generando problemas de aplicación e interpretación, cuya solución, a su vez, produce indefectiblemente la necesidad de más armonización. Así, la eliminación del exequátur y la generalización de los títulos ejecutivos europeos ponen de relieve contradicciones y problemas que apuntan a la aparente necesidad de avanzar en la construcción de un orden público propiamente europeo, pero también en la línea de la máxima armonización de los derechos procesales y materiales. Lo lógico, obviamente, sería haber esperado a que dicha convergencia se hubiera producido de forma suficiente, y, una vez constatada, considerar maduro el espacio europeo para eliminar el exequátur, algo que ni siquiera se ha conseguido dentro del territorio de los EE.UU. o de Canadá, sin ir más lejos. Pero semejante forma de actuar habría implicado dejar que los bueyes tiraran del carro. En lugar de eso, la Unión Europea invierte el orden de los términos, y cada vez que el carro se pone ante los bueyes se genera un problema motor evidente y es preciso anteponer los últimos al primero y, en consecuencia, avanzar imperceptible e inexorablemente. La “progresión geométrica” en la integración que consigue tal técnica se ve alimentada por el hecho de que la actuación “ultra vires” de las instituciones comunitarias, más allá de sus competencias reales, se ve premiada por una asunción progresiva de exclusiva competencia que inmoviliza la acción exterior de los Estados miembros. Ciertamente, estos trucos alcanzan el éxito con el único presupuesto de la torpe colaboración de los propios engañados, esto es, los Estados, cuya estrategia del avestruz se explica en razones de pura comodidad. Sin embargo, tal vez por un exceso de confianza en sus propias tretas, las instituciones comunitarias están llegado tan lejos que empiezan a advertirse en los propios Estados miembros las alertas que hace ya tiempo la doctrina había activado.

## **II. LA DISTORSIÓN DE LAS “COMPETENCIAS” Y SUS EFECTOS EXTERNOS**

La nueva redacción del art. 81.2 TFUE ha avivado la suspicacia acerca de los límites competenciales de la Unión Europea en materia de Derecho internacional

privado. Ya no parece que dicha competencia venga necesariamente predeterminada por su necesidad para el buen funcionamiento del mercado interior, que se convierte en la nueva redacción en un supuesto “particular”<sup>1</sup>. De esta manera, quizás, pretende salvarse para el futuro la fundada acusación del carácter *ultra vires* de buena parte de los actos comunitarios adoptados hasta la fecha<sup>2</sup>. La razón de que la endeble base legal — utilizada por los actos comunitarios para ampliar su ámbito de aplicación mucho más allá de lo permitido por el Título IV del Tratado de Ámsterdam— haya servido para el fin propuesto radica esencialmente en la propia pasividad y desinterés de los Estados miembros por plantear la anulación de ninguno de estos Reglamentos, en el fondo persuadidos de que siempre es preferible contar con un único sistema de Derecho internacional privado. Las reservas políticas, sin embargo, se avivaron a raíz del *Dictamen TJCE 1/03 de 7 de febrero de 2006* sobre la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano, que incidió en las consecuencias del efecto “AETR”<sup>3</sup>, hoy consagrado en el art. 3.2 TFUE. Una interpretación estricta de semejante doctrina impide, por ejemplo, la celebración de convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias con terceros Estados, siempre susceptibles de afectar al art. 34.4º del Reglamento “Bruselas II”. Para paliar las severas consecuencias de esta doctrina sobre las competencias de los Estados miembros en materia de acción exterior, la Unión Europea se ha permitido una suerte de sistema de cesión de su competencia exclusiva mediante procedimientos de autorización como los contemplados en los Reglamentos (CE) nº 664/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, y nº 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, en las materias relativas a los Reglamentos Bruselas II, Bruselas III, Roma I y Roma II<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. DESANTES, A. e Iglesias BUHIGUES, J.L., “Hacia un sistema de Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 118.

<sup>2</sup> Véase más extensamente nuestra posición en “El carácter *ultra vires* del Reglamento Roma I y el test de incompatibilidad de las normas imperativas estatales”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, vol. VI, 2006, pp. 165-178.

<sup>3</sup> *Sent. TJCE de 31 de mayo de 1971 (As. 22/70)*. Vid. BORRAS RODRIGUEZ, A., “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *R. des C.*, t. 317 (2005), pp. 467 ss., esp. pp. 481-490.

<sup>4</sup> Vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A. “La celebración de convenios internacionales de Derecho internacional privado entre Estados miembros de la Unión Europa y terceros Estados”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 83-96; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Dimensión externa del Derecho procesal europeo”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 97-114, esp. pp. 105-109.

La jugada de la Unión Europea ha sido maestra en términos políticos. Ha asumido de facto, con la pasiva connivencia de los Estados miembros, competencias que no les correspondían ni le habían sido cedidas por los Estados miembros, y se presta a invertir el orden natural de las cosas siendo ella la que ceda dichas competencias, en las relaciones con terceros Estados, a los propios Estados miembros, actuando la Comisión “como guardiana de los Tratados”<sup>5</sup>. No es nada novedosa esta táctica competencial agresiva de la Unión Europea. La anticipación de la aplicación del Reglamento 4/2009 en materia de alimentos es una buena prueba de semejante táctica. El propio Reglamento establecía unas condiciones de entrada en vigor que se supeditaban, a su vez, a la propia entrada en vigor de un convenio internacional adoptado en la Conferencia de La Haya, como el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Sin embargo, en virtud la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, la Comunidad Europea, ejerciendo su competencia exclusiva y utilizando la facultad atribuida por el art. 24 del Protocolo, lo ratificó y declaró su aplicación provisional entre los Estados miembros a partir de la misma fecha de entrada en vigor del Reglamento: el 18 de junio de 2011. Dicha declaración de aplicación provisional era necesaria, en la medida en que el Protocolo de La Haya (art. 25) requiere al menos dos ratificaciones para entrar en vigor. Pero en medio de todo este confuso proceso, muchos expertos, y el propio Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, se preguntan de dónde ha sacado la Unión Europea la competencia exclusiva en una materia como ésta. La duda del Grupo Europeo refleja a estas alturas una ingenuidad proverbial, y conviene, como llamada de atención, apuntar la vinculación directa del Reglamento en materia de alimentos con materias tales como las acciones de filiación...

En todo caso, la unanimidad que sigue exigiendo el art. 81.3º en materia de familia sigue siendo un inconveniente incómodo para la velocidad exigida por la Unión Europea. Para forzar la máquina y no aminorar la velocidad se ha servido del mecanismo de la cooperación reforzada, que ha permitido que algunos Estados

---

<sup>5</sup> Vid. PAULINO PEREIRA, F., “La coopération judiciaire en matière civile dans l’Union Européenne : bilan et perspectives”, *RCDIP*, 2010/1, p. 31.

miembros adopten el Reglamento (UE) núm. 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. El D.I.Pr. europeo a varias velocidades, sin freno ni marcha atrás, tiene sin cuidado a la Unión Europea. El propio Reglamento en materia de alimentos anunciaba ya que el desbarajuste entre Estados miembros y Estados parte iba a ser cada vez mayor, incluso si el régimen diferencial de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca se iba atenuando. El carro debe seguir adelante, aunque algunos se caigan de él, incluso si la mitad de los pasajeros lo hace.

Sin embargo, es posible que los efectos de esta política “imperialista”<sup>6</sup> sean, a la postre, contraproducentes. La carta dirigida al presidente de la República Francesa por un buen número de profesores franceses de Derecho internacional privado, entre los que se encuentran buena parte de la flor y nata de la doctrina gala, publicada con su réplica en *La Semaine Juridique*<sup>7</sup>, debían invitar a la reflexión. En ella se reclamaba del Presidente de la República que advirtiera a las instituciones comunitarias que el Tratado CE sólo vinculaba a Francia en el marco de las competencias que derivan de la autorización de su ratificación dada por el Consejo de Estado. Hoy el debate ya no es puramente académico. La *Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009*<sup>8</sup> constituye un auténtico aviso a navegantes, que invoca el principio de “identidad constitucional nacional” para revisar, en su caso, los actos *ultra vires* de la Unión Europea, singularmente vinculados a la cooperación judicial, al tiempo que advierte de las competencias restrictivas de la Unión Europea amparadas en el concepto de “ciudadanía europea” o relativas al “Derecho de familia” indicado en el art. 81.3º TFUE, amoscado el *Bundesverfassungsgericht* por la imparable tendencia de esta “unificación rampante”<sup>9</sup> a abordar de inmediato la unificación del Derecho privado

---

<sup>6</sup> En expresión de JESSURUN D’OLIVEIRA, H., “The European Union and a Metamorphosis of Private International Law”, *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Peter North*, Oxford, 2002, pp. 133-134.

<sup>7</sup> *La Semaine Juridique (Édition Générale)*, nº 50, de 13 de diciembre de 2006, act. 586 y nº 1, de 10 de enero de 2007, act. 18.

<sup>8</sup> El texto original en lengua alemana puede consultarse en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html) y su traducción oficial al inglés en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html)

<sup>9</sup> En términos empleados por AUDIT, B. y D’AVOUT L., *Droit international privé*, 6<sup>ème</sup> ed., París, Ecoómica, 2010, p. 52.

material por una puerta falsa. La casualidad ha querido que el mismo mes en que se dictaba esta sentencia se produjera la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos* de 10 de junio de 2009<sup>10</sup>, que contiene una abierta declaración de los principios exorbitantes de la acción comunitaria defendidos hasta la fecha, que convierte en quimérico cualquier intento de transacción intelectual o lectura moderada del art. 81 TFUE<sup>11</sup>, anunciando una inminente apertura de barricadas jurídicas en muchos frentes nacionales. Es cierto que cabe una lectura restrictiva del TFUE en el sentido de reforzar el respeto de la identidad constitucional nacional, el papel de los Parlamentos nacionales, la acción de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en orden a limitar el ejercicio de una competencia europea compulsiva en el ámbito del Derecho internacional privado<sup>12</sup>, pero no parece que dicha lectura haya sido retenida por la Comisión, ni siquiera remotamente.

### III. LIBRE CIRCULACIÓN DE DECISIONES SIN REGLAS DE TRÁFICO

Acaso el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras sea el sector en que el legislador comunitario se ha sentido más a sus anchas, excitado por el sueño de una Europa *sine exequatur*. En todos sus programas (Tampere, La Haya, Estocolmo) este horizonte aparece claramente perfilado, y las instituciones comunitarias han guiado sus pasos en tal dirección, buscando consagrar el principio de reconocimiento mutuo que aparece recogido en el art. 81.1º TFUE. Antes de alcanzar las primeras cimas gracias a ciertos títulos ejecutivos europeos contemplados en los Reglamentos 2201/2003, 895/2004, 1896/2006, 861/2007 y 4/2009, el Reglamento “Bruselas I” supuso un avance significativo, al transformar al órgano de primera instancia en una

---

<sup>10</sup> COM(2009)0262 final. Véase también el denominado Libro Verde sobre la revisión del Reglamento Bruselas I: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, COM (2009) 174 final.

<sup>11</sup> *Ad.ex.* HEUZÉ, V. , “D’Amsterdam a Lisbonne, l’État de droit à l’épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois”, *JCP*, 2008/I, 166, nº 4.

<sup>12</sup> *Vid.* Especialmente los argumentos de BARRIERE BROUSSE, I., “Le Traité de Lisbonne et le droit international privé”, *JDI*, 2010/I, pp. 21-34.

autoridad de mero control de la regularidad de la solicitud de reconocimiento e imponiendo al demandado la carga de interponer un recurso de apelación para provocar el control de fondo por parte de los órganos jurisdiccionales de segunda instancia (en España las Audiencias Provinciales). Este avance ya provoca ciertas paradojas, por cuanto el mismo Juez de Primera Instancia que ha dictado con anterioridad una resolución contradictoria con la decisión extranjera cuyo reconocimiento se le presenta no tiene cauce legal alguno para oponerse a un reconocimiento que desbarataba el más elemental principio de seguridad jurídica. Al margen asimismo de los títulos ejecutivos europeos, otras cuestiones procesales se revelan asimismo fuente de inseguridad jurídica. Así, el reconocimiento automático e incidental consiste en una opción muy razonable en materia civil y mercantil, cuando se solventan asuntos patrimoniales. Sin embargo, el mismo criterio se siguió sin mayores discusiones en el Reglamento “Bruselas II”. La afinidad del procedimiento de reconocimiento llama la atención, aunque se trata de una materia donde está en juego algo tan particular como el estado civil, en que la permanencia y la estabilidad, a juzgar por decisiones como *García Avello*<sup>13</sup> o *Grunkin*<sup>14</sup>, debería ser un valor si nos referimos a la libre circulación de personas, ya se trate de una libertad económica o de una libertad consustancial a la ciudadanía europea.

Las paradojas ya provenían del propio Convenio de Bruselas de 1968: la forma diversa de vincular la aplicación espacial de las normas del Convenio en los respectivos capítulos dedicados a la competencia judicial internacional y al reconocimiento de decisiones provocaba un curioso efecto del denominado principio de “confianza comunitaria”. Dicho principio, en efecto, resulta razonable cuando el Tribunal de origen ha de aplicar normas de competencia judicial internacional de origen comunitario, y parece prudente imponer un principio de “confianza” en que el Tribunal de origen aplicará dichas normas. Sin embargo, particularmente cuando el domicilio del demandado se ubica fuera de la Unión Europea, la única confianza posible radicaba en la certeza de que el tribunal de origen no iba a aplicar las normas de competencia del Convenio de Bruselas y sí, por el contrario, la anatemizada lista de foros exorbitantes que adornaba el artículo 3 del Convenio de Bruselas y se recoge hoy en el Anexo I del

---

<sup>13</sup> Sent. TJCE de 2 de octubre de 2003 (As. C-148/02).

<sup>14</sup> Sent. TJCE de 14 de octubre de 2008: (As. C-353/06).

Reglamento “Bruselas I”. Enfrentados, pues, a una sentencia dictada por un tribunal, correctamente amparado en su competencia por el *forum actoris*, la ausencia de control de competencia judicial internacional abocaba al reconocimiento “ciego”.

Sigue siendo sorprendente la naturalidad con que el Reglamento “Bruselas I” impide el control de la competencia judicial internacional por la vía del orden público, en la creencia absurda de que un Reglamento, por muy comunitario que sea, puede disponer semejante cosa. Desde la sentencia *Krombach*, es sabido que el TJCE (hoy TJUE) ha considerado posible invocar las garantías procesales que conforman un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no quedar en indefensión por la vía del orden público contenido hoy en el artículo 34.1º del Reglamento “Bruselas I”. No debe olvidarse, sin embargo, la naturalidad con que muchos defendían una posición contraria antes de dicha decisión, amparándose en que las únicas garantías procesales susceptibles de control eran las contenidas en el apartado 2 del artículo 27 del Convenio de Bruselas. Por fortuna, *Krombach*<sup>15</sup> vino a poner claridad, como no podía ser menos, y así en *Gambazzi*<sup>16</sup> hubimos de descubrir que ciertas peculiaridades del proceso civil inglés pueden muy bien vulnerar nuestra concepción de lo que es un proceso con garantías de contradicción<sup>17</sup>. Pues bien, el Reglamento “desconstitucionaliza” el principio de tutela judicial efectiva por lo que se refiere a las normas de competencia judicial internacional, que impunemente pueden alterar el equilibrio de un proceso justo; y lo que es más llamativo: no sólo pueden eludir normas de orden público internacional del Estado requerido, sino la propia concepción del proceso justo que emana de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH — parte conformadora del acervo comunitario— y el Título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al tiempo que sortean las propias disposiciones constitucionales europeas, entendiendo por ellas el propio Tratado CE (art. 12) y el actual TFUE (art. 18), incorporando una discriminación por razón de nacionalidad. Evidentemente, resulta poco creíble que un Reglamento pueda, al menos para el *forum actoris*, contradecir una

---

<sup>15</sup> Sent. TJCE de 28 de marzo de 2000 (Asunto C-7/98).

<sup>16</sup> Sent. TJCE de 2 de abril de 2009 (Asunto C-394/07).

<sup>17</sup> La Sent. de la Cour de Cassation francesa de 22 de octubre de 2008, en particular, recurre al orden público para denegar el reconocimiento de una sentencia inglesa carente de motivación alguna (*vid. SCHLOSSER, P.F., “The Abolition of Exequatur Proceedings – Includign Public Policy Review?”*, *IPRax*, 2010/2, p. 101).

norma de Derecho primario, pero incluso si así fuera, el juez español se enfrentaría a la tesitura nada saludable de elegir entre aplicar el Reglamento comunitario o respetar el art. 24 de su Constitución. El fundamento de la “confianza comunitaria” carece de sentido en este punto<sup>18</sup>. Mayor confianza deberían tener los sistemas jurídicos en la aplicación correcta por los propios jueces nacionales de sus normas de competencia judicial internacional, pero en la medida en que dicha aplicación les lleve a vulnerar el principio de tutela judicial efectiva o el derecho a no quedar en indefensión parece que dicha confianza se esfuma, a favor de los derechos fundamentales de un ciudadano que tiene abierta la vía del amparo y, eventualmente, de la anulación de la decisión. No parece razonable privar a una de las partes de sus derechos fundamentales por el único motivo de que su decisión haya sido dictada en otro Estado. Como ha señalado H. Schack, “La protección de los derechos humanos es una responsabilidad de cada Estado y no puede delegarse en otro Estado miembro... La protección de los derechos humanos no puede situarse en un segundo plano, en pro de la libre circulación de resoluciones. La relación entre ambas ha de ser la inversa”<sup>19</sup>. Para colmo de males, si se parte de la estricta jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la materia, partidario de que el respeto de la condición de orden público constitucional por el juez del exequátur sea considerada como una cuestión de legalidad ordinaria que no abre la posibilidad del amparo constitucional<sup>20</sup>, desprender dicha condición de la “legalidad” es impedir, de hecho, cualquier vía para que una persona cuyos derechos fundamentales de defensa hayan sido vulnerados pueda hacerlos valer. La invocación de la “identidad constitucional nacional” invocada por el Tribunal Constitucional alemán parece aquí más que justificada.

En realidad, la “confianza comunitaria” es un puro señuelo para incautos. El principio que subyace en la eliminación del control de competencias exorbitantes es exactamente el mismo que anima una Europa *sine exequatur*: la prevalencia de la seguridad del tráfico, del funcionamiento “eficiente” del mercado interior, que facilite

---

<sup>18</sup> Vid. ORÓ MARTÍNEZ, C., “Control del orden público y supresión del exequátur en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 214-215; SCHLOSSER, P.F., *loc.cit.*, nota 17<sup>a</sup>, p. 104.

<sup>19</sup> Vid. “La (indebida) abolición de los procedimientos de exequátur en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 77. En el mismo sentido, ORÓ MARTÍNEZ, C., *loc.cit.*, pp. 215-219. BEAUMONT, P. y JOHNSTON, E., “Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?”, *IPRax*, 2010/2, pp. 105-110.

<sup>20</sup> *Sents. T.C. núms.. 98/1984, 43/1986, 54/1989 y 132/1991.*

la circulación de las sanciones derivadas de procedimientos judiciales que no son más que el corolario de las libertades de circulación. En suma, de lo que se trata es que el mercado sea eficiente a costa, si es preciso, de los derechos de los individuos, transustanciados en mercancías, mano de obra circulante, productores o consumidores, y con independencia de que tales derechos sean reconocibles como fundamentales o de orden público constitucional. Por lo demás, la eliminación del exequátur y del control de orden público produce un efecto perverso, pues a la larga acaba perjudicando la armonización, justificando diversidades esenciales y provocando compartimentación de sistemas y de mercados. Está acreditado que la denegación del reconocimiento de la sentencia de un Estado miembro en otros Estados miembros aboca al propio legislador de origen a corregir los defectos procesales de sus sistemas, obligando a motivar sus decisiones o a garantizar los derechos de defensa en la indemnización por daños derivadas de procesos penales, como hizo Francia a renglón seguido de *Krombach*<sup>21</sup>.

Nos topamos, pues, con dos lógicas incompatibles del Derecho europeo. Por una parte, existe una lógica de la integración, incluso discutible en razón del fin perseguido, a la que responden los parámetros de que se sirven las instituciones comunitarias. Por otra, hay una lógica procesal o de Derecho privado, que no tiene que ver con las exigencias de un funcionamiento eficiente de un mercado, sino con principios o valores de otra índole. La Unión Europea cuenta con una lógica de la integración y una idea de mercado tendencialmente único —de eso no cabe duda—, pero ¿tiene una lógica del Derecho procesal o material? No hay una unidad europea por lo que se refiere a la justicia procesal, ni tampoco reina la armonía en ámbitos como las relaciones de familia (efectos de matrimonio entre personas del mismo sexo) ni mucho menos en el terreno patrimonial o sucesorio. *A priori*, esta falta de armonización material no debe ser un obstáculo para el Derecho internacional privado, aunque evidencia algunos de sus fracasos, como la exclusión de los daños a la personalidad del Reglamento Roma II. También produce sonrojos cuando la libre circulación de las personas se hace prevalecer sobre los intereses de los cónyuges, fomentando la crisis matrimonial y evitando las soluciones de mediación familiar, como hacen los foros de competencia del Reglamento “Bruselas II”.

---

<sup>21</sup> Véanse ejemplos en SCHLOSSER, P.F., *loc.cit.*, nota 17ª, p. 104.

Sin embargo, cuando la lógica del Derecho material falla en el terreno de los derechos fundamentales, las luces de alarma se encienden y la lógica de la integración cede a favor de la defensa del orden público constitucional. Así ocurre en el ámbito de las libertades comunitarias en general<sup>22</sup>, y también, pero de forma más defectuosa como hemos visto, en el terreno de la llamada “quinta libertad”. Un margen de oscilación en las concepciones nacionales sobre el orden público internacional no sólo es necesario, especialmente en el ámbito sustantivo o material, por fundamentarse en un hecho incontestable, sino que resulta incluso saludable para evitar reticencias a la hora de firmar el cheque en blanco del reconocimiento mutuo, sobre todo si se tiene en cuenta con qué prudencia se ha venido utilizando el correctivo de orden público, de forma auténticamente excepcional, por las jurisdicciones nacionales, y su saludable efecto en la armonización unilateral de las garantías procesales. En este sentido, la posibilidad de articular, con carácter previo a la eliminación del exequátur, una suerte de “orden público europeo” que sustituya por completo al “orden público nacional”<sup>23</sup>, se antoja como una aspiración escasamente realista, al menos más allá del ámbito más estricto del orden público procesal. Pero incluso en este ámbito, de suyo más propicio a la convergencia, a la luz de casos como “*Gambazzi*” se llega a la conclusión de que tal reducción implicaría una unificación muy profunda de los sistemas procesales nacionales, casi tan utópica como la propia unificación del Derecho material<sup>24</sup>. Por otra parte, aunque fuera posible, tampoco parece que sea absolutamente deseable ni compatible con el respeto a la identidad nacional, también constitucional, garantizada por el TFUE. Resulta sorprendente que cuando una singularidad nacional, impuesta por razones incluso constitucionales (*Omega*), pone en evidencia que la eficiencia del mercado no es exigible, pues no se dan las condiciones de “perfecta competencia”, en lugar de reconocer la imperfección del mercado y aceptar la restricción a la libre circulación de las decisiones, tal y como hace el TJUE, el legislador comunitario prefiera aferrarse a su lema “confía y cierra los ojos”. De esta forma concluimos en la estrategia del avestruz. Pero no lo olvidemos: Aunque la avestruz está con la cabeza bajo el ala, o escondida en la arena, o bajo tierra, el carro avanza por delante de los

---

<sup>22</sup> Sent. TJCE de 14 de octubre de 2004 (As. C-36/02: “*Omega*”).

<sup>23</sup> Vid. la propuesta de POILLOT PERUZZETTO, S., “La incidencia de las modalidades del reconocimiento de decisiones en el espacio judicial europeo en la dualidad orden público nacional/orden público europeo”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 179-199.

<sup>24</sup> Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 455; ORÓ MARTÍNEZ, C., *loc.cit.*, pp. 220-221.

bueyes, y la visión de estas bestias queda mermada. En lugar de reparar en las paradojas y absurdos señalados, el carro comunitario avanza imparable hacia la supresión del exequátur y del orden público. Sin duda la pobre avestruz va a ser aplastada por el carro antes de ser pisoteada por los bueyes.

#### IV. LA VOLATILIDAD Y EVANESCENCIA DEL DERECHO POSITIVO

El furor legislativo<sup>25</sup> de la Unión Europea no sólo presenta bases legales dudosas y contiene amenazas sustanciales para la identidad constitucional nacional de los Estados miembros, carentes por completo de justificación. Su propia dinámica encierra un germen de grave inseguridad jurídica, de insoportable evanescencia. La volatilidad, el carácter efímero de sus disposiciones es un primer dato a tener en cuenta. Como indica A.E. Pérez Luño, “la estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido”<sup>26</sup>. Parafraseando a H. Coing nos dice que “el hombre aspira siempre a crear situaciones duraderas bajo cuya protección pueda vivir; el hombre quiere sustraer su existencia a un cambio permanente, dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarse del asalto constante de lo nuevo”<sup>27</sup>. Con seguridad, de dicho asalto no parece fácil librarse cuando se trata del Derecho internacional privado europeo. El daño infligido, por otra parte, es mayor a la mentalidad jurídica de aquellos sistemas que, como el *common law*, se encuentran más acostumbrados al peso del precedente, de la tradición o del pasado<sup>28</sup>. Sin llegar a las pretensiones simplificadoras de Tomás Moro en su Utopía<sup>29</sup> o de Tácito en sus Anales<sup>30</sup>, lo cierto es que la inflación normativa en materia de Derecho internacional privado y, especialmente, su ínfima

---

<sup>25</sup> “Frenesí” es el término que emplea BARRIÈRE BROUSSE, I., “Le Traité de Lisbonne et le droit international privé”», *JDI*, 2010/1, p. 8.

<sup>26</sup> Vid. *La seguridad jurídica*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994.

<sup>27</sup> Vid. *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 40.

<sup>28</sup> Vid. MAINE, H.S., *El Derecho antiguo (parte general)*, Madrid, 1893, p. 32.

<sup>29</sup> Así, refiriéndose a los felices utópicos, en el capítulo VII del Libro Segundo, puede leerse: ‘*They have but few laws, and such is their constitution that they need not many. They very much condemn other nations whose laws, together with the commentaries on them, swell up to so many volumes; for they think it an unreasonable thing to oblige men to obey a body of laws that are both of such a bulk, and so dark as not to be read and understood by every one of the subjects*’.

<sup>30</sup> “*Corruptissima republica plurimae legis*”, Anales III., 27. En la libre traducción de COLOMA, C. “nunca se vio más estragada la república que cuando tuvo más número de leyes”. Barcelona, Iberia, 1950, p. 122.

estabilidad, impide no ya una aplicación prospectiva por parte de sus destinatarios, sino un manejo cabal por parte de los propios especialistas, jueces y abogados. Desde hace ya años, el profesor de Derecho internacional privado se enfrenta a la certeza de que comenzará el curso bajo un sistema positivo que no estará en vigor cuando acabe, y lamentará, si es autor de algún manual, que una nueva actualización imprescindible levante la sospecha de injustificadas pretensiones crematísticas. Y cada nuevo año la fecha de caducidad del Derecho internacional privado positivo se antoja menor, sin que la más de las veces el nuevo régimen aporte mejoras sustanciales

La utilización en un principio de las fuentes convencionales proporcionaba cierta rigidez a las normas del Derecho internacional privado europeo, y sólo con ocasión de las nuevas adhesiones se procedía a modernizar las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968. Actualmente, la competencia comunitaria se está utilizando para un ritmo de modificaciones que no parece razonable. El Reglamento “Bruselas II bis” se promulga en 2003, derogando al Reglamento 1437/2000, cuya aplicación no duró un lustro, y por supuesto ya está sobre el tapete una revisión. El Reglamento 1.393/2007 reemplazó en materia de notificaciones al Reglamento 1.348/2000. El Reglamento “Bruselas I” ya ha sufrido la modificación propiciada por el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos, y cuando apenas el Convenio “Lugano II” había conseguido el paralelismo se anuncia su inminente reforma. En muchos casos, la excusa para proponer las reformas son las propias decisiones del TJCE. Se diría que muchos actos normativos comunitarios no son más que globos sonda o experimentos, que se lanzan al aire calibrar su aplicación por parte del TJUE y, a la luz de su jurisprudencia, proceder a corregirlos sobre la marcha. Convendría, tal vez, plantearse un procedimiento legislativo algo más prudente y reflexivo, que partiera de una buena técnica legislativa, de un análisis más realista de las cuestiones, que propiciara un cuerpo legislativo con cierto ánimo de perdurabilidad y susceptible de ser desarrollado jurisprudencialmente por el TJUE con la ayuda de las jurisdicciones nacionales. En lugar de eso, antes que los órganos jurisdiccionales puedan habituarse y asimilar textos que, por su misma naturaleza, resultan muy complejos, el legislador comunitario ya los ha cambiado.

Se añade a la propia dificultad del cambio los problemas cada vez más acuciantes de su aplicación temporal, de cláusulas transitorias que se van complicando con las reglas de compatibilidad sucesivas entre textos y convenios, convirtiendo la

determinación del régimen aplicable en algo excesivamente complejo para poder confiar en una solución cabal. Se advierte así ese carácter evanescente de la legislación comunitaria en materia de Derecho internacional privado, que acaba provocando aporías en verdad complejas. Valgan algunos ejemplos: ¿Cómo conjugar la aplicación del Reglamento 4/2009 en materia de alimentos sin vulnerar el Convenio Lugano II, si el acuerdo de las partes designa la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de un Estado parte del Convenio Lugano II, que no sea Estado miembro de la Unión Europea, en relación obligaciones alimenticias respecto de menores de 18 años? ¿Cómo resolver las relaciones entre ambos textos, en defecto de *prorrogatio fori*, si el domicilio del demandado se encuentra en un Estado parte del Convenio “Lugano II”, no miembro de la Unión Europea, habida cuenta que sus foros especiales no son exactamente coincidentes? ¿Cómo compatibilizar la aplicación del Protocolo de La Haya entre Estados parte de la Unión Europea con el carácter universal de sus normas, tan universal como las contenidas en un Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias que nos vincula con Turquía o Japón? En otros casos, la aplicación transitoria de las normas puede resultar explicable, pero desde luego no sencilla (*ad ex.* el propio art. 75 del Reglamento 4/2009). Si a ello añadimos las dificultades de ubicar en cada texto a Reino Unido, Irlanda o Dinamarca, no puede decirse que la “sencillez” en la aplicación sea una nota característica del Derecho internacional privado comunitario.

## V. CONCLUSIÓN

Una reflexión crítica merece, en definitiva, la forma en que el legislador comunitario está abordando la unificación del Derecho internacional privado europeo. En muchas ocasiones cuesta ver las ventajas de la acción normativa, que no beneficia sustancialmente el funcionamiento del mercado interior ni mucho menos garantiza — antes al contrario degrada— los derechos individuales de los ciudadanos europeos. La eficiencia se muestra enemiga de la eficacia, y la seguridad jurídica objetiva se ampara en detrimento de la mínima seguridad jurídica subjetiva. Y en esta loca carrera del legislador comunitario los académicos se muestran a menudo como los peores cómplices. Quizá no haya peor legislador que un profesor universitario, y existen magníficos ejemplos al respecto. Preocupados en ocasiones por problemas de puro laboratorio, ajenos a las necesidades reales, invitan al legislador comunitario a

promulgar un derecho para expertos, que sólo entienden ellos —y no siempre—. Se impone, pues, un distanciamiento, un abandono del colaboracionismo con el legislador comunitario, al menos tal y como se ha entendido hasta la fecha. No pueden seguir promulgándose textos comunitarios de dudoso sentido práctico que atemorizan a jueces y abogados por su complejidad, las más de las veces gratuita, y que no invitan a ser estudiados en profundidad, a sabiendas de su caducidad habitual.

Detrás de esta reflexión subyace, claro está, una opción de política legislativa, seguramente poco neutral: En el carácter del Derecho internacional privado actual es de temer la tradicional inclinación de la potente doctrina alemana, imbuida por el carácter profesional y técnicamente sublime del BGB, tan perfecto en su confección como lejano de la comprensión de un ciudadano medio. En tiempos de “gobernanza”, me inclino a pensar que resulta preferible la opción francesa, y escribo estas líneas con el mismo anhelo de Stendhal, cuando escribía a Balzac para contarle cómo cada día se servía de la lectura de la sencilla prosa del Código de Napoleón para imbuirse del lenguaje natural y comprensible que buscaba imprimir a *La Chartreuse de Parme*.