

# Hacia una universalidad efectiva de los derechos fundamentales mediante una relectura de la subsidiariedad y de la confianza mutua en la UE

## Towards effective universality of fundamental rights by rethinking subsidiarity and mutual trust in the EU

ILARIA PRETELLI<sup>1</sup>

*Senior Fellow*

*Instituto Suizo de Derecho Comparado*

ORCID ID: 0000-0002-6231-8343

Recibido: 17.06.2025 / Aceptado: 25.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9894

**Resumen:** Este artículo establece una conexión entre la creciente influencia de los organismos supranacionales sobre el derecho interno y la crisis sustancial e institucional del derecho internacional. Una serie de casos emblemáticos demuestran que cada vez resulta más irrealista limitar a las multinacionales al respecto del derecho privado, particularmente en la Unión Europea, donde el derecho internacional privado unificado y el principio de confianza mutua corren el riesgo de ser utilizados estratégicamente bajo el pretexto de una neutralidad técnica para despolitizar soluciones que favorecen los intereses económicos privados. Para resolver la tensión entre la integración jurídica supranacional y los intereses sociales locales, se propone restablecer el principio de subsidiariedad en su sentido original como herramienta que permita equilibrar la cohesión supranacional con la capacidad de las comunidades nacionales para contribuir de manera diversa a la creación de un corpus de derechos fundamentales verdaderamente universal y a la paz mundial. El artículo concluye proponiendo una interpretación diaacrónica de los derechos fundamentales que, respetando la diversidad cultural, oriente el desarrollo del derecho transnacional hacia la justicia social y la paz mundial en lugar de facilitar la expansión de los mercados mundiales.

**Palabras clave:** derecho transnacional, principio de subsidiariedad, violencia contra la mujer, confianza mutua, sostenibilidad de la sociedad, derechos de la mujer, derechos del niño, derechos humanos, Estado de Derecho, diligencia debida

**Abstract:** This paper establishes a connection between the growing influence of supranational bodies on domestic law and the substantial and institutional crisis of international law. A series of emblematic cases demonstrates that it is increasingly unrealistic to limit multinationals to compliance with private law, particularly in the European Union, where unified private international law and the principle of mutual trust risk being used strategically under the pretext of technical neutrality to depoliticise solutions that favour private economic interests. To resolve the tension between supranational legal inte-

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación sobre la internacionalización del derecho privado coordinado por Elena Bargelli y promovido por la Asociación Italiana de Civilistas. Véase E. Bargelli, “Oltre i confini. L'internazionalizzazione del diritto privato”, Accademia, 2024, pp. 978-982 y I. Pretelli, “La transnazionalizzazione delle fonti del diritto civile nella crisi istituzionale del diritto internazionale: quale evoluzione giuridica per una pace globale?”, Accademia, 2024, pp. 1003-1029. Agradezco a Javier Carrascosa González su paciente relectura.

gration and local social interests, it is proposed to re-establish the principle of subsidiarity in its original sense as a tool to balance supranational cohesion with the capacity of national communities to contribute in diverse ways to the creation of a truly universal corpus of fundamental rights and world peace. The article concludes by proposing a diachronic interpretation of fundamental rights which, while respecting cultural diversity, guides the development of transnational law towards social justice and world peace rather than facilitating the expansion of global markets.

**Keywords:** transnational law, principle of subsidiarity, violence against women, mutual trust, societal sustainability, rights of women, rights of children, human rights, rule of law, due diligence

**Sumario:** I. Introducción. II. El problema de la distinción entre derecho público y privado. 1. El impacto social de los daños causados por las decisiones de las multinacionales. 2. Externalización de costes de daños por parte de las multinacionales a través de la explotación de vacíos regulatorios y la instrumentalización del pluralismo jurídico. III. La transnacionalización del Derecho civil y internacional privado. 1. El problema del Derecho internacional privado hoy; 2. La relación entre el Derecho internacional privado de fuente interna y las normas de coordinación entre ordenamientos supranacionales. 3. El derecho internacional privado de la Unión Europea. IV. La transformación del Derecho internacional privado entre la crisis normativa y la justicia social. 1. Progreso jurídico entre las diferencias culturales y la justicia universal. 2. Una perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales en la búsqueda de una paz social mundial duradera. V. Epistemología del derecho internacional privado. 1. Evolución de la relación entre el principio de confianza mutua en el Derecho internacional privado europeo y la consolidación de los derechos fundamentales. 2. El valor del principio de subsidiariedad para el principio de confianza mutua y derechos fundamentales. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

**1.** Esta investigación surgió de algunas observaciones que, en un principio, parecían desconectadas. En primer lugar, en las últimas décadas, la proliferación de estudios y proyectos normativos elaborados por organismos transnacionales o supranacionales ha adquirido una enorme influencia en el derecho civil nacional. En este contexto, cobra especial relevancia la evolución del derecho internacional privado impulsada por la Unión Europea, así como el nuevo potencial que ofrece esta disciplina para el desarrollo del derecho transnacional. En segundo lugar, es importante tener en cuenta que nos encontramos en un momento histórico en el que existe una innegable injerencia privada en la gobernanza pública. En tercer lugar, se observa una profunda crisis del sistema internacional que se manifiesta en las numerosas guerras en curso.

**2.** Nos preguntamos si sería posible poner en relación estas observaciones para explicar la actual crisis institucional del sistema internacional y la dificultad de mantener la necesaria correspondencia con la realidad del principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE. La hipótesis formulada es que una desmitificación de los intereses económicos que, protegidos bajo la apariencia de derecho civil puro, están influyendo en la credibilidad del sistema jurídico y de los derechos fundamentales, podría orientar hacia una modernización auténtica del derecho, incluyendo los derechos fundamentales.

**3.** La vía de investigación que se propone aquí consiste en interpretar los derechos fundamentales de manera dinámica y evolutiva, en lugar de considerarlos como un conjunto de normas escritas inmutables. Se argumenta que el universalismo de los derechos debe respetar el principio de subsidiariedad para evitar los riesgos del imperialismo cultural. Esto significa permitir que las diferentes comunidades nacionales evolucionen a su propio ritmo y manera hacia objetivos racionales comunes, y al mismo tiempo, que las influencias privadas en el derecho público sean supervisadas adecuadamente a través de un derecho internacional público emancipado de influencias políticas.

**4.** Este escrito considera que el jurista contemporáneo debe seguir las siguientes orientaciones

metodológicas: en primer lugar, reconocer que la distinción tradicional entre derecho público y derecho privado se ha difuminado ante la creciente influencia de las decisiones de las multinacionales en la esfera pública; en segundo lugar, analizar cómo estas empresas aprovechan las lagunas normativas y el pluralismo jurídico para aumentar sus beneficios externalizando los costes sociales derivados de su gobernanza, entonces sin reparar los daños causados a los sectores más vulnerables de la población; y, en tercer lugar, desarrollar instrumentos de derecho transnacional capaces de supervisar adecuadamente estas dinámicas y restablecer el equilibrio entre los intereses privados y el bien común público.

**5.** La aplicación del principio de subsidiariedad en su significado originario puede orientar esta búsqueda de equilibrio. Este principio establece que la sociedad superior debe abstenerse de ejercer su poder sobre asuntos que pueden resolverse en un nivel inferior, apoyando cuando sea necesario sin absorber las competencias locales. En el contexto actual, esto significa que las normas supranacionales deben respetar la capacidad evolutiva de las comunidades nacionales hacia objetivos racionales comunes, evitando tanto el imperialismo cultural como la imposición de soluciones uniformes cuando no sea necesario.

**6.** Esta perspectiva permite comprender por qué ciertos conflictos normativos, como los surgidos en torno a la maternidad subrogada, revelan dinámicas más amplias de instrumentalización del pluralismo jurídico. Cuando las empresas utilizan artificialmente el derecho extranjero para eludir prohibiciones nacionales orientadas a proteger valores fundamentales, se reproduce el mismo esquema de externalización de costes observado en otros ámbitos corporativos.

**7.** La verdadera universalidad de los derechos fundamentales se construye no mediante la imposición presente de normas uniformes que faciliten la expansión de mercados globales, sino reconociendo una evolución diacrónica común hacia la justicia social, respetando el equilibrio entre niveles supranacional y nacional que permite a cada comunidad desarrollarse hacia objetivos universales sin sacrificar su capacidad de resistir la mercantilización de las relaciones humanas fundamentales.

**8.** De esta manera, es posible comprender por qué los movimientos feministas proponen soluciones diferentes a problemas comunes a todas las mujeres. Estos movimientos feministas, aunque tienen características diferentes y están profundamente divididos con opiniones opuestas —véase la lucha contra el velo obligatorio en Irán y las leyes sobre la prostitución en Francia—, comparten la aspiración de una mayor libertad y dignidad para las mujeres en la esfera pública. Esta diversidad de respuestas frente a objetivos comunes ilustra cómo el respeto al principio de subsidiariedad permite que diferentes comunidades evolucionen hacia la justicia universal sin imposiciones externas. Al mismo tiempo, estos movimientos demuestran la importancia de resistir la reducción de los derechos fundamentales a meras transacciones económicas, ya sea la mercantilización del cuerpo femenino o la instrumentalización de las diferencias culturales por parte de actores económicos globales. El derecho transnacional debe, por tanto, desarrollar mecanismos que protejan tanto la diversidad cultural auténtica como la capacidad de las comunidades para resistir la externalización de costes sociales por parte de las multinacionales, garantizando así que el progreso hacia la universalidad de los derechos se base en la justicia social y no en la expansión de mercados globales.

## II. El problema de la distinción entre derecho público y privado

### 1. El impacto social de los daños causados por las decisiones de las multinacionales

**9.** El ordenamiento jurídico de una comunidad local no está determinado exclusivamente por las autoridades del Estado gobernante ni por normas supranacionales. El impacto de las actividades empresariales, especialmente las de las grandes corporaciones comerciales, no es neutro desde el punto de vista social, medioambiental ni siquiera desde el punto de vista jurídico. La injerencia de la esfera

privada en la esfera pública está provocando un replanteamiento de la distinción entre derecho público y privado. El tamaño cada vez mayor de las empresas comerciales ha hecho poco realista seguir confinando todas las decisiones empresariales al ámbito del Derecho privado, como si no tuvieran repercusiones en la sociedad y en el medio ambiente<sup>2</sup>.

**10.** Es experiencia común que la decisión de una empresa, tomada por un número muy pequeño de personas, puede cambiar radicalmente el entorno vital de un número muy grande de otras personas. Actuando dentro de estructuras impermeables al poder democrático, una o dos personas pueden cambiar radicalmente las condiciones de vida de al menos cuatro grupos de personas, directamente y de la noche a la mañana. A largo plazo, e indirectamente, las mismas decisiones monocráticas pueden cambiar el tejido social en el que se desarrolla la vida del grupo en cuestión.

#### A) Los trabajadores y sus familias

**11.** El primer grupo está formado por los empleados de las empresas y sus familias. Varios estudios señalan el fuerte aumento de las tasas de suicidio entre las personas en edad laboral de los grandes grupos industriales estadounidenses<sup>3</sup>. En Francia<sup>4</sup> y en Japón<sup>5</sup> los tribunales han reconocido la existencia de „acoso moral institucional” por parte de directivos y gerentes.

En 1999, los errores sistémicos detectados en el sistema de pago desarrollado por una filial de Fujitsu, denominado Horizon e implantado en toda la red postal del Reino Unido, condujeron a acusaciones infundadas de apropiación indebida de fondos contra numerosos subadministradores postales (subpostmasters)<sup>6</sup>. Se ha documentado que los subadministradores sufrieron prácticas de manipulación psicológica (gaslighting), siendo informados por el personal directivo de que ningún otro administrador había denunciado problemas similares, a pesar de que tal afirmación resultaba de una «práctica sistemática de ocultación»<sup>7</sup>. Post Office Limited inició una agresiva campaña de persecución judicial que resultó en el procesamiento de más de 900 personas, con 236 condenas privativas de libertad, hasta que 555 subadministradores interpusieron una acción colectiva (class action) en 2019. La sentencia dictada en el caso Bates & Others v Post Office Ltd llegó a la conclusión, finalmente, de que, tal y como habían señalado los postmasters veinte años antes, que de verdad el software Horizon contenía “fallos, errores y defectos” (bugs, errors and defects) susceptibles de causar discrepancias contables, allanando así el camino procesal para la anulación de las condenas de los subcarteros<sup>8</sup>.

Según los datos oficiales de Post Office Limited, el número total de condenas anuladas a fecha de 2 de febrero de 2024 asciende a 101 casos, incluyendo ocho supuestos en los que Post Office no actuó como parte acusadora. De los 147 casos tramitados completamente, al 37% se les denegó el permiso para apelar o fueron retirados del procedimiento tribunal. En veinte años, el impacto y los costes sociales del

<sup>2</sup> A. B. CARROLL, „Corporate Social Responsibility, Evolution of a definitional construct”, *Business & Society* 1999, pp. 268 y ss.

<sup>3</sup> A. SUSSELL/ C. PETERSON/ J. LI/ A. MINIÑO/ K.A. SCOTT/ D.M. STONE, *Morbidity and Mortality Weekly Report* 2023;72:1346-1350.

<sup>4</sup> Los ex directores generales de France Télécom Didier Lombard y Louis-Pierre Wenès fueron condenados en Francia por el Tribunal de Apelación de París el 30 de septiembre de 2022 a un año de prisión con suspensión de pena y a una multa de 15.000 euros.000 euros por la política „desenfrenada” de reducción de plantilla aplicada en France Télécom entre 2007 y 2008, que provocó la salida de 22.000 empleados y el despido de otros 10.000 (de un total aproximado de 120.000 empleados) y causó una oleada de trente y cinco (35 sic!) suicidios. Las medidas se denominaron „acoso institucional” o „harcèlement moral institutionnel”. El recurso ante el Tribunal de Casación sigue pendiente. Véase R. SAADA, *Du service public au harcèlement moral, ou comment une politique d’entreprise peut devenir un délit*, *Travailler* 2021, pp. 75-86, M. DEBOUT/ J.-C. DELGÈNES, «De plus en plus de suicides sont causés par le harcèlement moral», en *Idées reçues sur le suicide* 2024, pp. 101-110.

<sup>5</sup> A. SALA, «Activisme judiciaire et transformations de l’action publique au Japon. Le cas de la mort et du suicide par surmenage (karōshi-karōjisatsu)», *Gouvernement et action publique*, 2024, pp. 5-28.

<sup>6</sup> „Post Office scandal: The ordinary lives devastated by a faulty IT system”. BBC News. 17 January 2024.

<sup>7</sup> „Post Office Ltd: Management Culture Volume 736: debated on Thursday 13 July 2023”. UK Parliament Hansard.

<sup>8</sup> *Bates and Others v Post Office* [2019] EWHC 3408 (QB). Judgment (No. 6) Horizon Issues” (PDF). judiciary.uk. Archived (PDF) from the original on 23 June 2021.

ocultamiento deliberado por parte de la dirección de Correos son difíciles de calcular, y la indemnización nunca podrá reflejar los cambios vitales sufridos por miles de personas, los postmasters y sus familias, que eran inimaginables. Al menos cuatro postmasters se suicidaron.

Este caso ilustra las consecuencias de las decisiones que dieron prioridad a evitar el daño a la imagen de la empresa frente a evitar el daño a la sociedad humana. El resultado es que aumenta la proporción y la importancia del daño a las personas y, a la larga, también aumenta la proporción del daño a la imagen de la empresa.

La empresa no solo será responsable por los daños causados, sino también por cualquier otro daño que se derive de su falta de actuación tras descubrir los daños iniciales.

**12.** Además, la prosperidad socioeconómica del Estado no puede separarse de la de los trabajadores y sus familias. El Estado italiano expresa este concepto en el primer artículo de la Constitución italiana, que se define como una república fundada en el trabajo. Toda entidad política, tanto cada Estado como la UE, debe encontrar la manera de garantizar la cohesión social de las personas bajo su jurisdicción. A falta de una corrección espontánea, una intervención judicial puede corregir la mercantilización de los trabajadores, ya prohibida en la Declaración de Filadelfia inaugurada en 1944 con la fórmula «el trabajo no es una mercancía».

## B) Los consumidores

**13.** El segundo grupo, aún más amplio, son los clientes de las multinacionales, que incluyen consumidores, pero también clientes profesionales, que contratan con la empresa para sus propios fines comerciales. La necesidad de que el Estado controle la seguridad de los productos comercializados se beneficia de una reflexión más extensa por parte de los juristas, al haberse desarrollado progresivamente desde el siglo XX como consecuencia de una serie de catástrofes que marcaron la historia del derecho de la responsabilidad civil y administrativa como, por ejemplo, la asbestosis (Italia, 1907), el Elixir Sulfanilamida (Estados Unidos, 1937), la talidomida (Europa, 1957-1961) y el dietilestilbestrol - DES (décadas de 1940 a 1970). Estos escándalos sanitarios llevaron a la adopción de nueva legislación sobre la seguridad de los productos comercializados, estableciendo regímenes de responsabilidad más estrictos y sistemas de vigilancia preventiva.

**14.** La insuficiencia de la legislación de protección de los consumidores para contrarrestar la disparidad del poder de negociación entre consumidores y multinacionales es ahora evidente con la revolución digital.<sup>9</sup> Las autoridades nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han reaccionado inicialmente al „desequilibrio significativo” observado, concediendo a los usuarios de plataformas profesionales la misma protección que a los consumidores<sup>10</sup>.

**15.** Sin embargo, incluso en presencia de una legislación que impone la protección del cliente final, la acción judicial es esencial frente a las políticas corporativas que a menudo prefieren ocultar los defectos de fabricación de sus productos para proteger su imagen.

Actualmente, en Francia, un juez de instrucción de Besançon investiga colisiones mortales en las que se vieron implicados vehículos pesados equipados con neumáticos Goodyear. La investigación ju-

<sup>9</sup> Véase G. ALPA, «On Contractual Power of Digital Platforms», *European Business Law Review* 2023, pp. 377-390; L. IDOT, «La distinction entre la ‘matière contractuelle’ et la ‘matière délictuelle’ revisitée par les actions en droit de la concurrence», *Revue critique de droit international privé* 2021, 440-460; I. PRETELLI, «A Humanist Approach to Private International Law and the Internet», *Yearbook of Private International Law*, 2020/2021, pp. 201-244, en 224.

<sup>10</sup> TJUE, 24 de noviembre de 2020, *Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950. En Italia, las prácticas de las plataformas digitales han sido objeto de sanciones administrativas, véase, por ejemplo, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 23 de marzo de 2016, n.º 25940 (I/779) Boll. n.º 11/2016. En Francia, la ley „Sécuriser et réguler l'espace numérique”, de 21 de mayo de 2024, pretende establecer la equidad comercial prohibiendo a las plataformas digitales favorecer sus propios servicios y reducir la dependencia de las empresas de los proveedores en nube.

dicial se abrió después de que la viuda de un camionero fallecido en julio de 2014 en un accidente en el departamento de Doubs, presentara querella como parte civil. Entre 2010 y 2015, según el registro elaborado por ella, se documentaron 76 accidentes relacionados con el reventón de neumáticos Goodyear, que causaron un total de 56 víctimas mortales y 142 heridos<sup>11</sup>.

Dos entidades del gigante estadounidense de los neumáticos Goodyear (SAS Goodyear France, que distribuye los neumáticos en territorio francés, y SAS Goodyear Opérations, que fabrica los neumáticos en cuestión y tiene su sede social en Luxemburgo) han sido citadas a comparecer ante el juez de instrucción de Besançon «con vistas a una posible inculpación» en el marco de una investigación por homicidio involuntario. La investigación incluye cargos de «engaño sobre las cualidades sustanciales de un producto» y «prácticas comerciales engañosas», por tener conocimiento de un defecto de fabricación en sus neumáticos. La política de la empresa parece haber sido la de «ocultamiento sistemático» tras un programa de retirada de neumáticos defectuosos, lo que habría evitado los incidentes y la muerte de los camioneros, y los daños irreparables que han afectado a sus familias.<sup>12</sup>.

**16.** Se plantea entonces la cuestión de cómo puede reaccionar el Derecho, y en particular el derecho europeo, para garantizar una disuasión eficaz contra este tipo de política empresarial, pública o privada.

### C) Las víctimas de daños al medio ambiente en el que opera la productora, especialmente en el Sur global

**17.** La vulnerabilidad del tercer grupo se deriva de la situación geográfica de las empresas -o de sus socios comerciales en la cadena de actividad- y de la insuficiencia de las leyes locales y de la concienciación sobre el impacto medioambiental de la producción de las empresas. Ya somos conscientes de la necesidad de limitar las políticas empresariales que causan daños injustos al medio ambiente y a las personas que dependen de él en el Sur global. Como se ha señalado en otro lugar, hace casi veinte años se reconoció públicamente que era un error que los Estados y las entidades supranacionales avalaran este tipo de políticas: el expresidente estadounidense Bill Clinton declaró que las políticas del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial estaban en el origen de los daños sufridos por diversos pueblos del mundo<sup>13</sup>.

**18.** La Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, establece claramente que „todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, que son universales, indivisibles e interdependientes y están interconectados” (considerando 7). La adopción de normas internacionales contribuye a proteger la salud de las generaciones futuras en los países más expuestos al poder económico de los agentes privados.<sup>14</sup> Como la Directiva se enfrenta a una importante resistencia política y ha visto aplazado su plazo de transposición. La Comisión Europea ha propuesto un «paquete

<sup>11</sup> A. FACHE, «C'est un Mediator du pneu: contre Goodyear, le combat de Sophie Rollet pour la vérité sur la mort de son mari», *L'Humanité*, 12.7.2024 <<https://www.humanite.fr/societe/goodyear/cest-un-mediator-du-pneu-contre-goodyear-le-combat-de-sophie-rollet-pour-la-verite-sur-la-mort-de-son-mari>> (última consulta: 9.8.2025)

<sup>12</sup> Ibid. y „Scandale des pneus qui éclatent : Goodyear convoqué devant la justice française en vue d'une éventuelle mise en examen», *Sudouest.fr* y *AFP*, 17.4.2025 <<https://www.sudouest.fr/justice/scandale-des-pneus-qui-eclatent-goodyear-convoque-devant-la-justice-francaise-en-vue-d'une-eventuelle-mise-en-examen-24073591.php>> (última consulta: 9.8.2025)

<sup>13</sup> R. LONGLEY, „The International Monetary Fund”, *ThoughtCo*, 26.8.2022, <<https://www.thoughtco.com/international-monetary-fund-6300881>> y J. F. HARRIS, „Clinton Says U.S. Wronged Africa”, *Washington Post*, 25.3.1998, <<https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1998/03/25/clinton-says-us-wronged-africa/ca090cd0-bdb8-4e33-9dfc-e66fdc2e59b6/>> (última consulta: 9.8.2025): Clinton lamentaba que la ayuda estadounidense a África dependiera más de las exigencias políticas de la Guerra Fría que de las demandas locales de la población.

<sup>14</sup> R. LABONTE/ T. SCHRECKER, “Globalization and Social Determinants of Health: The Role of the Global Marketplace”, *Global Health*, 19.6.2007, <<https://globalizationandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1744-8603-3-5>> (última consulta: 9.8.2025); N. FREEMAN ENGSTROM/ R. L. RABIN, „Pursuing Public Health through Litigation”, *Stanford Law Review*, 2021, p. 285 y ss.

ómnibus de simplificación» para no perjudicar a las empresas de la UE en términos de competitividad. Derogará el contenido del artículo 29 (Responsabilidad civil) y suprimirá las condiciones armonizadas de responsabilidad y la posibilidad de que las organizaciones interpongan acciones representativas. Solo permanece el principio de plena indemnización con arreglo al Derecho nacional.

#### D) Los acreedores

**19.** La doctrina de responsabilidad limitada introdujo un marco legal innovador que impulsó el desarrollo económico global. Al reducir la exposición al riesgo personal de los accionistas, fomentó la inversión, facilitó las transferencias de acciones y mejoró la transparencia al delimitar claramente los activos corporativos de la riqueza personal. Sin embargo, la implementación de la responsabilidad limitada también creó una tensión inherente dentro del ecosistema de finanzas corporativas al trasladar las cargas de riesgo de los accionistas a los acreedores.<sup>15</sup>

**20.** Aunque la „protección del propietario” protegió a los inversores de la responsabilidad personal más allá de su inversión inicial, simultáneamente aumentó la vulnerabilidad de los prestamistas y otros acreedores que extienden crédito a las corporaciones. Los remedios como las „transferencias fraudulentas” o la *actio pauliana* no siempre protegen efectivamente a los acreedores, por lo que se necesitan normas legales innovadoras para proteger el mercado del efecto dominó que podría surgir si los acreedores fueran arrastrados a la insolvencia de las empresas multinacionales. La responsabilidad limitada puede dejarse de lado para proteger los intereses de los acreedores mediante mecanismos como el levantamiento del velo corporativo, mientras que la UE armoniza el régimen sustantivo y de derecho internacional privado de insolvencia a través de una serie de regulaciones y directivas.

#### E) Los accionistas de la empresa

**21.** El último grupo está formado por los accionistas de la empresa, que pueden no tener el grado necesario de control sobre las decisiones de la dirección. Bowen ya había defendido que las autoridades deben concienciar a las empresas de los objetivos y valores de la sociedad en la que operan, para que adopten políticas y tomen decisiones que reflejen dichos objetivos y valores.<sup>16</sup>

**22.** Por el contrario, estamos asistiendo al fenómeno inverso, en el que las comunidades mundiales han tenido que adaptarse a las necesidades de las empresas. A menudo, las empresas tratan activamente de superar las limitaciones del marco legislativo vigente, influir en su desarrollo y construir una legislación *pro-domo*.<sup>17</sup> Entre sus empleados, contratan a tiempo completo a grupos de presión, que se posicionan estratégicamente donde pueden influir en los políticos, ya sean autoridades nacionales o funcionarios de la UE o políticos en Bruselas<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> See F. ESPOSITO, *Law and Economics United in Diversity: Minimalism, Fairness, and Consumer Welfare in EU Antitrust and Consumer Law*, European University Institute, Florence 2018.

<sup>16</sup> H. R. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, Iowa City 1953, p. 6.

<sup>17</sup> M. FRÉCHET, «Entre contraintes et ressources : la stratégie juridique de l'entreprise», en: S. LIARTE (ed.), *Les grands courants en management stratégique*, Caen 2019, 43 y ss; O. POLLICINO/ M. BASSINI/ G. DE GREGORIO, *Internet law and the protection of fundamental rights*, Milán 2022, *passim*; Sh. ZUBOFF/ J. MAXMIN, *The Support Economy, Why Corporations Are Failing Individuals and the Next Episode of Capitalism*, Nueva York 2004, *passim*.

<sup>18</sup> See, in particular, O. AMMANN/ A. BOUSSAT, „The Participation of Civil Society in European Union Environmental Law-Making Processes: A Critical Assessment of the European Commission's Consultations in Connection with the European Climate Law”, *European Journal of Risk Regulation*. 2023;14(2):235-252. que instan a la UE a aumentar la transparencia con el fin de evitar decisiones arbitrarias y las consecuencias descriptas, por ejemplo, by H. HERMANSSON, “The European Commission's Environmental Stakeholder Consultations: Is Lobbying Success Based on What You Know, What You Own or Who You Know?” 5 *Interest Groups & Advocacy*, 2016, p. 177; M. MELILLO, *Weaponising Evidence: A History of Tobacco Control in International Law*, Cambridge University Press, 2024; S. GOTZE/ A. JOERES, *Die Klimaschutzlobby: Wie Politiker und Wirt-*

**23.** La estructura actual del derecho de sociedades „vivo” -es decir, las leyes nacionales aplicadas por los tribunales nacionales- lleva a los directivos a explotar las ventajas económicas que pueden derivarse de las lagunas o deficiencias legislativas en materia de protección del medio ambiente o de los grupos sociales (trabajadores, clientes, residentes) en algunos países, prestando atención exclusiva a los límites establecidos, que actualmente no incluyen la atención a las cuestiones socioambientales<sup>19</sup>. La aparente legitimidad de este doble rasero de protección de los derechos fundamentales se deriva de la utilización -tal vez inmoral, pero indudablemente permisible- del pluralismo jurídico y de las lagunas presentes en mayor o menor grado en los ordenamientos jurídicos de algunos países. La búsqueda de leyes más liberales, entre las disponibles, puede llevarse a cabo bien a través del dumping social, bien a través del Derecho internacional privado y, en particular, mediante técnicas que permitan elegir la ley aplicable y el tribunal competente.<sup>20</sup>

**24.** Incluso al directivo más consciente de la ética le resultaría difícil justificar los costes adicionales necesarios para proteger a estos tres grupos, a menos que dispusiera de una disposición que le eximiera de la obligación de maximizar los beneficios. Por lo tanto, es dudososo que la búsqueda del beneficio y del poder empresarial sea „patológica”, como se observa a menudo.<sup>21</sup> Más bien parece ser el resultado de la estructura del derecho vigente y de la ausencia de normas que obliguen a evaluar previamente los riesgos y a neutralizar, con pleno conocimiento de causa, los posibles daños sociales o medioambientales que puedan causarse como efecto secundario de las actividades de la empresa, independientemente de los ordenamientos jurídicos en los que éstas se desarrollen.

**25.** Los Estados y entidades supranacionales como la ONU y la UE reaccionan ante las políticas empresariales que ponen en peligro los recursos socioambientales adoptando una serie de reformas legislativas, que no siempre persiguen los mismos objetivos de forma coherente. El reconocimiento de la responsabilidad social y medioambiental de las empresas va de la mano del reconocimiento del carácter vinculante de los derechos fundamentales, en virtud de su pertenencia al derecho positivo y al *ius cogens*<sup>22</sup>.

---

schaftslenker unsere Zukunft verkaufen, Munich, Piper 2020, N ORESKES, EM CONWAY, *Merchants of Doubt: How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues From Tobacco Smoke to Global Warming*, London, Bloomsbury Press 2010.

<sup>19</sup> Más de 70 ONG firmaron una carta abierta a las instituciones europeas con el objetivo declarado de «proteger nuestros derechos internacionalmente reconocidos en la Directiva sobre el deber de diligencia en materia de sostenibilidad de las empresas» de octubre de 2023: la „Gbehzohn Declaration”. <<https://www.forestpeoples.org/fileadmin/uploads/fpp/migration/documents/Gbehzohn%20Declaration.pdf>> (última consulta 9.8.2025).

<sup>20</sup> D. Izzi, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Turín 2018, *passim*.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, J. BAKAN, *The Corporation, The Pathological Pursuit of Profit and Power*, Nueva York et al. 2004.

<sup>22</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá 2020 SCC 5, 28.2.2020, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, N 124-129: “Within customary international law, there is a subset of norms known as jus cogens, or peremptory norms, from which no derogation is permitted. The workers claim breaches not only of norms of customary international law, but of norms accepted to be of such fundamental importance as to be characterized as jus cogens. Crimes against humanity have been described as among the least controversial examples of violations of jus cogens. Compelling authority confirms that the prohibitions against slavery, forced labour and cruel, inhuman and degrading treatment have attained the status of jus cogens. Refusing to acknowledge the differences between existing domestic torts and forced labour, slavery, cruel, inhuman or degrading treatment, and crimes against humanity, may undermine the court’s ability to adequately address the heinous nature of the harm caused by this conduct. [...] Appropriately remedying the violations of jus cogens and norms of customary international law requires different and stronger responses than typical tort claims, given the public nature and importance of the violated rights involved, the gravity of their breach, the impact on the domestic and global rights objectives, and the need to deter subsequent breaches”. (*Las normas del derecho internacional consuetudinario, como las que los trabajadores eritreos alegan que se violaron, son intrínsecamente diferentes de los agravios internos existentes. Su carácter es más público que los agravios domésticos privados existentes, ya que la violación de estas normas „sacude la conciencia de la humanidad” [...] Negarse a reconocer las diferencias entre los agravios domésticos existentes y el trabajo forzado, la esclavitud, el trato cruel, inhumano o degradante y los crímenes contra la humanidad puede socavar la capacidad del tribunal para abordar adecuadamente la naturaleza atroz del daño causado por esta conducta. [...] Los objetivos asociados a la prevención de violaciones de normas de ius cogens y de derecho internacional consuetudinario son únicos. Se puede argumentar que remediar adecuadamente estas violaciones requiere respuestas diferentes y más sólidas que las típicas demandas de responsabilidad civil, dada la naturaleza pública y la importancia de los derechos violados, la gravedad de su violación, el impacto sobre los objetivos de derechos nacionales y globales, y la necesidad de disuadir violaciones posteriores.*) Un reconocimiento previo, aunque provisional, del carácter

## **2. Externalización de costes de daños por parte de las multinacionales a través de la explotación de vacíos regulatorios y la instrumentalización del pluralismo jurídico.**

**26.** La falta de institucionalización, cooperación y coordinación supranacional adecuadas ofrece a los abogados y expertos oportunidades para utilizar el derecho comparado y el derecho internacional privado para minimizar los costos empresariales, incluso cuando los esquemas propuestos a las empresas pueden dañar a las sociedades mundiales y exponer a los más vulnerables a daños considerables. Las corporaciones multinacionales pueden elegir operar en países donde mejor puedan maximizar sus beneficios, empleando técnicas que incluyen la reubicación de actividades corporativas para someterlas a regímenes legales favorables a la reducción de costos<sup>23</sup>.

**27.** El uso aparentemente legítimo de este doble estándar en la protección de derechos fundamentales deriva del empleo del pluralismo jurídico y las lagunas presentes en diversos grados en los sistemas legales de ciertos países. Es legítimo para una corporación multinacional participar en comportamientos en el extranjero que estarían prohibidos por las normas destinadas a prevenir riesgos socioambientales bajo la ley de su país de origen. Estas decisiones permiten reducir los costos de las actividades multinacionales en beneficio de los accionistas, y los gerentes están obligados legalmente a seguir estos imperativos económicos para beneficiar a los accionistas ante quienes rinden cuentas.

**28.** La externalización de costos sociales y ambientales impacta a los gobiernos locales y contribuye a maximizar los beneficios de la empresa. Las compañías se involucran en comportamientos que serían ilegales en los sistemas legales en los que están incorporadas, trasladando estos riesgos a jurisdicciones donde las leyes locales no prohíben tales comportamientos. Sin una obligación legalmente vinculante de proteger los derechos fundamentales, las empresas no se ven incentivadas a adoptar estándares de protección adecuados, resultando en que las comunidades locales y las instituciones públicas asuman los costos sociales y ambientales.

**29.** Un ejemplo paradigmático de aprovechamiento de vacíos regulatorios es el caso de Apple en 2013, cuando el Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado estadounidense expuso el sofisticado esquema de evasión fiscal de la empresa: Apple creó entidades offshore que explotaron las diferencias entre las normas de residencia fiscal irlandesas y estadounidenses, logrando que Apple Operations International no presentara declaraciones fiscales en ningún lugar durante cinco años a pesar de reportar 30 mil millones de dólares en ingresos. Esta estrategia permitió a Apple proteger aproximadamente 44 mil millones de dólares en ingresos offshore de la tributación estadounidense durante cuatro años, representando cerca de 10 mil millones de dólares anuales en evasión fiscal, trasladando efectivamente la carga tributaria a las familias trabajadoras<sup>24</sup>.

## **III. La transnacionalización del Derecho civil y internacional privado.**

**30.** La transnacionalización del Derecho deriva, en primer lugar, de la progresiva erosión de las competencias legislativas estatales por los convenios internacionales, incluido el *Soft Law*<sup>25</sup>. En Europa,

---

vinculante de determinadas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrado el 16 de diciembre de 1966 (RS 0.103.1; citado Pacto I) y de las del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado el 16 de diciembre de 1966 (RS 0.103.2; citado Pacto II) fue afirmado por el Tribunal Supremo Federal suizo en el asunto (ATF 121 V 229, 232) en el que declaró que determinadas disposiciones como el art. 8 al. 1 let. A, relativas al derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección tienen el carácter de normas directamente aplicables.

<sup>23</sup> Véase *amplius* M. MEISELLES/ N.RYDER/ A. VISCONTI (eds.), *Corporate Criminal Liability and Sanctions – Current Trends and Policy Changes*, Routledge, 2025.

<sup>24</sup> G. CONNIE, „Apple Used Loopholes To Skip Paying U.S. Taxes On \$44 Billion In Offshore Income, Senate Committee Claims”, Forbes, May 20, 2013, <<https://www.forbes.com/sites/connieguglielmo/2013/05/20/apple-used-loopholes-to-skip-paying-44-billion-in-u-s-taxes-senate-committee-claims/>> (última consulta 9.8.2025).

<sup>25</sup> Véase el informe del Consejo Federal Suizo de 1 de diciembre de 2021 «Participation du Parlement dans le domaine du

este fenómeno se ve acentuado por la adopción incesante de directivas y reglamentos europeos<sup>26</sup>. Los estudios y proyectos de reglamentos elaborados por organismos transnacionales o supranacionales que no tienen el carácter de fuentes, sino que son elaborados por expertos en el marco de órganos de estudio como el Instituto de Derecho Europeo de Viena, Unidroit de Roma o el denominado Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, también influyen en la evolución del Derecho civil nacional. Aunque ni siquiera alcanzan la categoría de instrumentos de *soft law*, manteniéndose en el ámbito esencialmente científico-teórico, estas leyes modelo o conjuntos de principios llegan a impregnar el Derecho civil interno hasta el punto de que la jurisprudencia nacional y supranacional los tiene en cuenta y basa en ellos sus decisiones.

## 1. El problema del derecho internacional privado hoy

**31.** Un primer efecto positivo de la transnacionalización de las fuentes del Derecho civil consiste en poner remedio a lo que constituye el vicio original del Derecho internacional privado nacional, a saber, el intento de coordinarse unilateralmente con el Derecho de otros Estados. La coordinación unilateral, incluso cuando se lleva a cabo con precisión suiza<sup>27</sup>, sigue siendo imperfecta en el sentido de que permanece intacto el riesgo de que los demás ordenamientos jurídicos con los que está conectado el asunto lleguen a resultados sustantivos diferentes. La búsqueda de un sistema de coordinación unilateral satisfactorio ha llevado a los estudiosos de la disciplina a desarrollar en los dos últimos siglos técnicas, métodos y teorías tan sofisticados que la convierten en una de las materias más inaccesibles para los no especialistas. El Derecho internacional privado adolece hoy en día de una excesiva tendencia a la abstracción en su desarrollo, lo que hace que la disciplina resulte casi inaccesible para los juristas que no son especialistas. La disciplina requiere años de estudio para alcanzar un nivel en el que el diálogo y la comprensión mutua entre especialistas sea realista. Esta observación llevó a uno de los autores italianos más conocidos, Tito Ballarino, a describirla como la disciplina humanística más compleja después de la teología. Me gusta recordar esta afirmación suya porque da cuenta del carácter casi esotérico de ciertos institutos del Derecho internacional privado, como el „doble reenvío”, la „foreign court theory”, la „segunda calificación”, el „reenvio de calificación”, el „efecto reflejo de la competencia exclusiva”, el „método de reconocimiento” o el „orden público de proximidad”.

---

droit souple» (<[https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/BB\\_BX\\_Rapport\\_CPA\\_Soft%20Law\\_FR.pdf](https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/BB_BX_Rapport_CPA_Soft%20Law_FR.pdf)>) en respuesta al postulado sobre «los nuevos desarrollos internacionales debidos a las conexiones globales y el consiguiente debilitamiento tortuoso de los derechos democráticos de los Parlamentos [...] para evitar el riesgo de que] éstos conduzcan a un procedimiento legislativo que en principio no se ha decidido» (<le rôle croissant du droit souple («soft law») dans les relations internationales et [...] les autres évolutions à l'échelon international liées aux interconnexions globales, ainsi que [...] l'affaiblissement insidieux qui en découle pour les parlements et leurs droits démocratiques consistant à participer aux questions considérées avant qu'elles ne mènent à une procédure législative qui n'a au fond pas été décidée.» <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20184104>> última consulta 9.8.2025).

<sup>26</sup> Desde la creación del „espacio de libertad, seguridad y justicia” por el Tratado de Ámsterdam en 1997, la Unión Europea (UE) ha sido la entidad política más dinámica a la hora de perseguir el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica en las relaciones transfronterizas mediante la creación de normas uniformes de Derecho internacional privado. La hiperactividad de la Comisión Europea ha inspirado a los parlamentos de los países europeos y no europeos a encontrar soluciones útiles para una mejor coordinación de sus sistemas de Derecho internacional privado con el sistema que está creando la UE. La sección „Country Reports” de cada número del *Yearbook of Private International Law* en línea ofrece una visión general de las codificaciones recientes de Derecho internacional privado de todo el mundo: <<http://www.e-collection.isdc.ch>> (última consulta: 9.8.2025). Sobre la necesidad de mantener un paralelismo entre el Derecho internacional privado europeo y suizo: A. MARKUS/ A. FURRER/ I. PRETELLI, *Die Herausforderungen des Europäischen Zivilverfahrensrechts für Lugano- und Drittstaaten / The challenges of European civil procedural law for Lugano and third states*, Zúrich, 2016.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, el apartado 2 del art. 86 de la Ley suiza de Derecho internacional privado, que reserva la competencia en materia de procedimientos y litigios sucesorios al „Estado que la reclame exclusivamente respecto de bienes situados en su territorio”. La finalidad de esta norma es evitar posibles conflictos positivos de jurisdicción que surgirían si la autoridad suiza - competente para la totalidad de la sucesión de un *de cuius* domiciliado en Suiza en el momento de su fallecimiento - tuviera que pronunciarse sobre la transmisión de la propiedad de bienes situados en el Reino Unido, a sabiendas de que los procedimientos de sucesión suelen incoarse respecto de bienes inmuebles situados en el Reino (y, por tanto, propiedad del Rey aunque en posesión del *de cuius* en cuestión, que tiene permiso para utilizarlos).

**32.** *Aegidius Romanus*, en una época en que el latín ya no era hablado por el pueblo, pensaban, con Dante y sus otros contemporáneos, que el latín era una lengua artificial, inventada. Fue, según ellos, el deseo de discutir entre ellos sobre la *natura rerum* y las *mores hominum* lo que los llevó a inventar un lenguaje para su propio uso: „*invenerunt sibi quasi proprium idioma*”, „*per quod disputare volebant*”<sup>28</sup>. La importante propensión a la abstracción entre los académicos es especialmente pronunciada entre los internacional-privatistas; pocos resisten la tentación „perniciosa”<sup>29</sup> de sumergirse en ejercicios de geometría, como se ha observado con respecto a la filosofía y las humanidades en general. Además, las propias palabras „norma” y „derecho” se han impuesto precisamente porque traducen, literalmente, las palabras latinas „cuadrado” y „regla” y confirman que lo jurídico no puede prescindir de delimitar espacios geográficos, las fronteras de intervención del poder público, ya sea legislativo, judicial o administrativo.

**33.** La idea de que instituciones como el „reenvío” puedan resolver realmente el intolerable problema de la contradicción entre preceptos normativos de fuentes heterogéneas sigue siendo desgraciadamente ilusoria, aunque se sigue explorando, lo que representa un problema teórico fascinante. Este aspecto del Derecho internacional privado agrava el riesgo de tecnificación del Derecho y la consiguiente deriva hacia su sectorialización<sup>30</sup>. La llamada „armonía internacional de soluciones”, que la lengua vernácula actual presenta como el principal objetivo del Derecho internacional privado, dirigiendo la atención de los estudiosos únicamente a la necesidad de coordinación entre ordenamientos, acaba promoviendo imprudentemente políticas liberalistas, como ya ha señalado la doctrina francesa<sup>31</sup>. Para contrarrestar este fenómeno, debe prestarse una atención incansable a los principios, derechos y libertades fundamentales<sup>32</sup>. Fruto de las laboriosas conquistas de los siglos pasados, los derechos fundamentales de la persona representan una barrera indispensable para responder a los retos decisivos de la globalización.

## 2. La relación entre el Derecho internacional privado de fuente interna y las normas de coordinación entre ordenamientos supranacionales.

**34.** El Derecho internacional privado de la Unión Europea no utiliza las categorías típicas de las normas nacionales clásicas, que se caracterizan por ser supuestos de hecho generales y sintéticos<sup>33</sup>. A diferencia del ordenamiento jurídico nacional, el Derecho europeo aún no puede aspirar a una gestión

<sup>28</sup> *Aegidius Romano, De regimine principum libri III, Roma 1607*, r. Aalen, Scientia Verlag 1967, 2.2.7., p. 304.

<sup>29</sup> Son tentaciones comunes a otras disciplinas humanísticas, como señala G.-C. ROTA, “The Pernicious Influence of Mathematics upon Philosophy” *Synthese*, en *New Directions in the Philosophy of Mathematics*, ago., 1991, Vol. 88, No. 2, pp. 165-178, M. KAC/ Gc. ROTA/ J.T. SCHWARTZ, „The Pernicious Influence of Mathematics on Science”, en *Discrete Thoughts*, Modern Birkhäuser Classics, Boston 1992.

<sup>30</sup> Fue con el artículo 81 del TFUE, introducido como artículo 65 del TCE, cuando la Unión obtuvo la facultad, no sin dificultades iniciales, de promulgar los varios centenares de normas de Derecho internacional privado y de Derecho procesal que los tribunales europeos utilizan hoy en día. Estas normas son mucho más detalladas que las normas nacionales de los Estados miembros de la UE. Baste decir que el trabajo realizado por cinco artículos del Derecho internacional privado italiano en materia de sucesiones -artículos 46 a 50 de la Ley nº 215/1995- ha sido encomendado por la UE a más de cuarenta artículos del Reglamento europeo sobre sucesiones (nº 650/2012).

<sup>31</sup> H. MUIR WATT, „The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate”, en H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014.

<sup>32</sup> El riesgo de reducir la norma jurídica a un reglamento burocrático se percibe cada vez que uno se atasca con „sistemas” que confían la gestión de los intereses públicos y privados al „cumplimiento” verificado mediante la correcta cumplimentación de formularios. Véase la severa crítica de D. GRAEBER, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*, Melville House, 2015.

<sup>33</sup> E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, I, Turín, 1972, p. 304, al tratar de la calificación, vincula la „concisión de las normas de conflicto” a su carácter „formal e indirecto”. Sobre la función de la concisión de la norma de conflicto en el proceso de calificación, en particular para facilitar la subsunción, véase B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, París, 1977, IDEM, „L'objet de la qualification”, *JDI* 1980. 227 y ss. y „Qualification”, Rép. Dalloz, 1998 (actualizado en 2009), nº 36 s. espec. nº 42.

completa de los intereses privados<sup>34</sup> y no puede basarse en su „autoridad y homogeneidad”<sup>35</sup>. La fórmula sintética de la norma de conflicto nacional contiene un patrimonio normativo y es depositaria de valores culturales que permiten al intérprete situar el caso concreto, a través de la norma de conflicto, en una concepción bastante precisa de su ordenamiento jurídico. El legislador nacional, al decidir el ámbito en el que pretende circunscribir la competencia de las autoridades nacionales, el alcance de las leyes que promulga y la importancia que desea conceder a la necesidad de coordinarse con las autoridades extranjeras para evitar „situaciones claudicantes”, está llamado a realizar una actividad de delimitación. Muy distinto, y que sin duda debe mantenerse diferenciado, es el problema de coordinación que busca un legislador supranacional facultado para distribuir la jurisdicción y la legislación entre los Estados miembros. Esta ausencia de *ubi consistam* de la categoría utilizada en las normas supranacionales no está exenta de ventajas: la expresión sintética de la categoría proporciona al intérprete supranacional la ambigüedad necesaria para coordinar normas procedentes de fuentes heterogéneas y cuya coherencia depende de la proximidad cultural de los órdenes a los que está vinculada la relación jurídica que se pretende regular<sup>36</sup>. Precisamente por esta razón, los conceptos utilizados por las categorías de normas en los convenios internacionales deben interpretarse de forma „autónoma”. En este contexto léxico, la palabra „autonomía” conserva su significado original<sup>37</sup> e indica la autorreferencialidad de los convenios. El Derecho comparado -que permite encontrar los mínimos comunes denominadores de instituciones repartidas por todo el mundo, aunque se rijan por normas diferentes- puede sin duda añadir sentido a la interpretación de las expresiones utilizadas en los convenios, cuando estas palabras pierden el significado técnico que puede darle la pertenencia a un ordenamiento jurídico.

**35.** Esta forma de interpretar las normas de los tratados se ajusta a los artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en particular al artículo 31, que exige una interpretación de buena fe y conforme al sentido corriente.<sup>38</sup> Partiendo de la conciencia de Mancini de la imposibilidad de resolver el problema de la coordinación entre ordenamientos jurídicos de forma unilateral<sup>39</sup>, Asser

<sup>34</sup> B. ANCEL, *Eléments d'histoire de droit international privé*, París, 2017, p. 515 y ss. Véase también I. PRETELLI ‘Le droit international privé entre Chartes des droits et droits « à la carte »’, *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, 2018, pp. 1303-1322.

<sup>35</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, París, 2005, p. 82, sobre el principio de cohesión del orden interno.

<sup>36</sup> T. BALLARINO, «Norme vaghe e diritto internazionale privato», en *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi, Jus*, 1999, p. 67 y ss., indica que la vaguedad semántica de los signos lingüísticos utilizados por el legislador puede estar al servicio de la política legislativa. En Derecho internacional privado, la vaguedad está al servicio de la flexibilidad. La conexión „más estrecha” no siempre puede identificarse ex ante con absoluta certeza y puede seguir siendo un concepto „vago”. Desde una perspectiva simétrica, observamos que las consideraciones ideológicas y de justicia sustantiva pueden intervenir para elaborar normas que, en sí mismas, no serían „vagas”. En tales casos, la vaguedad procede de la interpretación, como señala el autor al observar que el intérprete, ante consecuencias manifiestamente irrationales, rehúye el mandamiento legislativo de la ambigüedad para permitirse perseguir la justicia del caso concreto (pp. 68 y ss.). Así ocurre especialmente cuando „la aplicación concreta de la ley aplicable al caso conduce a la denegación de un derecho reconocido por todas las leyes existentes” (p. 73, traducido). Se hace referencia a los casos de la deuda imprescriptible de Franz Kahn; el caso Bartholo; el testamento ológrafo de los holandeses en el extranjero; el caso citado por Martin Wolff relativo a la herencia de la viuda que, durante su matrimonio y con su marido, había renunciado a su nacionalidad alemana en favor de la nacionalidad sueca; etc.

<sup>37</sup> En filosofía, la autonomía designa clásicamente -a partir del uso que Kant hace de ella- la independencia de la voluntad respecto de todo deseo, la capacidad del individuo para determinarse según su propia ley -la ley de la razón práctica, es decir, una ley universal (I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, II). En el lenguaje corriente, el término se utiliza para referirse a una norma que encuentra su fuente en sí misma. Sin embargo, el Derecho positivo ha reivindicado el principio transformándolo en una norma jurídica heterónoma, en particular para garantizar la atribución de efectos vinculantes a la „expresión de la libre voluntad” en ámbitos particulares (por ejemplo, la protección de los adultos, etc.). El „transformismo” del principio no está exento de ambigüedad: J.-F. PERRIN, *Le droit de choisir. Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Ginebra, 2013, p. 197 y ss. M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, París 2023.

<sup>38</sup> La interpretación unilateralista socava el respeto de la norma *pacta sunt servanda*. Véase T. SCOVAZZI, *CORSO DI DIRITTO INTERNAZIONALE. PARTE II*, 2022 p. 54, quien estigmatiza la pretensión de interpretar un tratado a la luz del sentido propio de las normas de Derecho interno como „interpretación parroquial”.

<sup>39</sup> Véase la resolución «*Utilité d'un accord commun des règles uniformes de droit international privé*» adoptada por el Institut de droit international fundado y presidido por Mancini en 1873 en su sesión de Ginebra de 1874 <[https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1874\\_gen\\_01\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1874_gen_01_fr.pdf)> (última consulta: 9.8.2025).

promovió la creación de una conferencia permanente, con sede en La Haya, con el objetivo de unificar el Derecho internacional privado a nivel supranacional<sup>40</sup>. El objetivo era garantizar a los extranjeros la aplicación de las leyes de las que dependían sus derechos.<sup>41</sup> También estaba ya claro que la aplicación de las leyes extranjeras «ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (*comitas gentium*), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les États doivent être considérés comme un devoir de justice internationale»<sup>42</sup>.

### **3. El derecho internacional privado de la Unión Europea**

**36.** Tres factores diferencian las normas convencionales de Derecho internacional privado de las de la Unión Europea. En primer lugar, la finalidad de uniformización. A diferencia de la Conferencia de La Haya, la finalidad perseguida por el legislador de la Unión Europea mediante la uniformización del Derecho internacional privado trasciende la de la „coordinación entre sistemas” y se considera funcional a la realización de los objetivos político-económicos de la Unión Europea. Entre ellos figuran la armonización del Derecho privado<sup>43</sup>, en particular el de los contratos<sup>44</sup>, y, en segundo lugar, la necesidad de proteger a los consumidores y a las pequeñas y medianas empresas<sup>45</sup>.

**37.** Un segundo factor son los principios de reconocimiento mutuo y confianza, que limitan la posibilidad de que un Estado miembro se niegue a ejecutar resoluciones judiciales de otro Estado miembro, incluso cuando dichas resoluciones le expongan a una violación de su propio orden público<sup>46</sup>.

**38.** El tercer factor es la centralización del control sobre la interpretación del Derecho internacional privado europeo en el TJUE. No debe pasarse por alto que el TJUE tiene autoridad para aplicar la calificación conforme al Derecho comparado sugerida en su día por Ernst Rabel<sup>47</sup>. Partiendo de la idea de que la norma de conflicto no se refiere a un fenómeno de *lex fori* con el que comparar las instituciones de Derecho extranjero sino, por el contrario, directamente a lo que es común a todas esas instituciones, el autor había encontrado en el Derecho comparado un „sustituto” del *Gemeines Recht*, que podía permitir redescubrir la homogeneidad básica de los sistemas de *Derecho civil* europeo. Sin embargo, fuera de una estructura jerárquica europea, su teoría seguía envuelta en las aporías de la calificación

<sup>40</sup> Las cuatro primeras „sesiones diplomáticas” de la conferencia se celebraron entre 1893 y 1904. Tras la Segunda Guerra Mundial, la estructura de la conferencia se transformó en una organización internacional con la adopción de un estatuto en 1955. La finalidad, enunciada en el artículo 1, sigue siendo idéntica: la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado.

<sup>41</sup> Véase el último párrafo de la resolución del Institut de 1874, citada en la nota 38.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Cf. la «Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres» de 1989 en la que se pide que se entamés «les travaux préparatoires nécessaires à l'élaboration d'un Code européen commun de droit privé» (C158 de 26.6.1989, p. 400).

<sup>44</sup> Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre» (COM 2004. 651).

<sup>45</sup> Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2010, «Aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo» (2010/2080(INI)), espec. I puntos 32 („los problemas relacionados con la inseguridad jurídica de los intercambios comerciales cuya procedencia o destino sean países terceros, y ... la cuestión de cuál es la jurisdicción competente en tales casos para resolver un litigio; .... afectan principalmente a los consumidores y a las pequeñas empresas, que a menudo desconocen cuáles son sus derechos;”) y 33 (“...el Derecho internacional privado tiene un impacto en el Derecho de sociedades... así como las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Daily Mail y General Trust, Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems y Cartesio”).

<sup>46</sup> Véase TJCE 28 de marzo de 2000, *Dieter Krombach contra André Bamberski*, C-7/98. ECLI:EU:C:2000:164. En un asunto comercial, en su sentencia de 1 de junio de 1999 *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV* C-126/97, el TJUE calificó el artículo 81 del Tratado, actual artículo 101 TFUE, que protege la „competencia leal”, de norma de orden público.

<sup>47</sup> E. RABEL, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2<sup>a</sup> ed. de H. Bernstein, Universidad de Michigan, 1958, y „Das Problem der Qualifikation”, *RabelsZ*, 5, 1931, p. 241 y ss. Para una crítica no insensible al atractivo de la teoría de Rabel, véase E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, t. I, Turín, 1972, p. 310. I, Turín, 1972, p. 310.

de *lege causae*. Encuentra su pleno sentido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. El Tribunal utiliza con frecuencia expresiones y frases en latín, resúmenes de los principios generales que constituyen la *razón de ser* de instituciones jurídicas complejas.<sup>48</sup> Para superar la imposibilidad de una caracterización *lege fori* del asunto, el Tribunal de Justicia identifica y utiliza principios fundamentales de carácter sustantivo para apreciar los méritos respectivos de la protección de las partes interesadas y elegir el Derecho internacional privado aplicable. La elección se realiza en función de la coincidencia o no de la finalidad perseguida por una de las partes con los objetivos del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. De este modo, el Tribunal de Justicia pudo utilizar su posición para colmar el vacío de nociones jurídicas utilizadas en las normas de Derecho internacional privado, delineando con autoridad los contornos de nociones autónomas utilizadas en las normas de Derecho internacional privado; tanto para suplir la falta de un Derecho privado europeo como para construir los cimientos de un futuro Derecho privado europeo.

**39.** En un espacio constituido por una pluralidad de sistemas jurídicos con tradiciones y lenguas diferentes, el Tribunal de Justicia está en condiciones de disipar las vacilaciones interpretativas debidas a la particularidad de *la forma mentis* del intérprete nacional, configurada predominantemente por el estudio del sistema jurídico nacional al que está adscrito. Al elaborar nociones autónomas, el Tribunal de Justicia impide que éstas distorsionen el funcionamiento de la norma supranacional. Las normas europeas han abandonado progresivamente la categoría sintética de las normas estatales que han dejado sin efecto para proponer una regulación detallada de los problemas jurídicos transfronterizos. Para identificar el régimen de Derecho internacional privado europeo aplicable a un caso concreto, es necesario ahondar en la lista de „materias excluidas” que aparece siempre al principio de las normas de Derecho internacional privado europeo, y luego examinar el capítulo final sobre „relaciones con otros instrumentos” y comprobar las combinaciones posibles y los medios de coordinación prescritos. La tarea del intérprete se convierte en la de reunir los datos extraídos de los considerandos, la lista de exclusiones y las cláusulas finales de coordinación, una tarea que requiere el manejo de una gran cantidad de información compleja.<sup>49</sup>

#### 4. Contribuciones actuales y futuras del derecho internacional privado en el avance de la integración europea

**40.** La Unión Europea utiliza el Derecho internacional privado para acelerar considerablemente la impregnación de los valores europeos actuales en los Estados miembros. La existencia, dentro de un mismo ordenamiento jurídico, de un sistema de Derecho internacional privado que no está limitado por

<sup>48</sup> L. MARI, „Le fonti”, en C. CASTRONOVO/ S. MAZZAMUTO (eds.), *European Private Law*, t. I, p. 123: „La detección y el desarrollo [de los principios generales del Derecho afirmados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a los que] se refieren miles de sentencias- se han producido a medida que surgía la necesidad, a veces para aclarar el sentido de determinadas normas, a veces para vincularlas sistemáticamente entre sí, a veces incluso para colmar lagunas evidentes [...]”(traducido). En el caso de la acción revocatoria ordinaria, por ejemplo, el TJUE, para compensar la ausencia de un sistema jurídico completo en el que encontrar la disciplina de una *actio pauliana europaea* el Tribunal se remite a los principios de buena fe y de seguridad jurídica, como señaló en I. PRETELLI, “La bonne foi dans la pondération de la proximité et la fonction résiduelle du for spécial en ‘matière contractuelle’ dans le règlement Bruxelles I - À propos de l’arrêt Feniks (CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, Feniks Sp. z o.o. c/ Azteca Products & Services SL)», *Revue critique de droit international privé*, 2020, pp. 61-82. Sobre la Pauliana europea, véanse también, Idem, *Garanzie del crédito e conflitti di leggi*, Nápoles, 2010 y T. LINNA, «*Actio Pauliana - ¿»Actio Europensis?»?*, *Journal of Private International Law*, 2014, pp. 69-87.

<sup>49</sup> Un ejemplo se refiere a la coordinación entre el Convenio de Lugano y el Reglamento europeo sobre alimentos (Reglamento (CE) nº 4/2009 de 18 de diciembre de 2008) efectuada por el artículo 67 del primero y su Protocolo nº 3 (RS 0.275.12). En el espacio europeo, el Reglamento se aplica también en los casos „no europeos” (véase más arriba) sujetos al Convenio de Lugano. Existe el riesgo de que el mismo asunto sea evaluado en virtud del Reglamento sobre alimentos por un tribunal europeo y en virtud del artículo 5-2 del Convenio de Lugano en Suiza, con el riesgo de crear conflictos de jurisdicción. Las autoridades suizas habían manifestado su intención de evitar este problema mediante la celebración de un protocolo adicional: véase BBI 2009 1777, *Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, pp. 1798 y nota 30, <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2009/402/de>> (última consulta: 9.8.2025).

un sistema de Derecho civil, está dando lugar a un fenómeno opuesto al registrado por Etienne Bartin en el momento de su descubrimiento de „la imposibilidad de llegar a una solución definitiva de los conflictos de leyes”<sup>50</sup>. Lejos de estar influido por un Derecho civil uniforme, el Derecho internacional privado sirve de base para su creación. La formulación cada vez más analítica de las normas del Derecho internacional privado europeo obliga a los intérpretes a comparar las instituciones jurídicas de los sistemas jurídicos extranjeros con las suyas propias. Esta comparación estimula la reflexión jurídica, cuando no la emulación, y facilita la normalización que persigue la Unión Europea. La Unión Europea es un ordenamiento jurídico autosuficiente - *iurisdictionem habens* - que conserva la facultad de gestionar verticalmente la coordinación entre sistemas particulares de Derecho internacional privado mediante un reparto de competencias acompañado de la obligación de reconocimiento. Este método de gestión no se limita a la atribución racional de competencias distribuidas por reglamentos dentro de las fronteras europeas. La competencia del TJUE sobre cuestiones interpretativas se convierte en una oportunidad para transponer el control sobre la competencia y la legislación al nivel sustantivo y para identificar los principios sustantivos de justicia que pueden aceptarse en el espacio europeo. Éstos sirven tanto para identificar el derecho aplicable como para inspirar la solución sobre el fondo del asunto.

**41.** Como garante de los valores democráticos y de la justicia, que le valió a la Unión Europea el Premio Nobel de la Paz en 2012, el TJUE puede situarse junto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin haber calibrado aun plenamente las consecuencias de esta realidad, hasta ahora se ha limitado, a través de una interpretación cada vez más analítica de los derechos y libertades fundamentales, los dos Tribunales acaban armonizando el derecho material de los Estados bajo su jurisdicción. La evolución del derecho de las parejas del mismo sexo está directamente vinculada a estas decisiones y a la necesidad de resolver conflictos de derecho que la justicia geográfica ha demostrado ser incapaz de resolver en muchos países europeos<sup>51</sup>. El activismo judicial a escala europea, con su énfasis en determinados derechos fundamentales -derechos a la identidad, derecho al respeto de la vida familiar y privada-, ha cuestionado el estatus tradicional de la familia de una forma sin precedentes desde principios de este siglo<sup>52</sup>. La tendencia a la abstracción, a la especialización y a la justificación de soluciones en un plano exclusivamente técnico y anaxiológico ha convertido al Derecho internacional privado en un instrumento estratégico para la promoción de políticas legislativas no expresadas o incluso inconscientes. Esta circunstancia ha facilitado el uso estratégico del Derecho internacional privado por parte del legislador europeo y de los organismos internacionales, permitiendo también superar las resistencias a nivel nacional a las presiones derivadas de las exigencias económicas marcadamente neoliberales<sup>53</sup>. El uso del método de reconocimiento contribuyó significativamente a este desarrollo.

**42.** Sin embargo, también se ha visto que algunos Estados han utilizado el derecho interno para resistirse al reconocimiento de estatutos o decisiones adquiridos en el extranjero.

Un ejemplo de ello es el cambio en la regulación de la sustracción de menores en el Reglamento Bruselas II y en relación con el Convenio de La Haya de 1980<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> E. BARTIN, «De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois», *Journal de droit international (Clunet)* 1897, pp. 225, 466 y 720, y *Études de droit international privé*, 1899, p. 1.

<sup>51</sup> La competencia entre tribunales no ha dejado de crear discrepancias que pueden explicarse por la diferente orientación expresada por los derechos fundamentales a los que se refiere cada tribunal. Véase N. LOWE, „A supra-national approach to interpreting the 1980 Hague Child Abduction Convention - a tale of two European courts: Part 2: the substantive impact of the two European Courts' rulings upon the application of the 1980 Convention”, *International Family Law*, 2012, pp. 170-179 y mi „Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), pp.1310-1337.

<sup>52</sup> Puede encontrarse un amplio debate sobre el impacto de los casos transfronterizos en el Derecho de familia nacional en la sección editada por E. BARGELLI/ I. PRETELLI, „Family Status, Identities and Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, volumen 25 (2023/2024), pp. 105-273.

<sup>53</sup> V. CALDERAI, “La nottola di minerva. osservazioni sui fondamenti etico-politici dei modelli regolatori della surrogazione di maternità tra teoria e ideologia”, *Studi Urbinati*, 2024, pp. 187-212.

<sup>54</sup> El intento de garantizar la validez transfronteriza de la resolución dictada por la autoridad competente al margen de un

El Reglamento Bruselas II bis había ideado el denominado «*overriding mechanism*», basado en el principio de confianza mutua, para evitar que el Estado de acogida se aprovechara de la presencia del menor para subvertir las decisiones del Estado de origen. La confianza mutua, considerada una limitación por el juez *ad quem*, se había paralizado mediante el recurso sistemático a la cláusula de orden público. El artículo 29, apartado 6, del Reglamento Bruselas II ter considera ahora que las órdenes de restitución de los tribunales del Estado de residencia habitual anterior constituyen decisiones privilegiadas (artículo 42, apartado 1, letra b), del Reglamento Bruselas II ter). Esta modificación elimina el orden público como motivo de denegación del reconocimiento (artículo 50 del Reglamento Bruselas II ter), anulando de hecho la decisión de no restitución del Estado de acogida. Al mismo tiempo, el artículo 56, apartados 4 a 6, del Reglamento Bruselas II ter permite tener en cuenta las circunstancias significativamente modificadas que exponen al menor a un grave riesgo de daño físico o psicológico. La limitación del controvertido «mecanismo de anulación» (también denominado «procedimiento de segunda oportunidad» o «mecanismo de prevalencia») se limita además exclusivamente a los procedimientos sobre el fondo de los derechos de custodia (artículo 29, en particular el apartado 6). En tercer lugar, las autoridades de ejecución pueden ahora suspender y denegar la ejecución para proteger a los menores de los graves riesgos de daño irreparable a los que los expondría la ejecución. La protección del bienestar del menor se ve reforzada de manera eficaz por este sistema. El mecanismo anterior, que había llevado a los Estados miembros a recurrir a la cláusula de orden público nacional, se sustituye por un mecanismo que permite tener en cuenta directamente el interés superior del menor. Por lo tanto, el debilitamiento justificado del mecanismo tradicional de anulación representa un equilibrio adecuado entre la protección del menor y la prevención del abuso procesal.

**43.** Hay que preguntarse entonces si este tipo de utilización del Derecho internacional privado es la única vía posible para lograr una mejora común en el reconocimiento, respeto y consolidación de los derechos humanos. La integración por la autoridad, mediante la imposición de una „confianza mutua” no tiene necesariamente que ser ciega<sup>55</sup>. Si los Estados miembros señalan claramente que quieren „mirar antes de saltar” (look before you leap), puede que sea una reflexión más profunda sobre los derechos fundamentales y los métodos para alcanzarlos. El entendimiento mutuo y la confianza mutua constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales debe edificarse un auténtico mecanismo de colaboración transnacional. Este mecanismo debería hacer avanzar la integración europea, reforzando al mismo tiempo la confianza mutua entre los Estados miembros. Se sugiere, también con ejemplos concretos (*infra*), que en lugar de favorecer el forum shopping con la consecuencia de que la solución más liberal acabará imponiéndose y uniformándose, es necesario reconocer la contribución que cada ordenamiento jurídico puede hacer para lograr nuevos avances en el ámbito del reconocimiento y consolidación del respeto de los derechos humanos. Los Estados a Unión Europea utiliza el Derecho internacional privado para acelerar considerablemente la impregnación de los valores europeos actuales en los Estados miembros. La UE emplea el principio de confianza mutua para legitimar el reconocimiento de decisiones y actos jurídicos extranjeros que, de otro modo, podrían entrar en conflicto con la política pública nacional, eludiendo eficazmente el desacuerdo político mediante mecanismos procedimentales. Para abordar la tensión entre la integración jurídica internacional y la soberanía nacional, se propone la subsidiariedad como principio conciliador. Este enfoque tiene por objeto equilibrar la cohesión interna de los sistemas supranacionales con la armonía internacional, preservando al mismo tiempo el espacio para la evolución cultural distintiva de cada sociedad. Situando la universalidad de los derechos fundamentales en un marco diacrónico, se argumenta que, a pesar de las complejidades técnicas y las tensiones políticas, los sistemas jurídicos siguen avanzando hacia los objetivos comunes de la paz mundial. Los Estados, en su evolución natural hacia la cooperación internacional, desarrollarían progresivamente formas de confian-

---

control de conformidad efectuado en el Reglamento Bruselas II bis con referencia al derecho de visita y a la sustracción parental de menores puede decirse que ha fracasado a la luz de la refundición de dicho Reglamento, que prevé importantes excepciones al anterior „automatismo” del reconocimiento. Este modo de gestión -que implica la identificación previa de un ordenamiento jurídico exclusivamente competente (Picone)- ha planteado dificultades en cuanto a la relación de estas disposiciones con la jurisprudencia *Pellegrini* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citada en la nota anterior.

<sup>55</sup> Véase para un ejemplo concreto G. MORGESE, “Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri”, *Studi sull'integrazione europea*, VII (2012), pp. 147-162, p. 155.

za recíproca basadas en experiencias compartidas y convergencias graduales de valores. Esta confianza orgánica, nacida de procesos internos de cada sociedad, constituiría un fundamento sólido para la integración supranacional. La experiencia de las últimas décadas revela que la imposición procedural de la confianza mutua ha provocado, paradójicamente, reacciones de repliegue nacionalista y resistencia antieuropeísta. Los Estados, sintiéndose despojados de su capacidad de evaluación autónoma sobre la confiabilidad de los sistemas jurídicos extranjeros, responden con posturas defensivas que obstaculizan, en lugar de facilitar, el camino hacia la armonización jurídica internacional. Este fenómeno sugiere que la paz mundial, como objetivo último, requiere de un proceso de maduración que respete los tiempos y modalidades específicas de cada ordenamiento nacional, permitiendo que la confianza emerja como resultado de la experiencia positiva de cooperación.

#### **IV. La Transformación del Derecho internacional privado entre la crisis normativa y la justicia social**

**44.** Frente a estos intentos de armonización de arriba abajo, parece que aumentan las resistencias en sentido contrario que ponen en peligro las aspiraciones universalistas. Asistimos a una sucesión de negativas a cumplir las obligaciones derivadas de la pertenencia a comunidades supranacionales, señal de que algunos Estados ya no pueden identificarse con las entidades supranacionales de las que son miembros<sup>56</sup>. Las numerosas guerras actualmente en curso atestiguan la ausencia de una verdadera alianza mundial por la justicia universal y la profundidad de la crisis institucional que atraviesa la comunidad internacional. En este contexto de crisis, no basta con desmitificar las vías de investigación impulsadas por el deseo de lograr intereses económicos a través del Derecho internacional privado y llamar la atención sobre los verdaderos retos actuales de la gobernanza mundial<sup>57</sup>. Las instituciones supranacionales dieron un impulso decisivo a este proceso, gracias a su visión de conjunto del impacto de las estrategias empresariales en la sostenibilidad social y medioambiental del planeta.

**45.** La creciente conciencia de la necesidad de conciliar las necesidades económicas de las empresas con el interés público de contener los costes sociales y medioambientales refuerza la obligación legal de proteger los derechos fundamentales en respuesta a un llamamiento a la solidaridad con el Sur global<sup>58</sup>. Hoy en día, las empresas transnacionales deben ir más allá de los tradicionales controles de solvencia y calidad de los proveedores extranjeros con los que contratan, asegurándose también de que sus procesos de producción cumplen las normas de sostenibilidad social y medioambiental.

**46.** El Derecho internacional privado, utilizado en el pasado para garantizar una impunidad sustancial a las empresas multinacionales responsables de catástrofes socioambientales<sup>59</sup>, está cambiando hoy su papel. Mediante la adopción de factores de conexión adecuados, como el artículo 7 del llamado Reglamento „Roma II”<sup>60</sup>, se está haciendo posible exigir la responsabilidad de las empresas con sede

<sup>56</sup> El Brexit fue la primera señal de crisis en la Unión Europea. Luego están las decisiones de los tribunales constitucionales italiano y ruso. El primero dictaminó que la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012 que afirmaba la inmunidad de Alemania es contraria a la Constitución italiana. La sentencia nº 238 de 2014 afirma que la armonía y la coherencia del ordenamiento jurídico internacional no pueden prevalecer sobre la protección de los derechos humanos garantizados por la Constitución italiana. El Tribunal Constitucional ruso se negó a dar efecto a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 dic. 2014, nº 14902/04 en la sentencia Yukos (19 de enero de 2017, nº 1-II/2017).

<sup>57</sup> H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014.

<sup>58</sup> Véanse los análisis del Instituto de Derecho Europeo (ELI) y, en particular, los informes de R. BRAY/ F. POCAR, *Ecocide*; Y. BIONDI/ C. HASLAM/ C. MALBERTI, *ELI Guidance on Company Capital and Financial Accounting*; J. GRIMHEDEN/ D. WALLIS, *Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies* (con la contribución de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, FRA).

<sup>59</sup> Por ejemplo, se invocó la doctrina *del forum non conveniens* para obtener una declinatoria de jurisdicción por parte del tribunal del domicilio del demandado, la empresa Union Carbide. En el caso Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986).

<sup>60</sup> Reglamento (CE) nº 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). “

en Europa cuando las decisiones adoptadas en su propia sede -con plena conciencia de los riesgos socioambientales- afectan a la sociedad y al medio ambiente de los países del Sur global en los que operan a través de filiales o subcontratistas locales. La aplicación de las normas del Derecho de la sede europea de la empresa -el lugar donde se adoptan las decisiones causantes del daño- permite evitar que las comunidades locales sufran todas las consecuencias de la inadecuación del Derecho sustantivo del país del Sur Global donde se externaliza o subcontrata la actividad. Lejos de garantizar una justicia puramente geográfica, una ley de este tipo, si es aplicada por la autoridad judicial del país de la localización europea<sup>61</sup> garantizará una mejor evaluación de la responsabilidad de la empresa en la asunción de los riesgos socioambientales.

**47.** Una vez aclarado el carácter ilusorio de la pretendida neutralidad de la disciplina y abundada la idea del carácter exquisitamente geográfico de la justicia que pretende garantizar, se desdibuja la presentación original del Derecho internacional privado como desvinculado del Derecho sustantivo cuyas fronteras traza. En esta concepción, el Derecho internacional privado puede describirse como el mediador de un diálogo inevitable y fructífero entre sistemas jurídicos, un lenguaje que debe aspirar a facilitar la comunicación transnacional. Los sistemas jurídicos deben poder apoyarse en sus herramientas para comunicarse, intercambiar información, validar valores comunes y concebir las normas más eficaces para organizar los conflictos privados y públicos<sup>62</sup>.

## 1. Progreso jurídico entre las diferencias culturales y la justicia universal.

**48.** Aunque funcional al ejercicio del poder imperial y de la soberanía territorial, la idea de que es „ley” lo expresado por la autoridad en un momento y lugar determinados reduce el plano jurídico a uno de los muchos instrumentos de la política de gobierno de un territorio. La apología de Carl Schmitt de las Leyes de Nuremberg ya había revelado todos los límites de estas visiones obsoletas<sup>63</sup> y es, paradójicamente, una confirmación de la universalidad del sentimiento de justicia. La vieja intuición de que „*la vérité doit avoir un visage pareil et universel*”<sup>64</sup> es una invitación a nutrir el derecho, en la concepción positivista actual, de derecho natural. La norma escrita mantiene su validez a través de la confrontación constante con el resultado social que produce. El vínculo con la necesidad de justicia que el derecho está llamado a expresar es una garantía indispensable de la paz social<sup>65</sup>. Por otra parte, el derecho natural necesita del positivismo, con sus exigencias de certeza y estabilidad de la *norma agendi*, para revelar esta cara suya. Por derecho naturalismo entendemos la atención constante a los principios universales que la norma escrita expresa.<sup>66</sup> Dando por sentado el *non liquet* de la *disputatio* sobre la oposición entre derecho positivo y derecho natural, o incluso derecho divino<sup>67</sup>, retomemos la dicotomía entre la cultura jurídica -que puede circunscribirse geográficamente- y el sentimiento de justicia -que tiene el mismo carácter universal que cualquier emoción humana- en su valor puramente descriptivo.

---

<sup>61</sup> De conformidad con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>62</sup> L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, Adi-poche, 2013, p. 351, expresa la esperanza de que el conflicto de las culturas jurídicas pueda resolverse en torno a los derechos humanos. Aunque reconoce la fragilidad sobre la que descansa esta esperanza, el autor nos anima a seguir trabajando, incansablemente y a pesar de todo, para lograr un orden jurídico respetuoso con la sociedad humana.

<sup>63</sup> Para un comentario sobre la descripción de las Leyes de Núremberg de 1935 como „*Die Verfassung der Freiheit*”, en 40 *Deutsche Juristen-Zeitung* 1133 (1935) véase D. BLASIUS, “Carl Schmitt: Preussischer Staatsrat in Hitlers Reich”, 10-14, 2001, p. 105 y G. S. GORDON/ R. MARTINEZ MITCHELL, “Carl Schmitt and Ossip Flechtheim at Nuremberg: A Crossroads for International Justice and Intellectual History”, *German Law Journal*, 2024, p. 597-634.

<sup>64</sup> Michel DE MONTAIGNE, *Essais*, Livre II, p. 137-343v, (exemplaire de Bordeaux, 1595) París, 2008, p. 245.

<sup>65</sup> W. MASER, *Nuremberg: A Nation on Trial*, London, 1979, p. 177 informa de un comentario de Hitler según el cual el papel de los jueces consiste en „servir a los fines del Estado y no a algún concepto más elevado de legalidad y justicia”.

<sup>66</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali*, FrancoAngeli, 1998.

<sup>67</sup> I. MANCINI, *L'ethos dell'Occidente*, Génova, 1990.

**49.** Por un lado, cabe señalar que el *ius proprium* es algo que la persona *perteneciente a la comunidad que promulgó esta ley* „utiliza” en su vida cotidiana. Ordena su vida y los rituales que marcan sus pasajes más significativos según las tradiciones y costumbres de la sociedad en la que vive<sup>68</sup>. Por otra parte, la ley producida por la inteligencia humana es la que permite discernir el comportamiento humano en función de su capacidad para garantizar unas relaciones pacíficas entre todos los hombres, independientemente de su cultura. Es la idea de Celso de la ley como *ars boni et aequi*. Es también la idea de que cada hombre cultiva en sí mismo un sentido de la justicia que le permite evaluar sus propias acciones y las de los demás<sup>69</sup>. El principio de *neminem laedere*, por ir a un ejemplo concreto, es metahistórico y meta-geográfico. Un niño de cualquier cultura, ante una acción voluntaria que causa dolor físico o psicológico a otros, mostrará empatía por la víctima y querrá que se castigue al autor del comportamiento antisocial, incluso cuando el castigo del infractor le prive de un beneficio que de otro modo habría obtenido.<sup>70</sup>

## 2. Una perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales en la búsqueda de una paz social mundial duradera

**50.** Ya a finales del siglo pasado se constató la „explosión legislativa” de „todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos”<sup>71</sup>. Este fenómeno, que aún continúa, entraña varios riesgos. En primer lugar, existe una relación inversa entre la cantidad y la calidad de la producción normativa: la meticulosidad de la normalización no sólo aumenta el riesgo de errores en la calidad del texto normativo, sino que también incrementa las posibilidades de generar incoherencias y contradicciones. El progresivo alejamiento del derecho de los principios de justicia a los que debería permanecer vinculado acaba por reducirlo a „sustancia normativa *sui generis* infundida en todas las organizaciones privadas y públicas por juristas cuyo número y especializaciones no cesan de aumentar”<sup>72</sup>. Entre estas especializaciones se encuentra la de los juristas empleados por organizaciones de presión para promover acciones jurídicas estratégicas que impongan una lectura ideológicamente orientada de los derechos fundamentales.

**51.** Este tipo de evolución corre el riesgo de orientar la actividad jurídica hacia una construcción sofisticada y astuta que toma prestadas normas reglamentarias, con lo que se reduce la norma jurídica a una restricción burocrática cuyo sentido profundo puede perderse. A lo largo de la historia de la humanidad, han sido los períodos de inflación jurídica los que han creado las condiciones y la necesidad de una reorganización sistemática<sup>73</sup>. Alessandro Manzoni, que tenía en su familia a Cesare Beccaria y Pietro Verri, describió con gran agudeza el problema de la inflación legislativa al comparar la búsqueda de una ley adecuada a un caso concreto con «perderse en un caos de papeles... como si se cribara el grano en un granero»<sup>74</sup>. Si los profesionales del derecho tienen esta sensación, significa que ha llegado el momento

<sup>68</sup> B. ANCEL, *Eléments d'histoire de droit international privé*, París, 2017, p. 476.

<sup>69</sup> Comentando la carta de Séneca a Lucilio nº 53 (*Epistulae morales ad Lucilium*) Michel DE MONTAIGNE (*Essais*, Libro III, Capítulo 5, exemplaire 1595 de Guy de Pernon, París 2008, p. 81) nos invita a buscar la justicia en nosotros mismos y no en las leyes humanas, que pueden estar escritas por „necios”.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, el estudio realizado por N. MENDES/ N. STEINBEIS/ N. BUENO-GUERRA/ J. CALL/ T. SINGER, “Preschool children and chimpanzees incur costs to watch punishment of antisocial others”, *Nat. Human Behaviour*, 2, 2018, p. 45-51.

<sup>71</sup> S. RODOTÀ, “Verso lo Stato costituzionale”, *L'indice*, 1993, p. 4, reseña del libro de G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turín, 1992.

<sup>72</sup> J.-G. BELLEY, «Droit et non-droit du gouvernement de soi : une conjonction démocratique ?», *Droit et société*, 1/2016 (n.º 92), pp. 245-252.

<sup>73</sup> M. JORI/ A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1995, p. 336: „Existe para todos los participantes en la vida jurídica un interés predominante en „torcer” las normas jurídicas tanto como sea posible para apoyar sus propias posiciones, si no siempre sus propios intereses; esta actitud típicamente jurídica se denomina argucia. En otras palabras, a nivel pragmático, el discurso jurídico forma parte de una empresa inherentemente conflictiva, los intereses en conflicto prevalecen sobre el interés por la comunicación” (traducido *ad hoc*). J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, París 1996, p. 124 y ss. ya denunció la proliferación de derechos subjetivos.

<sup>74</sup> El texto evoca la descripción que hace Manzoni de la intervención del doctor Azzeccagarbugli en el capítulo III de “Los novios”, edición de M. N. MUÑIZ, Cátedra, 1985, Col. Letras Universales, n.º 24, ISBN 84-376-0538-5, p. 38.

de replantearse el sistema en su conjunto. La proliferación normativa puede debilitar paradójicamente la eficacia del sistema jurídico en lugar de reforzarla. Las grandes racionalizaciones normativas, como la consolidación justiniana y, posteriormente, la codificación napoleónica, fueron precisamente una respuesta a la incertidumbre jurídica causada por la proliferación de normas en los períodos que las precedieron.

**52.** La intromisión del Derecho en la vida íntima y cotidiana de la sociedad ha dado lugar a que se hable de un «cambio radical en la relación entre moral y Derecho»<sup>75</sup>. La búsqueda de una unidad de valores a través de acciones legales que pretenden activar los tribunales de Estrasburgo o Luxemburgo mediante estrategias que no buscan la justicia, sino la regulación de la vida cotidiana es testimonio de la profunda crisis que atraviesan el derecho internacional y los derechos fundamentales del individuo.

## V. Epistemología del Derecho internacional privado

**53.** El derecho internacional privado contemporáneo está experimentando una profunda metamorfosis que altera sus fundamentos epistemológicos tradicionales. Esta evolución conlleva una segunda transformación igualmente significativa: la pérdida de neutralidad técnica en la clasificación jurídica hace que resulte más difícil garantizar la armonía entre las normas internas e internacionales. Ya no se pide al juez que subsuma el caso concreto en categorías jurídicas preexistentes, sino que adopte una visión ideológicamente orientada, influida por interpretaciones jurisprudenciales supranacionales anteriores o condicionada por casos construidos ad hoc para influir en el resultado. Mientras que tradicionalmente era el derecho nacional el que establecía la norma de referencia en el silogismo jurídico en el que se basaba la calificación, hoy en día este papel lo asumen cada vez más los tribunales europeos —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)— a través de sus pronunciamientos más recientes. La doctrina también se ve obligada a reaccionar continuamente ante estas recientes decisiones en un intento de enmarcarlas de manera racional. El hecho de que, en ocasiones, estas decisiones sean provocadas por litigios estratégicos hace que esta tarea sea especialmente difícil, ya que se basan en casos artificiales y particularmente complejos.

### 1. Evolución de la relación entre el principio de confianza mutua en el Derecho internacional privado europeo y la consolidación de los derechos fundamentales

**54.** Las reacciones a la creación de un sistema jurídico coherente demuestran que la construcción de una sociedad cosmopolita y armoniosa tiene que buscar un equilibrio entre normas supranacionales y normas nacionales únicamente<sup>76</sup>. Potenciando la idea que subyace al principio de subsidiariedad, las cortes podrían buscar otro equilibrio entre los niveles supranacional y nacional. Las resistencias normativas a la gestación subrogada no configuran exclusivamente posiciones conservadoras o tradicionistas, sino que se inscriben en una reflexión crítica más amplia sobre los procesos de mercantilización de las relaciones humanas fundamentales. Estas resistencias actúan como barreras institucionales a las dinámicas de expansión del mercado reproductivo, inscribiéndose en el contexto de las tensiones más

<sup>75</sup> J.-F. PERRIN, *Le droit de choisir; Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Ginebra, 2013, p. 211.

<sup>76</sup> Y. LEQUETTE, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 246, 1994, p. 231, duda de que las comunidades nacionales puedan fundirse en la sociedad internacional mediante la construcción jurídica de una sociedad cosmopolita bajo la presión de los convenios internacionales. Sobre la relación entre el Derecho uniforme europeo y el Derecho internacional privado europeo, véase también J. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato», en P. PICONE (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, pp. 61 y ss. El riesgo percibido es el de nuevas formas de guerras de religión, como anticipó S. P. HUNTINGTON, "The clash of civilisations?", *Foreign Affairs*, vol. 72, n.º 3, 1993, p. 22 y ss. y en línea: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/1993-06-01/clash-civilizations>> (última consulta: 9.8.2025). El número 4/2015 de *Questione Giustizia* está dedicado a la importancia del pluralismo, en el pensamiento y en el Derecho, con contribuciones de R. RORDORF, A. NATALE, M. VILLONE, U. ROMAGNOLI, M. PELISERO, E. GRANDE, S. NICCOLAI, D. PIANA Y L. MORLINO, G. PALOMBARINI, y G. VIGLIETTA sobre el „valor del pluralismo” y el „valor del disenso”.

generales entre las lógicas neoliberales y la protección de los bienes no patrimoniales. La oposición a la comercialización de la gestación por sustitución se inscribe, de hecho, en el ámbito de la resistencia al neoliberalismo económico, en particular en su tendencia a someter a la lógica del mercado ámbitos de la experiencia humana tradicionalmente sustraídos al régimen de la libre negociación.

**55.** La maternidad subrogada, desde esta perspectiva, representa un caso paradigmático de extensión del dominio del contrato y del precio a las relaciones interpersonales caracterizadas por dimensiones que no pueden reducirse a la simple prestación de servicios. Las preocupaciones relativas a la mercantilización no se limitan a consideraciones de principio, sino que abarcan evaluaciones empíricas sobre los posibles efectos sistémicos de la institucionalización de los mercados reproductivos. El impacto social global de las decisiones de las clínicas de fertilidad aún no se ha medido y evaluado adecuadamente en sus implicaciones a largo plazo.

**56.** Desde este punto de vista, las resistencias normativas a la maternidad subrogada pueden interpretarse como manifestaciones de una cautela más generalizada frente a la expansión ilimitada de los mercados, en particular cuando afecta a dimensiones antropológicas fundamentales de la condición humana. La protección de los espacios no mercantilizables aparece, así como un elemento de equilibrio necesario en sistemas sociales cada vez más orientados por la lógica de la eficiencia económica y la maximización de la utilidad individual.

**57.** En la ley francesa impiden el acuerdo para gestar un hijo (maternidad subrogada): los artículos 6, 16.1, 16.5 a 16.7, 47, 1128 y 1162 del código civil. También es una práctica sancionada por el derecho penal en Italia<sup>77</sup>, y España, pero permitida en otros países europeos como Grecia o el Reino Unido. Sin embargo, estas prohibiciones se eluden sistemáticamente mediante la creación artificial de situaciones internacionales, manipulando el elemento de extranjería para activar mecanismos de Derecho internacional privado. Sin embargo, la utilización del Derecho extranjero para eludir la prohibición de la maternidad subrogada coloca al usuario del Derecho en una situación delicada porque dificulta la respuesta a la pregunta: *¿qua lege vivis?* Esta pregunta traduce la necesidad de establecer, en las relaciones transnacionales, a qué sociedad pertenece una persona y qué ley es la adecuada para regular la relación que mantiene con otras personas.

**58.** Si el acceso a la sociedad extranjera es sólo temporal e instrumental para el reconocimiento de un derecho -como en el caso de la „permisividad” de la ley de *compra* en materia de maternidad subrogada- no hay una verdadera integración social que proteger. El rechazo de la prohibición legal establecida por una norma que la sociedad de origen considera fundamental ha generado formas odiosas de ostracismo, como la condena penal por el delito de alteración del estatus, el no reconocimiento del niño o incluso su colocación.<sup>78</sup>

**59.** Las dudas sobre el carácter cultural (*ius proprium*) o racional (*idem apud omnes*) de las normas que deben regir la maternidad subrogada hacen que su tratamiento a nivel internacional resulte problemático sin caer en la ideología. Por otra parte, es precisamente la ideología la que parece ser la víctima de la noción de „interés superior del niño” frente a las diferentes conclusiones a las que han llegado quienes han intentado aplicar el principio a los niños nacidos de la maternidad subrogada<sup>79</sup>. Esta

<sup>77</sup> Ley nº 169, de 4 de noviembre de 2024, de modificación del artículo 12 de la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, relativa a la punibilidad del delito de maternidad subrogada cometido en el extranjero por un ciudadano italiano, cuyo artículo 1 reza como sigue: „Al final del apartado 6 del artículo 12 de la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, se añade la frase siguiente: „Si los hechos mencionados en la frase anterior, con referencia a la maternidad subrogada, se cometan en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado con arreglo a la ley italiana” (traducido ad hoc).

<sup>78</sup> Comp. S. BOLLÉE, «La gestation pour autrui en droit international privé», *Trav. Com. fr: DIP* 2012-2014, p. 215 y ss. considera que el uso de instrumentos disuasorios protege la coherencia del ordenamiento jurídico interno. Ch. THOMALE, *Miet-mutterschaft Eine international-privatrechtliche Kritik*, 2015, p. 124 destaca el problema del respeto del principio democrático.

<sup>79</sup> Según Tribunal Constitucional, italiano 22 de noviembre de 2017, n.º 272: „la verdad biológica de la procreación consti-

discrepancia genera un conflicto de leyes que el Derecho internacional privado no puede resolver antes de comprender la evolución jurídica en curso. Invocando la necesidad de proteger el orden público internacional - es decir, la necesidad de proteger el tejido social interno - países como Italia y España se han negado a transcribir en sus registros civiles la certificación de la condición de hijo o hija de los niños nacidos mediante la ejecución de contratos con donantes de gametos y madres de alquiler<sup>80</sup>.

## **2. El valor del principio de subsidiariedad para el principio de confianza mutua y los derechos fundamentales**

**60.** En su versión original, el principio de subsidiariedad establece que la sociedad en una posición superior debe abstenerse de ejercer su poder sobre asuntos que pueden resolverse en un nivel social inferior. En lugar de aprovechar su posición de dominio para limitar los poderes de la sociedad inferior privándola de sus competencias, la sociedad de orden superior puede apoyarla en caso de necesidad, para ayudarla a coordinar su acción con la de otras sociedades del mismo orden, con vistas a lograr el bien común.

**61.** Este principio se basa en uno de los principios de la doctrina social de la Iglesia católica, expresado en la encíclica *Quadragesimo Anno*, del 15 de mayo de 1931, de Pío XI:

“79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquél gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.

80. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función „subsidiaria”, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación”<sup>81</sup>.

**62.** Esta formulación doctrinal establece claramente la lógica del principio: las instancias superiores deben actuar de manera supletoria, no sustitutiva, respecto a las inferiores. Este principio ya se había establecido en la encíclica *Rerum Novarum*, del 15 de mayo de 1891, y tenía como objetivo proteger

tuye, de hecho, un componente esencial del interés del menor, ya que debe garantizarse al niño el derecho a su propia identidad y a la afirmación de una relación de filiación veraz” (traducido ad hoc). Véanse, por ejemplo, las conclusiones de K.S. ROTABI/ S. MAPP/ K. CHENEY *et al.*, “Regulating Commercial Global Surrogacy: The Best Interests of the Child”, *J. Hum. Rights Soc. Work*, 2017, pp. 64-73, R. ZAMPERINI, „Establishing Parenthood through Adoption and Surrogacy: A Test Case for the ECtHR Use of the Best Interests of the Child Principle”, *Family & Law*, 2024, 1-23.

<sup>80</sup> Corte di cassazione italiana, 30 de diciembre de 2022, nº 38162: „La operación que tiende a borrar la relación entre la mujer y el hijo que lleva en su seno, ignorando los lazos biológicos y psicológicos que se establecen entre madre e hijo durante el largo período de gestación y desvirtuando así el sentido humano del embarazo y del parto, reduciendo el primero a una mera prestación gestacional y el segundo al acto final de tal prestación, constituye una herida a la dignidad de la mujer” y del niño (traducida). Véase tambien Cass. Italiana, 3 de enero de 2024, nº 85 y Tribunal Supremo, 4 de diciembre 2024, 5879/2024.

<sup>81</sup> Carta encíclica „Quadragesimo anno” sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40º aniversario de la encíclica „Rerum novarum” de León XIII en <[https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html)>(última consulta: 9.8.2025).

la autodeterminación de las familias de las injerencias del Estado, como barrera contra las concepciones ideológicas que propagaba el entonces emergente movimiento comunista<sup>82</sup>. Cuando trasladamos este principio al contexto del derecho transnacional contemporáneo, observamos una inversión de su lógica fundamental. De hecho, mientras que la doctrina social católica partía del supuesto de la capacidad intrínseca de las comunidades menores, la aplicación europea del principio parece invertir esta premisa. El punto de partida parece postular la imposibilidad de una acción coordinada de las sociedades inferiores, como se desprende de los considerandos que justifican la adopción de la normativa europea de derecho internacional privado<sup>83</sup>.

**63.** Se trata más bien de reconocer que corresponde a la autoridad más próxima a los ciudadanos garantizar la paz social en la comunidad que forman, y que los propios ciudadanos también deben poder organizar su propia *forma de vida* si son capaces de hacerlo. Trasladado a nuestro ámbito, este principio indica que el equilibrio entre la cohesión del orden interno y la armonía internacional está en constante tensión y evolución. Este equilibrio dinámico implica reconocer tanto la legitimidad de la diversidad como la necesidad de convergencia hacia objetivos comunes. Cada sociedad reivindica el progreso cultural en su propio orden. Dado que las diversidades culturales no están grabadas en piedra, sino en plena evolución, es necesario valorizar este potencial evolutivo y destacar sus características universales.

**64.** Los movimientos feministas, aunque en su diversidad cultural, dan testimonio de esta tensión común -transnacional- hacia un progreso jurídico que garanticé más espacio para la acción pública y económica de las mujeres. En Irán, el progreso jurídico que se busca hoy responde a la exigencia coral de la abolición legal de la obligación de llevar velo: una lucha que ha causado considerables pérdidas humanas al movimiento „Mujer, Vida, Libertad”<sup>84</sup>. Otros países, como Francia, han hecho suya la reivindicación de una parte del movimiento feminista y han promulgado leyes destinadas a erradicar la prostitución confinándola a épocas pasadas. También se puede entender a la luz del principio evocado la decisión del Tribunal de Estrasburgo de no utilizar la posición de supremacía que le atribuye el Protocolo nº 11 para limitar la evolución jurídica pretendida por Francia<sup>85</sup>. En lugar de posicionarse a favor de los movimientos -también feministas- que habían provocado la decisión como parte de un plan declaradamente estratégico<sup>86</sup>, el Tribunal se mantuvo en una posición de espera de la evolución futura.

## VI. Conclusiones

**65.** El respeto del principio de subsidiariedad permite evitar los riesgos del imperialismo cultural y adoptar una concepción verdaderamente universalista de los derechos fundamentales de las per-

<sup>82</sup> Carta encíclica „Rerum novarum” sobre la situación de los obreros <[https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)> (última consulta: 9.8.2025).

<sup>83</sup> Por ejemplo, el considerando 80 del Reglamento UE 650/2012 sobre sucesiones, basándose en sus predecesores, establece: „Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, la libre circulación de personas, la organización anticipada por los ciudadanos europeos de su sucesión en un contexto europeo y la protección de los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al difunto, así como de los acreedores de la sucesión, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones y los efectos del Reglamento, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos”.

<sup>84</sup> Según „6 gráficos para entender las protestas en Irán” de ISPI, el 6 de marzo de 2023 habría „530 muertos entre los manifestantes -entre ellos 71 niños- y más de 19.000 detenidos”, <<https://www.isponline.it/it/pubblicazione/5-grafici-capire-le-proteste-iran-36790>> (última consulta: 9.8.2025). Sobre el tema de la evolución jurídica de los derechos de la mujer, I. PRETELLI, „The Consequences of Violence against Women and Children in Armed Conflicts for their Intangible Cultural Heritage” en G. MASTANDREA BONAVIRI/ M. M. SADOWSKI (eds) *Heritage in War and Peace II Spaces of Conflict, Spaces of Justice, Between Natural Landscapes and Cityscapes*, Springer, pp. 471-490.

<sup>85</sup> TEDH, 25 de julio de 2024, *M.A. y otros contra Francia*, nº 63664/19.

<sup>86</sup> 56 asociaciones, como *Planning Familial, Inter-LGBT y Open Society* promueven la clasificación de la prostitución como „trabajo”.

sonas<sup>87</sup>. Mujeres y hombres se sacrificaron en Irán con la esperanza de que las futuras generaciones de mujeres iraníes pudieran vivir obedeciendo normas jurídicas distintas de las que las oprimían. Si las generaciones futuras en Francia ven la abolición de la prostitución del mismo modo que hoy vemos la abolición de la tortura, la generación actual habrá hecho su parte. Esto significa leer el pasado y el presente, en sus diversas declinaciones culturales, en función de objetivos futuros deseables, por inalcanzables que nos parezcan hoy. El discernimiento se torna problemático por la complejidad de las demandas sociales, unida a la inevitable inconsistencia de las corpulentas y heterogéneas normas fuente con las que el jurista debe lidiar. Dicho esto, más allá de los planos ideológico y técnico, conviene recordar que la ciencia del derecho „opera en medio de la historia, entre emociones y sentimientos, impulsos generosos y repliegues egoístas, competiciones e intereses contrapuestos”<sup>88</sup>, permaneciendo fiel al objetivo de extraer racionalidad de lo existente.

**66.** Esta perspectiva diacrónica también se extiende al análisis de las dinámicas contemporáneas del poder de las multinacionales. La progresiva toma de conciencia sobre el impacto que tienen las decisiones de una minoría privilegiada en la vida de muchas familias —trabajadores, consumidores, comunidades locales, acreedores y accionistas— ha llevado a la necesidad de superar la dicotomía público-privado, especialmente en el ámbito internacional. Las decisiones empresariales privadas tienen consecuencias públicas que trascienden las fronteras nacionales y comprometen el bienestar de las generaciones futuras, por lo que es necesaria una respuesta jurídica que reconozca esta nueva realidad del poder transnacional de las empresas, a la que el jurista debe responder ampliando la protección de estas categorías.

**67.** Aunque el discernimiento jurídico se ha vuelto problemático debido a la complejidad de las demandas sociales y a la inevitable incoherencia de las numerosas y heterogéneas normas de referencia que se producen cada día, es posible identificar perspectivas comunes en torno a la idea de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad. Teniendo en cuenta que, más allá de los planos ideológico y técnico, conviene recordar que la ciencia del derecho «opera en medio de la historia, entre emociones y sentimientos, impulsos generosos y repliegues egoístas, competiciones e intereses contrapuestos», siempre se puede así permanecer fiel al objetivo de extraer racionalidad de lo existente.

**68.** Al interpretar diacrónicamente el carácter universal de los derechos fundamentales, en lugar de fijarlos en un presente inasible, se puede intentar captar el progreso jurídico en esta tensión común hacia la paz mundial y la armonía social. La universalidad de los derechos fundamentales para el conjunto de la humanidad se construye respetando el delicado equilibrio entre los niveles superior y local, reconociendo a cada comunidad el espacio de evolución necesario para una paz internacional duradera. En el sombrío contexto actual, el reto del jurista es saber captar y discernir los valores comunes que despejarán el horizonte de las generaciones futuras.

---

<sup>87</sup> A. ESPOSITO, “La senenza Labita era evitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell’uomo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 227: “La jurisprudencia elaborada por los órganos de protección de Estrasburgo ha creado, en efecto, un patrimonio jurídico común que constituye un derecho de libertad preciso” (traducido ad hoc).

<sup>88</sup> G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milán, 1962 (traducido ad hoc).