

Un aspecto filosófico del conflicto de leyes: origen y desarrollo histórico-doctrinal de la “cláusula de excepción”

A philosophical aspect of the conflict of laws: historical and doctrinal origin and development of the “exception clause”

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre¹, María Teresa Alcolado Chico²

¹ Académico de Número de las Reales Academias de Doctores de España. j.a.tomasortiz@gmail.com

² Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. alcolado@icam.es

An. Real. Acad. Doct. Vol 2, (2016) pp. 306-355.

RESUMEN	ABSTRACT
En este artículo los autores, después de una introducción en la que se pone de relieve la importancia de la “cláusula de excepción” al estar ya incorporada al ordenamiento jurídico español, exponen los orígenes doctrinales de esta idea nueva que, con ciertos antecedentes en la jurisprudencia, especialmente suiza, se formula por la doctrina en 1956 a través de la propuesta que el profesor griego Georges S. Maridakis presenta en el <i>Instituto de Derecho Internacional</i> .	In this article, after an introduction in which the importance of the “exception clause” is highlighted, once it has already been incorporated in the judicial Spanish legal system, the authors expose the doctrinal causes of this new idea that with certain precedents in jurisprudence, especially from Switzerland, is manifested by a doctrine in 1956 through the proposal that was presented by the Greek professor Georges S. Maridakis at the “Institute of International Law”.
Palabras clave: Derecho internacional privado. Conflicto de leyes. Cláusula de excepción. Punto de conexión. Codificación.	Keywords: Private International Law. Conflict of laws. Exception clause. Points of Connection. Codification.

1. INTRODUCCIÓN

La generalmente llamada “cláusula de excepción” aparece como novedad en el Derecho internacional privado a comienzos de la segunda mitad del siglo XX, y por lo que atañe a España tiene entrada en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la década de los años ochenta del pasado siglo a través de ciertos convenios que España ratifica y, en particular, del artículo 4 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹. La cláusula sigue presente en el artículo 4.3 y 4 del Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”)², que ha venido a sustituir al citado Convenio de Roma, y que ha entrado en vigor el 17 de diciembre de 2009. También aparece en los artículos 4.3 y 5.2 del Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de junio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)³, vigente desde el 11 de enero de 2009. Por vía convencional la incluye el artículo 15.2 del Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996⁴, vigente para España desde el 1 de enero de 2011, y últimamente vuelve a estar presente en el artículo 21.2 del Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁵, vigente desde el 17 de agosto de 2015. Como se ve la “cláusula de excepción” incorporada al ordenamiento jurídico español nos viene impuesta ya que el legislador, hasta hoy, no la ha incluido en ninguna regla de conflicto de fuente interna. Y el problema que plantea esta presencia es si su aplicación resulta compatible con la regulación de la *ordinatoria litis*, es decir, con las normas de nuestro Derecho procesal civil tal y como actualmente está concebido. De ahí el interés y la actualidad del tema desde la perspectiva española. Conscientes de que *nihil novum sub sole* estas páginas se limitan únicamente a presentar una síntesis de la historia de la contribución de la doctrina , en la segunda mitad del siglo XX, a la elaboración de la “cláusula de

¹ Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 171, de 19 de julio de 1993; correc. de errores, BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1993.

² Diario Oficial (DO), núm. L 177, de 4 de julio de 2008.

³ Diario Oficial (DO), núm. L 199, de 31 de julio de 2007.

⁴ Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁵ Diario Oficial (DO) núm. 201, de 21 de julio de 2012.

excepción”, por lo tanto a un aspecto que queda circunscrito, pues, a una visión de técnica jurídica o, si se quiere, filosófica del Derecho internacional privado ya que los sectores relativos a la jurisprudencia “histórica”, y al Derecho comparado, aspecto éste que comienza en el último cuarto del siglo XX con ciertas codificaciones nacionales del Derecho internacional privado, tienen suficiente entidad como para ser tratados separadamente. El tema cuenta hoy con amplia y sólida bibliografía, de la que se ha tenido en cuenta la más significativa, que se ha venido produciendo a través de monografías como la debida al suizo César E. Dubler *Les clauses d’exception en droit international privé*,⁶ estudios, artículos, uno de los más recientes debido a la pluma de la profesora de la Universidad Hebrea de Jerusalén Celia Wasserstein Fassberg titulado *Realism and revolution in conflict of laws: in with a bang and out with a whimper*,⁷ e incluso en alguna obra en la que, aun cuando no circunscribiéndose exclusivamente a la “cláusula de excepción”, ésta ha sido detenidamente tratada por el autor como es el caso del malogrado internacionalista portugués Antonio Marques dos Santos⁸.

2. ORIGEN Y FUNCIÓN DE UNA IDEA NUEVA: LA "CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN"

El año 1956 fue de notable importancia, doctrinalmente hablando, para el Derecho internacional privado pues, por una parte, veía la luz en París la obra del entonces profesor de la Sorbona Henri Batiffol (1905-1989) titulada *Aspects philosophiques du droit international privé* en la que, entre otras muchas cuestiones, se refería a la regla de derecho como afectante a intereses particulares, estatales e internacionales, regla que a la vez es una lógica, una tradición o una innovación, una utilidad, una conveniencia y una equidad⁹, y, por otra, el profesor griego Georges S. Maridakis¹⁰ daba a conocer su propuesta de un nuevo tipo de regla de conflicto, de tendencia “abierta”, en la línea de las doctrinas norteamericanas, pretendiendo desbordar la tradicional regla de conflicto savignyana “ciega” o “rígida”. Con este segundo hecho en la segunda mitad del siglo XX se daba un paso más, por la vía filosófica del Derecho internacional privado, hacia el intento de elaborar una regla

⁶ Publicada por Georg & Cie-Librairie de l’Université, Gêneve, 1983, obra que, pese al paso del tiempo sigue siendo hoy la más completa.

⁷ En *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, 2015, pp. 1919-1944.

⁸ Marques dos Santos, A.: *As normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, 2 vols., Livraria Almedina, Coimbra, 1991.

⁹ La obra fue publicada por Dalloz y comprende 346 pp., vid. la reseña de Louis-Lucas, P. en: *Revue internationale de droit comparé*, année 1958, vol. 10, núm. 1, pp. 190-194.

¹⁰ Georges S. Maridakis (1890-1979), fue profesor de Derecho internacional privado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Atenas desde 1925 y, después, Rector de dicha Universidad; dos veces ministro de Justicia, en 1952 y 1954; entre 1952 y 1958 formó parte de la comisión redactora del Código civil griego; fue el primer juez griego en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que desarrolló su actividad durante once años.

de conflicto con un factor de conexión más flexible y superador de la citada rigidez que, como es sabido, ha venido presidiendo hasta hoy, la norma de conflicto que constituye la norma tipo de todo sistema de Derecho internacional privado, ya sea su fuente interna o internacional, y el papel de la doctrina ha sido y seguirá siendo fundamental, pues “el perfeccionamiento de las futuras normas de conflicto tanto estatales como internacionales debe ser preparado por la labor doctrinal”.¹¹ No obstante, el primer pronunciamiento en ese progreso no se debió propiamente a la doctrina sino a la jurisprudencia, concretamente a la suiza que aparece así como pionera en la nueva formulación de lo que se va a convertir en la generalmente llamada “cláusula de excepción”. Fuera de los casos en los que la regla de conflicto posibilita al interesado, o a las partes, a hacer uso de la *autonomía de la voluntad* (p.ej., posibilidad de elegir la ley aplicable, entre varias, para regular la forma del testamento¹²; posibilidad de que los contratantes elijan la ley aplicable al fondo del contrato¹³), la regla de conflicto se construyó con una conexión, o con varias (conexión única, o conexión principal y conexiones subsidiarias) pero sin ninguna posibilidad de que el juez pudiera apartarse de la conexión que fuese la pertinente para el supuesto y, por tanto, sin que un derecho no señalado por ese punto de conexión localizador pudiera terminar regulando la situación o relación jurídica debatida. Así, si una regla de conflicto establecía que “la capacidad de las personas físicas se rige por su ley nacional”, era esa ley la aplicable aun cuando esa persona no tuviese realmente ninguna otra vinculación con su Estado nacional, lo que sucederá cuando resulta, por ejemplo, que su domicilio está desde hace muchos años en otro Estado. Evidentemente, en un caso así cabe preguntarse si esa “ley nacional” no debería razonablemente ceder ante la “ley del domicilio” con la que, a todas luces, aparece “más estrechamente vinculada” la persona en cuestión. Ahora bien, ese supuesto, que en los siglos XIX y XX podía ser más o menos excepcional ya no lo es, cuando corre el primer cuarto del siglo XXI, por la rapidez desarrollada por los medios de transporte y por los grandes cambios demográficos que se vienen produciendo en gran parte del planeta. Baste señalar, por lo que respecta a España, el aumento de población extranjera, desde hace pocos años aquí residente, que puede cifrarse en torno a algo más de dos millones de personas aunque a veces se produzca cierta pérdida de población. Y no debe olvidarse, por otra parte, que la aplicación, a una relación de la vida conectada con dos o más ordenamientos jurídicos, de aquél con el que presenta los “vínculos más estrechos” no significa más

¹¹ Miaja de la Muela, A.: *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, vol. I, 6ª ed., Ediciones Atlas, Madrid, 1972, p. 330.

¹² Así, p. ej., el art. 1 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961.

¹³ Así, p.ej., el art. 10.5 del Código civil español; art. 3.1 del Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 14 del Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”).

que el vínculo es “el más fuerte” frente a cualesquiera otros que aparecen, obviamente, como más débiles, pero en modo alguno significa que ese derecho inexorablemente sea el “mejor derecho” entre todos los demás concurrentes para regular dicha relación. O, dicho de otro modo, en palabras del glosador Aldricus, esa ley no tiene por qué resultar, como debería ser, para esa situación o relación jurídica, *la mejor y más útil*.¹⁴

Esto dicho, hay que señalar que fue el Tribunal Federal suizo el que decididamente trazó la nueva senda al filo de la última década de la primera mitad del siglo XX. A la sentencia de 23 de septiembre de 1941, relativa al caso *Hungarian Discount and Exchange Bank Ltd. C. Bankhaus Kleinwort, Sons and Co.*, siguieron otras como la de 7 de marzo de 1950, relativa al caso “*Unitrade A.-G. c. Cem S. A.*”, en la que se afirma que, en materia contractual, la ley del territorio con el que el contrato mantiene las relaciones más estrechas es, en general, la ley del país en el que este debe ser ejecutado, añadiendo, y aquí está la novedad: “Pero la regla no es absoluta y se impone una excepción precisamente en el caso, porque... hay que presumir que las partes entendieron someter sus relaciones a una ley única...”¹⁵. De ahí que haya podido afirmarse certeramente por C. E. Dubler que las cláusulas de excepción fueron introducidas por el Tribunal Federal suizo, en materia contractual, por medio de la *voluntad hipotética*¹⁶. Se iniciaba de este modo una nueva tendencia en la configuración de la regla de conflicto que fue adoptada tanto por las codificaciones

¹⁴ La glosa de Aldricus, que se sitúa entre 1170 y 1200, dice: “...*eam quae potior et utilior videtur, debet enim* (el juez) *iudicare secundum quod melius ei visum fuerit*”, vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I, Introducción, historia doctrinal y codificación, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1992, p. 293.

¹⁵ Vid. Campiglio, C.: *L’esperienza svizzera interna di clausola d’eccezione: l’art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato*, en *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1985, p. 53, y nota 23.

¹⁶ Con anterioridad a la obra de Dubler es significativo el trabajo del profesor de la Universidad de Neuchâtel Knoepfler, F.: *Utilité et dangers d’une clause d’exception en droit international privé*, en *Hommage à Raymond Jeanprêtre-Recueil de travaux offert par la Faculté de droit et des sciences économiques de l’Université de Neuchâtel*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982; y con posterioridad han aparecido contribuciones doctrinales muy notables como, entre otras, la ya citada de la profesora de la Universidad de Pavía Cristina Campiglio: *L’esperienza... op. cit.*; y Paul Lagarde: *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain-Cours général de droit international privé*, en *Rec. des C.*, t. 196, 1986-I, especialmente pp. 97-126, y las referencias citadas en las notas 234 a 321.

nacionales del Derecho internacional privado¹⁷, como por la internacional¹⁸, así como por el Derecho comunitario europeo ya citado, pudiendo afirmarse que la “cláusula de excepción” ha adquirido hoy carta de naturaleza plena y sigue estando presente, como no podría ser de otro modo, en la doctrina de Derecho internacional privado del siglo XXI. Cuestión distinta es la de que su aplicación en todos los Estados parte en convenios internacionales y en los Estados miembros de la Unión Europea, obligados por los Reglamentos comunitarios, que la incluyan, sea posible ya que ello dependerá de cómo esté estructurada la *ordinatoria litis*, es decir, el Derecho procesal civil en cada uno de ellos. Obviamente hay que presumir que, en principio, su aplicación no planteará problemas en los Estados en los que el legislador la ha introducido en su codificación interna, como ocurre con el artículo 15, que puede servir de modelo, de la Ley federal suiza sobre el Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987,¹⁹ pero en aquéllos, como España, en que esa cláusula, como hemos señalado en otro lugar, “viene de fuera”, impuesta por convenios

¹⁷ Así, artículo 15 de la Ley federal suiza sobre el Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987; art. 28.5 de la Ley de introducción al Código civil alemán, aprobada por Ley de 25 de julio de 1986; o el art. 3082 del Código civil de Québec (Canadá), aprobado por Ley de 18 de diciembre de 1991; art. 2 de la Ley eslovena de Derecho internacional privado, de 1999. Ya en el siglo XXI hay que anotar el art. 1.11.3 del Código civil lituano, de 2000; art. 19 del Código belga de Derecho internacional privado, de 16 de julio de 2004; art. 3 de la Ley macedonia de Derecho internacional privado, de 2007; y el art. 2.597 del nuevo Código civil y comercial de la República Argentina, vigente desde el 1 de agosto de 2015; vid. los textos en español de los tres primeros artículos citados, en Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1995, pp. 697, 25 y 116, respectivamente; los textos de los restantes artículos en Fernández Pérez, A.: *Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto*, en Revista Española de Derecho Internacional (REDI), vol. 67/2, julio-diciembre de 2015, pp. 89-90. Los textos más recientes son el Código de Derecho internacional privado de la República de Panamá (Ley 7, de 8 de mayo de 2014, modificada por Ley núm. 26, Gaceta núm. 27530)), cuyo art. 74 que en caso de silencio de las partes contratantes sobre la ley aplicable al contrato “el juez se inclinará por la ley que regule la economía con que se caracteriza el contrato internacional”, y la Ley núm. 544-14 de Derecho internacional privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014, cuyo art. 60, párrafo 2, determina que si las partes no han elegido el derecho aplicable al contrato éste “se regirá por la ley del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”, para cuya determinación el tribunal tendrá en cuenta “todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato”, así como “los principios generales del derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales”, según el art. 61, y *podrá* aplicarse a una parte del contrato, que fuera separable del resto y tuviera “una conexión más estrecha con otro Estado”, “a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

¹⁸ Así, en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el art. 8.3 del Convenio de La Haya, de 22 de diciembre de 1986, sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías, o el art. 15.2 del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Boletín Oficial del Estado, en adelante BOE, núm. 291, de 2 de diciembre de 2010), vid. texto en español del Convenio de 1986 en Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Evolución histórica y convenciones adoptadas*, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 309-318.

¹⁹ “Art. 15. Cláusula de excepción: 1. El derecho designado por la presente ley no será excepcionalmente aplicado si, respecto del conjunto de las circunstancias, resulta manifiesto que la causa no tiene más que un vínculo muy laxo con este derecho y que ella se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho. 2. Esta disposición no es aplicable en caso de elección de derecho”, vid. la traducción española de la ley en Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales...op. cit.*, pp. 693-756.

internacionales y por Reglamentos de la Unión Europea, la citada aplicación puede resultar que no sea tan sencilla como aparenta ser y que no esté exenta de obstáculos. Desde luego, hoy por hoy, por lo que a nuestro país atañe, entendemos que tal como está concebido el proceso civil en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y los principios establecidos por la propia Constitución, esa cláusula no resulta compatible con el vigente ordenamiento jurídico.²⁰ Antes se ha hecho referencia a la jurisprudencia dentro de la cual presenta destaca particularmente la suiza y la holandesa,²¹ pero la mención del importante papel que ella ha tenido no estaría completa si se limitase solamente a Europa y se omitiese el paso fundamental que dio, en esa misma dirección, la jurisprudencia norteamericana con la sentencia del Tribunal Supremo del Estado de New York, de 9 de mayo de 1963, relativa al famoso caso *Babcock v. Jackson*, relativo a obligaciones no convencionales, y en la que Hanotiau vio un triunfo de la teoría de Brainerd Currie del “interest analysis”²², sentencia que dio lugar, por cierto, a una copiosa bibliografía,²³ aunque no fuera la primera decisión en separarse de la regla de conflicto que tradicionalmente declaraba aplicable la *lex loci delicti commissi* ya que esto había sucedido anteriormente en el caso *Auten v. Auten* en el que el mismo Tribunal dijo que: “Los Tribunales, en lugar de considerar como decisiva la intención

²⁰ Vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *El Reglamento Europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española*, en Revista Jurídica de Asturias, núm. 37, 2014, pp. 97-127, y en: *El progreso del Derecho internacional privado paraguayo: anotaciones y digresiones a propósito de la ley número 5393/2015, sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional, 22 (2015-2016), Madrid, 2015, pp. 441-466, especialmente pp. 461-464; y así ha sido reconocido recientemente por Fernández Pérez quien señala que: “...desde un perspectiva formalista la mayor objeción a la cláusula es que las normas jurídicas deben llevar incorporado un necesario componente de certidumbre al que los particulares pueden acogerse y si se permite al juez alterar el mandato que contienen se pone en peligro la propia coherencia del sistema de DIPr”, vid. su citado art. *Funciones de las cláusulas...*, p. 94, añadiendo en nota 60: “En España, Tomás Ortiz de la Torre”, refiriéndose a las pp. 122-124, del art. *El Reglamento Europeo sobre sucesiones...*, cit. *supra*.

²¹ A las sentencias del Tribunal Federal suizo ya citadas habría que añadir, p. ej., las de 14 de julio de 1951 (caso *Swenger c. Knorr Nahrungsmittel A.-G.*); 9 de octubre de 1951 (caso *Willo Forst Film G. m. b. H. c. Reichenbach*); 18 de diciembre de 1951 (caso *Richner c. Ringwald*); 5 de febrero de 1952 (caso *Energion S. A. c. Phoebus S. A.*); 12 de febrero de 1952 (caso *Chevalley c. Genimportex S. A.*); 15 de mayo de 1962 (caso *Morel c. Schatzmann*); 4 de julio de 1969 (caso *Macler c. Potier*), etc. Por lo que atañe a la jurisprudencia holandesa pueden citarse las sentencias del Hoge Raad der Nederlanden de 12 de diciembre de 1947 (caso *Sobandéra S. A. c. Blue Star Line*); 13 de mayo de 1966 (caso *Analti*); 8 de junio de 1973 (caso *American Express c. Mackay II*); 10 de diciembre de 1976 (caso *Chelouche c. Van Leer*), etc. En la jurisprudencia francesa puede citarse la sentencia del Tribunal de Casación (1ª Cámara Civil), de 7 de octubre de 1980 (caso *Tardieu c. Soc. Bourdon*) etc. La *proper law* ganó terreno también en las jurisprudencias de Gran Bretaña (*Boys v. Chaplin*, 1971), Escocia, Australia, Luxemburgo (art. 14 del proyecto del Benelux), Suecia y Bélgica. En Canadá la *proper law of a tort*, frente a la regla tradicional, ha sido mantenida desde la sentencia del caso *Gronlund v. Hansen* (1968). En Québec, por el contrario, la solución americana no ha sido admitida; vid., Hanotiau, Bernard, *op. cit.*, pp. 184-185.

²² Hanotiau, B.: *Le droit international privé américain (Du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws)*, París-Bruxelles, 1979, pp. 181-185.

²³ Vid. la traducción española de los principales párrafos de la sentencia en Gozález Campos, J. D.-Fernández Rozas, J. C.: *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 386-390.

de las partes o el lugar de conclusión o de ejecución, deben al contrario poner el acento sobre la ley del lugar que tiene los contactos más significativos con el objeto del litigio...”, y en el caso *Kilberg v. Northeast Airlines*, en el que ese mismo Tribunal, dice el juez Fuld, “ha rehusado aplicar la ley del lugar del delito para evaluar el monto de daños y perjuicios debidos en caso de fallecimiento causado por un accidente de avión, cuando el *de cujus* había residido en Nueva York y sus relaciones con la compañía aérea habían comenzado en este Estado. En la opinión que ha expresado en nombre del Tribunal, el Chief Justice Desmond ha descrito con fuerza y con lógica los puntos débiles de la regla tradicional...”²⁴. En el caso *Babcock v. Jackson* los hechos se concretaban a que el matrimonio Jackson y su invitada Georgia Babcock salieron en el automóvil del señor Jackson de la ciudad de Rochester (Estado de Nueva York) hacia Canadá con el proyecto de pasar allí dos semanas, y cuando el vehículo rodaba ya por territorio canadiense, en la provincia de Ontario, por una negligencia del conductor se salió de la autovía viniendo a chocar contra un muro de piedra resultado la pasajera Babcock con graves heridas. En Ontario estaba vigente una ley que contenía el comúnmente llamado *guest statute*,²⁵ según el cual el pasajero, de un vehículo particular, que resultase dañado por accidente producido por negligencia del conductor no tenía derecho a indemnización alguna, en tanto que la legislación del Estado de Nueva York era radicalmente contraria a esta solución. Deducida demanda de responsabilidad civil por Babcock contra el conductor ante los Tribunales neoyorkinos éstos fallaron contra la demandante al aplicar la *lex loci delicti*, es decir, la de Ontario, pero la recurrida la sentencia la Court of Appeals dictó sentencia redactada por el juez Fuld, condenando al demandado al hacer aplicación de la ley neoyorkina. El abandono de la regla tradicional de conflicto de leyes enunciada en el art. 384 del *Restatement of Conflict of Laws*, que había venido siendo seguida sin vacilación, se debe a que mientras con Ontario no hay más que una conexión (lugar del accidente), con Nueva York hay numerosas (todos los pasajeros eran neoyorkinos, el vehículo estaba matriculado en Nueva York y ese era el lugar de su estacionamiento, y en Nueva York se inició el viaje y allí terminó), y por esas razones el juez aplicó la ley del Estado que tenía la relación más significativa con las circunstancias del hecho. En definitiva, este apartamiento del punto de conexión de la regla de conflicto es una actitud que en nada se diferencia a si el juez hubiera tenido ante sí una regla escrita con la “cláusula de excepción” en virtud de la cual deba abandonar la *lex loci* siempre que las consecuencias del acto ilícito entren abiertamente en la esfera jurídica de un Estado distinto de aquél en el que el daño se ha producido. Estos antecedentes fueron tenidos en cuenta por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado que buscó el “vínculo más

²⁴ Vid. González Campos, J. D.-Fernández Rozas, J. C., *op. cit.*, pp. 387-388.

²⁵ El *guest statute* en la década en la que se suscitó el caso *Babcock* estaba también vigente en Estados Unidos en una veintena de Estados de la Federación, aunque algunos lo fueron abandonando como Vermont (1969) y Florida (1972).

estrecho” en el Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 de mayo de 1971, así como en el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos de 2 de octubre de 1973, ambos ratificados por España, si bien en éstos el “vínculo más estrecho” no queda a la libre apreciación de circunstancias por el juzgador, sino que en los propios textos figuran los supuestos concretos a efectos de aplicar una u otra ley de las que se hallan en presencia.

3. LOS ALBORES DOCTRINALES DE LA "CLAUSULA DE EXCEPCIÓN": GEORGES S. MARIDAKIS Y EL *INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL*

Seis años más tarde de la sentencia del Tribunal Federal suizo en el caso *Unitrade* es cuando irrumpe la comunidad científica internacionalista por esa nueva vía, siendo el profesor griego Georges S. Maridakis el que, por vez primera en la doctrina, va a proponer una “cláusula general de excepción”, en el marco de los trabajos del *Institut de Droit International*, concretamente en su “Informe provisional”, de 1 de febrero de 1956,²⁶ sobre la técnica del reenvío, técnica que, por cierto, él rechazaba²⁷, y sobre la que desde su aparición existe, al decir del profesor Wilhelm Wengler, una “eterna querrela”²⁸, si bien hoy, cuando corre el primer cuarto del siglo XXI, ya no pueda afirmarse lo mismo con tanta rotundidad dada la aceptación que el reenvío tiene en las codificaciones nacionales de Derecho internacional privado, e incluso en alguna normativa de fuente internacional. En los primeros años de la segunda mitad del siglo XX la doctrina se planteó, en cuanto a la ley reguladora del estatuto personal, si era más apropiada la “ley nacional” o “la ley del domicilio”, ciertamente pensando en la “seguridad” de la conexión, ahora bien, dentro de ello parece estar también, implícitamente, la idea de “mayor vinculación”; baste leer las palabras de Norman Bentwich según el cual muchos han llegado a comprender “que la nacionalidad proporciona una ley previsible, pero frecuentemente inapropiada en materia de *estatuto personal* ; en tanto que el domicilio proporcionaría una ley apropiada, pero frecuentemente imprevisible”²⁹. Late, pues, aquí, la búsqueda de la “conexión más fuerte”. Pero, en realidad, esto no constituye ninguna novedad. Siempre que un legislador, o un autor, han fijado su sistema de conflicto de leyes, la conexión elegida para regular el supuesto ha sido la

²⁶ El *Institut de Droit International* (IDI), celebró en 1956 su XLVII sesión que tuvo lugar en España, concretamente en Granada, bajo la presidencia de José de Yanguas Messía.

²⁷ Sobre la opinión de Hans Kelsen con relación al tratamiento que Maridakis da a este problema general vid. Silva, Jorge Alberto (traductor): *Hans Kelsen: Comentarios a un informe del profesor Georges Maridakis acerca del reenvío*, en: Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 8, México, enero-diciembre, 2014 (versión impresa ISS 2007-4387).

²⁸ Vid. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (en adelante *Annuaire IDI*) vol. 49, 1961-II, p. 284.

²⁹ Vid. Bentwich, N.: *Recent developments of the Principle of Domicile in English Law*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, (en adelante *Rec. des C.*) t. 87 (1955-I), p. 123.

de mayor proximidad, la más intensa. Savigny, cuando proporciona el suyo, señala para cada relación jurídica su “Sitz” en función de lo que considera que es el “mejor derecho” para ella, en función de su “vínculo más estrecho”, y así entendía que la capacidad de la persona estaba más vinculada a la ley de su domicilio que a su ley nacional, porque el propio individuo quiso establecer esa vinculación al elegir ese domicilio. Se trata, pues, decía él, de “buscar para cada relación de derecho el dominio jurídico a que esta relación pertenezca por su naturaleza (en donde tiene su asiento)”³⁰. Lo que se plantea poco después de iniciada la segunda mitad del siglo XX, es que, no obstante ese vínculo establecido por la conexión de la regla conflictual, excepcionalmente la relación jurídica puede presentar vínculos aún más estrechos con otro derecho, y de ahí la posibilidad de apartarse de la conexión establecida.

En su citado “Informe provisional” Maridakis se expresaba así: “Como las reglas de derecho en general, las reglas de derecho internacional privado se formulan en consideración de lo que sucede comúnmente. Y lo que sucede comúnmente es que una categoría de relaciones de la vida aparece conectada por un cierto elemento a un cierto Estado. La regla de derecho internacional privado designa a este Estado como aquél cuyas reglas gobernadoras de la vida en común deben ser aplicadas. No obstante, no está excluido que una relación de la vida, de entre las que pertenecen a la categoría de las relaciones jurídicas atraídas por la regla de derecho internacional privado, aun conectándose con el Estado enunciado en esta regla de derecho internacional privado, *se conecte también, más estrechamente, en virtud de elementos especiales, a otro Estado*. La regla de derecho internacional privado habría fracasado en su misión de hacer justicia si fuese aplicada también a dicho caso, cuando quede demostrado que la relación de la vida se conecta más estrechamente a otro Estado. Si los vínculos generales engendrados por los elementos especiales no prevaleciesen aquí, la regla de derecho internacional privado formulada en abstracto y en consideración al término medio habría quebrado en su misión, al no discernir el derecho “exacto” (...), según la expresión de Aristóteles,³¹ apropiado a la circunstancia considerada. La relación de la vida debe estar subordinada, en cuanto al fondo, al derecho del Estado que aparezca como el más indicado por las circunstancias”³². Basándose en esto

³⁰ Savigny, Friedrich Karl von: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp. de J. Messía y M. Poley, Madrid, 1879, t. VI, 2ª ed., Madrid, s. f., p. 182; Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, t. I, pp. 409-411.

³¹ Las palabras del estagirita que, por cierto, Maridakis no reproduce, son éstas: “Por tanto, cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido”, en *Ética a Nicómaco*, libro V, cap. 10 (La equidad), párrafo 20 (hemos utilizado la edición de la Biblioteca Clásica de Gredos, Madrid, 1985, p. 263).

³² Vid. *Annuaire IDI*, vol. 47, 1957-II, pp. 47-48. La traducción es nuestra.

Maridakis formuló una propuesta en estos términos: “Es deseable que las reglas de derecho internacional privado, estipulando que el estado de la persona física y sus relaciones de familia y de sucesión se rigen según el derecho en vigor en el Estado de la nacionalidad o del domicilio (residencia habitual), sufran una excepción en los casos en los que las circunstancias particulares impongan el derecho de otro Estado como más apropiado”, o como figuró en la ponencia definitiva: “...en los casos en los que las circunstancias particulares indiquen que estas relaciones debieran ser reguladas según el derecho en vigor en otro país, como más apropiado”³³.

En el seno del *Institut de Droit International* la propuesta de Maridakis, tuvo muy pocos adeptos. Algunos miembros no se manifestaron o se limitaron a mencionarla sin pronunciarse sobre ella, en tanto que otros formularon sus propias matizaciones, mas lo cierto es que no tuvo una acogida favorable por la mayoría de los participantes en la vigésimo tercera Comisión de la citada corporación. Las posiciones y críticas fueron variadas así Ricardo J. Alfaro adujo que estaba de acuerdo con “la intención y el alcance” de la propuesta pero que, desde luego, tenía que ser objeto de precisión³⁴; Max Gutzwiller guardó silencio³⁵, mientras que Haroldo Teixeira Valladao si bien la citó no llegó a pronunciarse³⁶. Fueron más, por el contrario, los que plantearon objeciones, así, para Roberto Ago semejante cláusula supondría “...anular la regla de derecho internacional privado de fuente legislativa”³⁷; Jaques Maury vio la “cláusula de excepción” como una “peligrosa directiva” al tiempo que se interrogaba sobre si con ella no se llegaría a caer en la arbitrariedad por parte de jueces y tribunales, haciendo imposible cualquier previsión sobre la decisión del proceso³⁸; Alexander N. Makarov entendió que esa cláusula iba a suponer una incertidumbre y una inestabilidad jurídicas mayores aún que las que, en su opinión, produce el reenvío que Maridakis rechazaba³⁹; Tommaso Perassi consideró que ante tal cláusula era necesario que el legislador dispusiese expresamente que el juez quedaba autorizado para “...derogar una regla de derecho internacional privado de su sistema jurídico”⁴⁰; Geoffrey Chevalier Cheshire entendió que “...esta libertad para ignorar el carácter obligatorio de las reglas para la elección del derecho podría causar una desconcertante confusión”⁴¹; Frank Vischer manifestó su preocupación por el “alcance absolutamente general” de la

³³ La propuesta provisional aparece en el citado *Annuaire* en nota anterior, p. 53; la redacción definitiva *in eod. loc.*, pp. 1 y 14. La traducción es nuestra.

³⁴ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., pp. 60-62.

³⁵ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., pp. 64-69.

³⁶ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 90 *in fine*.

³⁷ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 57.

³⁸ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 84.

³⁹ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 71.

⁴⁰ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 88.

⁴¹ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 63.

cláusula⁴², en tanto que José de Yanguas Messía rechazó abiertamente ese tipo de cláusula ya que, a su entender, esa “fórmula” era “imprecisa” y, desde luego, carente de toda “certeza”⁴³ en cuanto al derecho aplicable; y, en fin, Petros G. Vallindas, aunque consideró que la propuesta de su compatriota suponía una “gran contribución teórica”, por otro lado la veía asentada sobre la “inestabilidad e incertidumbre del derecho”, además de que, seguramente, llevaría a una “excesiva aplicación de la ley del foro”⁴⁴.

Entre los que introdujeron matizaciones estuvo Hans Kelsen quien escribió que: “La cuestión de saber si es recomendable conferir al juez el poder de actuar como legislador es una cuestión de política jurídica (Rechtspolitik). La respuesta depende –decía él- de la elección entre dos valores o dos principios de justicia: el principio de seguridad jurídica (Rechtssicherheit), que no puede realizarse más que si se ignoran ciertas particularidades de los casos concretos, y el principio de flexibilidad del derecho, que demanda tener en cuenta, en la medida de lo posible, todas las circunstancias particulares de los casos concretos”,⁴⁵ a lo que hay que añadir que él mismo afirma que “...no hay *una* idea de derecho, sino muchas ideas de derecho, muy diferentes, y que se contradicen”.⁴⁶ Wilhelm Wengler tampoco rechazó de plano la propuesta de cláusula formulada por Maridakis, antes bien la admitió, pero aduciendo que, desde luego, precisaba de una modificación. En efecto, el profesor de Berlín reconocía el esfuerzo hecho por Maridakis, con vistas a resolver los grandes problemas que tiene ante sí planteados el Derecho internacional privado, acudiendo a la teoría general del derecho y, particularmente, a la idea de la equidad⁴⁷, sin embargo propuso una enmienda en virtud de la cual el juez tendría que adaptar las reglas materiales del ordenamiento jurídico designado por la regla conflictual del foro, con el fin de evitar la aparición de un “conflicto de deberes” (“Pflichtenkollision”) con los mandatos de una regla material de otro ordenamiento jurídico, cuyo ámbito de aplicación debería tenerse en cuenta conforme al Derecho internacional privado del Estado extranjero, en vez de adaptar el factor de conexión de la regla conflictual del foro como proponía Maridakis quien, en el texto definitivo de su ponencia, entendió que la propuesta de Wengler no resultaba incompatible con la suya, si bien aquella tenía un alcance más amplio⁴⁸. El propio Wengler hacía referencia al estudio que publicó en 1951, en el que ya defendía una “solución

⁴² *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 103.

⁴³ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 114.

⁴⁴ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., pp. 99-100.

⁴⁵ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 125.

⁴⁶ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 117.

⁴⁷ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., pp. 104 y 111.

⁴⁸ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., p. 14; vid. también, Overbeck, A. E. von: *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents- Cours général de droit international privé*, en *Rec. des C.*, t. 176, 1982-III, p. 195.

concreta de equidad” para los supuestos en los que una situación jurídica plurilocalizada no pudiera tener una solución justa, conforme a una de las leyes con las que estuviera en contacto⁴⁹, teniendo siempre presente dos de los seis “principios generales del Derecho internacional privado” que él formula en sendos estudios, y que son el “principio del fin legislativo de las leyes internas” según el cual una cuestión jurídica debe someterse al derecho que mejor satisfaga la finalidad de la regla material en cuestión, conectando los hechos por medio del punto de conexión más apropiado, y el “principio del orden jurídico más fuerte” que significa conformarse con el derecho del Estado que materialmente tenga más facilidad para imponerse a la situación o relación jurídica.⁵⁰ Diez años más tarde, de nuevo en el marco del citado *Institut de Droit International*, concretamente en la sesión que se celebró el 6 de septiembre de 1961,⁵¹ y en la que volvió a discutirse la cuestión del reenvío, Wengler llegó a manifestar que “...la idea nueva de Maridakis de hacer entrar consideraciones de equidad en la solución de los conflictos de leyes y de ampliar todas las reglas de conflicto por medio de una cláusula general apropiada... encierra un descubrimiento que podría presentarse como de una gran importancia”, añadiendo que “como en todos los descubrimientos, serán precisos, puede ser, numerosos años para que su verdadero contenido sea apreciado en su justo valor”, que podría ser incluso aún “...más grande que el de la eterna querrela del reenvío”⁵².

A nuestro parecer la idea de Wengler, el que fuera eximio profesor de la Universidad Humboldt de Berlín, de “adaptar” al caso concreto la ley extranjera designada por el punto de conexión de la regla de conflicto del foro, sin apartarse de ese factor de conexión acudiendo a otro, que llevaría a aquel derecho con el que existan “vínculos aún más estrechos”, no deja de ser original, pero, en el fondo, no pasa de ser un espejismo, porque, al final, el resultado es como si se hubiese aplicado por el juez una “cláusula de excepción”. En efecto, por un lado, aludir a la “adaptación” es hacerlo a un cúmulo de problemas muy complejos, baste recordar el intento de sistematización que, partiendo ya de las ideas de Ernst Zitelmann, llevó a cabo Hans Lewald al presentar tres supuestos, o aspectos, de la “adaptación”: transposición, sustitución y adaptación propiamente dicha, y, por otro, la función de la adaptación, la cual opera fundamentalmente, como señaló oportunamente Emilio Betti, cuando es preciso lograr una síntesis en la que las reglas materiales, divergentes entre sí, de los ordenamientos jurídicos *concurrentes* se ven sometidas a

⁴⁹ *Annuaire IDI*, vol. 47, cit., pp. 104 y 112; vid. Wengler, W.: *Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse-Feststellung und Gestaltung im internationalem Privatrechts*, en *Rebels Zeitschrift*, 1951, p. 1 y ss.

⁵⁰ Wengler, W.: *Les principes généraux du Droit international privé et leur conflit*, en *Revue critique de droit international privé*, 1952, pp. 595-622, y 1953, pp. 37-60.

⁵¹ El *Institut de Droit International* celebró en 1961 su L sesión en Salzburgo, bajo la presidencia de Alfred Verdross.

⁵² *Annuaire IDI*, vol. 49, 1961-II, p. 284; sobre este aspecto, Overbeck, A. E. von: *Les questions...*, op. cit., p. 195.

una operación de transformación mediante la cual se llega a una unidad tanto material como espiritual del resultado,⁵³ o bien cuando es preciso cumplir una exigencia impuesta por la ley extranjera aplicable que no tiene equivalencia exacta en el ordenamiento del foro (p. ej. que imponga una actividad temporal al juez, que en la *lex fori* no le corresponde a éste sino a otra autoridad o funcionario), pero estos no son los casos que se plantean a efectos de sustituir la “cláusula de excepción” por la “adaptación”. La cuestión se reduce a que debe aplicarse un único ordenamiento jurídico a la relación (p. ej. la ley nacional común, alemana, de los contratantes), y lo que Wengler pretende es que, siendo aplicable ese *único* derecho extranjero, el juez “adapte” sus normas al caso en cuestión; ahora bien, si “adaptar” supone aquí que el juez va a proceder a *modificar* alguno de los derechos u obligaciones de una parte contratante, o de ambas, lo que está haciendo es “corregir” el contenido de esas reglas extranjeras materiales aplicables, y entonces en realidad es que ha entrado en los dominios del “derecho libre” y lo que está haciendo efectivamente, aunque se quiera llamar “adaptar”, es “crear una regla nueva”, *ad hoc* ciertamente, pero nueva, con lo que el resultado es como si estuviese aplicando una “cláusula de excepción” la cual le lleva a aplicar el derecho con el que, pese a la conexión “cierta” y previamente conocida establecida por la regla de conflicto del foro, entienda que presenta “vínculos aún más estrechos”, es decir, que, en definitiva, concluye haciendo aplicación de un ordenamiento que no es el señalado por el punto de conexión de la citada regla conflictual. Y no lo es porque al aplicar Derecho alemán “corregido” ya no se está aplicando Derecho alemán, sino “otro Derecho” puesto que no es el que ha establecido, y tal como lo ha establecido, el legislador alemán. Con “cláusula de excepción” si el contrato presentase “vínculos más estrechos” con el Derecho japonés que con el alemán, el Derecho japonés sería el aplicado. Con la fórmula de Wengler el juez no aplica Derecho japonés pero tampoco aplica Derecho alemán, aplica uno diferente que él mismo crea como legislador para ese caso. Luego, aunque por caminos distintos, el resultado es el mismo: no resulta aplicado el ordenamiento jurídico extranjero, señalado por la regla conflictual *fori*, tal como ha sido decretado por el legislador extranjero.

4. CONCRECIÓN DE LA "CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN"

La “cláusula de excepción” general es la que establece que, todas las conexiones establecidas de las reglas conflictuales del ordenamiento jurídico del Estado, de fuente interna, *pueden o tienen* (depende de que la norma sea facultativa o imperativa) que ceder frente a otra conexión que se presenta como “más vinculada” al caso en cuestión, en tanto que la particular se refiere al supuesto de

⁵³ Vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. II, Técnica aplicativa de la regla de conflicto, 2ª ed., Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1990, pp. 241-246.

una o varias reglas conflictuales, pero no a todas sin excepción. Es decir, que la conexión de la regla conflictual se aplica siempre “excepto” cuando de las circunstancias del caso se desprenda que presenta “vínculos más estrechos” con otro ordenamiento jurídico, el cual podrá o deberá ser el aplicado, según determine la cláusula. Ahora bien, esto dicho tal “cláusula de excepción” no debe confundirse con ciertas cláusulas que también hacen referencia al “vínculo más fuerte” o al “vínculo más estrecho” y que aparecen en algunos sistemas nacionales de Derecho internacional privado como es el caso, entre otros y a título de ejemplo, de Austria o Turquía, pero que no suponen una *excepción* a la conexión pertinente de la regla de conflicto, que señala un “derecho cierto”. Siendo la clave la *excepción*, sólo existe “cláusula de excepción” cuando la regla de conflicto contiene una conexión, sea principal o subsidiaria, que concreta el ordenamiento jurídico aplicable (ley nacional, ley del domicilio, ley de la residencia habitual, ley del lugar en el que se realiza el trabajo...), y el propio ordenamiento jurídico del foro, como ya se ha dicho, con carácter general, o en la propia regla de conflicto para el supuesto concreto, permite, aunque generalmente *impone*, apartarse de esa conexión y regir la relación por el derecho de otro Estado, con el que presenta “vínculos más estrechos”. La aplicación de la cláusula citada carece, naturalmente, de fundamento cuando el derecho aplicable ha sido elegido por los interesados que han hecho uso de la autonomía de la voluntad, cuando esa conexión *sui generis* está establecida por la regla de conflicto, por ejemplo, cuando los contratantes eligen la ley aplicable al fondo del contrato, o cuando la regla de conflicto contempla varias conexiones alternativas en materia de forma de actos jurídicos, pudiendo el interesado, o interesados, acogerse a uno de los ordenamientos jurídicos señalados por cualquiera de esas conexiones, como, por ejemplo, la ley aplicable a la forma del testamento. La “cláusula de excepción” puede operar también cuando la regla de conflicto contiene conexiones acumulativas, así si establece que para acordar el divorcio es preciso que la causa alegada esté admitida en la ley del foro y en la ley nacional de los cónyuges, es posible que pese a ambas leyes nacionales, o a una de ellas, exista un “vínculo más estrecho” con otro ordenamiento jurídico distinto, con lo cual si en ese ordenamiento la causa también estuviese admitida se acordaría el divorcio, pero si no fuese así sería denegado.

Partiendo, pues, de este concepto pueden ahora señalarse diversas normas que no son “cláusula de excepción”, así el art. 1. 1 de la Ley federal austriaca, de 15 de junio de 1978, sobre el Derecho internacional privado, según el cual: “Las situaciones que presenten vínculos con el extranjero se rigen, en materia de derecho privado, por el orden jurídico con el que exista el vínculo más fuerte”, añadiendo el párrafo 2 que la ley aplicable señalada por las reglas de conflicto debe ser entendido “como expresión de este principio”.⁵⁴ Esta regla, sólo afirma algo que es obvio: que

⁵⁴ Vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales...*, *op. cit.*, p. 65.

el legislador austríaco establece la conexión (todas ellas) con el derecho del Estado que, según su criterio, está más estrechamente vinculado con la relación o situación contemplada en el supuesto de la regla conflictual. Y decimos que es obvio porque lo que resultaría extraño es que esa conexión fuese establecida con el derecho con el que existiesen los vínculos “más laxos”, “más débiles”. Tampoco lo es el art. 4 c) de la Ley turca, de 20 de mayo de 1982, sobre el Derecho internacional privado y el procedimiento internacional, que estatuye, después de señalar como aplicable la ley de la nacionalidad al estatuto personal, que: “Para las personas que ostenten diversas nacionalidades, salvo la nacionalidad turca, la ley del país con el que el interesado posea las relaciones más estrechas”,⁵⁵ porque no supone ninguna excepción a la aplicación de la ley nacional de la persona. Lo mismo cabe decir de los arts. 52.2 y 6.2, ambos *in fine*, del Código civil portugués, el primero de los cuales determina que: “No teniendo los cónyuges la misma nacionalidad, es aplicable la ley de su residencia habitual común y, a falta de esta, la ley del país con el cual la vida familiar se halle más estrechamente conectada”, y el segundo estableciendo para la adopción la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges, a falta de ésta la de la residencia habitual común, y si no se diese ninguna “será aplicable la ley del país con el cual la vida familiar de los adoptantes se halle más estrechamente conectada”, reglas que Ferrer Correia considera como “open-ended rules”⁵⁶, en el sentido del Derecho internacional privado norteamericano, particularmente desde el “Restatement Second”.⁵⁷ Igualmente tampoco constituye “cláusula de excepción” el art. 1003. 1 y 2, del Código de las personas y de la familia, de Burkina Faso (antigua República del Alto Volta), de 16 de noviembre de 1989, que dispone que (1): “Las relaciones jurídicas mencionadas en el artículo precedente se regirán por el derecho respecto del cual la conexión sea más estrecha”, añadiendo que (2): “las reglas de conflicto de leyes del presente capítulo deberán ser consideradas como la expresión del *principio general* enunciado en el párrafo primero”.⁵⁸ Y lo mismo cabe decir del Convenio de La Haya, de 1 de julio de 1985, relativo a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento, cuyo art. 7 determina que cuando no haya habido elección de ley, el *trust* “se regirá por la ley con la cual presente los vínculos más estrechos”, señalando seguidamente que para determinar ésta se tendrán en cuenta el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente; la situación de los bienes del *trust*; la residencia o el lugar de establecimiento del *trustee*; y los objetivos del

⁵⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 778.

⁵⁶ Sin límites preestablecidos, abiertas, no limitadas de antemano, vid. Alcaraz Varó, Enrique-Hughes, Brian: *Diccionario de términos jurídicos inglés-español*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997, p. 269.

⁵⁷ Ferrer Correia, A.: *Direito Internacional Privado*, Enc. Polis, vol. 2, 1984, p. 465. Sin embargo, R. M. Moura Ramos las ve, en el sentido de P. Lagarde, como una manifestación del *principio de proximidad* en su artículo *Aspectos recentes do Direito Internacional Privado português*, en Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra-Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró (separata del número especial), Coimbra, 1987, p. 10, nota 23.

⁵⁸ Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales...*, *op. cit.*, p. 100.

trust y los lugares donde aquéllos deben ser cumplidos.⁵⁹ Por tanto, la ley aplicable es aquélla que tenga mayores vínculos con cualquiera de las cuatro conexiones que establece la norma, mas obsérvese que no fija una conexión concreta que pueda ser ignorada y en vez de ella permita (o imponga) la aplicación de la ley de otro Estado con el que el *trust* presente “vínculos más estrechos”, en cuyo caso sí estaríamos ante una “cláusula de excepción”. Es el caso del *Restatement Second* cuando, consagrando la idea de Willis L. M. Reese de “the law of the State of the most significant relationship”, en materia de responsabilidad civil determina que: “145.- Principio general.- 1) Los derechos y obligaciones de las partes en materia de responsabilidad civil se determinan por el derecho interno del Estado del que la relación con las circunstancias y las partes, relativamente al problema particular, es la más estrecha en virtud de los principios del párrafo 6.; 2) Los puntos de conexión a tomar en consideración al tiempo de aplicar el párrafo 6 con vistas a determinar el derecho aplicable a un problema comprenden: a) el lugar en que se ha producido el daño; b) el lugar donde se ha producido el acto generador del daño; c) el domicilio, la residencia, la nacionalidad, el lugar de constitución –si se trata de una sociedad- la sede de actividad de las partes; d) el lugar donde está centrada la relación eventual existente entre las partes. Estos puntos de conexión deben ser evaluados según su importancia relativa en consideración del problema particular”⁶⁰. De manera menos precisa, y con carácter general, se manifiesta el art. 2 del Proyecto para la codificación del Derecho internacional privado de Puerto Rico, de 1 de marzo de 1991, del que fueron coautores Syméon C. Symèonidés y Arthur T. von Mehren, que dice: “ Artículo de aplicación general. Excepto en los supuestos para los que este Código disponga de otro modo, en los casos en que existan conexiones con más de un Estado se aplicará la ley del Estado que, con respecto a la cuestión de que se trate, tenga la conexión más significativa con las partes y la controversia. Este Estado se determinará: a) considerando las políticas que persiguen las reglas de Derecho llamadas a ser aplicables, así como también cualesquiera otras políticas pertinentes de los Estados afectados; y b) evaluando la fuerza y pertinencia de dichas políticas a la luz de: 1) la relación de cada Estado afectado con respecto a las partes y la controversia; y 2) las políticas y necesidades de los sistemas interestatal e internacional, incluidas las políticas de protección de las expectativas justificadas de las partes, y de reducir al mínimo las consecuencias adversas que pudieran surgir de la sujeción de las partes a la ley de más de un Estado”⁶¹. Más recientemente sucede lo mismo con el art. 11 de la Ley paraguaya número 5393/2015, sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales. Habría que recordar también que en los casos en los que la conexión es abierta tampoco cabe hablar de “cláusula de

⁵⁹ Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Conferencia de La Haya...*, op. cit., p. 300.

⁶⁰ Vid. Hanotiau, B.: *Le droit international privé américaine (Du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws)*, París-Bruselles, 1979, pp. 207-208.

⁶¹ Vid. texto español en Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales...*, op. cit., pp. 905-906.

excepción”, como acertadamente afirma Dubler, al decir que con carácter general: “Cuando la regla de conflicto consagra un punto de conexión abierto, tal como “el vínculo más estrecho”, el juez dispone de un margen de apreciación tan amplio como para que pueda adaptar la regla de conflicto a todas las circunstancias particulares *sin corregir la ley*, porque, en efecto, el legislador ya le autoriza a hacer aplicación de la ley que el propio juzgador vea como más adecuada”⁶².

Por el contrario, sí constituyen cláusulas de excepción, no generales, sino particulares, por tanto limitadas a un supuesto concreto, el art. 30. 2, *in fine*, de la Ley alemana, de 25 de julio de 1986, para la nueva regulación del Derecho internacional privado, pues determina claramente que la ley aplicable al contrato de trabajo, a falta de elección, es la *lex loci laboris* y si se realiza en distintos lugares la del lugar en que se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador, “a menos que, del conjunto de las circunstancias resulte que el contrato, o las relaciones individuales de trabajo, presenten vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará el Derecho de este otro Estado”⁶³, texto que no hizo más que reproducir el art. 6.2 del citado Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cláusula de excepción que se mantiene en el art. 8.4 del ya citado Reglamento “Roma I” regulador de dichas obligaciones.

Por otra parte, es importante señalar que la “cláusula de excepción” debe aplicarse restrictivamente, y precisamente en esa línea se pronunció A. Samuel, refiriéndose al art. 15.1 de la ya citada Ley federal suiza, que ha sido transcrito *supra*, que constituye una “cláusula de excepción” general y que no es aplicable en caso de elección de derecho. Ante esta regla el citado autor escribió que “...it is expected that this rule will be used *only genuinely exceptional cases*”.⁶⁴

5. LA DIVERSIDAD TERMINOLÓGICA

Por lo que atañe al nombre de la “cláusula de excepción” hay que advertir que la terminología no es en modo alguno uniforme, ya que la doctrina utiliza diversas expresiones, si bien todas ellas contemplan, obviamente, el mismo tipo de instrumento con la misma función. En lengua alemana generalmente se utilizan tres expresiones: “Ausweichklausel”, que podría traducirse como “cláusula de evasión”, que por vez primera fue la que adoptó la jurisprudencia suiza, concretamente el

⁶² “Adecuada” ¿puede significar la *mejor y más útil*?

⁶³ Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales...*, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁴ Esto es: “... se supone que esta regla se utilizará solo y genuinamente en casos excepcionales”, vid., Samuel, A.: *The new Swiss Private International Law Act*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1988, p. 684.

Amtsgericht de Lucerna en su sentencia, de 31 de octubre de 1980, relativa a un caso que tenía relación con el ordenamiento jurídico de Arabia Saudí ⁶⁵; “Ausnahmeklausel” (“cláusula de excepción”) que se corresponde con la expresión en lengua francesa de “clause d’exception”, y que es la que adoptó el art. 15 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado, ya citada, que, por cierto, es la preferida por Dubler⁶⁶, así como también por otros autores como Patocchi,⁶⁷ Knoepfler,⁶⁸ von Overbeck⁶⁹, Lagarde⁷⁰, Kokkini-Iatridou⁷¹, Rémy Corlay⁷², Barnich⁷³, etc. Es Dubler quien rechaza la expresión “clause échappatoire”⁷⁴ que otros autores, ya citados, también la admiten al lado de “cláusula de excepción”, como es el caso de von Overbeck,⁷⁵ Lagarde,⁷⁶ Patocchi,⁷⁷ Cohen y Ughetto,⁷⁸ Kegel,⁷⁹ Ferrer Correia,⁸⁰ Knoepfler⁸¹ o Aubert⁸². En cuanto a la tercera expresión en alemán, “Berichtigungsklausel”, equivale a la de “cláusula de corrección”, que fue propuesta por Kreuzer⁸³. En la versión italiana de la mencionada Ley federal suiza se utiliza el término de “clausola d’eccezione”, lo que también hace Cristina Campiglio en el título de su artículo publicado en 1985. Por lo que respecta a la doctrina española también ésta utiliza normalmente la expresión “cláusula de excepción” así, Álvarez

⁶⁵ Vid. el párrafo de la sentencia y las diversas expresiones en Marques dos Santos, A.: *As normas...*, *op. cit.*, p. 400 y ss.

⁶⁶ Dubler, C. E.: *Les clauses...*, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁷ Patocchi, M. P.: *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Genève, 1985, p. 75.

⁶⁸ Knoepfler, F.: *Utilité et dangers d’une clause d’exception en droit international privé*, en *Homage à Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1982, p. 113 y ss.

⁶⁹ Overbeck, A. E. von: *Les questions...*, *op. cit.*, pp. 186-187 y *passim*.

⁷⁰ Lagarde, P.: *Le principe...*, *op. cit.*, pp. 99, 107 y *passim*.

⁷¹ Kokkini-Iatridou, D.: *Les clauses d’exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions-ou le principe de proximité*, en *XIV Congrès international du droit comparé, Athènes, 1994, Rapports généraux*, Nijhoff, Dordrecht, 1994, p. 3 y ss.

⁷² Rémy Corlay, P.: *Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d’exception dans les conflits de lois*, en *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 37 y ss.

⁷³ Barnich, L.: *La clause d’exception dans la proposition de la loi portant le Code de droit international privé*, en *Mélanges John Kirpatrick, Bruylant, Bruxelles*, 2004, p. 59 y ss.

⁷⁴ Dubler, C. E.: *Les clauses...*, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁷⁵ En *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1980-1981, p. 82.

⁷⁶ *In eod. loc.*, p. 99.

⁷⁷ Patocchi, P. M.: *Règles...*, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁷⁸ Cohen, D.-Ughetto, B.: *La nouvelle Convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises*, en *Recueil Dalloz, Chronique XXV*, p. 154.

⁷⁹ Kegel, G.: *Internationales Privatrecht*, Verlag, C. H. Beck, 6ª ed., refundida, München, 1987, p. 189.

⁸⁰ Ferrer Correia, A.: *O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional*, en *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, XXX, Almedina, Coimbra, 1989, p. 234.

⁸¹ Knoepfler, F.: *Le droit international privé: froideur mécanique ou justice casuistique*, en *Conférences universitaires, Université de Neuchâtel, Faculté de Droit et des Sciences Economiques*, 1976, pp. 11 *in fine*, y 15-17.

⁸² Aubert, J. F.: *Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses*, en *Revue critique de droit international privé*, 1962, p. 45.

⁸³ Kreuzer, K.: *Berichtigungsklauseln im Internationalen Privatrecht*, en *Festschrift für Imre Zajtay-Mélanges en l’honneur d’Imre Zajtay*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, pp. 296-297.

González, Aguilar Benítez de Lugo, Zamora Cabot, Martínez Luna, Ortiz-Arce de la Fuente, quien también habla de “cláusula de escape”, al igual que hace Fernández Pérez⁸⁴. En lengua portuguesa Luis Lima Pinheiro hace uso de la expresión “cláusula geral” (¿de qué?), sin más especificaciones, lo que no parece muy apropiado al no concretar qué es lo que contempla la cláusula, en tanto que Marques dos Santos utiliza “cláusula de excepção” o “cláusula de evicção”⁸⁵, y Ferrer Correia⁸⁶, conforme a la propuesta de Dietzi, emplea el término de “cláusula geral de excepção”. En la doctrina en lengua inglesa se advierte una pluralidad de expresiones, así en la norteamericana Syméon C. Symèonidés⁸⁷ utiliza la expresión “exception clause”, variedad que se percibe en ciertos autores cuando escriben en inglés: “general escape rule” utilizada por Vischer⁸⁸, “exemption clause” por Kreuzer⁸⁹ y McCaffrey⁹⁰, en tanto que Neuhaus⁹¹ prefiere la expresión “evasion clause”. En fin, A. Bucher al lado de la expresión “cláusula de excepción”, alude también a “cláusula general de reserva”, “cláusula general de interpretación” y “regla general de interpretación”.⁹²

No obstante esta pluralidad de denominaciones, cabe decir que la expresión “cláusula de excepción” es la que se corresponde con el sentido de la mayoría de las denominaciones en lenguas extranjeras y todas ellas encierran, como se ha dicho, la función propia del mecanismo que le es propio y que presenta en el moderno Derecho internacional privado. Sin embargo, y esto dicho, también cabe señalar que, a nuestro parecer, una denominación puede ser más adecuada que otra, según el aspecto o problema que se contemple, pues una cosa es el orden público (que es una excepción), y otra diferente la “localización” del derecho “más íntimamente vinculado” con la situación o relación jurídica debatida (que es otra excepción), lo que evidentemente en uno y otro caso presenta finalidades distintas. Si para el orden

⁸⁴ Vid., Álvarez González, S.: *Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 46, 1993, núm. 3, p. 1130 y ss.; Aguilar Benítez de Lugo, M.-Zamora Cabot, F. J.: *Anotaciones a los recientes textos centroeuropeos de Derecho internacional privado*, en Revista Española de Derecho Internacional (REDI), 1980, p. 105; Martínez Luna, W. F.: *El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción*, en Revista Española de Estudios Internacionales, núm. 24, diciembre 2012; Ortiz-Arce de la Fuente, A.: *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 983; Fernández Pérez, A.: *art. cit.*, p. 88.

⁸⁵ Vid., Marques dos Santos, A.: *As normas...*, *op. cit.*, vol. I, p. 409 y ss.

⁸⁶ Ferrer Correia, A.: *O problema...*, *op. cit.*, pp. 231-252.

⁸⁷ Symèonidés, S. C.: *Exception clauses in American Conflicts Laws*, en American Journal of Comparative Law, vol. 42 (supl.), 1994, p. 813 y ss.

⁸⁸ Vischer, F. de: *Drafting National Legislation on Conflict of Laws: the Swiss Experience*, en Essays in Honour of David F. Cavers, 1977, pp. 131-145.

⁸⁹ Kreuzer, K.: *Benchtigungsklauseln...*, *op. cit.*, pp. 295-331.

⁹⁰ McCaffrey, S.: *The Swiss Draft Conflicts Law*, en American Journal of Comparative Law, 1980, p. 235 y ss.

⁹¹ Neuhaus, P. H.: *Der Schweizer IPR-Entwurf-ein internationales Nodell*, en Rabels Zeitschrift, 1979, p. 277 y ss.

⁹² Bucher, A.: *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht)*, Basel, 1975, *passim*.

público nos parece adecuada la expresión “cláusula de excepción”, quizá para la “localización” del derecho con “mayor vínculo” pudiera servir, junto a las ya propuestas, la expresión “cláusula de desvío”, aunque coincida con la utilizada en el sector del seguro marítimo, una repetición que ocurre porque, a veces, no se dispone de suficiente terminología y, por ello, una expresión se tiene que aplicar a cuestiones totalmente diferentes. En el ordenamiento jurídico español, por poner algún ejemplo, recuérdese que la cláusula de “excepción” ya se introdujo en la Ley de arrendamientos urbanos, de 31 de diciembre de 1946, en relación a los contratos de inquilinato, y que el término “calificación”, que encierra “definir” o “identificar”, tiene aplicaciones varias, así en materia de Derecho internacional privado desde 1974 (Código civil, art. 12.1: “La calificación para determinar...”), cuando ya estaba introducido en la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946 (art. 18: “Los Registradores calificarán...”) y en el Reglamento para su ejecución de 14 de febrero de 1947 (art. 99: “La calificación por los Registradores...”; art. 100: “La calificación de los documentos...”), así como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882 (art. 365: “Cuando para la calificación del delito o de sus circunstancias...”).

6. LA "CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN" EN LA DOCTRINA SUIZA

Al inicio de la década de los años setenta del pasado siglo fue la doctrina suiza la que comenzó a plantear diversas fórmulas para configurar una “cláusula de excepción”. Suiza contaba con un sistema de Derecho internacional privado que, como los de muchos Estados, entre ellos España que lo reformó en 1974, precisaba de una modernización. Con el antecedente del Código de Zurich, de corte universalista, promulgado en 1853, fue en 1874 cuando el gobierno de la Confederación Helvética quedó capacitado para legislar en materia de Derecho internacional privado e intercantonal y en ese mismo año ya preparó una ley sobre el matrimonio, así como otra en 1881 sobre capacidad de obrar de las personas. Después de llevarse a cabo trabajos muy laboriosos, que plasmaron en tres proyectos, se promulgó, el 25 de junio de 1891, el NAG, la ley sobre las relaciones civiles de los establecidos y residentes en la Confederación. Ya en el siglo XX, en 1905, se intentó incorporar el Código aprobado sobre obligaciones en el nuevo Código federal, y se pensó en incluir el sistema de Derecho internacional privado como un capítulo del cuerpo legal de las obligaciones, pero no obstante estos proyectos, lo cierto es que las leyes de 1881 y 1891 se siguieron conservando como textos legislativos independientes, conteniendo el Código algunas disposiciones complementarias al NAG por lo que Adolf Friedrich Schnitzer (1889-1989) pudo afirmar que el NAG constituye “el pequeño Código de Derecho internacional privado

suizo”⁹³. Con vistas a un nuevo Derecho internacional privado suizo la doctrina, tomando en consideración nuevas ideas que comienzan a surgir mediado el siglo XX, se plantea la adopción de la “cláusula de excepción”, y en ese intento destacan las propuestas de Frank Vischer, la doctrina de Dubler, así como las fórmulas de H. P. Dietzi y Andreas Bucher a las que se hace referencia seguidamente.

A. La "cláusula Vischer".

En la doctrina suiza el primer autor que propuso una “cláusula de excepción” fue el profesor basileño Frank Vischer que incluyó su fórmula, en un informe que, en 1971, presentó a la Unión de Juristas Suizos. En éste, al contemplar la problemática de la codificación del Derecho internacional privado en su país, que se haría realidad definitivamente con la Ley Federal sobre el Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987, se expresaba, según nuestra traducción, en los siguientes términos: “Excepcionalmente el juez podrá aplicar un ordenamiento jurídico diferente del que fuere designado por la norma de conflicto, para evitar un resultado que esté en contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, o que signifique para el interesado una dureza inexigible. Una desviación relativa a la solución legal también estará excepcionalmente permitida cuando se imponga, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, tales como las expectativas justificadas y los intereses de las partes,⁹⁴ una conexión aún más estrecha con otro ordenamiento jurídico, intereses imperativos preponderantes de otro Estado, o el peligro de resultados contradictorios”⁹⁵. En esta proposición el autor tuvo presente la cláusula del alemán Stöcker, que veremos más adelante, y ella tiene, puesto que se repite el término, un marcado carácter excepcional. En primer lugar lo que persigue es impedir un resultado material que resulte contradictorio con los principios básicos sobre los que se erige el ordenamiento jurídico del foro, con lo que incluye la reserva del orden público internacional que viene así a constituir un supuesto específico de “cláusula de excepción”, pero con un alcance más amplio, pues al referirse a la “dureza inexigible” en realidad también contempla una corrección *a posteriori* de la solución material del caso controvertido, lo que se logrará actuando sobre la aplicación de la ley normalmente competente que es reclamada por la pertinente regla conflictual *fori*. A nuestro parecer es de gran importancia destacar que en esta proposición de

⁹³ Aguilar Navarro, M.: *Lecciones de Derecho internacional privado*, vol. I, t. I, Introducción y parte general, 2ª ed., Madrid, 1963, p. 386.

⁹⁴ Los intereses de las partes recuérdese que se considera por Günther Beitzke como uno de los “principios generales del Derecho internacional privado”.

⁹⁵ Vischer, F: *Das problema der Kodifikation des sweizerischen internationalen Privatrechts*, en *Revue de Droit suisse*, 1971-II, p. 77. La referencia a los principios constitucionales, para invocar la aplicación del orden público, estuvo presente en el proyecto de G. Kühne, de 1980, sobre la reforma alemana del Derecho internacional privado de ese país, vid. Stöcker, H. A.: *Von ordre-public-Vorbehalt zur internationalprivatrechtlichen Härteklausele*, en *Das Standesamt*, pp. 327-329.

“cláusula de excepción”, en lo atinente al “vínculo más estrecho”, su carácter es *facultativo* (“el juez *podrá* aplicar...”), lo que la diferencia de cláusulas que están hoy vigentes en algunos textos de fuente internacional y en los Reglamentos de la Unión Europea, en todos los cuales dicha cláusula aparece como *imperativa* (“...*se aplicará* la ley de este otro país”, “...*será* la ley de ese otro Estado la que será aplicada”). En cualquiera de los casos, a nuestro parecer, la posibilidad de su aplicación y eficacia está en función de las disposiciones del Derecho procesal civil del foro y, por supuesto y en primer lugar, de las normas constitucionales que pueden establecer principios procesales absolutamente inatacables.

Respecto a otros aspectos de la proposición de Vischer, debe observarse que tiene en cuenta la toma en consideración de todas las circunstancias del caso en cuestión que sean susceptibles de desplazar la ley normalmente competente señalada por la regla conflictual, muy en particular las “expectativas justificadas” de las partes, así como los “intereses” de éstas, llevando todo ello a la conclusión de que la fórmula propuesta parece comprender tanto consideraciones de justicia conflictual como material. Ambas posibles soluciones para administrar la justicia al caso concreto son dignas de valoración, mientras la justicia formal, conflictual, es insensible ante las circunstancias particulares que se dan en cada supuesto, y únicamente se aplica la ley que señala el punto de conexión, sin que el juzgador se planteé las consecuencias que puedan producirse después, la justicia material busca la “mejor” solución para cada caso. En efecto, la “conexión aún más estrecha” que propone la fórmula no se escapa de ser, obviamente, un elemento de justicia exclusivamente conflictual, o formal, es decir, de “justicia de Derecho internacional privado”, en la terminología de Gerhard Kegel, y la referencia a las “expectativas justificadas” parece comprender los denominados derechos válidamente adquiridos, lo que significa una valoración de justicia material, o dicho de otro modo, que tales expectativas pueden abarcar también el mantenimiento de un acto jurídico celebrado válidamente conforme al ordenamiento jurídico que fue competente al tiempo de su celebración, y le atribuyó eficacia jurídica, lo que, sin duda, responde a la idea del *favor validitatis* o del *favor negotii*, lo que envuelve igualmente un aspecto o consideración de justicia material. En fin, al referirse a las cláusulas generales la posición de Vischer, por lo demás, parece clara, al escribir que: “Ellas contienen un mandato para el juez de analizar y agrupar casos atípicos y, con la identificación de los factores relevantes, de desarrollar paso a paso adicionalmente reglas y *subreglas uniendo las situaciones “típico atípicas”, que estén ya establecidas para casos que ya hayan sido decididos. En otras palabras, según lo establecen los famosos artículos 1 y 2 del Código civil suizo, de cara a la interpretación de una regla indeterminada, el juez tiene que realizar una labor cuasi legislativa”*⁹⁶.

⁹⁶ Vischer, F.: *Drafting National...*, *op. cit.*, p. 139. El texto inglés dice así: “They contain a mandate for the judge to analyze and group atypical cases and, by identifying the relevant factors, step-by-step to develop

B. La "doctrina Dubler".

La contribución de César E. Dubler es relevante pues, a pesar de que no presenta propiamente el contenido de un proyecto de "cláusula de excepción," en cambio formula una doctrina sobre ella. En primer lugar, refiriéndose al tipo de regla de conflicto con conexión indeterminada escribe que: "cuando la regla de conflicto consagra un punto de conexión abierto, tal como "el vínculo más estrecho", el juez dispone de un margen de apreciación tan amplio que él puede adaptar la regla de conflicto a todas las circunstancias particulares *sin corregir la ley*"⁹⁷, al tiempo que afirma que "una...cláusula de excepción sería de todo punto inútil en un sistema de reglas de conflicto de las que se presume que conectan la relación jurídica en cuestión con la ley que presenta los vínculos más estrechos"⁹⁸. Efectivamente la regla conflictual que deja en manos del juez determinar la conexión que va a unir el supuesto de hecho con el derecho que estime que presenta "mayor vinculación", normalmente no puede llevar a *corregir* ninguna ley, porque la ley que aplique lo será tal cual está concebida por el legislador que la dictó, sin embargo, aun así podría darse el caso, excepcionalísimamente, de que tuviera que proceder a una *corrección* porque dicha ley no resulte enteramente satisfactoria para el caso en cuestión (piénsese p. ej. que no reconociese un derecho válidamente adquirido). Parece claro que esa doctrina lleva a una justicia material, la específica para el caso en cuestión que, a nuestro entender, es la solución deseable. Y en cuanto a la alusión de la inutilidad de la "cláusula de excepción", cuando la regla de conflicto se supone que señala el punto de conexión con el que el supuesto presenta "el vínculo más estrecho", habría que decir que, en principio, se debe dar por supuesto que todos los legisladores cuando crean la regla de conflicto establecen la conexión que entienden vincula el supuesto con la ley que presenta más proximidad, con la ley que creen más justa y adecuada. Así lo declara, para eliminar cualquier duda, aunque no sería necesario advertirlo, el artículo 1.2 de la citada Ley Federal de Austria, de 15 de junio de 1978, sobre el Derecho internacional privado. Lo que ocurre es que, pese al ajuste de la conexión a ese principio, excepcionalmente un supuesto puede presentar un vínculo "aún más trecho" con otro ordenamiento jurídico. Y para ese caso es para el que tiene razón de ser la "cláusula de excepción". Desde luego, pensamos, que a condición de que las partes conozcan en tiempo útil el derecho que les va a ser aplicado en la sentencia y tengan la posibilidad de presentar sus argumentos basándose en los fundamentos legales de ese ordenamiento. Opina Dubler que las expectativas legítimas de las partes se limitan exclusivamente a la justicia

additional rules and subrules meeting the "typical atypical" situations, which will be bonding for cases yet to be decided. In other words, following the demand of the famous art. 1 and 2 of the Swiss Civil Code, facing the interpretation of an indeterminate rule, the judge has to do quasi-legislative work" (la traducción es nuestra).

⁹⁷ Dubler, C. E.: *Les clauses...*, *op. cit.*, p. 84.

⁹⁸ *Ibid.*, *in eod. loc.*, p. 91.

conflictual, por lo que éstas no pueden pensar legítimamente en la aplicación de otra ley que no sea la designada por las reglas de conflicto del foro ante el cual están dirimiendo su discordia, afirmación que, a nuestro entender, es correcta porque las partes solamente tienen la posibilidad de conocer *in limine litis* el punto de conexión de la regla conflictual y, a través del mismo, el ordenamiento “cierto” que les va a ser aplicado en la sentencia. Ahora bien, esta idea es igualmente válida ante la aplicación de una “cláusula de excepción”, siempre que, repetimos, las partes sepan anticipadamente qué derecho se les aplicará y puedan basar en él sus pretensiones. No tendría sentido que las partes expongan sus fundamentos legales basándose en el derecho que señala la regla conflictual, el único que legítimamente pueden esperar ver aplicado (p. ej. el noruego) y que se les notifique una sentencia dictada conforme a otro derecho (p. ej. el tailandés). Autores hay que no ven la cuestión como Dubler, es el caso, por ejemplo, de Ferrer Correia que invoca el art. 31.2 del Código civil portugués en el que ve reflejado el principio del *favor negotii*, mediante el recurso a una conexión alternativa entre la ley de la nacionalidad (art. 31.1), y la ley de la residencia habitual (art. 31.2),⁹⁹ por lo que, ante ello, habría que admitir que la protección de las expectativas legítimas de las partes interesadas, unida a la idea del respeto a los derechos adquiridos presenta claramente aspectos de justicia material¹⁰⁰. Al respecto habría que recordar que Kreuzer, a cuya propuesta nos referiremos después, ha llegado a preguntarse si la referencia general a la “conexión más estrecha” es, o no, en sí misma una “cláusula de excepción”¹⁰¹.

La doctrina que mantiene Dubler se desvía de la idea de la “conexión aún más estrecha” admitida por otros autores a propósito de la jurisprudencia emanada del Tribunal Federal suizo, en materia de contratos internacionales, dentro de la cual destaca, por un lado, la ya mencionada sentencia de 7 de marzo de 1950, así como la del Amtsgericht de Lucerna, de 31 de octubre de 1968, en el caso *Stipa c. Dixi, S. A.* en la que el Tribunal argumenta que: “La doctrina y jurisprudencia admiten...que las reglas establecidas para los contratos especiales no son más que casos particulares del principio general en virtud del cual la ley aplicable es la del país con el cual el contrato tiene los vínculos territoriales más estrechos. Circunstancias excepcionales pueden hacer aparecer, sin embargo, la relación jurídica en cuestión como en relación territorial más estrecha con otro país distinto de aquél en el que el deudor

⁹⁹ El art. 31 del Código civil portugués dice: “Determinación de la ley personal. 1. La ley personal es la de la nacionalidad del individuo. 2. Son, por tanto, reconocidos en Portugal los negocios jurídicos celebrados en el país de la residencia habitual del declarante, de conformidad de la ley de ese país, desde que esta se considere competente”; y el art. 32 dice: “Apátridas. 1. La ley personal del apátrida es la del lugar donde él tenga su residencia habitual o, siendo menor o incapacitado, la de su domicilio legal. 2. A falta de residencia habitual, es aplicable lo dispuesto en el nº 2 del artículo 82” (la traducción es nuestra).

¹⁰⁰ Ferrer Correia, A.: *La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilaterales*, en Estudios varios de Direito, 2ª ed., Coimbra, 1982, pp. 84-85.

¹⁰¹ Kreuzer, K.: *Berichtigungsklausel...*, *op.cit.*, pp. 329-330.

de la prestación característica tiene su domicilio”.¹⁰² Como se ve la citada sentencia recurre a la noción de “prestación característica”, que fue formulada primeramente por Adolf Schnitzer, pudiendo decirse que esta teoría supone una caracterización, o precisión, de la “conexión más estrecha” acabando por fijar conexiones para varios tipos de contratos (conexiones funcionales), lo que hace posible que surjan casos que no pueden encuadrarse en la regla, por lo que, en tales circunstancias, se hará necesaria una corrección por medio de una “cláusula de excepción”. Por otro lado, el carácter conflictual de la “más estrecha conexión”, que está relacionada con el principio de proximidad, no parece que plantee grandes dudas, al menos desde una perspectiva general, pero, y ello entendemos que es muy cierto y fundamental, Adolf Schnitzer señaló la imprecisión que encierra el principio de la “conexión más estrecha” y *la ineludible necesidad de concretarlo*, todo lo cual le condujo a él a formular, en 1968, la teoría de la prestación más característica¹⁰³ la cual, por cierto, ya había tenido también otro mentor unos años antes en el profesor de la Universidad de Neuchâtel Jean-François Aubert, que pensaba que la conexión territorial “más estrecha” en el fondo no deja de ser un mito, ya que necesita de una regla subsidiaria que la concrete, concreción que viene dada justamente por la teoría de la prestación característica¹⁰⁴. Dubler hace referencia a las que él llama “cláusulas de evicción de alcance general y las define así: “Por cláusula de evicción de contenido general, entendemos una cláusula que incorpora en una misma disposición una cláusula de excepción..., ligada a otros correctivos de la regla de conflicto, tales como la excepción de orden público o la adaptación”¹⁰⁵. Por último, cabe señalar la importancia que Dubler otorga a la sumisión de las partes a un juez, escribiendo, en consecuencia, que: “la elección del foro es un criterio de localización objetivo esencial, aunque no sea prácticamente mencionado nunca expresamente por los tribunales, en el momento de aplicar las cláusulas de excepción”¹⁰⁶. Sin duda que la elección de foro, la sumisión expresa o tácita, supone una voluntad de las partes de establecer una conexión con el ordenamiento del Estado donde han acordado que deben ventilarse sus diferencias y, por ello, debe tenerse en cuenta, aunque, como advierte Dubler, los tribunales no le presten la atención que requiere. Pero la sentencia del Tribunal Federal suizo, de 15 de mayo de 1962, en el caso *Morel c. Schatzmann*, que aplica a un contrato de préstamo, al que normalmente habría sido aplicable la ley marroquí, el derecho suizo, sí dice que éste “...contiene una cláusula de prorrogación de foro en favor de la jurisdicción ginebrina que crea una

¹⁰² Vid. Keller, M.-Schulze, C.-Schaetzler, M.: *Die Dechtsprechung des Bundesgerichts im Internationalen Privatrecht und in vermandten Rechtsgebieten-Eine systematische Auswertung*, t. II, (Obligationenrecht), Zurich, 1977, p. 307 (la traducción es nuestra).

¹⁰³ Schnitzer, A. F.: *Die funktionelle Anknüpfung im internationalen vertragsrecht*, en Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg, 1968, pp. 390-392.

¹⁰⁴ Aubert, J. F.: *Les contrats internationaux...*, art. cit., pp. 19 y ss.

¹⁰⁵ Dubler, C. E.: *Les clauses...*, op. cit., p. 36.

¹⁰⁶ *Ibid.*, in eod. loc., p. 95.

presunción de la voluntad de los contratantes de someter sus diferencias eventuales al derecho suizo”, señalando al respecto Dietzi, cuya proposición veremos seguidamente, la importancia que tiene la voluntad tácita que, para él, es idéntica a la hipotética.¹⁰⁷

C. La "cláusula Dietzi".

También el jurista suizo H. P. Dietzi, que se acaba de mencionar, propuso en 1973 una “cláusula general de excepción” entendiendo que en la idea, o principio, de la “conexión más estrecha” están inmersas consideraciones de justicia material. La cláusula que propone está claramente inspirada, por un lado, en el pensamiento de su maestro Vischer, y, por otro, en las ideas que veremos del alemán Stöcker. Su propuesta es breve y dice así: “Excepcionalmente podrá ser aplicado otro derecho en vez del derecho designado por la regla de conflicto, si ello fuese imperativamente exigido por las legítimas expectativas de las partes, por la existencia de una conexión aún más estrecha con otro orden jurídico, o para la prevención de resultados contradictorios, así como si el resultado infringiese principios fundamentales del derecho del foro o acarree una dureza inexigible para el interesado”.¹⁰⁸

Considerando que la propuesta de cláusula de excepción está, como se ha dicho, inspirada en la de Vischer, se observa alguna diferencia entre ambos textos; en la propuesta de Dietzi se omite la referencia a los intereses imperativos preponderantes de otro Estado, y por tanto la eventual toma en consideración de normas extranjeras de aplicación inmediata; así como el carácter de presentación de ejemplos de las circunstancias susceptibles de provocar el funcionamiento de la cláusula general, que figura en la proposición de Vischer, por lo que entre ambas propuestas existen diferencias, al aparecer el texto de Dietzi cerrado a la consideración de otros factores que no sean los que en él se indican expresamente. En la comparación que hace Andreas Bucher de las propuestas de Vischer y de Dietzi la conclusión a la que llega es que contienen una enumeración no taxativa, sino únicamente a título de ejemplos, de las circunstancias que provocan la intervención de la “cláusula de excepción”, aunque realmente ello sólo en la propuesta de Vischer aparezca claramente expresada esa intención¹⁰⁹.

La fundamentación jurídica de la “cláusula de excepción” que propone Dietzi posiblemente es, de todas, la más elaborada y es por eso que merece una especial

¹⁰⁷ Las cursivas son nuestras, vid. Dietzi, H. P.: *Zur Einführung einer generellen Ausweisklausel im Schweizerischen IPR*, en Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel, 1973, p. 67.

¹⁰⁸ Dietzi, H. P.: *Zur Einführung einer generellen Ausweisklausel im Schweizerischen IPR*, en Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel, 1973, p. 74 (la traducción es nuestra).

¹⁰⁹ Bucher, A.: *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht)*, Basel, 1975, p. 246.

atención aunque esta breve. Parece evidente que el texto de Dietzi contiene claras preocupaciones por favorecer la intervención de la justicia material, lo que atenúa la rigidez del método conflictual en la solución de las relaciones de tráfico jurídico privado externo, lo que va en detrimento de la justicia de Derecho internacional privado, es decir, de la justicia formal, al tiempo que pretende prestar atención a las particularidades del caso concreto, siempre y cuando estas impongan, o justifiquen, el desplazamiento de la solución normativa general y abstracta, que resulta de aplicar pura y simplemente el derecho designado por la regla conflictual, aunque su autor reconoce el riesgo que puede suponer para la seguridad jurídica, ya que la cláusula general, a su entender, presenta más bien un carácter de “directiva” que de regla jurídica, y así escribe que: “El legislador renuncia a establecer una norma abstractizante-generalizante y ordena al órgano aplicador del derecho que elabore la sentencia basándose en las circunstancias del caso concreto. Que de aquí resulta un peligro para la seguridad jurídica es cosa, por demás, evidente”¹¹⁰. Pero, con todo, el autor afirma que hay que correr ese riesgo de inseguridad jurídica, concediendo al juzgador la misión de corregir la propia regla conflictual, en aquellos supuestos en que, dadas las circunstancias *sui generis* del caso concreto, su aplicación pura y simple conduzca a resultados insostenibles.

De un lado, más que en el derecho material, donde ella está reconocida ampliamente por el legislador suizo¹¹¹, en el Derecho internacional privado tal función modeladora, conformadora e incluso correctora del juez queda justificada por el factor adicional de dificultad en la aplicación del derecho que representa la diversidad de ordenamientos jurídicos aplicables en potencia, todo lo cual se acrecienta con la multiplicidad de los grupos de intereses que carecen de tutela y de regulación jurídicas, los cuales están presentes al igual que en las relaciones de tráfico jurídico privado internacional en las relaciones de tráfico jurídico privado interno, aunque, claro está, sin esa diversidad de ordenamientos jurídicos todos los cuales son *prima facie* susceptibles de resultar aplicados. En esa misma línea la sentencia del Tribunal Federal suizo, de 11 de julio de 1968, relativa al caso *Cardo c. Cardo*, estableció que: “Si el juez no se puede fundar en consideraciones relativas al derecho deseable, al menos debe esforzarse por hacer aplicación de la ley de una manera lo más conforme posible a la situación y a la mentalidad actuales. A tal

¹¹⁰ Dietzi, H. P.: *Zur Einführung...*, *op.cit.*, p. 55.

¹¹¹ Así en los arts. 1º, 2º y 4º el Código civil suizo de 1907 dispone, adscribiéndose al “derecho libre”, que “en defecto de una disposición legal aplicable, el juez resolverá según el derecho consuetudinario, y, en defecto de una costumbre, según las reglas que establezca si hubiere de actuar como legislador”, *vid.* Castro, Federico de: *Derecho civil de España. Parte general*, vol. I, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp. 354-357; los textos de los otros preceptos es el siguiente: “Art. 2-1. Cada uno está obligado a ejercitar sus derechos y a ejecutar sus obligaciones según las reglas de una buena fe; 2. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”; “Art. 4. El juez aplicará las reglas del derecho y de la equidad, cuando la ley reserve su poder de apreciación o le encargue pronunciarse teniendo en cuenta bien las circunstancias, bien los justos motivos”.

efecto, frecuentemente se verá movido a abandonar una interpretación tradicional que, sin duda, se justifica cuando la ley ha sido elaborada, pero que no es sostenible en razón del cambio de las circunstancias o incluso de la evolución de las ideas... Siendo válidas estas consideraciones en derecho civil, lo son aún más todavía en derecho internacional privado, que es de fuente jurisprudencial esencialmente, aun cuando exista en la materia una ley general”¹¹².

Por otro lado también se ha dicho que no se justifica que se dé en todos los casos prevalencia a la seguridad y a la certeza del derecho en detrimento de la justicia, ya que ambos elementos son componentes indispensables de la “idea de derecho”, siendo necesario buscar antes una solución de compromiso, un equilibrio entre ambos valores, que están en una relación de tensión entre sí, dando paso a la justicia sobre la certeza y seguridad jurídicas en todos los casos para los que la rigidez del derecho legislado suponga una “dureza insoportable” para los interesados, y moderando así esa rigidez del *jus strictum* con la flexibilidad y elasticidad de la decisión que se dicte según la equidad. Tal idea, o principio, también está presente en la jurisprudencia suiza, y puede servir de ejemplo la sentencia del Tribunal Federal suizo, de 29 de julio de 1973, relativa al caso *Brulhart c. Fribourg Conseil d’Etat*, en la que el Tribunal rehusó reconocer como divorcio un *desquite*¹¹³ brasileño y admitió, como tesis general, la posibilidad de reconocer un divorcio extranjero, en los siguientes términos: “Se puede concluir que en materia de reconocimiento en Suiza de divorcios pronunciados en el extranjero, se justifica, por razones de humanidad o de equidad, no aplicar los principios del art. 7, g, apartado 3 de la LRDC (la regla de conflicto suiza entonces vigente)¹¹⁴ en todo su rigor... Los motivos de humanidad no deben, por otra parte, corregir el rigor del derecho más que en circunstancias excepcionales”. Sin embargo, Meier-Hayoz, otorga la primacía a la seguridad y a la igualdad jurídicas y se declara partidario del “apego a las reglas legisladas” prefiriendo éstas a la “justicia equitativa jurisprudencial”.¹¹⁵

Dietzi vislumbra que de la tipificación de las decisiones relativas a casos atípicos, que surgen al amparo de la “cláusula de excepción”, aparecerán “subreglas

¹¹² Cit. por Bucher, A.: *Grundfragen...*, op. cit., p. 249 (la traducción es nuestra). Es incontestable que las leyes han de aplicarse teniendo en cuenta, como ordena el Código civil español, “...en relación... (con) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” (art. 3.1).

¹¹³ El *desquite*, término que figuró en la legislación civil, suponía la separación de los cónyuges poniendo fin al régimen económico, pero el vínculo matrimonial permanecía. En el Código civil de Clóvis Beviláqua, aprobado en 1916, el art. 317 señaló las causas de desquite: adulterio, tentativa de muerte, sevicia o injuria grave y abandono del hogar conyugal; mientras que el art. 318 contempló el *desquite* por mutuo acuerdo.

¹¹⁴ Loi fédéral sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (Nag/RLDC), de 25 de junio de 1891.

¹¹⁵ Meyer-Hayoz, A.: *Der Richter als Gesetzgeber-Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit*, en Festschrift zum 70 Geburtstag von Dr. Iur. Max Guldener, Zürich, 1973, p. 202.

de conflicto". Y tales subreglas piensa que garantizarán, en el futuro, una mayor certeza y seguridad jurídicas, así como una mayor aproximación de las reglas conflictuales, mediante la "transformación" de la cláusula general, a través del ordenamiento jurídico suizo, como opinó su maestro Vischer¹¹⁶, y en ello seguramente tendrá un papel relevante el "derecho libre" proclamado por el art. 1º. 2 del Código civil suizo.

De acuerdo a lo expuesto la "cláusula de excepción" presenta así una función de carácter transitorio, si se quiere de enlace, entre dos momentos: el de individualización y el de generalización, por la tipificación de lo atípico, y por ello no habrá peligro de que las reglas conflictuales queden vaciadas por la intervención de la cláusula general, sino que ésta es la que va a permitir asegurar el desarrollo y perfeccionamiento del derecho, en este caso concretamente el progreso del propio sistema conflictual, y, por consiguiente, del mismo Derecho internacional privado. Refiriéndose a este aspecto J. Esser ha aludido al desarrollo del derecho como una tarea que compete a los tribunales de justicia, basada no en cualesquiera normas positivas de delegación, sino en la racionalidad sistemática del derecho y en la propia posición del órgano judicial de aplicación del derecho en un procedimiento de decisión, al tiempo que se refiere también al creciente reconocimiento de una "legislación judicial"¹¹⁷.

D. La "cláusula Bucher".

Otra de las cláusulas generales de excepción es la que formuló, en 1975, el profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Genève, y árbitro internacional, Andreas Bucher.¹¹⁸ La cláusula está redactada pensando en el Derecho suizo pero, *mutatis mutandis*, desde luego es válida para cualquier ordenamiento jurídico. Su contenido es del siguiente tenor: "Si de la consideración de los ordenamientos jurídicos en contacto con una situación de hecho resulta que ésta está en conexión manifiestamente más estrecha con otro ordenamiento jurídico que el de con aquél que está determinado de acuerdo con esta ley, esa es la que se aplicará. Esto se aplicará en especial si: a) la aplicación de derecho extranjero prescrita en los términos de las disposiciones de esta ley, considerando la relación especial de la situación de hecho con Suiza, infringe disposiciones o principios esenciales del derecho suizo; b) la aplicación del ordenamiento jurídico designado

¹¹⁶ Vischer, F.: *Das problem...*, *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁷ Esser, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, pp. 182 y 189.

¹¹⁸ Este prestigioso jurista suizo formó parte, en sustitución de Georges Abi-Saab, del Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que juzgó el caso de la petrolera *ConocoPhillips c. Venezuela* (2013). De este autor, más recientemente, vid., *La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP*, en 21 Journée de Droit international privé, 20 mars, 2009, pp. 1-13.

en los términos de las disposiciones de esta ley fuese rechazada y la situación de hecho se encontrase con una conexión manifiestamente más estrecha con el ordenamiento jurídico aplicable según el Derecho internacional privado de aquella ley; c) fuese reclamada la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero que, a la vista de su relación especial con la situación de hecho, tenga un interés en la aplicación de sus disposiciones o principios esenciales que es manifiestamente preponderante en comparación con el ordenamiento jurídico aplicable en los términos de las disposiciones de esta ley”¹¹⁹.

La cláusula es compleja y posiblemente poco adecuada como para figurar en el texto de una ley aunque, no obstante, se comprueba su relevancia si se establece una comparación con las proposiciones de Vischer y de Dietzi, con las que presenta tanto diferencias como coincidencias. Comenzando por las primeras se observa que no hay referencia alguna a la “dureza inexigible” ni a las “expectativas justificadas” o “legítimas” de las partes interesadas, lo que, en cambio, sí se tiene en cuenta en las propuestas de los dos juristas suizos citados, pero Bucher justifica su no inclusión argumentando que si así sucediese ello produciría una impresión totalmente equivocada porque, según él, la cláusula de excepción no garantiza la *better law approach*, al tiempo que considera que las legítimas expectativas de las partes, aunque la situación presente alguna conexión con Suiza, no supone que inexorablemente ellas puedan verse sorprendidas con la aplicación del Derecho internacional privado suizo. Por otro lado, la propuesta de Bucher no parece reconocer, como sucede con las de sus dos compatriotas citados, la posibilidad de que funcione la “cláusula de excepción” con el fin de evitar soluciones contradictorias entre las reglas materiales de los ordenamientos jurídicos reclamados por las reglas conflictuales, lo que indicaría que Bucher no llega a considerar la “cláusula de excepción” como un medio apto para solucionar la dificultades y problemas que se suscitan específicamente cuando ha de llevarse a cabo una adaptación. Diversas son las opiniones que Bucher expresa a lo largo de su investigación sobre la “cláusula de excepción” que realmente vienen a eliminar las posibles dudas sobre su concepción, y que pueden considerarse aclaraciones o interpretaciones referidas a su propia proposición. Para él la “cláusula general de excepción” no debe tener un contenido material, sino que debe ser una regla autorizante, sin límites precisos, que el juez debe utilizar cuando proceda, y que forma parte de la denominada “parte general” del Derecho internacional privado, afirmación acertada puesto que al afectar al elemento central de la regla conflictual produciendo una alteración en el punto de conexión, la “cláusula de excepción” entra de lleno en el ámbito de la regla de Derecho internacional privado, entendida ésta, como regla conflictual puesto que el “conflicto de leyes” es el contenido que se mantiene siempre como sinónimo de “Derecho internacional privado” no existiendo

¹¹⁹ Bucher, A.: *Grundfragen...*, op. cit., p. 251 (la traducción es nuestra).

tendencia doctrinal alguna que el referirse al “contenido” no incluya en éste el “conflictus legum”, como lo denominó el holandés Huber en el siglo XVII.

Si se establece una comparación entre la propuesta de Bucher y las de Vischer y Dietzi una diferencia relevante que se observa es que la del primero de los citados, en el apartado b) de su fórmula incorpora el problema general del reenvío, el más famoso del Derecho internacional privado, subordinando la aceptación de éste por el ordenamiento jurídico del foro al criterio de la conexión manifiestamente más estrecha con la situación que pende ante el órgano jurisdiccional encargado de resolverla. De ahí que parezca que Bucher está a favor de hacer aplicación de las normas materiales del derecho señalado por el sistema conflictual del foro, si el derecho señalado como aplicable por tal sistema declina su propia competencia e indica, a través de su regla de conflicto, otra ley que se encuentre vinculada más estrechamente con la situación que con el ordenamiento jurídico cuyo Derecho internacional privado ha designado, y que es aquél al que las reglas de conflicto del foro contemplan como el poseedor de más títulos, *prima facie*, para regular el supuesto de hecho debatido. El reenvío, con esta solución, por un lado pierde autonomía en relación a la “cláusula de excepción” y, por otro, su admisión queda subordinada casuísticamente a que exista una conexión, con la situación pendiente ante el juez, manifiestamente más estrecha del ordenamiento jurídico alcanzado con el reenvío que del ordenamiento señalado sin tal reenvío.¹²⁰ A nuestro parecer el reenvío a considerar es el de segundo grado. En efecto, si señalado un ordenamiento extranjero por la regla conflictual del foro se produjese un reenvío de retorno, este no tendría razón de ser atendido por cuanto el juez ya habría aplicado directamente el derecho material del foro si hubiese considerado que este presenta un “vínculo más estrecho” con la situación o relación jurídica debatida que con el sistema extranjero que reenvía al foro. Por tanto solamente el reenvío a tercera ley, o de segundo grado, podría ser tenido en consideración, y ello debería plantearse así: si el ordenamiento jurídico señalado por el ordenamiento del foro no presenta suficiente vínculo con el caso, debería en primer lugar consultarse su regla conflictual y valorar si el derecho del tercer Estado al que reenvía es el que presenta el vínculo más estrecho, y aplicar éste si así fuere. Y al mismo tiempo si el juez se separa de esto y advierte que ese mayor vínculo lo presenta otro derecho, debería tener también en cuenta el posible reenvío de esa ley a otra ley extranjera para averiguar si esa ley presenta un vínculo “aún más estrecho”. En definitiva, la regla de colisión extranjera aparece como una vía en la búsqueda de la ley que tenga con el caso la más estrecha vinculación.

¹²⁰ Bucher, A.: *Grundfragen... op. cit.*, p. 250.

Otras ideas suyas, que afectan al apartado c) de su proposición, son que la “cláusula de excepción” debería tener la función de concretar las consideraciones valorativas de carácter conflictual; que no debe ser utilizada con el fin de solucionar cuestiones para las que la ley no da ninguna solución fundamental, citando, en particular, los problemas de calificación y cuestión previa, así como el supuesto del conflicto móvil; también señala que la “cláusula de excepción” es útil para la adaptación de las reglas conflictuales aunque adaptación, en ese contexto, solo significa la corrección de la regla conflictual general por la “cláusula de excepción”. Pero Bucher, a diferencia de Vischer y Dietzi, no pone el acento en el carácter excepcional de la cláusula general y no indica que hayan de tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso, a los efectos de prescindir, o no, de la aplicación de la “cláusula de excepción”. Por otro lado, utiliza una pluralidad de expresiones, ya vistas anteriormente, aunque, en términos generales, admite que la “conexión aún más estrecha”, es el dato clave, central y relevante para que la “cláusula de excepción” pueda cumplir su función. En todo caso, parece entender la referida cláusula como un mecanismo apto para llegar al reconocimiento, en el ordenamiento jurídico del foro, de las normas de aplicación inmediata de un derecho extranjero que no es el señalado por la regla conflictual, y que demandan su aplicación respecto de una concreta situación de hecho, en cuanto que tengan con ella una especial relación más estrecha que con el ordenamiento jurídico considerado por las reglas conflictuales generales como competente para regular el caso, y resulte evidente que su interés en ser aplicadas sea manifiestamente preponderante en relación al interés de la aplicación del ordenamiento jurídico normalmente competente. Así, creemos, que es como puede interpretarse el apartado c) de la proposición del autor suizo al que nos venimos refiriendo.

Por lo que atañe a las coincidencias entre la proposición de Bucher y las fórmulas de Vischer y Dietzi, habría que señalar primeramente que se consagra la “conexión manifiestamente más estrecha” de la situación con el ordenamiento finalmente preferido frente a la conexión del ordenamiento jurídico que queda desplazado, al igual que está presente el *orden público* en el ámbito de actuación de la “cláusula de excepción” basado en la concepción alemana *Biinnenbeziehung*, siendo el ordenamiento jurídico suizo aquél que, en este caso, tiene la conexión manifiestamente más próxima con la situación, y, consiguientemente, aquél cuyas reglas materiales van a gobernar la situación en virtud de la “cláusula de excepción”, viendo el orden público como un caso particular, además de advertir que está presente el problema de averiguar a qué ordenamiento jurídico se va a acudir en busca de las reglas materiales que debe regular el caso cuando se produzca el rechazo de las reglas materiales aplicables que normalmente serían competentes. En la proposición de Bucher ese ordenamiento jurídico es el del foro, puesto que es el que tiene una “conexión aún más estrecha” con el caso en cuestión

“conflictualizándose” (si se nos permite esta expresión) de esta manera una figura típicamente enfocada a la prosecución de la justicia material como es el *orden público*, a diferencia de lo que hacen Vischer y Dietzi, los cuales incluyen a la institución dentro de ese carácter material. Bucher describe la intervención de las *normas de orden público* por medio de reglas de conflicto unilaterales, con la condición de que las reglas materiales de la ley extranjera competente, es decir, la *lex causae*, resulten disconformes, en cuanto a su contenido, respecto de las normas materiales de la *lex fori* ¹²¹.

La conexión manifiestamente más estrecha de la situación con un ordenamiento jurídico, que no es el que ha sido designado competente por las reglas conflictuales, es el elemento común a las proposiciones de Bucher, Vischer y Dietzi, pero para Bucher, a diferencia de los dos últimos juristas citados, ese es el único criterio que debe presidir el funcionamiento de la “cláusula de excepción”, siendo los casos que señala en su proposición (orden público, reenvío, reconocimiento de las normas extranjeras de aplicación inmediata de un tercer Estado, es decir, de un ordenamiento jurídico extranjero que no es el de la *lex causae*), simples aplicaciones de ese principio general, lo cual se deduce de la expresión que enlaza el cuerpo del texto de la proposición de Bucher con los apartados de que se compone: “Esto se aplicará, en especial, si...”. Por el contrario, en las propuestas de Vischer y Dietzi la conexión manifiestamente más estrecha es uno de los casos, seguramente el principal pero no el único, en que la excepción viene llamada a actuar para desplazar excepcionalmente el orden jurídico que primeramente ha sido declarado competente por las reglas conflictuales del foro. Como consecuencia de esta característica, es decir, del privilegio que se reconoce a la conexión aún más estrecha, la proposición de Bucher está más próxima que las de sus dos predecesores al texto del art. 15 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado, del que se ha llegado a decir que apenas otorga relevancia a la conexión más estrecha,¹²² a pesar de los casos particulares que fueron previstos por Bucher que han sido excluidos del ámbito de aplicación de la “cláusula de excepción” pues, en efecto, el orden público se contempla en el art. 17 de la citada ley,¹²³ el reenvío

¹²² Lo que no parece exacto si se lee el texto del precepto: “Art. 15. Cláusula de excepción. 1. El derecho designado por la presente ley no será excepcionalmente aplicado si, respecto del conjunto de las circunstancias, resulta manifiesto que la causa no tiene más que un vínculo muy laxo con este derecho y que ella se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho. 2. Esta disposición no es aplicable en caso de elección de derecho”, vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales...*, *op. cit.*, p. 697.

¹²³ “Art. 17. Reserva de orden público suizo. Se excluye la aplicación de disposiciones del derecho extranjero si ella condujese a un resultado incompatible con el orden público suizo”, vid., *ibid.*, *in eod. loc.*, p. 697.

en el art. 14,¹²⁴ y las reglas extranjeras de aplicación inmediata de un tercer Estado en el art. 19,¹²⁵ en tanto que las normas de aplicación inmediata del foro están reguladas en el texto del art. 18.¹²⁶ Como es sabido las propuestas amplias de los tres juristas citados no fueron tenidas en cuenta por el legislador suizo, pero puede decirse que la idea central de la proposición de Bucher sí fue considerada, ya que la conexión más estrecha solamente es la que debe fundamentar la acción de la “cláusula de excepción” de fuente legislativa. Ello no impidió que Bucher interpretase en su día el art. 14 del anteproyecto suizo, hoy art. 15 de la citada Ley federal, de un modo restrictivo, considerando la existencia de las cláusulas de excepción de carácter especial que se hallaban en los arts. 17 y 18 del mencionado anteproyecto, y que hoy están incluidas en los arts. 17 a 19 de la tan citada Ley federal, que redujeron el ámbito de aplicación de la “cláusula general de excepción” y, efectivamente, el propio Bucher viene a reconocer que el ámbito de actuación de la “cláusula de excepción” quedó limitado con la incorporación de las citadas cláusulas especiales¹²⁷.

7. LA "CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN" EN LA DOCTRINA ALEMANA

Al igual que en Suiza también en Alemania se hizo precisa una puesta al día de su Derecho internacional privado que culminó con la aprobación de un nuevo sistema en 1986. Con los antecedentes del Código bávaro de 1756 y del Código prusiano de 1794, por no remontarnos a fechas anteriores, así como del Código de Sajonia promulgado en 1863, se iniciaron en Alemania los trabajos para elaborar un Código civil que contó con una Ley de Introducción al mismo (EGBGB) promulgada el 18 de agosto de 1896, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1900. En ella los artículos 7 a 31 contuvieron el sistema alemán de Derecho internacional privado fruto de los dos proyectos de 1881 y 1887 debidos al que en 1874 era consejero de Baden, Gebhard, que constituyen auténticas obras doctrinales, especialmente el primero.¹²⁸ Como consecuencia de los nuevos vientos que corrían

¹²⁴ “Art. 14. Reenvío. 1. Cuando el derecho aplicable reenvíe al derecho suizo o a otro derecho extranjero, este reenvío no se tomará en consideración más que si la presente ley lo prevé. 2. En materia de estado civil, se aceptará el reenvío de la ley extranjera al derecho suizo”, vid., *ibíd.*, in eod. loc., p. 697.

¹²⁵ “Art. 19. Toma en consideración de disposiciones imperativas del derecho extranjero. 1. Cuando intereses legítimos y manifiestamente preponderantes respecto a la concepción suiza del derecho lo exijan, una disposición imperativa de un derecho distinto al que es designado por la presente ley podrá ser tomada en consideración, si la situación en cuestión presenta un estrecho vínculo con este derecho. 2 Para juzgar si una tal disposición debe ser tomada en consideración, se tendrá en cuenta la finalidad que ella persiga y las consecuencias que su aplicación tendría para llegar a una decisión adecuada con respecto de la concepción suiza del derecho”, vid., *ibíd.*, in eod. loc., p. 698.

¹²⁶ “Art. 18. Aplicación de disposiciones imperativas del derecho suizo. Se reservan las disposiciones imperativas del derecho suizo que, en razón de su finalidad particular, sean aplicables cualquiera que sea el derecho designado por la presente ley”, vid., *ibíd.*, in eod. loc., p. 697.

¹²⁷ Bucher, A.: *Auslegungsregeln...*, op. cit., pp. 61-62.

¹²⁸ Aguilar Navarro, M.: *Lecciones...*, op. cit., p. 385.

para el Derecho internacional privado desde mediado el siglo XX, la doctrina alemana también formuló propuestas del contenido que debería tener una “cláusula de excepción” cuando se inician los trabajos encaminados a lograr un nuevo Derecho internacional privado para la República Federal de Alemania. En tal sector se inscriben H. A. Stöcker, Paul H. Neuhaus, Jan Kropholler y K. Kreuzer cuyas fórmulas han recibido el influjo de las de los autores suizos a los que ya se ha hecho referencia. Veamos, pues, las posiciones de estos autores germanos.

A. La "cláusula Stöcker".

Con anterioridad se ha hecho referencia a que la “cláusula de excepción” opera sobre la conexión de la regla de conflicto. Esta precisión parece oportuno tenerla muy presente ya que hablar, sin más especificación, de “cláusula de excepción” puede plantear equívocos. En efecto, porque también la “cláusula de orden público”, que es en lo que pone el acento H. A. Stöcker, es una “cláusula de excepción”, pero, a diferencia de la primeramente citada, en este caso la excepción no opera sobre el elemento central de la regla de conflicto, es decir, sobre el punto de conexión (Anknüpfungspunkt), sino sobre su tercer elemento constitutivo: la consecuencia jurídica (Rechtsfolge), cláusula ésta que es una constante en todos los ordenamientos jurídicos nacionales, en los convenios de Derecho internacional privado, en el marco o fuera del mismo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y en los Reglamentos de la Unión Europea, para el caso de que la oportuna regla de conflicto reclame la aplicación de un derecho extranjero y este resulte manifiestamente incompatible con el del foro.¹²⁹ Así, por citar, en materia de orden público, un ejemplo clásico, el texto originario del art. 30 de la Ley de introducción al Código civil alemán (EGBGB), que entró en vigor el 1 de enero de 1900, decía que: “La aplicación de una ley extranjera está excluida si dicha aplicación atentase contra las buenas costumbres o contra el fin de una ley alemana”.¹³⁰ La doctrina se refirió a este precepto como el que contenía la “Vorbehaltklausel” (“a condición de...”), es decir, la “cláusula de excepción”, o “cláusula de reserva”, a la aplicación del derecho extranjero reclamado por la regla de conflicto alemana; dicho de otro modo, la ley extranjera era aplicada en Alemania “a condición de que...”, “excepto cuando...”. Al igual que excepción es también la no aplicación de la ley extranjera cuando el juez constata la existencia de un fraude de ley que es el resultado de que por actos perfectamente legales el interesado, o las partes, logran, apoyándose en el punto de conexión de la regla de conflicto, “situar” el supuesto bajo

¹²⁹ En España, el art. 12. 3 del Código civil: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

¹³⁰ Código Civil Alemán (BGB), traducción de Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1955, p. 496. Actualmente el *ordre public* está contemplado en art. 6 de la Ley de 25 de julio de 1986, para la nueva regulación del Derecho internacional privado, vid. texto español en Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Legislaciones nacionales...*, op. cit., p. 13.

el imperio de la ley de un Estado que no es la que viene siendo, y continuaría siendo,¹³¹ si no fuese por la acción premeditada del interesado, o las partes, la *normalmente* aplicable, por emplear la terminología de Niboyet.¹³² Por lo tanto la presencia de expresiones como “excepto que...” o “excepto cuando...”, incorporadas, cualquiera que fuere la redacción, a toda “cláusula de excepción” supone que ésta, a pesar de esa “unidad”, puede tener diversas aplicaciones según sea el problema al que la cláusula se refiera.

Esto dicho, cierto sector doctrinal sugirió una cláusula en la que se subsumiesen ambas funciones, (la mayor vinculación y el orden público) como fue el caso de la proposición, que en 1970, formuló en Alemania Stöcker¹³³ quien se propuso revisar la concepción del orden público tal como tradicionalmente venía siendo mantenida por la doctrina y aplicada la jurisprudencia alemanas, elaborando una cláusula en la que la tradicional se convirtiese en una “cláusula de dureza internacional-privatística”, lo que fue visto por algunos sectores doctrinales como una especie de negación del Derecho internacional privado, que tendría como misión el rechazo de la aplicación del derecho extranjero competente, reclamado por la regla conflictual, para regular el caso en cuestión, señalando el autor los posibles supuestos ante los cuales debería, o mejor tendría, que ser aplicada, así cuando tal derecho extranjero resultase “hiriente”, dañoso, perjudicial, para las partes ya en sus derechos fundamentales, ya en sus derechos humanos, o también cuando su aplicación viniese a suponer para ellas una “dureza inexigible” o insoportable. Partiendo de este planteamiento propuso un texto nuevo con vistas a la posible corrección del art. 30 de la EGBGB concretado en una, como él la denomina, “Härtelklausel”, cuyo contenido, según nuestra traducción, es el siguiente: “Las leyes extranjeras no serán aplicadas cuando esa aplicación dañe al interesado en sus derechos fundamentales o en sus derechos humanos o, de cualquier otro modo, suponga para él una dureza inexigible”.¹³⁴ Por un lado, de esta propuesta de “cláusula de excepción” se desprende la posibilidad de que el juez prescinda del mandato de la conexión indicadora de un “derecho cierto” pero no señala que sea en favor de la aplicación de otro “más estrechamente vinculado” al caso; simplemente comienza formulando el conocido “efecto negativo” del orden

¹³¹ El art. 12. 4 de nuestro Código civil dice que: “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”, y por ello el art. 6. 4 establece la sanción: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

¹³² Niboyet, J. P.: *Principios de Derecho internacional privado*, trad. esp. por Andrés Rodríguez Ramón, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1930.

¹³³ Stöcker, H. A.: *Von ordre-public-Vorbehalt zur internationalprivatrechtlichen Härteklauseel*, en *Das Standesamt*, 1970, p. 339.

¹³⁴ El texto alemán dice: “Ausländische Geste werden nicht angewendet, wenn die Anwendung den Betroffenen in seinen Grund- oder Menschenrechten verletzen oder in anderer Hinsicht für ihn eine unzumutbare Härte bedeuten würde”.

público (todo ordenamiento jurídico de un Estado democrático y de derecho es seguro que considera contraria a su orden público cualquier ley que ataque los “derechos fundamentales” y los “derechos humanos” de toda persona) que, por otra parte, tampoco abarca la totalidad del ámbito al que puede extenderse dicho orden público ya que el derecho extranjero, en principio aplicable, puede no afectar a los derechos fundamentales de las personas, ni a sus derechos humanos, y sí en cambio, atacar a las bases fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado, p. ej. leyes extranjeras que se opongan a los principios de orden económico (lo que ya estaba presente en la concepción manciniana del orden público),¹³⁵ lo cual claramente afecta al Estado como tal, y no a las personas individuales, sean físicas o jurídicas, o cuando una institución resulta intolerable e incompatible con los cimientos sobre los que reposa ideológicamente el ordenamiento jurídico del Estado (recuérdese p. ej. en España el divorcio vincular, prohibido antes y después de la II República Española, y que no se reintrodujo hasta la Ley 30/1981, de 7 de julio). Pero la actitud del juez, fuera del caso del orden público, ante la “dureza inexigible” queda inconcreta; en efecto, no aplicará tampoco la ley extranjera pero en su lugar ¿la sustituirá siempre por la ley del foro? ¿o aplicará otra ley extranjera aparentemente “más estrechamente vinculada” con el supuesto, y siempre que, por supuesto, no establezca también esa “dureza inexigible”? Tal como queda concebida la cláusula de Stöcker el resultado es que lleva, a nuestro parecer, al menos en uno de sus aspectos, a una inseguridad jurídica.

Stöcker fundamentó su propuesta en dos ideas básicas sobre la forma o manera de concebir el Derecho internacional privado, claramente distinguibles entre sí. La primera de ellas está constituida por la que podría denominarse *teoría absoluta o total*, según la cual el llamado “*ordre public*” no sería otra cosa más que un mecanismo por medio del cual se defienden los intereses fundamentales del Estado, incluida la comunidad estatal como parte esencial de aquél, lo que, en el fondo, presenta al orden público como si poseyese un cierto carácter de “quasi de Derecho internacional público”, y esa idea propende a rechazar la aplicación de leyes extranjeras de plano, es decir, sin entrar en consideraciones sobre, ni tener en cuenta para nada, los efectos que ello pueda producir en los intereses y pretensiones de los particulares involucrados en la situación, o relación jurídica de tráfico jurídico privado internacional; la segunda idea, que es hacia la que se inclina Stöcker por entender él que es la más moderna y progresista de las dos, viene articulada en función de la *concepción social* que supone privilegiar la justicia del caso concreto

¹³⁵ Como escribió Mancini en 1874 : “...Se pueden rechazar no solamente las instituciones incompatibles con el orden moral, sino también aquellas que son incompatibles con el orden económico establecido en una sociedad, estando comprendido el orden económico en la amplia acepción del orden público...”, versión francesa en *Journal de Droit international privé* (Clunet), núm.1, 1874, pp. 221-239, y versión italiana en *Il Filangieri*, vol. 1, 1876, p. 624 y ss., vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Derecho internacional privado...*, op.cit., t. I, p. 421.

así como los intereses de las partes en la decisión relativa a la aplicación, o no, de la ley extranjera reclamada por las reglas de conflicto del foro. Para Stöcker resulta primordial la concreta protección de los derechos fundamentales de las personas interesadas, lo cual entiende que debe prevalecer sobre la propia función del juez, que aparece como un mero representante de la comunidad estatal con la función de resolver, en el proceso que ante él pende, sobre la existencia de compatibilidad o incompatibilidad de las normas procedentes de sistemas jurídicos extranjeros con las bases fundamentales e inderogables sobre las que, en ese momento, se edifica su propio ordenamiento jurídico, a los efectos de hacer aplicación de las mismas o de rechazarlas, según entienda que chocan, o no, con las citadas bases. La propuesta del autor alemán fue considerada, por la comunidad científica, como una notable contribución teórica en el ámbito del Derecho internacional privado, y aunque no esté exenta de críticas y discusión, como cualquier cuestión jurídica al pertenecer el Derecho al mundo de las ciencias del espíritu, que desde luego no pasó desapercibida para el Bundesverfassungsgericht órgano jurisdiccional que la tuvo muy en cuenta al dictar su sentencia de 4 de mayo de 1971, por la que declaró contraria al art. 6.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania¹³⁶ la norma del Derecho español, en aquél momento vigente, que prohibía terminantemente la celebración del matrimonio entre una ciudadana alemana divorciada y un ciudadano español soltero, con lo que el orden público internacional alemán, aparte de producir el rechazo a la aplicación de la ley sustantiva española reguladora de la capacidad del español ("efecto negativo"), producía automática y seguidamente el "efecto positivo" sustituyendo la ley prohibitiva española por la aplicación de la ley permisiva alemana¹³⁷.

B. La "cláusula Neuhaus-Kropholler".

En el texto, que proponen conjuntamente estos dos autores, se dice que las disposiciones de las reglas conflictuales, en realidad y más exactamente, sería de las conexiones, "no deberán aplicarse en la medida en que la aplicación de las normas que ellas consideran competentes, o la no aplicación de otros preceptos, conduzca a un resultado que lesione de manera insoportable principios fundamentales del derecho nacional (es decir, del derecho del foro) o intereses especialmente dignos

¹³⁶ Art. 6.1: "El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal".

¹³⁷ Los arts. 51 y 52 entonces vigentes del Código civil español determinaban, respectivamente, que: "No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente", y que: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges", regla de aplicación inmediata del derecho interno, que hacía que en España la ciudadana alemana resultase casada. Por su parte, el art. 13, párrafo primero, de la EGBGB decía en aquél momento que: "La conclusión del matrimonio, aunque uno solo de los prometidos sea alemán, se regula, en relación a cada uno de los prometidos, según las leyes del Estado al cual pertenece. Lo mismo vale para los extranjeros que contraen un matrimonio en el país", vid. *Código Civil Alemán (BGB)*, trad. esp. por Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1955, p. 492.

de protección”.¹³⁸ Se trata, como se ve, de una proposición breve, concisa y clara, con la que de cara al proyecto alemán de reforma del Derecho internacional privado, se pretendió en su día sustituir el texto del art. 30 de la EGBGB, en la versión, ya reproducida, que venía estando vigente desde el 1 de enero de 1900, pero al mismo tiempo extendiendo considerablemente el ámbito de eficacia del precepto para acabar convirtiéndolo en una “cláusula general de excepción”¹³⁹ centrada en el orden público y desde luego con total inconcreción de tales intereses, lo que supondría para algún interesado una inesperada sorpresa. La fórmula incorporó el efecto negativo del orden público dentro del ámbito funcional de la “cláusula general de excepción”, y en opinión de sus autores también comprende el efecto positivo del orden público ya del Estado del foro, ya de cualquier ordenamiento jurídico extranjero, cuestión que entienden incluida en la expresión “no aplicación de otros preceptos”.¹⁴⁰ Si bien es comprensible esta aclaración que hacen, el efecto positivo del orden público realmente se refiere a las normas de aplicación inmediata del ordenamiento jurídico del foro, o de ordenamientos jurídicos extranjeros, o sea, a las disposiciones que encierran una aplicación sin condiciones dentro el ámbito espacial que ellas mismas fijan, independientemente de la ley que fuere designada como competente por la regla conflictual ¹⁴¹. Pero de aceptar, sin más, la explicación de sus autores se llegaría a una duplicación relativa a los “intereses generales especialmente dignos de protección”, que ambos relacionan con la protección de los “nacionales”, no comprendida en el texto del art. 30 de la EGBGB, en su versión de 1898, dentro de la referencia a “buenas costumbres o el fin de una ley alemana”, o sea, con las normas de aplicación inmediata del foro y, además, con la “protección de intereses extranjeros”, es decir, con las normas de aplicación inmediata de un ordenamiento extranjero.

Si esto se acepta así habría, pues, una doble referencia a las normas de aplicación inmediata lo cual resultaría una repetición innecesaria, salvo, claro está, que los referidos autores den otro significado a la noción de orden público positivo, cosa que, desde luego, no aclaran. Ahora bien, es sobradamente conocido que en lo atinente al orden público son bastante frecuentes los equívocos. Recordemos, por ejemplo, cómo Werner Goldschmidt entendía por efecto positivo del orden público la aplicación de la ley del foro que constituye la palanca para rechazar la ley extranjera normalmente competente según la designación por las reglas

¹³⁸ Neuhaus, P.H.-Kropholler, J.: *Entwurf eines Gesetzes über internationales Privat und Verfahrensrecht (IPR-Gesetz)*, en *Rabels Zeitschrift*, 1980, p. 336.

¹³⁹ Sobre esto, entre otros, Campiglio, C.: *L'esperienza...*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁰ Neuhaus, P. H.-Kropholler, J.: *Entwurf...*, *op. cit.*, pp. 336-337.

¹⁴¹ Sobre el orden público positivo, vid. Wengler, W.: *Sonderanknüpfung positiver und negativer ordre public*, en *Juristenzeitung*, 1979, pp. 176-177; y a propósito del reconocimiento por Savigny de la función positiva del orden público, vid. Sturm, F.: *Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit*, en *lus Commune, Vorträge zum 200 Geburtstag von F. C. von Savigny*, Frankfurt, 1979, p. 101.

conflictuales del foro, con lo que, según el citado autor, el orden público siempre produciría, uno tras otro, ambos efectos, negativo y positivo, o dicho con sus propias palabras “la aplicación del orden público produce siempre un efecto doble” y más adelante afirma: “No se debe, pues, hablar del efecto positivo o negativo del orden público, puesto que siempre posee ambos efectos a la vez”,¹⁴² tesis que entendemos no totalmente exacta, aunque tenga un punto de certeza. Durante el largo período en que en España la institución del divorcio vincular estuvo absolutamente prohibida, si cualquier matrimonio extranjero invocaba su derecho al divorcio conforme a su ley nacional, que efectivamente regía su estatuto personal según la pertinente regla de conflicto española, la respuesta era la aplicación del artículo 52 entonces vigente del Código civil, según el cual: “El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”, que era la regla de “aplicación inmediata” defensora del orden público internacional español en ese punto. Y esa aplicación es, para Goldschmidt, el “efecto positivo”. En definitiva, todo depende de la concepción que se tenga de lo que se entiende por “efecto positivo” del orden público.

Los dos autores germanos a que nos referimos fueron, entre otros, coautores de un proyecto de ley para la codificación del Derecho internacional privado en la República Federal de Alemania, que como es sabido culmina con la aprobación del nuevo texto de la EGBGB en 1986. Esos proyectos fueron objeto de debate seis años antes, es decir en 1980, en el marco del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, y fue objeto de un comentario debido a Jürgen Samtleben quien destacó la referencia que se hacía a la “protección de intereses extranjeros”, lo cual venía a suponer tener en cuenta la aplicación del derecho imperativo extranjero, dentro del ámbito del orden público internacional, aunque no llega a mencionar las normas de aplicación inmediata del foro y se refiera, como hace, al efecto positivo del orden público, pero sin llegar a especificar qué entiende por tal efecto¹⁴³. A Samtleben le llama poderosamente la atención el hecho de que los autores del proyecto hagan hincapié en que su formulación no sólo contemplaba el ataque del derecho extranjero al orden público del foro, sino igualmente la inaplicación de la *lex fori* en lo atinente a los intereses extranjeros, lo que no parece coincidir con la tesis de los autores del proyecto con su postura acerca del citado art. 30 de la EGBGB, en su primera redacción, cuyo texto también incorporaba la protección de los intereses extranjeros, a no ser que tal afirmación signifique que las reglas de aplicación inmediata del foro tienen prevalencia sobre las reglas de igual tenor provenientes de Estados extranjeros, lo cual era lo que sucedía con el art. 18 del anteproyecto suizo sobre la reforma del Derecho internacional privado, en

¹⁴² Goldschmidt, W.: *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, 1952, pp. 477-478.

¹⁴³ Samtleben, J.: *Reform des deutschen internationalen Privatrechts (Allgemeiner Teil)*, por P. Dopffel-U-Drobnig-K, Siehr, Tübingen, 1980, p. 78.

relación a las normas de aplicación inmediata extranjeras, debiendo recordarse que el anteproyecto de ley suiza de 1978, hacía una distinción dentro del orden público dividiéndolo en “orden público del derecho suizo” y “orden público de un Estado extranjero”, una distinción que recibió las críticas de un importante sector doctrinal dentro del cual se encontraban autores tan prestigiosos como Simon-Depitre, Bischoff, von Overbeck o Lagarde. Por otra parte, y en otro plano, no parece justificaco incluir dentro del orden público las reglas extranjeras de aplicación inmediata y no las de la *lex fori*, que se imponen siempre a todos los órganos jurisdiccionales aplicadores de la citada ley.

En otros comentarios de que fue objeto la propuesta de Neuhaus-Kropholler, como los de Campiglio y von Overbeck, sus comentaristas silencian cualquier referencia a la relevancia de las normas de aplicación inmediata extranjeras, las cuales requieren, conforme al pensamiento de Neuhaus y Kropholler, en cuanto a su aplicación, una valoración autónoma del ordenamiento jurídico del foro, o al menos que éste sea tenido en cuenta, a efectos de plantearse su vocación de ser aplicadas, que viene, por así decir, ya expresada o incorporada en ellas.¹⁴⁴

El carácter discutible y controvertido que presentan esas normas fue objeto de críticas a la propuesta de los citados coautores, en el coloquio de 1980, planteándose la especial importancia que presentan dentro de determinado sector como el del Derecho de obligaciones convencionales, así como la inexistencia de jurisprudencia alemana en cuanto a su aplicación en otros sectores como los del Derecho de familia y Derecho de sucesiones, sin embargo tales críticas recibieron como respuesta que la fórmula por ellos propuesta comprendía las normas extranjeras de aplicación necesaria en los tres sectores indicados.

La cláusula Neuhaus-Kropholler también fue objeto de crítica por no haber incluido la conexión “aún más estrecha”, reduciéndose, en definitiva, a una ampliación del orden público, y en este punto sus autores entendieron que su proposición permite separarse de la conexión establecida por la regla conflictual y recurrir a una “conexión sustitutoria”, e incluso hacer aplicación de la *lex fori*. Por lo demás mantuvieron que a la propuesta por ellos formulada no era necesario incluir, además de la conexión “aún más estrecha”, ningunas otras circunstancias, que sí aparecen en otras contribuciones doctrinales, tales como la prevención de resultados contradictorios, expectativas de las partes interesadas, o la existencia de una dureza inexigible. Una duda que surgía de la propuesta era si ésta englobaba la concepción de aplicación de la “mejor ley” en términos de justicia material, duda a la que respondía von Overbeck negativamente. La fórmula que ofrecieron Neuhaus y Kropholler no tuvo ninguna acogida en la citada Ley alemana de 25 de julio de

¹⁴⁴ Neuhaus, P. H-Kropholler, J.: *Entwurf...*, *op. cit.*, p. 79.

1986, sin embargo no puede decirse que por eso carezca por completo de todo interés teórico-doctrinal, antes bien presenta un gran valor a los efectos de investigar la búsqueda, e introducción, de una flexibilización en el rígido método conflictual que termina, como es sabido, en una justicia ciertamente “ciega”, a través de la conocida e inalterable regla de conflicto de corte savignano, método que, como bien se conoce, siempre ha sido objeto, a lo largo del siglo XX, de críticas formuladas por la doctrina norteamericana.

C. La "cláusula Kreuzer".

Dos años más tarde de haberse formulado la cláusula que se acaba de ver fue otro autor germano, K. Kreuzer, el que presentó una proposición de “cláusula de excepción”, de amplio contenido, que él pretende de *lege lata* y no meramente de *lege ferenda*, tal como el propio autor advierte. Su proposición está concebida en estos términos según nuestra traducción: “ (1) Excepcionalmente, el derecho designado por esta Ley no deberá ser aplicado cuando conduzca a un resultado manifiestamente inadecuado y existan razones imperativas en favor de la aplicación de otro derecho (caso de corrección, caso excepcional) si: 1. De acuerdo con todas las circunstancias, la situación presenta manifiestamente una relación superficial o tenue con el derecho designado por la presente Ley y presenta, no obstante, una relación más estable y más estrecha con otro derecho; en este caso es aplicable el derecho material indicado en último lugar; 2. La aplicación del derecho designado por la presente Ley conduce a contradicciones insoportables en la aplicación de las disposiciones materiales de la ley competente; en este caso es aplicable el derecho material con el cual la situación, de acuerdo con todas las circunstancias, presente las relaciones más estrechas; 3. las expectativas de las partes, dignas de protección, se fundasen, en el momento de la celebración de los actos jurídicos en cuestión, en otro derecho designado por la presente Ley; en este caso es aplicable el derecho que corresponda a las expectativas de las partes; 4. la aplicación del derecho designado por la presente Ley tuviese por consecuencia la pérdida de la protección jurídica de carácter judicial; en este caso es aplicable la ley del foro; 5. la aplicación del derecho designado por la presente Ley exigiese un costo en tiempo y/o en recursos financieros desproporcionados en relación a la importancia de la causa; en este caso es aplicable la ley del foro. (2) El párrafo 1 no es aplicable en caso de elección de ley por las partes. (3) El artículo... (orden público) y el artículo... (reglas internacionalmente imperativas de terceros Estados) no quedan afectados por el párrafo (1)”.¹⁴⁵ Para establecer este proyecto de norma jurídica Kreuzer se inspiró en las cláusulas de excepción que figuraban en el proyecto de Ley federal suiza de

¹⁴⁵ Dada la amplitud del texto renunciamos a reproducirlo en su idioma original, el alemán, y nos limitamos a citar las páginas de la publicación en la que figura donde el lector podrá encontrarlo a efectos de cotejo con la traducción española, vid. Kreuzer, K.: *Berichtigungsklauseln...*, *op. cit.*, pp. 330-331; vid. también, Marques dos Santos, A.: *As normas...*, I, *op. cit.*, 434 y ss.

Derecho internacional privado, en la Ley austriaca de Derecho internacional privado, de 15 de junio de 1978, en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y en la jurisprudencia de los Tribunales alemanes. Con base en todo este material proponía, de *lege lata*, una “cláusula general de excepción” que, en principio, es aplicable a cualquier materia jurídica, sin que ninguna quede fuera de su acción, lo que, desde luego, contrasta con las “cláusulas de excepción especiales” que contemplan materias específicas.

Para Kreuzer es fundamental la fórmula del art. 14 de proyecto suizo el cual, en su opinión, fue, en general, bien recibido por la doctrina aunque no escapó a ciertas críticas que ponían de relieve la preocupación por la “seguridad jurídica”, señalando que la disposición legal proyectada no reducía las reglas conflictuales a simples directivas que no tendrían carácter vinculante, sino que, por el contrario, consolidaba su carácter obligatorio, en la medida en que delimita las posibilidades de corrección de las reglas de conflicto mediante la “cláusula general de excepción”, quedando restringidas a casos puramente excepcionales. Pero la conversión en simple directiva de la regla de colisión no resulta admitida por otros sectores doctrinales, así, por poner un ejemplo, Vischer quien advierte del peligro que supondría la pérdida de valor de la regla conflictual si verdaderamente quedase reducida a una mera directiva, destacando en cambio que precisamente con la “cláusula de excepción”, la regla conflictual sigue manteniendo, como él dice, un “*prima facie* protagonismo”.¹⁴⁶

Por otro lado la justificación que Kreuzer hace de su propuesta se apoya también en determinadas decisiones de los Tribunales alemanes, como la interesante sentencia del Bundesgerichtshof (BGH), de 20 de junio de 1979, en un caso en el que ante un doble nacional, una de cuyas nacionalidades era la alemana, pero que el Tribunal entendió que no era la *efectiva* dio prevalencia a la nacionalidad extranjera, aplicando en consecuencia la ley extranjera al entender que la situación estaba “más estrechamente vinculada” a ella que a la *lex fori*, la cual hoy resultaría incompatible con la actual situación del Derecho internacional privado comparado. Evidentemente se trató de una solución contraria a la tradicional orientación que venía manteniendo la jurisprudencia en la cual la prevalencia, en caso de doble nacionalidad alemana-extranjera, recaía en la ley del Estado del foro, es decir en la ley alemana¹⁴⁷. Es sobre estas bases sobre las que Kreuzer elaboró una propuesta

¹⁴⁶ Vischer, F.: *Das problem...*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁷ Es el criterio que sigue manteniendo el Derecho alemán, así la Ley alemana de 25 de julio de 1986, al contemplar la ley aplicable al estatuto personal de una persona bi o plurinacional, dice en su art. 5, 1), acápite segundo: “Si la persona es también alemana, prevalecerá esta condición jurídica”; y lo mismo establecen otras legislaciones, p. ej. el Código civil egipcio, de 29 de julio de 1948, para el caso de bi o plurinacionalidad dice en su art. 25, párrafo segundo: “...la ley egipcia será aplicada si la persona posee, al mismo tiempo, la nacionalidad egipcia...”; el Código civil español (versión de 1974) el art. 9.9, párrafo

sintética, de alcance general por vía jurisprudencial, de cláusulas de excepción especiales, particularmente en el ámbito del Derecho de familia, de manera que su fórmula es la resultante de tales cláusulas de excepción particulares, en principio sin nombre específico que, en su opinión, los Tribunales germanos fueron paulatinamente elaborando y aplicando a los casos de los que tenían que conocer, y que presentaban aspectos que hacían necesario corregir la regla conflictual, sosteniendo igualmente que el legislador, ya autorice, o no, que el juez pueda separarse de la conexión concreta establecida, en general la jurisprudencia evidencia, por su iniciativa y responsabilidad, que se produce por parte de los Tribunales esa corrección de la regla conflictual en todos los casos en los que la justicia del supuesto concreto lo exija imperiosamente.¹⁴⁸ Como se puede ver en el texto de su proposición esta está basada en consideraciones de orden conflictual, y aunque rechaza la inclusión del orden público al sostener, a nuestro parecer acertadamente, que no debe tener cabida en la “cláusula de excepción”, porque entre ésta y aquél existen distinciones en cuanto a dos de los elementos constitutivos de la regla de conflicto, el supuesto de hecho (Tatbestand) (creemos que más bien debería haberse referido al punto de conexión) y la consecuencia jurídica (Rechtsfolge), además de desechar la incorporación de la cláusula de dureza, no deja este autor de tener en cuenta importantes elementos de justicia material. En efecto, la conexión “aún más estrecha” no tiene meramente sentido conflictual porque comprende también los aspectos atinentes a la justicia material, al tiempo que considera que han de estar presentes las expectativas de las partes que merezcan protección y, en particular, la expresa intención de prevenir contradicciones insoportables cuando sean aplicadas normas materiales de ordenamientos jurídicos declarados competentes, todo lo cual supone tener en cuenta la justicia material para cada caso que, a nuestro parecer, tiene un gran peso específico en la proposición de Kreuzer.

Uno de los aspectos más destacables de la fórmula de este autor es que incorpora en la “cláusula general de excepción” elementos que tienen presente el

segundo, acápite primero, determina, salvo tratado internacional o que la ley establezca otra cosa, que: “Prevalecerá, en todo caso, la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales”; la Ley federal austriaca, de 15 de junio de 1978, sobre el derecho internacional privado dice en su art. 9 (1) acápite segundo: “Si una persona poseyese a la vez una nacionalidad extranjera y la ciudadanía austriaca, ésta será la decisiva”; la Ley rumana núm. 105, de 22 de septiembre de 1992, sobre la reglamentación de las relaciones de derecho internacional privado, en su art. 12, párrafo segundo, dice; “La ley nacional del ciudadano rumano que, conforme a la ley extranjera, sea considerado como poseedor de otra ciudadanía, es la ley rumana”; la Ley italiana núm. 218, de 31 de mayo de 1995, sobre reforma del sistema italiano de derecho internacional privado, cuando contempla la aplicación de la ley nacional a personas con más de una nacionalidad, dice en su art. 19.2 *in fine* que: “Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale”, etc., vid. para las cinco primeras legislaciones citadas, Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales...*, *op. cit.*, pp. 13, 187, 214, 67 y 615, respectivamente.

¹⁴⁸ Kreuzer, K.: *Berichtigungsklauseln...*, *op. cit.*, p. 314.

Derecho procesal, puesto que trata de prevenir lo que él denomina la “pérdida de la protección jurídica de carácter judicial”, pérdida, que en el fondo, no es sino una forma de denegación de justicia, así como de la necesidad de adoptar medidas provisionales, en materia de alimentos entre cónyuges, conforme a la ley material del foro en vez de la señalada por la regla conflictual, y ello porque sin duda se producirá una inmediata efectividad en un tema tan sensible, además de la rapidez en la protección judicial, intentando buscar también la economía procesal tanto en beneficio de las partes litigantes como de los propios órganos jurisdiccionales, teniendo en cuenta la importancia existente entre el valor de la causa y los costes, tanto en razón del tiempo como de los medios económicos, que siempre produce el proceso de aplicación de una ley extranjera. En ambos supuestos la “cláusula de excepción” conduce a hacer aplicación automática de la *lex fori* y ello, en cierta medida, podría permitir hablar, en tales casos, de cláusulas de excepción “unilaterales” ya que, según su autor, únicamente prevén la aplicación de la *lex fori*, al igual que están concebidas las reglas conflictuales unilaterales, las cuales pueden contemplar solamente “un lado” ignorando el otro y, por tanto, pueden declarar aplicable la ley nacional a los propios nacionales, o pueden hacerlo a los extranjeros aplicando la ley extranjera. A nuestro entender la aplicación únicamente de la *lex fori* ciertamente es una manera de entender la unilateralidad, pero en realidad ésta no está tanto en función del derecho aplicable (el del foro o el extranjero) sino en función de *a quién* le es aplicado (a los *nacionales* o a los *extranjeros*)¹⁴⁹. Esto aclarado, esa “unilateralidad” así vista por Kreuzer evidentemente amplía la aplicación de la *lex fori*, lo que presenta un cierto riesgo, aspecto éste que, a diferencia de las propuestas ya vistas, cuyas cláusulas son de estructura “bilateral” (en el sentido que Kreuzer lo ve) porque contemplan la posibilidad de que la “cláusula de excepción” conduzca a la aplicación del derecho del foro o de uno extranjero, la proposición del autor al que nos venimos refiriendo presenta una clara inclinación hacia el legeforismo porque pone el acento sobre el *favor legis fori*.

La fórmula de Kreuzer no contiene un *numerus clausus* de materias a las que sería aplicable sino que se limita a presentar ejemplos, ya que hace la referencia a “en especial” para determinados casos excepcionales que precisan de una

¹⁴⁹ Así, si una regla de conflicto estatuyese que “la capacidad de los nacionales residentes en el Estado se rige por su ley nacional y la de los nacionales residentes en el extranjero se rige por la ley de su residencia habitual”, es una regla unilateral, pese a que contempla la aplicación tanto de la *lex fori* como de la ley extranjera, porque solamente está refiriéndose a la capacidad de los *nacionales* y no regula el supuesto cuando afecte a un *extranjero*. Unilateral es el art. 3. 3 del Código civil francés al declarar que: “Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen a *los franceses*, incluso cuando residan en países extranjeros”, al igual que el antiguo art. 9 del Código civil español que determinaba que: “Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a *los españoles*, aunque residan en país extranjero”; y lo mismo cabe decir del art. 219 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil al decir que: “El nombre y apellidos de un *extranjero* se rigen por su ley personal”.

corrección y que desde luego no son únicos pues, analizando de modo ponderado la totalidad de las circunstancias, pueden ampliarse y aparecer otros, y para el caso de que se dé ese supuesto Kreuzer lo que propone es una solución basada en el principio de equidad, a los efectos de obtener justicia para el caso concreto, teniendo siempre en cuenta las singularidades que el mismo presenta, lo que hace que precisamente ese sea un caso aislado, concreto, específico, de especie, y no una figura meramente abstracta. Cabe decir también de la propuesta de Kreuzer que resulta un tanto heterogénea al establecer una urdimbre acudiendo a recursos de justicia material y de justicia conflictual, aunque el papel relevante que da a las cuestiones propias del Derecho procesal hace que la “cláusula de excepción” tienda, como se ha dicho, hacia el *in favorem legis fori*, con independencia de los intereses de las partes litigantes, lo que ciertamente de mantenerse el criterio sin la necesaria prudencia supondría un abuso utilizar la “cláusula de excepción” como un medio cómodo y expeditivo para aplicar la *lex fori* en todos los casos en que la aplicación de un derecho extranjero, reclamado por la regla conflictual, presentase cualquier dificultad.¹⁵⁰ Con todo, lo primordial no reside en contemplar el derecho rígido sino el derecho equitativo que encierra siempre elasticidad o flexibilidad. Y es aquí donde de nuevo vendría al caso recordar la opinión de Kelsen formulada con motivo de la proposición de Maridakis en 1956, que ha sido ya transcrita: si en la *Rechtspolitik* debe primar la “seguridad jurídica” o la “flexibilidad del derecho”. La elección es, pues, crucial y determinante ya que la seguridad jurídica requiere la rigidez, mientras que la justicia del caso concreto requiere de flexibilidad, de un derecho equitativo y ecuánime, justicia que se pretende obtener a través de la “cláusula de excepción” que es el vehículo, por así decir, que conduce hacia ese derecho equitativo. Y aquí, a diferencia, de la opinión electiva de Kelsen, Kreuzer considera, desde una posición ecléctica, o sincrética, que ambas vías o métodos deben coexistir en todo ordenamiento jurídico que esté suficientemente desarrollado.

Si se compara la propuesta de Kreuzer con el texto del ya citado artículo 15 de la vigente Ley suiza de Derecho internacional privado podrá observarse que la del autor germano no reposa exclusivamente en la idea de la “conexión más estrecha”, sino también en el respeto a las legítimas expectativas de las partes que merezcan protección y se funden, al tiempo de la celebración del acto jurídico, en una ley que no es la designada por la regla de conflicto y que tampoco tiene que ser aquélla con la que la situación, o relación, jurídica tenga la “conexión más estrecha”; es más, cuando la economía procesal lleve a aplicar la *lex fori* ésta no será, seguramente, la “conexión más estrecha”, aunque el hecho de que el proceso se esté desarrollando ante los jueces o tribunales de un Estado suponga, y esto no se puede

¹⁵⁰ Overbeck, A. E. von: *Les questions...*, *op. cit.*, p. 190.

ignorar, una conexión nada despreciable, idea que coincide con la manifestada por el suizo Dubler.

En fin, por lo demás cabe señalar que la propuesta de Kreuzer excluye la aplicación de la “cláusula de excepción” en los casos sometidos a la autonomía de la voluntad, por la incompatibilidad que ve, lógicamente, entre ésta y la corrección que permite la citada cláusula, así como también quedan fuera, a diferencia de lo que sucede en otras propuestas ya vistas, el orden público y las normas de aplicación inmediata procedentes de un tercer Estado, es decir, no pertenecientes ni a la *lex fori* ni a la *lex causae*. Posteriormente a la formulación de su propuesta, se ocupó en un notable estudio de las normas imperativas¹⁵¹ dudando sobre si el juez del foro debería, o no, ser garante de los intereses de un tercer Estado, y apuntando a que el legislador debería concretar una norma reguladora de la aplicación de leyes político-económicas extranjeras, cuestión ésta que vio como un problema autónomo que debería regularse de forma independiente de la “cláusula de excepción”, para lo que podría servir de pauta el vigente artículo 19 (que era el 18 del proyecto) de la citada Ley federal suiza sobre el Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987.¹⁵² No obstante la meditada y notable contribución de Kreuzer su propuesta corrió la misma suerte que la de Neuhaus-Kropholler, y no fue considerada por el legislador germano al tiempo de la modificación de la entonces casi centenaria Ley de Introducción al Código civil (EGBGB).

8. CONCLUSIÓN

En primer lugar hay que admitir que, cuando está transcurriendo el primer cuarto del siglo XXI, la idea inicial de Maridakis, con el lejano eco aristotélico que encierra, pese a las objeciones que en su momento recibió, ha logrado cristalizar y hoy es innegable la presencia de la “cláusula de excepción” en distintas codificaciones internas, y en la internacional, más recientes incluido el Derecho comunitario europeo. Las fórmulas que podríamos denominar “clásicas”, como se ha visto, han pretendido, con mayor o menor amplitud, incorporar aspectos

¹⁵¹ Kreuzer, K.: *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten-Zum Einfluss fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heilderberg, 1986.

¹⁵² Art. 19: “Toma en consideración de disposiciones imperativas del derecho extranjero. 1. Cuando intereses legítimos y manifiestamente preponderantes respecto a la concepción suiza del derecho lo exijan, una disposición imperativa de un derecho distinto al que es designado por la presente ley podrá ser tomada en consideración, si la situación en cuestión presenta un estrecho vínculo con este derecho. 2. Para juzgar si una tal disposición debe ser tomada en consideración, se tendrá en cuenta la finalidad que ella persiga y las consecuencias que su aplicación tendría para llegar a una decisión adecuada con respecto de la concepción suiza del derecho”, vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Legislaciones nacionales...*, *op. cit.*, p. 698.p. 698.

distintos al de la mera “localización” del derecho aplicable, dependiendo de la concepción de cada autor proponente.

Con todo, se advierte como punto muy destacable la inclusión, o no, del orden público. A nuestro parecer el orden público debe ser objeto de una cláusula propia e independiente de la de excepción. Ya se ha dicho que el orden público afecta al tercer elemento de la regla de conflicto, a la consecuencia jurídica, que cuando se compone de derecho extranjero y resulta que éste es manifiestamente incompatible con los principios sobre los que está construido el ordenamiento jurídico del foro no va a ser aplicado, es decir, que la ley extranjera reclamada por la regla de conflicto se aplicará siempre (naturalmente cuando se reúnan los demás posibles requisitos que pueda exigir el ordenamiento jurídico del foro, p. ej. la exigencia de alegación y prueba) “excepto” cuando contradiga al orden público. A diferencia de esto la “cláusula de excepción” opera sobre el elemento central de la regla de conflicto, el punto o factor de conexión, el cual señala aplicable un “derecho cierto” no obstante lo cual la “cláusula de excepción” permite, aunque normalmente *impone* al juez, apartarse de esa conexión, excepcionalmente, acudiendo a otra con la que el supuesto debatido aparece “más estrechamente vinculado”. Por esa diferencia el orden público tiene cabida en una “cláusula de excepción de orden público”, en tanto que la posibilidad, u obligación, para el juez de separarse de la conexión señalada por la regla de conflicto del foro debería denominarse más propiamente con cualquiera de las otras expresiones utilizadas por la doctrina ya sea “cláusula de evasión”, “cláusula de evicción”, “cláusula de escape”, “cláusula de desvío”, etc.

Esta cláusula, formulada sin limitación alguna, supone un peligro, primero, por lo que el juez pueda considerar libérrimamente por “vínculo más estrecho” y, segundo, porque el juez puede entender que el supuesto está “más” conectado con el foro porque ante él se está ventilando el proceso, lo que llevaría al abuso de extender al máximo la aplicación de la *lex fori*, lo cual va en la dirección, si no de negar totalmente, sí al menos de limitar el ámbito y razón de ser del Derecho internacional privado. Por eso entendemos que la “conexión más estrecha” tanto si la regla de conflicto no parte de una conexión específica (p. ej. la ley nacional, la ley del domicilio, la ley del lugar de...), como si la establece, en todo caso la libertad del juez debe tener una limitación, esto es, el propio legislador debe fijar la lista de conexiones con las que el supuesto puede presentar la “más estrecha vinculación”, a fin de que todas las demás queden descartadas. En la primera de ambas líneas citadas está el *Restatement Second* según se ha visto ya. Y, en la segunda, es decir, cuando se establece una conexión general, está el art. 3.2 del Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, que señalando aplicable, como conexión general, “la ley del Estado en el que el difunto tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento”, permite un

escape hacia otra ley, pero sólo a una que se concreta: “Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si el difunto tenía, en el momento de su fallecimiento, vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del cual poseía entonces la nacionalidad, será aplicable la ley de este Estado”¹⁵³. Es así, entendemos, como debería articularse la “cláusula de excepción”, desde luego en el plano teórico, y decimos en el plano teórico porque, se insiste una vez más, la posibilidad de que el cumplimiento del mandato de la “cláusula de excepción” pueda llevarse a cabo dependerá siempre, en cada Estado, de que lo permitan sus normas reguladoras del proceso civil.

¹⁵³ Vid. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: *Conferencia de La Haya...*, *op. cit.*, p. 320.