

I. INTRODUCCIÓN

Pocas tendencias sociales o filosóficas han sido objeto de un mayor maniqueísmo que la corriente postmoderna, hasta el punto de que se hace necesario un considerable esfuerzo para recuperar la esencia de este movimiento cultural, más conocido por lo que impugna que por lo que propugna. Pese a su ambigüedad, el talante postmoderno se orienta, indudablemente, a la emancipación del ser humano en el sentido más puro, reivindicando su madurez y toda su complejidad. Si, lejos de definiciones filosóficas, quisiéramos representar el alma de este pensamiento, diríamos que el postmodernismo intenta básicamente «matar al padre», o, mejor dicho, a la «idea de padre».

Aunque el sentimiento religioso y la teología sean caldo de cultivo para un análisis desde las claves del postmodernismo, la idea del padre nos interesa más desde una perspectiva filosófica general. En efecto, trasladando esa idea a la filosofía del conocimiento, e incluso a la ciencia, los temores naturales del ser humano, su necesidad innata de seguridad o su inmadurez consustancial, enfrentado a un mundo complejo y caótico que no alcanza a comprender —seguramente no «puede» comprender—, explica el hecho de que toda la filosofía, desde los griegos hasta el postmodernismo, haya intentado fundamentarse en un paradigma científico o filosófico, a partir de cuya protección, podamos dar una explicación global. En este sentido, la historia de la filosofía, y de las luchas filosóficas, podría explicarse como una contraposición de modelos o métodos diferentes, con un denominador común: la pretensión de valor universal de los mismos, en la propia creencia de que, obviamente, ello es posible. Esta creencia encuentra su máxima definición en la Ilustración y en la modernidad, que parten de la utópica creencia en una verdad universal, en la infalibilidad de la Razón como instrumento, y en el constante perfeccionamiento del hombre y de la sociedad mediante un progreso tecnológico imparale. Frente al ideal ilustrado o moderno, el postmodernismo reniega de la posibilidad de un método de valor universal, afirma los límites del pensamiento humano, y critica abiertamente, de forma maquiavélica, el avance tecnológico. En el ámbito de las ciencias sociales, y en particular del Derecho, estos postulados de base se reafirman relativizando el valor del propio instrumento básico: el lenguaje. Como una especie más de juego de lenguaje, el pensamiento jurídico es irreductible. En consecuencia, el primer punto de partida del postmodernismo es la negación de todo paradigma científico o modelo racional de pensamiento, a través de la *negación de la propia idea de paradigma*. No se trata de negar el valor de toda idea-fuerza o modelo de análisis o conocimiento, sino de negarle su carácter de paradigma y afirmar el valor relativo de toda aproximación. Se puede suponer que la metodología propuesta por el postmodernismo es esencialmente ecléctica.

Como consecuencia de esta idea, el postmodernismo niega asimismo la posibilidad de síntesis o claridad, la conveniencia de reducir la complejidad. En efecto, las filosofías reduccionistas permiten una explicación más armónica de los fenómenos, al partir de la afirmación de un paradigma de base. La realidad se simplifica, con el fin de poder comprenderla. La percepción pura, dentro de la crítica de la razón pura de E. Kant, vendría a ser la quintaesencia de esta filosofía, que desde el principio claudica ante la

posibilidad de absorber el caos. El postmodernismo denuncia semejante claudicación. Finalmente, la reducción de la complejidad lo único que hace es alejarnos de la realidad, creando un mundo fantástico e irreal. En efecto, aceptar el caos, la complejidad, la inaprehensibilidad de la realidad es un punto de partida para acercarnos a la misma realidad, por lo que el postmodernismo propone una *teoría del caos*, o lo que es lo mismo, acepta el reto de *convivir con la complejidad*.

Si la idea de paradigma es la representación del «padre» que es preciso eliminar en el ámbito de la filosofía del conocimiento, el Estado es el «padre» blanco de los ataques desde la teoría política del postmodernismo. El Estado, ejemplificación política de la Razón totalizadora (Hegel), es una idea al servicio de la coerción y del disciplinamiento generalizado. Más aún en nuestros días, en que la Administración, amparada en la tecnología, multiplica su poder de control, erigiéndose en un modelo tecnológico fuerte de comprensión y orientación en todos los órdenes de la vida, desde la política a la educación, pasando por las relaciones personales. Frente a él, el postmodernismo enarbola la bandera de la emancipación del individuo y de sus grupos, el desarrollo de los derechos individuales a partir de una Constitución entendida como norma básica de defensa del ciudadano frente a la extralimitación del poder público; su derecho, es suma, *to be left alone*. Traducido al lenguaje celtibérico: el impulso democrático. En esta defensa del individuo y de sus grupos, el postmodernismo se preocupa asimismo por luchar contra la hegemonía cultural, por defender los derechos de la identidad cultural de las minorías, y por proyectar estas diferencias en un marco de comunicación intercultural.

El Estado y la Razón, son, por tanto, los progenitores de quienes es preciso emanciparse. A tal fin, el postmodernismo plantea un talante deconstructivo y dialógico: es preciso destruir las estructuras de poder y de pensamiento preexistentes, pero no para construir otras nuevas, igualmente inamovibles y opresoras. Es preciso destruir, no para volver a construir, sino para *edificar la posibilidad*. La tarea del postmodernismo consiste en alzar este edificio con materiales volubles, intercambiables, heterogéneos, útiles, que permitan una constante renovación, discusión y diálogo en torno a la realidad heteromorfa y cambiante del ser humano.

Poco más concreto se puede decir del postmodernismo, sin el riesgo de inclinarse por alguna tendencia o autor, y perder, con ello, la posibilidad de bocear alguno de sus rasgos inequívocamente característicos. Al margen de las convicciones personales de cada cual acerca de este planteamiento, no es la intención de este curso intentar demostrar su validez o acierto (con lo cual parece que ya hemos empezado a aceptar las bases del postmodernismo), sino constatar un simple dato: de qué manera tan fehaciente como, tal vez, inconsciente, las claves del pensamiento postmoderno han penetrado en el pensamiento jurídico y, de forma particular, en el Derecho internacional privado.

II. POSTMODERNISMO Y DISGREGACIÓN

El postmodernismo es, ciertamente, un movimiento de inicial disgregación o centrifugación. La fuerza centrípeta e integradora de la Razón, el Estado, el paradigma científico o la hegemonía cultural desaparecen, y renace el caos. Pero obsérvese que la centrifugación de la que huye el postmodernismo tiene su origen en situaciones de fuerza

o imposición de un modelo. Porque tal vez, tras el inicial movimiento disgregador, el postmodernismo busca en definitiva un nuevo movimiento de centrípeta e integración, derivado del diálogo científico, la defensa del individuo y la relativización de los modelos culturales. Estos dos movimientos son palpables en las consecuencias que produce el pensamiento postmoderno aplicado al Derecho internacional privado. En primer término, la disgregación se produce por el relativismo metodológico, la destrucción de la referencia estatal, la afirmación de la realidad multicultural y la defensa de un modelo de razonamiento jurídico abierto.

1. Relativismo metodológico

Es un lugar común afirmar que el padre del DIPr moderno es F. C. de Savigny. Su *Sistema de Derecho romano actual* produjo una inversión del punto de partida de análisis, desde la norma (estatutaria) hacia la relación jurídica. Savigny se mostró tributario de la Ilustración y de la creencia en la Razón, en la medida en que construyó el paradigma sobre bases universalistas. La creencia en una comunidad universal de Derecho, en la posibilidad de diseñar un sistema de normas de conflicto basado en la racionalidad universal de las conexiones y, en consecuencia, el objetivo de la armonía internacional de soluciones. Sus postulados, por tanto, eran claramente contrarios al relativismo metodológico que propugna el postmodernismo. De hecho, el principio de armonía internacional de soluciones, se ha mantenido con plena vigencia hasta hace pocas décadas, y aún hoy es tomado en importante consideración por la doctrina.¹

El abtimiento de las claves savignyanas del DIPr moderno (paradigma de la norma de conflicto y armonía internacional de soluciones) y su sustitución por premisas postmodernas no es, sin embargo, un proceso traumático, sino alimentado por la propia evolución histórica. En la primera mitad del siglo XX asimismo al relativismo paricliarista que introdujeron los nacionalismos en el campo del Derecho, en dirección contraria al postulado de la comunidad universal. Con posterioridad a la segunda guerra mundial, aparecen dos nuevos fenómenos de relativismo: en primer término el debate científico sobre el pluralismo metodológico que, aunque finalmente no consiguió derrotar el papel predominante de la norma de conflicto frente a las técnicas materiales o directas, sí relativizó su valor como paradigma: en segundo lugar, la *polirización* del DIPr, reconstruido a partir fundamentalmente de los intereses estatales. En ambos casos, la importancia de la *Conflict's Revolution* norteamericana es innegable. De un lado, atacando el método localizador y la norma de conflicto en favor de soluciones materiales (D. F. Cavers); de otro, modificando el paradigma privatista (separación entre Estado y sociedad civil de F. C. de Savigny) en favor de una concepción publicista, quitaesenciada en el nuevo paradigma propuesto por B. Currie y su *governmental interests analysis*. Esta situación de crisis del paradigma, en expresión de J. D. González Campos, llevó a G. Kegel a formular en los años sesenta la idea de una «crisis del DIPr»?²

¹ Th. M. De Boer señala la vigencia del mito universalista de la armonía internacional de soluciones hasta principios de los años sesenta (cf. «Ferry Years on: the Evolution of Postwar Private International Law in Europe», *Ferry Years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 2-3).

² Vid. «The Crisis of Conflict of Laws», *R. des C.*, t. 112 (1964-II), pp. 191-268.

Tras esta idea de crisis o caos se halla, a nuestro entender, la mano invisible de una tendencia postmoderna, que propugna no sólo la crisis del paradigma, sino la crisis de la idea de paradigma y el más absoluto relativismo metodológico.

Por esta razón, no puede entenderse que los postulados de la revolución norteamericana sean postmodernos. Al contrario, la tendencia más reveladora, el *governmental interests analysis*, se define no sólo por atacar el postulado savignyano, sino por pretender sustituir el paradigma por otro, diferente sí en cuanto a su contenido, pero no por lo que se refiere a su pretensión de validez universal, a su carácter totalizador, a su intención de servir de método válido para todos los casos. En este sentido, dicho método sigue participando de los errores de la modernidad, al igual que otras orientaciones ya clásicas en Estados Unidos, pero muy en boga en la actualidad en Europa, como el análisis económico del Derecho.³ Al contrario, el postmodernismo no sólo rechaza el paradigma savignyano, sino su sustitución por cualquier otro paradigma, medida de todas las cosas y explicación absoluta de la realidad. Defiende, en contrapartida, el valor relativo de todos los métodos, y su necesaria conjugación. Defiende, pues, un eclecticismo que aboga no sólo por tener en cuenta todos los métodos, sino por crear métodos integradores. Realismo frente a los mitos. Veamos algunas manifestaciones.

A) *Simplicidad y complejidad en dos escalones o el mito de la localización*

El análisis del DIPr en dos escalones (*Zweistufigentheorie* o *Krypto-Internationales Privatrecht*) es un ejemplo muy claro de método integrador en el ámbito del Derecho aplicable. Dicho método parte, precisamente, de negar el reduccionismo del método savignyano de la localización. Como señala Ch. Kohler, «la unidad de una situación internacional es una ficción; seguramente ninguna de las leyes en presencia goza de aplicabilidad exclusiva, sino que concurren juntas. El DIPr debe asimilar la imposibilidad de lograr una unidad jurídica de la situación privada internacional y la necesaria relatividad de sus soluciones».⁴ En efecto, el método de la localización, la norma de conflicto, es un ejemplo palmario de reduccionismo de la complejidad: a través de una norma de conflicto designamos la aplicación de una ley nacional a un supuesto internacional, es decir, lo nacionalizamos. Pero, verdaderamente, aunque hagamos esto, ¿acaso la si-

tución privada deja de ser nacional y pierde sus elementos de extranjería? Evidentemente no. Sin embargo, la tratamos como si fuera un supuesto puramente nacional, y le aplicamos el mismo Derecho material español, alemán u holandés que rige una situación interna española, alemana u holandesa. En resumidas cuentas, para simplificar las soluciones (aplicar el Derecho nacional) falseamos la realidad (Ovidamos que la situación sigue siendo internacional). El análisis en dos escalones participa de un tante postmoderno en la medida en que rescata o no renuncia a la complejidad que implica el elemento internacional, una vez realizada la localización, proponiendo una solución no unitaria, y combinando a la vez métodos directos e indirectos. En un primer escalón, se procede a la localización del Derecho nacional aplicable; pero una vez designado éste, sus normas materiales no se aplican como si fuera un supuesto interno, esto es, ajeno al elemento internacional de la relación, sino atenuando y proyectando en la respuesta material el *valor diferencial* que incorpora la internacionalidad del supuesto.⁵ La Sentencia *Hoge Raad*, de 30 de marzo de 1986, puede servir de ejemplo: la relación entre un empleador holandés y un trabajador turco que realizaba su prestación laboral en los Países Bajos al servicio de dicha empresa, se regía indudablemente por el Derecho laboral holandés. Éste, obviamente, sólo contempla una serie de fechas festivas oficiales, por lo que el absentismo injustificado en días laborables justifica el despido. Esta solución, nada rara si fuera un supuesto interno, debe matizarse, no obstante, si no pedimos de vista la nacionalidad extranjera del trabajador y, sobre todo, su profesión religiosa. El trabajador turco había solicitado un día de permiso para seguir sus obligaciones religiosas impuestas por el Ramadán, y en autos se había demostrado que ese día de asueto podía haber sido recuperado perfectamente por el trabajador en horas extraordinarias. Pues bien, el mero dato fáctico de la nacionalidad turca del trabajador, asociado al respecto de la libertad religiosa, fueron convenientemente suficientes para modular la interpretación de la normativa laboral holandesa en favor de los derechos del trabajador, conclusión a todas luces imposible si hubiéramos prescindido del elemento de extranjería del supuesto, una vez designado correctamente el Derecho holandés como Derecho aplicable.

El análisis en dos escalones es sólo una muestra, tal vez muy clara, del eclecticismo metodológico y la necesidad de integrar los diversos «paradigmas» a la hora de resolver un caso concreto. Pero existen orientaciones metodológicas contemporáneas, cuya exposición desbordaría los márgenes de este curso, que, al margen de las críticas que puedan merecer parte de sus desarrollos, son una muestra inequívoca de esta tendencia hacia la disgregación del paradigma a través de la integración de métodos.⁶

³ Este método de análisis, sin duda muy útil si se le considera como un plano más de análisis —un *single plane approach* (vid. G. CALABRESI, *El coste de los accidentes*, Barcelona, 1984; B. OPPERITZ, «Droit et économie», *Archives de philosophie du droit*, t. 37, 1992, pp. 17-26; C. PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia nacional», *ADC*, 1981, pp. 689 y 693) — pierde todo su valor si, como pretenden sus versiones más punas, se erige con un afán totalizador, como la piedra filosofal y remedio taumaturgico que, sustituyendo el formalismo de los conceptos por la seguridad matemática, nos suministra respuestas concluyentes a toda cuestión jurídica, partiendo de premisas tan discutibles como la hipótesis REM, su aplicabilidad en materias no patrimoniales o el sacrosanto valor de la efectividad. En una frase muy afortunada, A. Y. SEIRA concluye, acerca del mito del análisis económico del Derecho, que esa nueva Razón de la nueva ilustración económica «also seems capable of leading to conclusions flatly contrary to observation... including the well-known proposition that there cannot be any money lying in the street, because someone else would have picked it up already» (cf. «Common Myths in the Economic Analysis of Law», *Brighton Young University L. Rev.*, 1989, p. 1112).

⁴ Cf. «Einheit, Vielheit und Relativität im Kollisionsrecht der EG-Mitgliedsstaaten», *IPRA*, 1992/5, p. 279.

⁵ Vid. M. KELLER, K. SIEHR y H. J. HESSLER, *Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts*, Zürich, 1966, pp. 516-524; H. J. HESSLER, *Sachrechtliche Generalklauseln und internationale Familienrecht*, *Zu einer zweistufigen Theorie des Internationalen Privatrechts*, München, 1985; id., «Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts», *Albert A. Ehrenzweig und das Internationalen Privatrechts (symposium am 17. Juli 1984)*, Heidelberg, 1986, pp. 137-141; E. LORENZ, «Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht», *Fam.R.Z.*, 1987, pp. 645-653; H. JESSURUN D'OLIVEIRA, «Krypto-Internationales Privatrecht», *Zf.Rvgl.*, 1986, pp. 246-262; id., «Nota a la Sent. Hoge Raad de 10 de diciembre de 1976», *Rev. crit. dr. int.*, 1978, p. 107.

⁶ Entre ellas, recomendamos los planteamientos del profesor de Boston J. W. SINGER, de cuyos planteamientos nos limitaremos a reproducir aquí su gráfica conclusión: «my framework is perfectly compatible with the possibility of rigid choice-of-law rules... it is also compatible with an approach that rejects choice-of-law rules entirely and relies on case-by-case adjudication» (vid. «Real Conflicts», *Boston University Law*

B) *La justicia conflictual: otro mito*

Pero el mito localizador no sólo se desvela poniendo de manifiesto la necesidad de combinar métodos directos o indirectos, sino también negando la virtualidad de que pueda existir una justicia localizadora distinta a la única justicia: la material. En efecto, la racionalidad de la conexión como punto de partida llevaba aparejada la neutralidad de la norma de conflicto en el planteamiento savignyano; una neutralidad que, en muchos casos, se confundía con infalibilidad. De esta forma, las conexiones adquirían dimensiones míticas: ajenas a las circunstancias materiales del caso, desplegaban su ciencia geográfica sin consideraciones de valor. Con crítica ingenuidad, claro está, F. D. Cavers llegaba a preguntarse: «La función del Tribunal no es elegir una ley, sino resolver un conflicto de intereses. ¿Cómo puede realizarse dicha elección, sin saber cómo va a afectar a la resolución del conflicto?»⁷.

El punto de conexión de una norma de conflicto no es un capricho geográfico, sino un juicio de valor⁸. La elección de un punto de conexión responde a un objetivo, a un valor o criterio de oportunidad, y detrás de la fachada del latinejo está la protección del mercado, la seguridad del tráfico, la previsibilidad, la protección de la libertad individual, defender a los emigrantes o defenderse de los inmigrantes, favorecer la validez de las relaciones jurídicas, promover el interés individual, la igualdad de sexos, los derechos de los menores, el desarrollo armónico del proceso, etc. En suma, el método clásico no puede ser ajeno a los valores, aunque sí puedan serlo sus usuarios. Las corrientes sustantivistas que desde la *Conflict's Revolution* impregnan las doctrinas norteamericanas, o las fórmulas de las normas de conflicto materialmente orientadas suponen, únicamente, una nueva orientación en la materialización del DIPr, pero no una «primera materialización».

En definitiva, la justifica conflictual o el principio de proximidad es una imagen puramente «moderna», que utiliza un concepto con el fin de simplificar artificialmente la realidad. Si convertimos a las conexiones a los puros índices de localización (geografía), ajenos a consideraciones materiales (justicia), será mucho más fácil llegar a una solución, porque al fin y al cabo la geografía es más fácil que la justicia. Queda por demostrar que la Razón de la conexión sea capaz de convertir taumaturgicamente la justicia en geografía. En el apartado siguiente, trataremos de demostrar lo contrario al referirnos a las cláusulas de excepción.

C) *Relatividad en las fuentes, en las técnicas y en los valores*

El relativismo metodológico postmodernista es, como vemos, una consecuencia de su afán por destruir el mito del paradigma y los métodos con pretensiones de validez

Review, vol. 69, 1989, pp. 3-129; «A Pragmatic Guide to Conflicts», *Boston University Law Review*, vol. 75, 1990, pp. 731-819; «Facing Real Conflicts», *Cornell Int. L. Journ.*, vol. 24, 1991, pp. 197-231. Un esquema de sus tesis en el sentido apuntado puede encontrarse en S. SÁNCHEZ LORENZO, «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLVI, 1994-2, pp. 561-562, nota 7.⁹

⁷ Cf. «A Critique of the Choice-of-Law Problem», *Harvard L. Rev.*, vol. 47, 1933, p. 189.

⁸ Como gráficamente hace ver F. Schwind, «en réalité ce choix est une expression des considérations fondamentales de la loi du for en ce qui concerne la réalisation de la justice. Ce n'est pas seulement la justice internationale du droit international privé (justicia conflictual), mais aussi la justice matérielle, qui joue un rôle très important» [cf. «Aspects et sens du droit international privé (Cours général de droit international privé)», *R. des C.*, t. 187 (1984-IV), p. 72].

universal, que falsean la realidad y simplifican gratuitamente una realidad compleja. La complejidad y la mutabilidad de esta realidad no admiten planteamientos rígidos, ni paradigmas. El postmodernismo sólo pretende edificar lo posible y, para ello, precisa, claro está, no sólo de métodos flexibles, sino también de fuentes, técnicas y valores convenientemente relativizados.

En el ámbito jurídico, el espíritu moderno viene reflejado en el movimiento codificador. Al contrario, las claves postmodernas explican el movimiento descodificador, fruto de la caída del mito del universalismo y de la crisis del Estado moderno frente a la emergencia del individuo y de sus grupos⁹. La rigidez de las fuentes sufre, también, el ataque postmoderno y se ablandan. Aparece así el concepto de «*soft law*» o «*droit assoupli*». La proliferación de Leyes-Modelo elaboradas en foros internacionales o profesionales, algunos actos normativos característicos del Derecho institucional (Directivas comunitarias), convenios internacionales disponibles por las partes, o la utilización de textos que no se hallan en vigor como *ratio scripta*, se erigen en nuevos referentes de las decisiones jurídicas. La función del *soft law* puede ser la de crear una directriz habilitante con ciertos márgenes de discrecionalidad (*ad ex.*, una Directiva comunitaria), pero muchas veces persiguen simplemente un efecto dinamizador, de sondeo o prospección, abriendo nuevas áreas de expansión al Derecho, edificando la posibilidad¹⁰.

Los ejemplos de flexibilización de las técnicas son asimismo muy claros en el DIPr actual. Con la cláusula de excepción retomamos el mito de la justicia conflictual. Se dice que es un instrumento de flexibilización atento a dicha justicia. Quiere decirse que la corrección de la norma general no puede fundamentarse en la consecución de un resultado material más ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material¹¹. Sin embargo, aunque el principio de proximidad justifique las cláusulas de excepción, no significa que ésta no tenga una significación sustancial o no se trate de un medio para alcanzar una solución justa¹². Esto sólo es así si se comparte una visión formalista y neutral del principio de proximidad y de la técnica conflictual. La proximidad es sólo una imagen (otro mito). Cuando se habla de la conexión más estrecha, de otra ley más vinculada, de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una

⁹ «All nostro tempo — señala N. IRRT — non rinnova la disputa sulla codificazione. Ne sono spenti o caduti termini ideali: l'utopia di un diritto segnato della regione a tutti gli uomini ed a tutti paesi; la fiducia nella spontanea creatività della coscienza popolare. Il problema del codice civile oggi è null'altro che il problema del potere, che la stessa dialettica tra lo Stato ed i gruppi sociali. La crisi della «centralità» del codice è soltanto una immagine della crisi dello Stato moderno; e così dell'emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed élites, che esigono specifiche statuti e tavole di diritto» (cf. *L'età della decodificazione*, 2.^a ed., Milán, 1986, p. 38).

¹⁰ Vid. en este sentido G. ARI-SAAB, «Eloge du droit "droit assoupli" (quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain)», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 64-68.

¹¹ Vid. C. E. DUBER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Ginebra, 1983, pássim; K. F. KREUZER, «Zur Funktion von kollisionsrechtlichen Berichtungsnormen», *ZfRegl.*, 1992-3, pp. 172-173 y 183-187; A. E. VON OYERBECK, «Le projet suisse dur le droit international privé: une codification nationale d'inspiration internationaliste», *Liber Memorialis François Laurent*, Bruselas, 1989, pp. 1-190-1-193; «Les questions...», *loc.cit.*, pp. 189 ss.

¹² Vid. en este sentido S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa», *ADC*, t. XLVI, 1993, p. 1131.

medición puramente cuantitativa de los elementos de conexión. Sabemos que unas conexiones valen, por lo general, más que otras. ¿De dónde proviene esa valoración? Evidentemente en consideraciones materiales: no se trata de un capricho: no es geografía, sino justicia. En el ámbito patrimonial, las conexiones o las presunciones suelen llevarnos a la ley del mercado afectado, a la que mejor proteja la seguridad del tráfico internacional, a la que genere menores costes de transacción, a la más eficiente. En el ámbito no patrimonial, la conexión general debe o suele reflejar el medio social en que viven los cónyuges, la familia o el individuo; en materia de sucesiones, se trata de combinar ambos aspectos, personal e individual. La conexión es la primera expresión de la justicia, pero no puede ser más que una regla general, una suposición que no opera con casos reales. De ahí que, sólo excepcionalmente, una configuración muy especial de las circunstancias de un caso concreto puedan privar de justificación a la conexión. Decimos que dicha conexión pierde «proximidad», pero podríamos decir que, dadas las circunstancias del caso, no se cumple el objetivo material que refleja la conexión. En conclusión, si la localización y la proximidad se entienden en clave material, la cláusula de excepción aparece con normalidad, efectivamente, como un mecanismo de reducción teleológica tras el que reposan objetivos materiales, aunque ello no pueda llevarse hasta el extremo de considerarla un simple expediente de orientación material o de búsqueda de la *better law*. Se trata de un mecanismo de justicia material, pero basado en las conexiones como vehículo de contenidos materiales, principios y valores.¹³

La flexibilidad de las técnicas de DIPr aparece asimismo en el ámbito del Derecho procesal civil internacional. Si bien nada impide concebir de forma flexible las condiciones para el reconocimiento y ejecución de sentencias, mayores problemas plantea la flexibilidad en las normas de competencia judicial internacional. El *forum necessitatis* es una institución que permite el conocimiento por los Tribunales del foro de supuestos no cubiertos por su volumen de competencias, si bien conectados con su territorio, con el fin de impedir una ausencia de tutela judicial efectiva y un resultado de indefensión. Su inclusión en nuestro sistema, por la vía del artículo 24 CE, resulta perfectamente justificada.¹⁴

¹³ En este sentido apunta el análisis funcional de K. F. Kreuzer: la norma de conflicto general es justificada, provoca un vacío legal de excepciones, que se cubre mediante reducción teleológica. Hechos desiguales deben ser tratados de forma desigual. La norma de conflicto general no asume dichas diferencias, provoca lagunas ocultas que no se compensan con el principio de proximidad que subyace en toda norma de conflicto. Aquí interviene la cláusula de excepción, como mecanismo de implantación del objetivo legal en casos atípicos, excepcionales, ya sea por una omisión del legislador en el tratamiento de un «grupo de casos», o por las especialísimas circunstancias con que aparece un supuesto inicialmente contemplado (vid. «Zur Funktion...», *loc.cit.*, pp. 183-185). Pero en esa sustitución de la conexión, en esa reducción teleológica, lo verdaderamente importante no son los contactos, sino la traición al «plan de reglamentación», a los «objetivos materiales» que tales contactos representaban.

¹⁴ Mayores problemas plantea a nuestro juicio una recepción de la doctrina del *forum non conveniens*, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, suponiendo la inclusión positiva de una cláusula de flexibilización semejante en nuestro sistema. Vid. las consideraciones favorables de E. JAYME, «Zur Uebernahme der Lehre vom «forum non conveniens» in das deutsche internationale Verfahrensrecht», *Das Staudesamt*, 1975, pp. 91-94, en favor de las tesis expuestas por U. WAHL, *Die vielfache internationale Zuständigkeit — Forum non conveniens und internationale Rechtsschutzbehörden*, Berlín, 1974. Más recientemente, E. JAYME, «The American Conflicts Revolution and its Impact on European Private International Law», *Forty Years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 24-26. En la misma dirección, F. Vischer «General Course on Private International Law», *R. des C.*, t. 232 (1992-1), pp. 222-223.

Finalmente, si el postmodernismo participa de una jurisprudencia de valores, no renuncia, por ello, a una relativización de los mismos. Para G. Vattimo, al carecer de fundamento (*Grund*), de centro, cimiento, eje, no poseemos un único lugar para interpretar o dar sentido a la historia de forma objetiva, y nos encontramos ante «el problema de inventar una humanidad capaz de existir en un mundo en el que la carencia de una historia unitaria, dirigida hacia un fin (la salvación, la racionalidad científica, la recomposición de la unidad humana tras la alienación, etc.), ha sido sustituida por la perturbadora experiencia de la multiplicación indefinida de los sistemas de valores y de los criterios de legitimación».¹⁵ Traducido al DIPr, ello permite contemplar una diversidad de respuestas materiales según el plano de la realidad en que se opera. Lo que avalaría, por ejemplo, el distinto tratamiento de las situaciones afectadas por el marco de integración comunitario, de aquellas que resultan ajenas a los objetivos de integración europea. Por otra parte, la relatividad axiológica opera en diversos planos: el primero de ellos nos conduce a la *relatividad espacial*. En efecto, los valores no son los mismos en cada sistema jurídico, pero tampoco pueden actuar de la misma forma en el seno de un sistema cerrado que ante una situación que exige la coordinación de sistemas. El plan de reglamentación de un legislador estatal no se realiza de igual forma en una situación interna que en una situación internacional. El elemento diferencial que introduce la internacionalidad del supuesto obliga a tratar de forma desigual situaciones desiguales, por lo que las valoraciones del intérprete debe tener en cuenta, en todo caso, la internacionalidad del supuesto y los propios intereses del tráfico externo.¹⁶ Asimismo, la contradicción de valores entre sistemas debe ponerse en relación con la *relatividad espacial*: a mayor conexión con el foro, mayores posibilidades de afirmar dicha contradicción, y a la inversa. Se trata del concepto o límite de la *vinculación interior* del orden público.¹⁷

Pero la internacionalidad del supuesto introduce además una *relatividad material* de los valores y criterios de oportunidad. En efecto, todo sistema jurídico obedece a un plan de reglamentación, a unos objetivos y valores que son susceptibles de modulación cuando en el supuesto se introduce un elemento de tal relevancia como es la *internacionalidad*. La jurisprudencia de valores del DIPr no sólo se enfrenta al problema de escoger unas pautas de valoración en uno u otro sistema, sino en mediatizar su orientación a valores conforme a la especialidad que introduce la internacionalidad del supuesto. La *Zweistufentheorie* es un ejemplo muy claro de cómo, aun operando dentro del sistema del foro, una respuesta orientada a valores no puede prescindir de las circunstancias internacionales ni de la heterogeneidad del caso. Por ello, la relatividad es tanto espacial cuanto material.¹⁸

¹⁵ Cf. *Las Aventuras de la diferencia*, Barcelona, 1986, pp. 12-13.

¹⁶ Vid. en este sentido, I. SCHWANDER, «Zum Gegenstand des Internationalen Privatrechts», *Festschrift für G. Guburgstag von Mario M. Patrizzini*, Berna, 1990, pp. 365-366.

¹⁷ Vid. E. JAYME, «Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 82, Universidad Central de Venezuela, 1991, p. 253.

¹⁸ De ahí que la consideración del principio de libertad religiosa aplicada en beneficio de un turco que quería seguir las obligaciones del Ramadán fuera suficiente para alterar no sólo la interpretación de las normas laborales holandesas sobre el mercado de trabajo, sino una orientación particular de los valores del propio sistema holandés, adecuada a los elementos internacionales del caso (Sent. *Hoge Raad* de 30 de marzo de 1984).

En tercer lugar, la *relatividad temporal* de las valoraciones exige una constante actualización y rejuvenecimiento de los mismos por parte del intérprete. En ocasiones, valores que se deducen directa o indirectamente de una determinada normativa, resultan caducos o incompatibles con nuevos valores, o bien han sido tradicionalmente inducidos de forma que se adecuaban sólo parcial o incorrectamente a los criterios actuales de un determinado sistema jurídico. El descubrimiento, e incluso la colisión, de otros valores en ordenamientos jurídicos extraños, particularmente cuando se encuentra dentro de nuestro círculo de referencia occidental, ayuda a que el sistema de valores del foro se mire en un espejo y se repregunte acerca de la obsolescencia y actualidad de sus propias valoraciones, sin por ello estar importando valores de un sistema extraño. La idea opera de forma similar en la doctrina norteamericana y en la europea. En la primera, el análisis de las *polices* siempre ha permitido una renuncia a la aplicación de aquélla de las leyes en presencia, incluida la del foro, que resultara comparativamente obsoleta¹⁹. En Europa, este planteamiento ha trascendido a la hora de interpretar el correctivo de orden público. E. Jayme ha puesto magistralmente de relieve esta operación en la concretización del orden público como correctivo funcional, particularmente cuando la pauta de valoración se extrae de un Convenio internacional, aunque no se halle en vigor en el foro. En estos casos, es indudable que existe un cierto consenso internacional acerca de un valor que permite reconsiderar la vigencia de un valor opuesto en el sistema del foro, o reafirmar un valor no absolutamente determinado²⁰.

2. El Estado, en cuestión²¹

A) En Norteamérica

El Derecho constitucional norteamericano y la teoría de los derechos políticos son el caldo de cultivo predilecto para la asunción jurídica de la defensa del individuo frente al Estado, punto en el que confluyen tanto el postmodernismo como, más tímidamente, el pensamiento neoliberal. En la filosofía del Derecho, R. Dworkin constituye un exponente muy claro de esta tendencia, particularmente en sus trabajos sobre los casos constitucionales, la desobediencia civil, la libertad y el liberalismo, etc.²². En el DIPR norteamericano esta tendencia ha impregnado algunas tesis contrarrevolucionarias, particularmente las de T. Kogan y su «*fairness priority*», y L. Brillmayer, y su «*right to be*

¹⁹ Muy claramente, este principio se erige en el cuarto canon de construcción en L. KRAMER (cf. «*Rethinking Choice of Law*», *Columbia L. Rev.*, vol. 90, núm. 2, marzo 1990, pp. 334 ss.).

²⁰ Así — señala E. JAYME — si un Tribunal alemán se pregunta acerca de si la prohibición de adopción contenida en un Derecho extranjero, cuya finalidad es proteger a un hijo matrimonial del adoptante, contrasta al orden público alemán, la valoración del problema dentro del Derecho alemán puede ilustrarse en un texto convencional del alcance del Convenio europeo de 24 de abril de 1967, en cuyo art. 12. II introduce el criterio axiológico de no impedir semejante adopción, favoreciendo la figura del adoptando (cf. «*Métodos...*», *loc. cit.*, pp. 253-260, esp. pp. 255-256).

²¹ Reproducidos aquí, esencialmente, nuestras consideraciones en «*Postmodernismo...*», *loc. cit.*, pp. 566-576.

²² Estos trabajos aparecen compendiados en su *Taking Rights Seriously* (Los derechos en serio, 2ª ed., Barcelona, 1989).

left alone»²³. Centrándonos en esa última, frente al *government* de Currie, que con la predilección de unas determinadas *polices* impone al individuo la aplicación de un sistema jurídico estatal, L. Brillmayer propone simplemente una aproximación neoliberal, exigiendo al Estado una fuerte legitimación para «no dejar en paz» al individuo y no vulnerar sus derechos negativos, para imponer su competencia judicial o su ley a un puesto de tráfico externo²⁴. El planteamiento de L. Brillmayer no es, sin embargo, menos estatista que el de B. Currie, pues concibe el DIPR como un problema de relaciones entre el individuo y entre la soberanía estatal, sólo que adopta la defensa de la otra parte. Se separa del paradigma savignyano únicamente en la medida en que no reconoce la separación entre Estado y sociedad civil propia del liberalismo declinónico, inclinándose por la «*politicización*» del DIPR²⁵.

B) En Europa

En suma, la consideración del objeto del DIPR como una relación entre sujetos privados es mucho más clara en Europa²⁶, lo que explica el menor éxito del unilateralis-

²³ Este derecho individual frente al Estado (*fairness*) que pretende imponer su competencia *o/y* su ley a un supuesto de tráfico externo aparece formulado por TS. KOGAN, en «*Toward a Jurisprudence of Choice of Law: the Priority of Fairness over Comity*», *New York U.L. Rev.*, 1987, pp. 651 ss., y por L. BRILLMAYER en «*Postmodernism...*», *loc. cit.*, p. 702, y desarrollado en *Conflict of Laws. Foundations and Future Directions*, Boston/Toronto/Londres, 1991. Más moderadamente, una recreación «privatista» de la revolución se encuentra en H. L. KORN, «*The Choice-of-Law Revolution: A Critique*», *Columbia L. Rev.*, 1983, pp. 772 ss.

²⁴ Dicha legitimación no sólo es exigible en el ámbito del Derecho aplicable, sino también en el de la competencia judicial internacional. Sabido es que la cláusula *Due Process* actúa como límite constitucional en ambos casos, y se erige como el instrumento particular de salvaguardia de la libertad individual frente al interés del Estado del foro, integrando la noción de *fairness* y de legitimidad en el conocimiento y solución de los supuestos de tráfico externo (vid. H. G. MAIER y T. R. MCCOY, «*A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law*», *AJCL*, 1991-2, pp. 249-292, esp. p. 268).

²⁵ Pero tampoco las posiciones contrarrevolucionarias norteamericanas se inclinan nitidamente por el elemento privado, aunque amparen al individuo frente al Estado (L. BRILLMAYER, H. L. KORN), incluso comparan abiertamente la visión publicista de B. CURRIE, como es el caso de L. KRAMER y sus «*canones de construcción*», que al fin y al cabo suponen una modulación hacia un análisis de *polices* estatales más equitativo (*comparative impairment* de W. BAXTER, sobrevalorador de la autonomía de la voluntad de las partes y de la razonabilidad de sus expectativas), y menos *legforista*, pero, al fin y al cabo, tributario de idéntica concepción «publicista» (vid. «*Rethinking Choice of Law*», *Columbia L. Rev.*, vol. 90, 1990, pp. 277-345; id. «*Choice of Law in the American Courts in 1990: Trends and Developments*», *AJCL*, vol. 39, 1991, pp. 465-491; id. «*More Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*», *Cornell Int'l L. Journ.*, vol. 24, 1991, pp. 245-278). Mientras que en B. CURRIE, los intereses estatales enfrentan, en las situaciones de tráfico externo, a un Estado frente a otro, para las nuevas doctrinas se trata simplemente de enfrentar a la soberanía estatal con el individuo. La relación fundamental sigue orientándose hacia lo público, aunque sea para defender al administrado con base en sus derechos políticos más que privados. El planteamiento de L. BRILLMAYER es característico en este sentido, pero otros contrarrevolucionarios no escapan a esta tendencia. El concepto de *vestedness* utilizado por P. DANE conlleva una actualización de la doctrina de los *vested rights*, cuya principal misión es reducir el legforismo de B. CURRIE; se inspira, sin embargo, en el mismo concepto de soberanía que su doctrina inspiradora, aderezada con una especie de imperativo categórico kantiano y nueva *comity* que obliga a los Estados a orientarse hacia un modelo universal de solución, siempre en el marco de las relaciones soberanas entre Estados (CF. P. DANE, «*Vested Rights*», «*Vestedness*», and *Choice of Law*», *Vale L. Journ.*, 1987, pp. 1191-1275). El mismo resabio de la idea de *comity* aparece en el alcance que L. KRAMER atribuye al principio de reciprocidad en el marco de una relación preferentemente inter-estatal (CF. L. KRAMER, «*Rethinking...*», *loc. cit.*, pp. 339-344).

²⁶ En este sentido cf. P. HAY, «*Flexibility and Uniformity in Choice of Law*» (Reflection on Current European and United States Conflicts Law), *R. des C.*, t. 226, 1991-1, p. 363. También en Europa, sin em-

mo³⁷, por lo que en este punto puede decirse que en el viejo continente se responde mejor a esta exigencia postmoderna, si bien tampoco faltan muestras de esta tendencia del otro lado del Atlántico³⁸.

En la actualidad, se detecta un abandono o reducción de la tendencia a la politización del DIPr. Se acusa a la politización de haber desvirtuado los valores e intereses estrictamente privados que caracterizan a las relaciones que son objeto del DIPr³⁹. La propia contemplación del objeto y de la función del DIPr se ve alterada según se adopte una perspectiva u otra. Con carácter general, una visión del DIPr politizada adopta al juez como destinatario y concibe al DIPr como un Derecho auxiliar, de funcionamiento, o de conexión; al contrario, una visión del DIPr «privatizada» apunta más es una dirección sustancialista, que postula al interesado como destinatario del Derecho y justifica el desarrollo de la autonomía privada contemplando la función del DIPr en orden prioritario a garantizar la seguridad, previsibilidad y continuidad de las relaciones jurídico-privadas en el espacio⁴⁰.

Otra muestra clara de esta tendencia es una nueva interpretación de la cláusula de orden público —refugio característico de la politización en Europa— que pasa, en palabras de E. Jayme, «de la protección de la soberanía al orden público inspri-vatista», centrándose cada vez más en un concepto de *orden público de Derecho privado*⁴¹.

Del mismo modo, determinadas tendencias que tratan de superar la concepción exclusivamente «localizadora» del DIPr reniegan de dicha politización. Así ocurre con las teorías sobre el DIPr en dos escalones o la concepción del cripto-DIPr. A juicio de H.

burgo, existen tendencias demostrativas de una concepción politizada del DIPr, fruto de la importante influencia de la revolución norteamericana en la doctrina alemana (cf. W. WIEGAND, «The Reception of American Law in Europe», *ALCL*, vol. 39, 1991-2, pp. 229-248), que giran exclusivamente en torno a los intereses del Estado y al concepto de soberanía estatal, enfatizando el elemento internacional y acercándolo al DI Público. Un ejemplo palmario es el artículo de L. SCHNORR VON CAROSFELD, «Ist das Normengrenzrecht eine selbständige Rechtsmaterie?», *Festschrift für Günther Betsche zum 70. Geburtstag am 26. April 1979*, Berlín/Nueva York, 1979, pp. 697-719.

³⁷ Cf. esta afirmación, partiendo de una crítica de las concepciones del DIPr que se anclan en la soberanía territorial, sin distinguir este concepto de la posibilidad de intervención estatal, en A. PRUNIER, «Le droit international privé: un droit de rattachement», *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Frankfurt am Main, 1993, pp. 169-172.

³⁸ Tal vez las tesis mantenidas por J. W. SINGER en la doctrina norteamericana significan un punto de encuentro definitivo entre la concepción norteamericana y la concepción europeo-continental. Es uno de los pocos autores de la contrarrevolución que critica abiertamente la dimensión estatista de los desajustes revolucionarios y contrarrevolucionarios centrados en el estudio de las *polices* estatales, que a su juicio alteran toda la naturaleza del método al desconocer los intereses privados, y calificar y resolver como falsos conflictos aquellos que, desde la perspectiva privada, son conflictos reales (cf. «Facing Real Conflicts», *Cornell Int'l Law Journ*, vol. 24, 1991, pp. 197-231). Sin embargo, el planteamiento de W. SINGER tampoco es extremo, como el de L. BRILMAJER, sino ecléctico, y propone una combinación de aspectos perfectamente detectable en el DIPr europeo-continental.

³⁹ Cf. E. REHNBERGER, «Zur Politisierung des Internationalen Privatrechts», *JZ*, 1973, p. 157; P. H. NEUDAUS, «Neue Wege in Europäischen Internationalen Privatrechts», *Rechts Z.*, 1971-3, pp. 402-407 y 414.

⁴⁰ Vid. este planteamiento en I. SCHWABER, «Zum Gegenstand des Internationalen Privatrechts», *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini*, Berna, 1990, p. 362. Una muestra de análisis o concepción general, en este sentido, se extrae el Curso general impartido recientemente en La Haya por F. VISCNER (cf. *loc.cit.*, esp. pp. 30-31 y 48-57).

⁴¹ Vid. el desarrollo de esta idea en E. JAYME, «Métodos...», *loc.cit.*, pp. 261-263.

Jessurun d' Oliveira, estas tendencias encajan mal con las visiones unilateralistas neoestatutarias, que parte de los conflictos de intereses desde una perspectiva estatutaria, para finalmente postular una nueva «elección entre sistemas jurídicos». El cripto-DIPr defiende una combinación del método tradicional con un segundo escalón material. En este segundo aspecto se puede asemejar a las doctrinas americanas del «*Datum*» (A. A. Ehrenzweig), o incluso a la doctrina de los *vested rights*; pero nada más: su fundamento, al contrario, es eminentemente privatista⁴².

Podría señalarse también, como un ejemplo más de esta tendencia, la crítica que verte K. Siehr, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, a la politización entendida en el sentido del *governmental interest analysis*. Para K. Siehr, dichas orientaciones tienden a un *lokal-ökonomische Analyse*, esto es, a soluciones de eficiencia puramente estatal, en tanto que en el DIPr deben buscarse soluciones de eficiencia global (*global-ökonomische Analyse*); de ahí la crítica a la extraterritorialidad desmesurada de las normas sobre Derecho económico estadounidenses —particularmente en el ámbito del Derecho de la competencia—, y la valoración positiva de soluciones menos estatistas, como el criterio de los «efectos»⁴³.

Todas estas críticas no significan, sin embargo, una simple vuelta a la separación entre sociedad civil y Estado propia del liberalismo decimonónico, sino una evicción del concepto de soberanía en la construcción del DIPr. Al contrario, ambos aspectos siguen interrelacionados, en parte porque el modelo del Estado-social sigue vigente en buena parte de las Constituciones europeas, como es el caso de España. Sin embargo, se busca un nuevo equilibrio de ambos factores, que incline la balanza en favor de los intereses privados, sin prejuizar el límite de un eventual intervencionismo público, ni la necesidad de una *politzación material*, en orden, sobre todo, al respeto de los valores constitucionales⁴⁴. En esta tendencia colaboran, evidentemente, componentes políticos (fin de la guerra fría), económicos (auge del modelo neoliberal) y sociológicos (expansión de las libertades individuales amparadas en los textos constitucionales; importancia creciente de los grupos). A nosotros nos interesa entroncar este fenómeno con el ideal postmoderno.

⁴² Cf. H. JESSURUN D' OLIVEIRA, «Krypto-Internationales Privatrechts», *ZfRvgl.*, 1986, pp. 258-259.

⁴³ Vid. K. SIEHR, «Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts», *Festschrift für Karl Fitting*, München, 1985, pp. 285-287.

⁴⁴ Esta diferenciación entre politización formal y material, que se encuentra en P. H. NEUDAUS, es importante a la hora de definir los contornos de la dualidad de conceptos «privatización/politzación» (cf. «Neue Wege...», *loc.cit.*, pp. 406-407). En efecto, una visión no politizada del DIPr significa, simplemente, reñir el concepto de soberanía estatal como eje del objeto del DIPr (relaciones privadas internacionales), y reforzar el análisis de los intereses privados. Pero, en modo alguno, se trata de desdénar toda influencia de los intereses generales o públicos, ni de los valores de orientación social que se encuentran, fundamentalmente, en los textos constitucionales. De ahí que la protección del menor o la función social de la propiedad privada, aun siendo valores de un determinado sistema estatal, deban incorporarse a la discusión jurídica del DIPr. En este sentido, un DIPr «despolitizado» no significa necesariamente un DIPr «desmaterializado». Significa, simplemente, orientar dicha materialización, de forma preferente, a la realización de los intereses privados, no a la consecución de la soberanía estatal ni a la imposición, pura y simple, de los intereses públicos. En este contexto hay que entender la afirmación de P. H. NEUDAUS, en el sentido de que el DIPr clásico ya jugaba con los intereses generales o públicos, además de con los privados (ibid., p. 414). No obstante, a nuestro modo de ver, las nuevas técnicas de materialización del DIPr aportan un juego más rico y preciso a este respecto, sin necesidad de responder a la «politización» en el significado referido.

C) *En especial: el auge de la autonomía de la voluntad*

Consecuentemente con este planteamiento privatista, conviene reseñar finalmente que el progreso de la *autonomía privada* es una idea-fuerza en expansión en el ámbito del DIPr, conforme con este ideal de emancipación postmoderno. Sin embargo, esta tendencia se centra en aquellas materias donde, tradicionalmente, mayor es el intervencionismo estatal (Derecho de persona y familia), y más necesaria es la emancipación del individuo, quedando, al contrario, limitada, en materia patrimonial. A nuestro modo de ver, la razón de que la tendencia hacia la autonomía privada sea más fuerte en el ámbito no patrimonial y restrictiva en el patrimonial obedece a los distintos principios que los justifican en cada sector: así, la autonomía conflictual, en el ámbito patrimonial, responde preferentemente a un *principio de eficiencia económica*, en tanto que los sectores no patrimoniales se asienta en un *principio de libertad individual*. De ahí que deba aceptarse el riesgo de conservadurismo del postmodernismo que menciona J. Habermas³⁵, por rozar las tesis neoliberales. Pero se trata de un postmodernismo mal entendido. Este rechaza toda fórmula de opresión, no sólo la estatal, sino también la que proviene de una economía y unos *standards* vitales dictados por las sociedades multinacionales. Por ello resulta criticable pretender presentar al fenómeno de la *Lex Mercatoria* como una muestra «postmoderna» de la autonomía de la voluntad; aquélla se vincula al criterio de eficiencia que caracteriza a ésta en el ámbito patrimonial, y no escapa, por tanto, a la politización de este sector del ordenamiento.³⁶

En contrapartida, el ejemplo más nítido de lo que denominaríamos la «reprivatización del DIPr», como fruto de la cultura postmoderna, se encuentra en el ámbito del Derecho no patrimonial (persona, familia, ¿sucesiones?). En este sector los valores constitucionales actúan directamente (arts. 32.1.º, 33.1.º y 39 CE); sin embargo, se trata del ámbito de materias donde progresa la autonomía conflictual³⁷. La evolución afecta en primer término a aquellas instituciones del Derecho no patrimonial que presentan, no obstante, un alcance económico: régimen económico matrimonial y sucesiones, mediante la introducción de la *professio iuris*. Pero se extiende también a materias estrictamente personales: divorcio (autonomía conflictual), nombre y apellidos (tomando

³⁵ Vid. «La modernidad, un proyecto incompleto», *La postmodernidad*, Barcelona, 1985, pp. 19 ss.

³⁶ Un ejemplo de defensa filosófica de la *Lex Mercatoria* rediviva lo encontramos en B. OPPERT. Su loca a los méritos de la jurisprudencia arbitral y a las bondades de la *lex mercatoria* se fundamentan en el marcado antipositivismo (sin distinciones) del mencionado autor. Se trata de una postura perfectamente legítima desde sus concepciones ius-filosóficas, que entronca con una concepción neoliberal no exenta de ribetes postmodernistas, tanto por lo que tiene de negación de la fórmula estatal como expresión de la razón totalizadora, como de llamada a fórmulas de interpretación jurídica más imaginativas y fantasiosas. Lamentablemente, la pureza doctrinal de B. OPPERT no impide que la misma defensa obedezca en otros casos a intereses económicos muy particulares. A menudo, quienes enjuician las bondades de la *Lex Mercatoria* son también parte de sus beneficiarios (profesores-ámbito), e incluso de un cierto monopolio multinacional. Sus juicios, en consecuencia, no pueden merecernos el buen crédito del sabio OPPERT (vid. «Le droit international privé, droit savant», *R. des C.*, t. 234 (1992-III), pp. 393-401), sin perjuicio de que ostente la vicepresidencia del Instituto de Derecho y prácticas de los negocios internacionales de la Cámara de Comercio Internacional (cf. el dato en *R. des C.*, loc. cit., p. 337).

³⁷ Para un análisis de su aplicación práctica y comparada vid., por todos, J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992, pp. 281-422.

como valores de base los derechos humanos), uniones de hecho (no contradictoria con el orden público y merecedora de un régimen de efectos).

Tomando como ejemplo al Derecho español, el artículo 9.2.º CC aparece como uno de los ejemplos más progresistas. La autonomía conflictual abarca tanto los efectos personales como los patrimoniales, y la autonomía conflictual sólo cede ante la ley nacional común al tiempo de contraer matrimonio³⁸. Tal vez ésta sea una razón de crítica para el legislador. Tal límite impide muchas veces que matrimonios de extranjeros residentes en España, y plenamente integrados en nuestra cultura, puedan optar por unas relaciones familiares adecuadas al medio en que viven, y a la inversa³⁹. Porque la justificación de esta extensión de la autonomía de la voluntad, al margen de las exigencias propias de los sistemas plurilegislativos de base personal⁴⁰, ya no se encuentra en un criterio de eficiencia, sino en la postulación de los intereses estrictamente individuales y de grupo, derivados de un *valor o principio de libertad*. Éste es un principio que se encuentra no sólo formulado con carácter general en el artículo 1.º de nuestra Constitución en tanto «valor superior», sino que se expresa específicamente en el artículo 9.2.º, que exige a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Este principio de libertad, que no de absorción o integración, justifica directamente la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de familia, como mecanismo para promover esa plenitud y participación voluntaria en la vida cultural y social. Tanto en Europa como en Norteamérica, los importantes movimientos migratorios hacen que residan en estos países multitud de extranjeros que por razones demográficas y económicas tienen un acceso limitado a la adquisición de la nacionalidad. Y aun cuando fuera por el deseo personal de mantener su nacionalidad, una residencia continuada aconseja conceder la libertad de optar, en particular, por la ley de su residencia. De esta forma, se adecúa una política de integración o asimilación con el debido respeto a la libertad individual y cultural de los inmigrantes⁴¹.

³⁸ Vid. sobre la redacción del actual art. 9.2.º CC y el alcance de la reforma de 1990, A. BORKAS RODRÍGUEZ, «Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 626-634, esp. p. 629.

³⁹ Cf. en este sentido P. GANNAGÉ, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, p. 448. A juicio de D. HENRICH, esta disponibilidad de la ley nacional común debe ser admitida cuando ceda en favor de la elección de la ley del foro coincidente con la común residencia de los cónyuges (cf. «Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Familienrecht», *Comparative Law in the World Today. The 40th Anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan*, Chou University, 1988, pp. 566-567).

⁴⁰ P. GANNAGÉ ha puesto de manifiesto que la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de familia no encuentra, obviamente, la misma justificación en el mundo occidental que en los países con sistemas plurilegislativos de base personal (cf. «La pénétration...», loc. cit., pp. 430-432).

⁴¹ La vinculación de este principio de libertad con la naturaleza personal de las instituciones impone límites de proximidad a la autonomía conflictual, que evite eventuales fraudes. Normalmente, junto a la nacionalidad como conexión principal, la elección debe reducirse a conexiones objetivas que presenten un grado de vinculación personal y social del individuo o grupo, particularmente la residencia habitual. De ahí que la técnica de la *professio iuris* se presente como la más válida en este sentido (vid. J.-Y. CARLIER, op. cit., pp. 257-270; G. A. L. DROZ, loc. cit., pp. 242-243; A. E. VON OVERBECK, «La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Genk, 1966, pp. 1085 ss.; F. VISCHER, «General Course...», loc. cit., pp. 127-128).

3. La asunción de la multiculturalidad

El postulado de la pluralidad cultural es fundamental desde una dimensión postmoderna. El postmodernismo concibe la sociedad actual como una sociedad no transparente⁴². La eclosión de los medios de comunicación de masas ha permitido una aproximación vertiginosa de las distintas culturas, un conocimiento más profundo de las mismas. Este factor, unido al fin del imperialismo y a la extinción del fenómeno colonial, y ayudado por los movimientos migratorios masivos, provoca, de hecho, una necesidad de convivencia cultural, una tendencial relativización de la propia cultura y, en definitiva, un declive del paradigma cultural, representado por el mundo occidental.

Estos datos avalan la afirmación de dos órdenes diversos de consecuencias. La primera, de carácter disgregador, se refiere a la relativización de la propia cultura, y el respeto a la identidad cultural, a la diferencia. La segunda consecuencia, a la que haremos referencia a modo de conclusión, es, sin embargo, integradora: la comunicación y la aproximación cultural.

Centrándonos, por el momento, en la faceta desintegradora, es indudable que la asunción de la diversidad cultural ha producido una pauta señalada de evolución jurídica en el ámbito del Derecho internacional privado: de un lado, se han atenuado, incluso reducido, los conflictos de civilizaciones, como demuestra la jurisprudencia francesa que, más atenta al principio de libertad religiosa que a la sacrosanta excepción de orden público, se muestra mayoritariamente partidaria de reconocer ciertos efectos al matrimonio poligámico, en bien de uno de los cónyuges o de su progenie.

En segundo término, en el ámbito del Derecho interregional, el respeto y el desarrollo de los Derechos civiles propios, impulsado por la Sentencia T.C. núm. 88/1993, de 12 de marzo, es una muestra palmaria de la confirmación de una sociedad no transparente, donde el respeto del hecho diferencial, por más que se pueda suscitar como una necesidad de coyuntura política, se enraza en el respeto a la identidad cultural.

Por esta misma razón, los fenómenos de integración política, económica y jurídica, tales como la Unión Europea, deben ser conscientes de los límites que impone la diversidad cultural. El artículo F.1.º del TUE recoge este principio de respeto a la identidad nacional, que no es simplemente programático. Para A. V. M. Struycken, este principio hace imposible la adopción de disposiciones comunitarias en aquellos sectores del Derecho civil no patrimonial (familia y sucesiones) que identifican culturalmente un ordenamiento jurídico, precisándose para la armonización de tales materias una iniciativa convencional —no institucional— por la vía de los acuerdos de cooperación del artículo K TUE⁴³. Más indirectamente, el respeto a la identidad cultural puede informar determinadas disposiciones comunitarias (*ad. ex.*, Directiva 93/7/CE, del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea) o consistir en restricción justificada por razones de interés general a las libertades de circulación comunitarias. Así el conocimiento de una determinada lengua nacional⁴⁴, o la adecuada comprensión

o difusión del patrimonio histórico-artístico nacional⁴⁵ han sido ejemplos reconocidos por el TJCE.

4. Argumentación jurídica, estética y diálogo

Desde un punto de vista filosófico-jurídico, el postmodernismo también presenta sus exigencias disgregadoras. Es bien conocida la incidencia del postmodernismo en el arte, propiciando el fin de los «ismos», una expresión plástica fantástica y ecléctica, ajena a paradigmas e integradora de diversas tendencias. Este mismo espíritu relativista se traslada al ámbito del razonamiento jurídico, en favor de la tópicca, la lógica jurídica y los planteamientos favorables al discurso práctico.

Sin penetrar en toda su profundidad, podríamos simplificar la cuestión afirmando que el postmodernismo avala un Derecho internacional privado fuertemente sometido a la flexibilidad del esquema «regla/excepción», partidario de los principios más que de las normas, en cualquier caso proclive a la textura abierta de estas últimas y a la especialización *issue-by-issue*.

Junto a estos fenómenos, ya señalados al referirnos al relativismo metodológico, las llamadas «normas narrativas» aparecen como un exponente muy claro del talante postmoderno⁴⁶. Se trata de exposiciones de motivos, declaraciones de intenciones, convenios no en vigor, y otras disposiciones que, careciendo del carácter de auténticas fuentes del DIPr, aderezan el razonamiento jurídico y orientan las soluciones en un sentido u otro. De los ejemplos expuestos por E. Jayme, extraídos de la jurisprudencia alemana, no todos, sin embargo, merecen ser considerados como auténticos exponentes de postmodernidad. Así, la Sentencia Tribunal Federal Alemán, de 2 de julio de 1991, procedió a interpretar el artículo 23 ZPO, inspirándose en el valor implícito en el artículo 3.2.º del Convenio de Bruselas de 1968, inaplicable en el caso. De esta forma, prácticamente dejó vacío de contenido el *forum patrimonii* previsto en la legislación alemana, incorporando el juicio negativo de este foro que se encuentra en el Convenio de Bruselas. Tal conclusión, sin embargo, no es muy postmoderna, por más que el Tribunal alemán haya utilizado el Convenio de Bruselas como *ratio scripta* o norma narrativa. Al fin y al cabo, supone una unificación de criterios en dos supuestos muy distintos (los incluidos y los excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas), sin respeto a las situaciones diferenciales y la diversidad, y universalizando los valores del Convenio de Bruselas, erigido en paradigma. En cambio, sí parece un modelo de postmodernidad la decisión contenida en la Sentencia Tribunal Federal alemán, de 22 de junio de 1972: se trataba de un contrato de seguro marítimo sometido al Derecho alemán, y cuyo objeto era la exportación de obras de arte provenientes de Nigeria. La prohibición de exportación nigeriana parecía contradecir al Derecho alemán, aplicable al caso; sin embargo, el Tribunal orientó su interpretación conforme al valor de protección del patrimonio cultural que extrajo del Convenio de la UNESCO

⁴² Vid. G. VATTIMO, *La sociedad transparente*, Barcelona, 1990, esp. pp. 73-87.

⁴³ Vid. A. V. M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.*, t. 232 (1992-1), pp. 281-282.

⁴⁴ Sent. TJCE de 28 de noviembre de 1989 (As. 379/87: *Groener*).

⁴⁵ Sent. TJCE de 26 de febrero de 1991 (As. C-198/89: *Comisión/Grecia*), entre otras decisiones similares.

⁴⁶ Así lo cree, al menos, E. JAYME, «Narrative Normen in internationalen Privat- und Verfahrensrecht», *Tübinger Universitätsreden. Neue Folge* 10, band 5, Tübingen, 1993, 38 pp.

de 14 de noviembre de 1970, inaplicable en Alemania por entonces, al entender que reflejaba el espíritu del propio sistema alemán, esto es, utilizándolo como *ratio scripta* o norma narrativa.

III. CONCLUSIÓN: POSTMODERNISMO E INTEGRACIÓN

Hasta el momento hemos incidido en lo que tiene el postmodernismo de movimiento disgregador o destructivo. Se trata de un modelo de pensamiento que disgrega o destruye el paradigma científico, el modelo de Estado como organización política o el modelo de la cultura dominante. Pero la segunda parte del postmodernismo, a menudo conscientemente olvidada, es su talante integrador: de métodos científicos, de modelos de actuación y, sobre todo, de culturas.

Ya hemos abundado con anterioridad en la tendencia hacia la integración metodológica, y para concluir este curso convendría poner de relieve el alcance de la integración cultural para el Derecho en general, y en particular, para el Derecho internacional privado.

La asunción de la pluralidad cultural significaba, como veíamos, una relativización de la propia cultura, pero, por la misma razón, abre una puerta a la comunicación, apertura y aproximación culturales. Si partimos de la base de que el Derecho es una manifestación más de la cultura, el Derecho de la posmodernidad es un Derecho más intercomunicado, que acepta elementos foráneos y los integra. En esta línea, no cabe duda de que los fenómenos de integración jurídica como el Derecho comunitario acercamiento entre los sistemas jurídicos del *common* y del *civil law*, antaño tan dispares, y cada vez más semejantes. A título de ejemplo, el artículo 4.º del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, aplicable tanto en el Reino Unido como en España, es un ejemplo palmario de convivencia cultural: una primera disposición, anglosajona, establece la responsabilidad del juez al determinar abiertamente el Derecho aplicable, a través de la ley más estrechamente vinculada (*judge made law*); una segunda, establece una presunción en favor de la ley de la residencia habitual del prestador característico (seguridad jurídica); finalmente, una cláusula de escape permite relativizar la presunción, en favor de otra ley, en casos excepcionales.

Pero los fenómenos de integración han facilitado, asimismo, un acervo jurídico comunitario, palpable tanto en una constitución económica común, o un sistema pario de derechos fundamentales, como en una estandarización directa de los ordenamientos (Reglamentos y Directivas). Pero en esta línea, no puede olvidarse que, en el marco de las libertades, la aproximación jurídica cuenta con vías indirectas. En efecto, sustituyendo el concepto de mercado común por el de mercado único, las libertades comunitarias no sólo se amparan frente a las restricciones discriminatorias, sino frente a todas aquellas que, sean o no discriminatorias, no se hallen justificadas por razones de interés general. Ello hace que si el TJCE estima que no se cumplen las condiciones de proporcionalidad, necesidad objetiva, etc. una disposición nacional pueda no considerarse legítima y provoque hipotéticas discriminaciones encubiertas. Así, cuando el TJCE estima ilegítimas las disposiciones nacionales que exigen que los abogados, médicos o

dentistas posean una sola consulta⁴⁷, obliga a las autoridades nacionales a adoptar dos tipos de medidas: una, obligatoria, es excluir la prohibición en las situaciones intracomunitarias; otra, «facultativa», consistiría en eximir asimismo de tal prohibición a los propios nacionales, en situaciones puramente internas, con el fin de evitar las discriminaciones inversas. Con ello, se potencia no sólo una unificación en el ámbito comunitario, sino también una unificación absoluta, más allá del propio ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

El Derecho internacional privado en su conjunto no es únicamente un sector más del Derecho afectado por esta corriente de integración cultural. Por su propia naturaleza, expuesto por razón de su objeto a considerar la internacionalidad del supuesto, la coordinación de los sistemas jurídicos y la eficiencia global de sus soluciones, se erige como un instrumento específico de comunicación intercultural, como un canal de comunicación entre culturas jurídicas y, en definitiva, como instrumento de paz. Así lo entiende el profesor de Florida W. P. Nagan, al proponer para el Derecho internacional privado un paradigma alternativo, fundado en el análisis del proceso ecosocial de intercambio de valores y en la posibilidad de establecer objetivos o valores compartidos. Su finalidad es alcanzar un principio de coordinación y respeto, no sólo de sistemas nacionales, sino de «culturas» en sentido amplio (diversidad de etnias, economías, religiones...)⁴⁸. El Derecho, y el Derecho internacional privado, se convierten entonces en un «canal o medio de comunicación» y de «intercambio de valores» hacia un «mejor orden mundial». La idea es semejante al *ius communicationis* que recientemente postula F. Rigaux⁴⁹.

Esta comunicación intercultural viene amparada no sólo en los fenómenos de integración a los que hicimos referencia, o en la sociedad internacional de intereses comunes. Los crecientes intercambios científicos (particularmente el diálogo entre las doctrinas norteamericanas y las europeas en el ámbito del Derecho internacional privado), y los programas de formación académica transnacionales (Erasmus, Tempus, Intercampus...), junto con la interdependencia económica mundial, las nuevas tecnologías y la deslocalización de la práctica legal, y los instrumentos institucionalizados que facilitan el acceso a la información acerca del Derecho extranjero, habilitan unos canales fluidos de comunicación en el marco de las relaciones privadas internacionales.

La trascendencia de esta comunicación es palpable en los problemas clásicos del Derecho internacional privado, en particular por lo que se refiere a la operación, casi siempre traumática, de aplicar el Derecho extranjero. Si, tradicionalmente, esta posibilidad estaba preñada de dificultades, hasta el punto de que el problema del Derecho aplicable se expresaba en términos de «conflicto», hoy en día, siguiendo la ley del péndulo, se ha llegado a afirmar que lo que antes era una presunta contradicción entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero, debe hoy reconvertirse en una «presunción de armonía»: «Conflicts of Laws exist by way of exception to the level of formal har-

⁴⁷ Vid., a título de ejemplo, las Sent. TJCE de 12 de julio de 1984 (As. 107/83, Klipp), de 30 de abril de 1986 (As. 96/85, *Comisión/Francia*) y de 16 de junio de 1992 (As. C-351/90, *Comisión/Luxemburgo*).

⁴⁸ Vid. «Theory and Method in Private International Law». A Policy-Oriented Internationalism», *Liber Memorialis François Laurent*, Bruselas, 1989, pp. 907-931.

⁴⁹ Vid. «Le pluralisme en droit international privé», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco)*, Madrid, 1993, p. 1429.

monization which has been brought about»⁵⁰. Esta afirmación lleva a P. Glenn a defender la idea de un «Derecho internacional privado facultativo»: si la aproximación entre sistemas justifica la presunción de armonía, la aplicación de la ley del foro, como presuntamente similar al Derecho extranjero, no debe ser traumática. Sin embargo, tal vez la comunicación entre culturas jurídicas sea un elemento más bien contrario, que favorable, a las tesis del *faktitiven Kollisionsrecht*, al menos en su formulación original, que trata de lograr una justicia de calidad, ante los problemas insolubles que plantea aproximarse al Derecho extranjero⁵¹. Los argumentos que justifican dicha «justicia de menor calidad» no parecen tener en cuenta ese proceso de comunicación intercultural que en la actualidad parece permitir una aproximación de mayor calidad no sólo al conocimiento del Derecho extranjero, sino también a la comprensión de sus valores; en consecuencia, frente a la propuesta del DIPr facultativo, hoy cabría afirmar la posibilidad de una justicia de calidad aplicando la ley extranjera⁵².

La concreción del orden público a través de *standards internacionales* y de *Derecho comparado* constituye igualmente una muestra de esta comunicación jurídica a través de las fronteras. E. Jayme pone de manifiesto cómo la jurisprudencia alemana ha utilizado estos *standards* para poner de relieve que una determinada *police* del foro, aunque vigente, estaba debilitada en comparación con las tendencias de convenios internacionales no aplicables más que como *ratio scripta*, o de sistemas nacionales extranjeros (particularmente del círculo de referencia occidental), excluyendo la justificación del correctivo de orden público y erigiéndose en un mecanismo de concreción del orden público de alcance general⁵³.

La propuesta de H. Jessurun d'Oliveira en tomo a un *Krypto-Internationales Privatrecht* tampoco está exenta de la caracterización del DIPr como canal de comunicación intercultural, al igual que otras orientaciones próximas (*Ley extranjera as Datum, Zweistufigentheorie*). Las Sentencias *Hoye Raad* de 18 de noviembre de 1983, 28 de noviembre de 1984 y 30 de marzo de 1984, extraídas por H. Jessurun d'Oliveira, ilustran este método en sendos supuestos de contratos laborales con elemento internacional, en

⁵⁰ Cf. P. GLENN, «Harmonization of Law, Foreign Law and Private International Law», *European Review of Private Law*, 1993-1, pp. 49-56.

⁵¹ Así, A. FLEISSNER justifica su propuesta en la inseguridad y arbitrariedad en el conocimiento del Derecho extranjero; el alto coste de los dictámenes, a veces poco fiables y tardíos; la situación de temor del intérprete que evita ser acusado de sabihondo y prefiere extremar la prudencia y el tacto, actuando de forma conservadora; la dificultad de una jurisprudencia de valores «extranjeros»; su conversión de un «*gelemten, erhaltens*» y «*liberalegenen*» en un «*diktatorischen*», «*Anfänger*» y «*ängstlichen*»; la imposibilidad de vencer el ambiente social de la comunidad extranjera; el beneficio de la parte extranjera que juega con una «ventaja de conocimiento» (*Wissensvorsprung*); la debilidad de las posibilidades argumentativas; la facilidad con que la parte que pretende una modificación jurisprudencial o una solución particular en razón de las circunstancias del caso «*gegen die Wand argumentiert*» cuando se trata del Derecho extranjero (cf. «*Faktitiven Kollisionsrecht*», *Rabels Z.*, 1970, pp. 549-555).

⁵² P. GLENN prescinde, sin embargo, de la importancia que la calidad de la justicia tiene en la propuesta de A. FLEISSNER, y cree apreciar en el DIPr facultativo una consecuencia del proceso de armonización, sobre todo en el marco de integración, y en la presunción de armonía entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero, cuando la ausencia de dicha armonía es, precisamente, la base de la propuesta del *faktitiven Kollisionsrecht* (cf. *loc. cit.*, pp. 62-63).

⁵³ Vid. «Métodos para la concreción del orden público en el Derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de ciencias jurídicas y políticas*, núm. 82, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 253-260.

que el despidido afectaba, respectivamente, a ciudadanos chino, marroquí y turco empleados en los Países Bajos. Pese a la aplicación de la *lex fori*, el Tribunal hubo de tener en cuenta, para resolver el asunto, como incidía la internacionalidad del caso y, en particular, el Derecho extranjero en cuestiones tales como la configuración de la relación patrono-empleado o la legitimidad de una ausencia laboral motivada por razones de desplazamiento al país de origen o convicciones religiosas (Ramadán). En tales casos —y el asunto del trabajador turco y su día de ramadán es paradigmático—, la consideración del elemento extranjero responde al objetivo de tener en cuenta como factor determinante las diferencias culturales, religiosas y sociales que introduce el elemento extranjero, incluida la cultura y el Derecho como dato⁵⁴.

De ahí que, finalmente, el fruto de semejante comunicación e interdependencia atente de alguna forma contra el postulado postmoderno, al orientar la cooperación internacional en la búsqueda de «intereses generales comunes»⁵⁵, objetivos o valores compartidos (armonización), abandonando el intento de unificar los derechos nacionales⁵⁶. Se trata no de reducir la complejidad cultural, sino de construir nuevas realidades a partir de fines comunes. En esta dirección es particularmente gráfica la redacción del artículo 9 de la Res. IDI de Basilea de 31 de agosto de 1991 sobre la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas, que deja condicionada la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados a que persigan fines «generalmente aceptados por la comunidad internacional».

La regla expresa casi una profesión de fe. Al igual que el postmodernismo: su pretensión es, simplemente, desmitificar el orden impuesto para desvelar una realidad sin duda compleja y esquivia, pero que es necesario construir de forma relativista, antidogmática, dialogada, a partir de unos intereses que *necesariamente* tienen que ser comunes. Tal vez por eso el postmodernismo tenga algún parentesco ideológico con algunas corrientes de pensamiento no tan modernas que, tras la máscara de cierta destructividad, alcanzan a ver un horizonte distinto para la humanidad.

⁵⁴ Vid. «Krypto-Internationales Privatrecht», *ZfRvgl.*, 1986, pp. 246-262.

⁵⁵ Vid. H. JOKELA, «Internationalism in Private International Law», *Comparative and Private International Law Essays in Honour of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlín, 1990, pp. 395-408.

⁵⁶ J. H. A. VAN LOON pone de relieve este dato, indicando a título de ejemplo la contemplación de la *professio iuris* en el régimen convencional de la Haya sobre sucesiones, o la cooperación internacional en materia de medio ambiente (cf. «The Increasing Significance of International Cooperation for the Unification of Private International Law», *Forty Years on: the Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, p. 108).