

## La norma de conflicto no es neutral, pero no tiene por qué ser un abismo

Claudia Madrid Martínez\*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 383-406.

### Resumen

La norma de conflicto no es neutral, pero su orientación material no puede convertirse en un laberinto inaccesible. Este trabajo identifica dos fracasos igualmente preocupantes: la rigidez del método savigniano clásico, que ignora a la persona en nombre de la geografía, y la complejidad inútil de las normas materialmente orientadas, que la ahoga en técnica. A través del análisis de algunos casos concretos, se argumenta que abandonar la neutralidad exige responsabilidad, con normas claras, jerarquizadas y comprensibles, tanto para el juez como para la persona que pide justicia.

### Abstract

*The conflict-of-laws rule in private international law is not neutral, but its material orientation cannot become an inaccessible labyrinth. This paper identifies two equally troubling failures: the rigidity of the classical Savignian method, which ignores the individual in the name of geography, and the useless complexity of materially oriented rules, which overwhelm that individual with technique. Through the analysis of specific cases, it argues that abandoning neutrality demands responsibility: rules that are clear, hierarchical, and comprehensible, accessible both to the judge and to the person seeking justice.*

### Palabras clave

Norma de conflicto. Orientación material. Justicia material. Protección del débil.

### Keywords

*Conflict-of-laws rule. Material orientation. Material justice. Protection of weaker parties.*

### Sumario

Introducción. I. De la neutralidad del método savigniano a la orientación material. II. Las normas de conflicto y sus objetivos. III. Ni neutralidad ciega ni complejidad inútil: la norma de conflicto ante la persona. Conclusión: por un Derecho internacional privado que sirva a la persona sin ahogarla en la técnica.

## Introducción

Cuando el Derecho internacional privado empezó a consolidarse teóricamente, lo hizo mirando hacia el cielo de la armonía internacional de soluciones, la coherencia del propio sistema, y la elegancia de la solución técnica. Durante mucho tiempo sus grandes construcciones intelectuales se edificaron con la vista puesta en el cielo de los conceptos, y muy pocas veces en el suelo donde camina la persona que un día cruza una frontera, contrae una obligación, forma una familia, pierde un bien, y al final de ese camino se presenta ante un juez a pedir

---

\* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular de la UCV. Profesora Asociada de la Universidad de Antioquia (UdeA), parte del grupo de investigación “Saber, Poder y Derecho”, de la UdeA.

justicia. A veces se olvida el Derecho internacional privado de ese viajero del cual debía ser su ángel de la guarda<sup>1</sup>.

Hay en este planteamiento algo que nos recuerda la vieja tensión entre el médico que sueña con la operación brillante, “exótica”, la que lo hará famoso, la que publicarán las revistas especializadas, y el paciente que tiene en frente, que respira con dificultad y que solo necesita que alguien lo cure. El primero —el médico— mira el caso como un problema técnico fascinante; el segundo —el paciente— lo vive como una urgencia. La disciplina no puede permitirse el lujo del primero cuando tiene la vida del segundo en sus manos<sup>2</sup>.

En este sentido, con este trabajo no me propongo hacer uno más que se sume a la larga conversación académica sobre la norma de conflicto, ni sobre si su naturaleza, cuestión a la que dediqué mi tesis de Maestría<sup>3</sup>. Tampoco pretendo centrarme en la “armonía internacional de soluciones”, ese ideal que el Derecho internacional privado persigue sin éxito desde hace siglos, con la devoción de quien persigue un horizonte: siempre adelante, nunca alcanzado. Mi mirada esta vez apunta a otro lugar, al proceso, al momento en que la norma de conflicto deja de ser un objeto de estudio y se convierte en un instrumento que opera sobre la vida de alguien que pide justicia ante un tribunal.

Desde esa perspectiva, la norma de conflicto revela dos caras problemáticas. La primera es conocida: su rigidez. Cuando la norma privilegia la geografía sobre la justicia, cuando designa el Derecho aplicable atendiendo únicamente a dónde ocurrió el hecho, dónde está situada una cosa, dónde tiene una persona su domicilio o de dónde es nacional, con indiferencia olímpica respecto del resultado que esa designación produce, a pesar de ciertamente garantizar seguridad jurídica, puede convertirse en un obstáculo para quien busca acceso real a la justicia. Es la norma ciega de la que habla la doctrina, la que opera como una “guillotina” —para usar la imagen de Jitta— cortando conflictos sin preguntarse si el corte fue justo o no<sup>4</sup>.

La segunda cara no deja de ser inquietante, aunque es a menudo vista como una prueba de erudición: la excesiva complejidad. Cuando el legislador, consciente de la crítica a la rigidez clásica, construye normas de conflicto de arquitectura sofisticada, con factores de conexión flexibles, cláusulas de escape, conexiones en cascada, remisiones a vínculos más estrechos, toma en consideración —no aplicación— de Derechos de terceros Estados, puede estar,

<sup>1</sup> Parra Aranguren, Gonzalo, La primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado, en: *Actas Procesales del Derecho vivo*, 1975, Vol. XVI, Nos. 46-48, pp. 307 ss., especialmente p. 323.

<sup>2</sup> He hecho este paralelismo a partir de una conversación como mi hija Mariana, aspirante a ingresar a la carrera de medicina, mientras me explica el porqué de su elección: “Uno no hace esto para tratar síntomas, enfermedades raras o hacer cirugías exóticas. Uno lo hace para tratar personas, que como tú o como yo, sienten, viven, aman y son amadas”.

<sup>3</sup> Madrid Martínez, Claudia, *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004.

<sup>4</sup> “Cuando se toma nuestra ciencia en su estrecha acepción de guillotina de conflictos, y no se piensa más que en elegir entre las dos leyes concurrentes, atendiendo a algún carácter exterior, siempre se elige mal al optar por una o por otra, y el primer interés o el segundo queda sacrificado”. Jitta, Josephus, *Método de Derecho internacional privado* (Trad. J.F. Frida), Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2024, p. 187.

paradójicamente, empeorando las cosas. Una norma que el juez no comprende, o que le exige un esfuerzo de interpretación desproporcionado frente a los recursos del proceso concreto, tiende a ser ignorada. Y un juez que ignora la norma de conflicto puede terminar aplicando su propio Derecho, no por un razonamiento que le conduce legítimamente a la *Lex fori*, sino por inercia. Esto no es mejor, y a menudo es peor, que la rigidez que se quería superar.

Este segundo problema, no deja de hacerme recordar a William Prosser, decano de la Facultad Derecho de la Universidad de Berkeley, y su tristemente célebre imagen: “

*The realm of conflict of laws is a dismal swamp filled with quaking quagmires and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon*<sup>5</sup>.

Buscando una norma de conflicto que refleje ciertos valores, que no sea secamente neutral, no tenemos por qué convertirla en esa ciénaga farragosa.

El resultado, en ambos casos, es lamentablemente el mismo: la persona que está al otro lado del estrado, esperando que el sistema le dé una respuesta, queda atrapada, ya en la frialdad mecánica de la norma que no ve personas, ya en el laberinto oscuro de la norma que el propio juez prefiere no transitar. Esa persona, no la armonía de los sistemas, no la coherencia metodológica, no la reputación científica de nuestra disciplina, es el verdadero objeto del Derecho internacional privado. Y es a ella, en última instancia, a quien con este trabajo intento servir.

A la vez, con él rindo homenaje a ese gran personaje del Derecho internacional privado interamericano, gran amigo de la Venezuela de verdad, el profesor Didier Operti Badán. Lo conocí través de quien fuera su colega y amiga, mi Maestra, Tatiana B. Maekelt, y lo que comenzó como una referencia académica se fue convirtiendo, con el paso de los años, en una amistad que hoy valoro como uno de los mayores regalos que el Derecho internacional privado me ha dado.

## I. De la neutralidad del método savigniano a la orientación material

En la concepción clásica de Savigny, el Derecho propio y el extranjero se consideran en un plano de igualdad. Por tal razón, en opinión del clásico maestro alemán, todo sistema de Derecho internacional privado debe estar dotado de normas bilaterales que den a ambos ordenamientos jurídicos idénticas oportunidades, pues lo que en realidad importa es localizar la sede de la relación jurídica, su asiento, su *Sitz*<sup>6</sup>. Esta pretendida igualdad entre Derecho propio y el Derecho extranjero es la expresión técnica de la neutralidad: la norma de conflicto no prefiere ningún ordenamiento, simplemente localiza la relación en uno de ellos. No en vano afirma

<sup>5</sup> Esta idea es atribuida a Prosser por Reed, Stanley y Herbert F. Goodrich, Forward | Directive or Dialectic?, en: *Vanderbilt Law Review*, 1953, Vol. 6, pp. 441 ss., especialmente p. 441.

<sup>6</sup> Savigny, Federico Carlos: *Sistema de Derecho romano actual*. (Trad. J. Mesía y M. Poley). Madrid, F. Góngora y Cía., 2ª ed., 1879, T. 8º de la ed. alemana, 6º de la española, pp. 136-140.

Raape que con la norma de conflicto se produce un salto al vacío —*Sprung ins Dunkle*—, pues su funcionamiento puede conducir a la aplicación de un Derecho extranjero cuyo contenido material se desconoce<sup>7</sup>.

Esta es, de hecho, la razón por la que aparece en escena un conocido instrumento que dota de valores materiales al sistema. Me refiero, desde luego al orden público en el Derecho internacional privado. Así lo entiende, aunque partiendo de la neutralidad “esencial” de nuestra disciplina, el profesor Operti al referirse al carácter político del orden público: “*A travers l'ordre public s'introduisent des considérations substantielles dans une matière comme le droit international privé où la neutralité est une caractéristique essentielle. D'où la nécessité d'un usage limité de l'exception*”<sup>8</sup>.

El Derecho internacional privado clásico del siglo XIX buscaba —y así lo refiere claramente Erik Jayme— “*l'égalité du traitement des personnes, l'harmonie des décisions concernant le même rapport, la prévisibilité des solutions, les rapports juridiques universels*”, y estos objetivos encontraron su expresión técnica en “*la règle bilatérale de conflits*”. La norma de conflicto bilateral es entonces la garantía de la “*égalité abstraite des personnes*”, la cual deberá ir acompañada de cierta previsibilidad, pues es necesario que “*un rapport juridique soit jugé de la même manière*”. Así, igualdad abstracta y previsibilidad se materializan gracias el carácter neutral de la norma de conflicto<sup>9</sup>.

El contenido del Derecho indicado por la norma de conflicto o el resultado de su aplicación parecen exceder la misión de la norma de conflicto clásica. Ya Kegel lo había expresado claramente, „*Im materiellen Privatrecht geht es um den Inhalt des Rechts, im IPR um die Anwendung eines Rechts, gleich welchen Inhalt es hat*”<sup>10</sup>. De esta manera, la norma de conflicto guía al operador jurídico, un poco a ciegas, hacia el Derecho aplicable y lo deja allí, también a ciegas, confiada en la neutralidad de su actuación. Fue esa pretendida neutralidad contra la que, en principio, reaccionaron los autores estadounidenses dentro de la llamada revolución metodológica norteamericana.

Sus protagonistas, Currie<sup>11</sup>, Ehrenzweig<sup>12</sup>, Cavers<sup>13</sup>, Leflar<sup>14</sup>, entre otros, denunciaron que la norma de conflicto savigniana operaba como una máquina ciega, designando el Derecho

<sup>7</sup> Raape citado en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Granada, Edit. Comares, 2ª ed., 2002, T. I., p. 255.

<sup>8</sup> Operti Badán, Didier, *Conflit de lois et droit uniforme dans le Droit international privé contemporain : dilemme ou convergence ?* Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2012, en : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2012, Tome 359, pp. 9 ss., especialmente p. 29.

<sup>9</sup> Jayme, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le Droit international privé postmoderne*, en : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1995, Tome 251, pp. 9 ss. Especialmente p. 44

<sup>10</sup> Kegel, Gerhard und Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 9ª ed., 2004, p. 132.

<sup>11</sup> Currie, Brainerd, *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, Duke University Press, 1963.

<sup>12</sup> Ehrenzweig, Albert, *A treatise on the on the conflict of laws*, Minnesota, West Publishing Co., 1962.

<sup>13</sup> Cavers, David, *The choice of law problem*, Michigan, Ann Arbor, 1965.

<sup>14</sup> Leflar, Robert, *Choice-influency considerations in conflicts law*, *New York University Law Review*, 1966, Vol. 41, pp. 267 ss.

aplicable en atención a la geografía y no a la justicia, ignorando por completo el contenido de los ordenamientos en juego y el resultado concreto que su aplicación produciría sobre las personas involucradas. Frente a esa asepsia, propusieron que el juez analizara las políticas e intereses estatales que subyacen a cada norma, comparara la calidad sustantiva de los Derechos en conflicto y eligiera, en definitiva, la “mejor” solución para el caso concreto. La neutralidad era, para ellos, una ficción, pues toda norma de conflicto esconde una preferencia que debía hacerse explícita.

El problema es que al abandonar la neutralidad sin encontrar un principio sustituto suficientemente sólido, el movimiento terminó donde no quería llegar, a la aplicación, paradójicamente ciega en ocasiones, de la *Lex fori*. El *unpalatable homing trend* al que se refirió Juenger<sup>15</sup>. En efecto, el análisis de intereses de Currie<sup>16</sup> o la *Lex fori basic rule* de Ehrenzweig<sup>17</sup>, incluso la agrupación de contactos<sup>18</sup>, condujeron al juez a aplicar su propio Derecho. La contrarrevolución que siguió confirmó ese fracaso, pues ninguno de los críticos del método clásico pudo ofrecer una alternativa universalmente aceptable<sup>19</sup>.

El saldo de estos planteamientos —que mostraron a juristas de quienes se esperaba que estuvieran más atentos del *stare decisis*, completamente “*enamorado*” de las especulaciones doctrinarias<sup>20</sup>— no fue del todo negativo, pues sus críticas forzaron un poco a la disciplina a reconocer que detrás de cada norma de conflicto hay consecuencias reales para personas reales, y que ignorarlas no es neutralidad sino indiferencia.

Neuhaus empezó por reconocer la crisis del Derecho internacional privado<sup>21</sup>, a lo que Kegel respondió que, si bien puede hablarse de crisis, los principios fundamentales del Derecho internacional privado continúan inamovibles y pueden aún sostener el edificio de los conflictos de leyes<sup>22</sup>. Así, sin abandonar el método conflictual, empezó a pensarse la necesidad de reformarlo desde adentro. La norma de conflicto debe, en tal sentido, orientarse materialmente, debe ser una norma que conserva su función localizadora pero que ya no es indiferente al resultado que esa localización produce.

Según he expresado en otras oportunidades<sup>23</sup>, la materialización no es una característica aislada sino el punto de convergencia de otras dos transformaciones que se verifican también

<sup>15</sup> Juenger, Friedrich, The evolution of American choice-of-law doctrines since Heini's “Neuere Strömungen”, en: *RechtKollisionen, Festschrift für Anton Heini*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, 225-237, especialmente, p. 230.

<sup>16</sup> Currie, *Selected essays on the conflict of laws...*, ob. cit.

<sup>17</sup> Ehrenzweig, Albert, A counter-revolution in conflicts law? From Beale to Cavers, en: *Harvard Law Review*, 1966, Vol. 80, pp. 377 ss.

<sup>18</sup> *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y.2d 473, 240 N.Y.S.2d 743, 191 N.E.2d 279 (N.Y. Court of Appeals, 9 de mayo de 1963).

<sup>19</sup> Ver autores citados en: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 198-207.

<sup>20</sup> Juenger, The evolution of American choice-of-law doctrines..., ob. cit. p. 235.

<sup>21</sup> Neuhaus, Paul Heinrich, Die Krise im internationalen Privatrecht, en: *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1948, Vol. 3, pp. 86-87.

<sup>22</sup> Kegel, Gerhard, *The crisis of conflicts of laws, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1964 II, Tome 112, pp. 91 ss., especialmente p. 95.

<sup>23</sup> Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 218-220.

en la estructura de la norma, la especialización y la flexibilización. Se trata de tres facetas de un mismo fenómeno: la norma de conflicto que aprende a mirar el resultado.

En efecto, la especialización, operando sobre el supuesto de hecho, pide la consideración de categorías más concretas que respondan de mejor manera a las particularidades de cada relación. Este objetivo no es meramente técnico, al contrario, un supuesto más específico puede conducir a una conexión más ajustada y, por tanto, a un Derecho que realmente atienda a la naturaleza real de la relación en cuestión.

Un buen ejemplo es el caso de los contratos que, en Derecho internacional privado y respondiendo a su evolución en el Derecho interno, se miran considerando las posibles asimetrías que pueda haber entre las partes, lo que impulsa a la norma de conflicto a no quedarse en los contratos paritarios o de libre discusión y atender, mediante normas especiales, a los trabajadores o a los consumidores, incluso a los propios comerciantes que no tienen un poder de negociación semejante al de sus pares<sup>24</sup>. Someter a estos sujetos a una regla general basada en la autonomía conflictual termina por doblegarlos ante la imposición del Derecho decidido por el fuerte. No obstante, debo también admitirlo, no debemos olvidar que una especialización excesiva puede generar lagunas, producir un *dépeçage* no querido y, paradójicamente, convertir la norma en algo tan complejo que el juez prefiera ignorarla.

La flexibilización, por su parte, opera principalmente sobre el factor de conexión, que debe dejar de ser un elemento excesivamente rígido para permitir al juez cierto margen de maniobra, en consideración de su conocimiento del caso concreto. Así, mientras un factor de conexión rígido designa un Derecho de manera mecánica, sin posibilidad de ajuste, uno flexible exige del juez una valoración más cercana del caso, lo que le permitirá identificar, bien el ordenamiento con el que la relación presenta los vínculos más estrechos, bien elegir entre los ordenamientos a que le conduce un factor de conexión alternativo, aquel que sea más favorable para la relación controvertida.

Esta apertura valorativa en la concepción del factor de conexión es precisamente uno de los canales por los que el resultado material entra en la norma. El ejemplo más nítido en el sistema venezolano es el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales<sup>25</sup> y el artículo 30 de la Ley de Derecho internacional privado<sup>26</sup>. Ambas normas, de idéntico contenido, remiten al Derecho más estrechamente vinculado con el contrato, ante la ausencia de elección por las partes. Para su concretización, el juez habrá de tomar en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del contrato, además de algunos

---

<sup>24</sup> Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil (Propuesta al Comité Jurídico Interamericano), OEA/Ser. Q, CJI/doc. 636/21, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2021. Disponible en: <https://11nq.com/phltbpz>

<sup>25</sup> Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

<sup>26</sup> Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

elementos de la *Lex mercatoria*. Desde luego, se trata de una conexión flexible que adopta un concepto jurídico indeterminado, que sea sencilla en su aplicación ya es otra historia.

En efecto, la aplicación de esta solución exige del juez un examen exhaustivo del marco socio-económico del contrato, tarea compleja para la que requiere prudencia y preparación<sup>27</sup>. De allí que Juenger —haciéndose eco de las palabras de David<sup>28</sup>— haya afirmado, no sin cierto desdén, que una fórmula amorfa como la conexión más estrecha significa “...*nothing except, perhaps, that the answer is not ready at hand*”<sup>29</sup>.

Otros autores se han mostrado favorables a la solución interamericana. Maekelt, por ejemplo, estima que la preocupación por dar excesiva libertad al juez no es un argumento suficiente para desechar la aplicación de principios flexibles como el de los vínculos más estrechos, por el contrario, “...antes de adaptar las Leyes a jueces negligentes, resulta necesario adaptar jueces a Leyes eficaces”<sup>30</sup>. En todo caso, parece que la adaptación a las exigencias y necesidades del comercio internacional justificaría darle tanto poder al juez<sup>31</sup>. A mí, personalmente, más que el amplio poder dado al juez, me preocupa que este no tenga las herramientas para manejar esos poderes.

Otro ejemplo de flexibilización puede verse en las conexiones alternativas del artículo 37 de la Ley venezolana, que ofrecen al juez varias opciones para la determinación del Derecho aplicable. Así, de conformidad con esta norma, para determinar la validez formal de un acto puede el juez elegir entre la regla *locus regit actum*, el Derecho que rige el contenido del acto, y el Derecho del domicilio del otorgante o domicilio común de los otorgantes. Esta norma persigue, según ha admitido la doctrina, la materialización del principio *favor validitatis*<sup>32</sup>, lo cual exige al juez la investigación del sentido, alcance y contenido de esos ordenamientos, para luego poder elegir el más favorable a la validez del acto concreto. Tarea también compleja que puede predicarse respecto del artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales.

<sup>27</sup> Madrid Martínez, Claudia, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018, p. 461.

<sup>28</sup> David, René, I. The Problem of the International Unification of Private Law, en: U. Drobnig et al. (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, chapter 5, §16.

<sup>29</sup> Juenger, Friedrich K., General Cours on Private International Law, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1983, Tome 193, pp. 119 ss., especialmente p. 180.

<sup>30</sup> Maekelt, Tatiana, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: P. Borba Casella (coord.), *Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, São Paulo, LTR, 2000, pp. 265 ss., especialmente pp. 277 y 282.

<sup>31</sup> Albomoz, María Mercedes, Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement ‘Rome I’, en: *Journal du Droit International*, 2012, No. 1, pp. 4 ss., especialmente p. 28.

<sup>32</sup> D'onza Gacía, Rossanna, Ley aplicable a las sucesiones, Ley aplicable a la forma de los actos y Ley aplicable a la prueba de los actos en la nueva Ley de Derecho internacional privado, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, No. 117, pp. 95 ss., especialmente p. 107.

Otra expresión bastante acabada de la flexibilización es la cláusula de escape<sup>33</sup>. A través de ella el legislador autoriza al juez a “escapar” del Derecho designado por su norma de conflicto cuando ese Derecho resulte menos vinculado con el caso que otro disponible. La cláusula de escape no sustituye la norma de conflicto, la presupone, pero introduce en el sistema un mecanismo corrector que permite evitar resultados manifiestamente inadecuados. Su modelo más depurado es el artículo 15 de la Ley suiza de Derecho internacional privado<sup>34</sup>, que habilita al juez a descartar excepcionalmente el Derecho designado cuando es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese Derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro.

Finalmente, la materialización en sentido estricto se proyecta sobre la consecuencia jurídica. Así, ya no basta con que el juez, haciendo uso de la norma de conflicto, localice geográficamente la relación, sino que, además, debe evaluar las consecuencias de la aplicación del ordenamiento jurídico que resultó seleccionado. Esto implica que el juez ya no será un simple ejecutor mecánico de la conexión, sino que, además, deberá razonar sobre el resultado, y esa exigencia de razonamiento es precisamente la que, cuando la norma es demasiado compleja, puede llevar al juez a rendirse y aplicar directamente su propio Derecho.

Cómo se ve la orientación material en una norma de conflicto es algo que puede apreciarse a través del artículo 45 del Código Civil portugués<sup>35</sup>. En efecto, en materia de responsabilidad extracontractual, esta norma asume una orientación material clara: la protección de la víctima del daño. Su párrafo primero fija la regla general indicando la aplicación del Derecho del lugar de la causa generadora del daño. El párrafo segundo introduce una corrección material a favor de la víctima cuando el Derecho del lugar del efecto dañoso la considera acreedora de protección y el Derecho del lugar de la causa generadora no, siempre que el agente hubiera podido prever que el daño se produciría en ese Estado. Finalmente, el párrafo tercero ordena la aplicación de del Derecho de la nacionalidad o la residencia común de agente y víctima, que se encontraran ocasionalmente en país extranjero, esto para paliar, de alguna manera, el carácter fortuito que suele acompañar a lugar del hecho ilícito.

Esta norma no es neutral, toma partido, pues el agente no puede escudarse en el Derecho más favorable a su actividad cuando era previsible que el daño se produciría en otro Estado, pero lo interesante es que lo hace de manera clara, para que el juez pueda comprenderla y aplicarla. Es una regla con la arquitectura mínima para ser justa sin dejar de ser técnica.

Ahora bien, luego de admitir que la armonía internacional de soluciones —que busca garantizar que una situación de Derecho privado sea juzgada de la misma manera cualquiera

<sup>33</sup> Dubler, César E., *Les clauses d'exception en Droit international privé*, Genève, Librairie de l'Université, Études suisses de Droit International publiées par la Société Suisse de Droit International, 1983, Vol. 35.

<sup>34</sup> Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, en: <https://11nq.com/0wvoefk>

<sup>35</sup> Decreto-Lei n.º 47344 de 25 de novembro, en: <https://sl1nk.com/6bfvara>

que sea el lugar del litigio— es un objetivo meramente formal que “*n’attache, en principe, aucune considération au résultat matériel*”, Jayme admite que la materialización no supone el abandono del método conflictual, sino que es más bien, según he afirmado antes, su transformación desde adentro. La norma sigue designando un Derecho aplicable, pero ya no lo hace con ceguera mecánica, sino considerando el resultado, protegiendo al débil o a la víctima, favoreciendo la validez del acto, buscando el Derecho más estrechamente vinculado, pero no en abstracto, sino en atención a las circunstancias del caso concreto y de la persona que lo vive<sup>36</sup>.

En tal sentido, la nueva tarea de la norma de conflicto no es cumplida únicamente desde su propia estructura, sino que esta se ha hecho acompañar de herramientas que la dotan de elementos flexibilizadores y materializadores. Entre estas herramientas es ineludible referirse a las instituciones generales del Derecho internacional privado, esos “perturbadores engendros”<sup>37</sup> a los que he dedicado unas cuantas páginas<sup>38</sup>.

En esta ocasión me refiero a ellas debido a que cada una, con sus peculiaridades y campos de aplicación, ayudarían al juez a encontrar una solución más acorde con los objetivos de las normas de conflicto y lograr así la justicia material del caso concreto<sup>39</sup>. Según ha admitido Neuhaus, las instituciones generales pueden servir a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del Derecho extranjero (calificaciones, cuestión incidental, reenvío, orden público, fraude a la ley e institución desconocida); o, pueden estar al servicio de los valores, por lo que las llama valorativas. En este segundo grupo se incluyen las situaciones jurídicas válidamente creadas, el equilibrio de intereses y la adaptación<sup>40</sup>. Maekelt agrega al último grupo, “sin título”, la calificación y la cuestión incidental<sup>41</sup>.

Así, siendo instrumentos para la consecución de la justicia material, las instituciones generales exigen al juez, por un lado, conocer las circunstancias concretas de cada caso y, por otro, conocer el contenido de los Derechos involucrados de manera de poder inclinarse por la aplicación del ordenamiento que garantice de mejor manera un resultado equitativo para ese caso en particular. Se trata de un llamado a la consideración de la llamada jurisprudencia de

<sup>36</sup> Jayme, *Identité culturelle et intégration...*, ob. cit., pp. 89-90

<sup>37</sup> Juenger, Friedrich K., *Derecho internacional privado y justicia material* (Trad. D. Fernández y C. Fresnedo), México, Edit. Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 77-78.

<sup>38</sup> Madrid Martínez, Claudia, *Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual*, en: V. Guerra, C. Madrid y Y. Pérez (coord.), *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2012, pp. 155-226.

<sup>39</sup> Maekelt, Tatiana, *Antecedentes y metodología del Proyecto. Parte general del Derecho internacional privado*, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, Serie Eventos No. 11, pp. 15 ss., especialmente p. 26.

<sup>40</sup> Neuhaus, Paul Heinrich, *Entwicklungen im Allgemeinen Teil des Internationalen Privatrechts*, en: *Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag GmbH, 1977, pp. 23 ss., especialmente pp. 23-24.

<sup>41</sup> Maekelt, Tatiana, *Teoría general de Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2010, Serie Estudios No. 87, p. 320.

intereses<sup>42</sup>. Esto, desde luego, tampoco es sencillo. Recordemos con Bouza Vidal que la búsqueda de una solución más justa y equitativa para los particulares, requiere, si se desea evitar fundadas críticas de falta de seguridad y arbitrariedad, de una mayor concreción. Es preciso determinar qué criterios objetivos permiten al juez afirmar cuál resultado material es justo y cuál no lo es<sup>43</sup>. Allí está el detalle.

Pensemos por un momento en un juez ante la necesidad de aplicar armónicamente, y de manera de llegar a una solución equitativa, los varios Derechos llamados a regir una misma relación jurídica, máxime si entre las soluciones materiales que estos contienen hay incompatibilidad. Eso es lo que le requieren el artículo 7 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>44</sup>, el artículo 9 de la Ley venezolana y el artículo 11 de la Ley uruguaya de Derecho internacional privado<sup>45</sup>, entre otras. El juez debe, para usar las palabras de Goldschmidt, transitar el método sintético judicial y adaptar “unos fragmentos a otros”<sup>46</sup>.

En todo caso, el tránsito de la neutralidad formal a la orientación material parece ser el hilo conductor del Derecho internacional privado contemporáneo. Pero ello supone comprender que la búsqueda del mejor resultado —justicia material— no prescinde, y no puede prescindir, de la localización —justicia formal.

Kegel, desde luego, lo expresa de mejor manera<sup>47</sup>. El Derecho internacional privado no sirve a la justicia de manera menos genuina que el Derecho privado material, sino de manera diferente. La justicia es una sola e indivisible, pero tiene facetas distintas según el plano en que opera y, en el plano del Derecho internacional privado, esta no se traduce *a priori* en la aplicación del Derecho materialmente más justo en abstracto. Esta, de hecho, es una empresa imposible, porque los criterios de lo materialmente justo son relativos y culturalmente situados, y el Derecho no se impone a la vida desde afuera sino que emerge de ella y con ella interactúa: “*Das Recht wird nicht von außen an das Leben herangetragen. Es steht vielmehr mit dem Leben in Wechselwirkung: nach ihm wird in einer Gemeinschaft gelebt*”.

El Derecho internacional privado busca más bien, continúa Kegel, aplicar el Derecho espacialmente más adecuado, aquel del territorio al que puede atribuirse la persona que actúa o resulta afectada por su estrecha vinculación con la comunidad jurídica que allí vive, o en el que tuvo lugar la acción o el acontecimiento relevante. De esta manera, nos da Kegel su idea central, formulada no sin cierta provocación: la justicia del Derecho internacional privado está

<sup>42</sup> Bouza Vidal, Nuria, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, p. 22.

<sup>43</sup> Bouza Vidal, Nuria, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 14.

<sup>44</sup> Gaceta Oficial No. 33.252, 26 de junio de 1985.

<sup>45</sup> Ley No. 19920, Ley General de Derecho Internacional Privado, en: <https://sl1nk.com/y5afah1>

<sup>46</sup> Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría triolista del mundo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 10ª ed. actualizada, 2009, p. 160.

<sup>47</sup> Kegel und Schurig, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 131.

funcionalmente antepuesta a la justicia material, porque antes de preguntar qué Derecho produce el mejor resultado sustantivo hay que preguntarse qué Derecho es el competente, y esa pregunta tiene respuesta propia, con criterios propios, que no pueden ni deben ser sustituidos por la búsqueda directa del resultado más equitativo. La pretendida neutralidad del método conflictual no es, para Kegel, indiferencia ante la justicia, sino más bien la expresión técnica de una forma específica de justicia que el Derecho internacional privado debe al individuo antes de que el Derecho material pueda hablarle.

Sin embargo, para Juenger el tema de la localización sigue siendo cuestionable y para demostrarlo recurre a comprometidos defensores del método clásico que han tenido que reconocer sus defectos. Kahn-Freund preguntó con honestidad: “¿quién puede dudar de que al elegir la ley aplicable los jueces y administradores están consciente o inconscientemente influenciados por lo que ellos conocen acerca del contenido de aquellas leyes entre las cuales debe efectuarse la elección?”. Y Currie, aunque partía de premisas diferentes, “sabía que los tribunales podían buscar ‘el resultado justo en leyes extranjeras progresistas’”, por lo que su conclusión es clara: “los casos de conflicto de leyes no le proporcionan a los tribunales una licencia que por otra parte tampoco tienen para condenar la ley y la política de un Estado sobre la base de que ésta sea arcaica, errónea, o social o económicamente poco aconsejable”. Esa licencia, dice Juenger, es exactamente lo que deberían tener —y lo que el método teleológico les daría con transparencia y legitimidad<sup>48</sup>.

El autor, que describe el método teleológico como un enfoque de interpretación jurídica que orienta la decisión hacia la finalidad o el objetivo de la norma, utilizando incluso el Derecho extranjero como un insumo para alcanzar la mejor solución y adecuar el Derecho del foro a estándares internacionales<sup>49</sup>, termina por reconocer que, precisamente, este enfoque material ha impregnado el Derecho conflictual europeo y norteamericano, pero de manera encubierta, recurriendo a factores de conexión flexibles, a cierta tendencia a aplicar el Derecho propio, y a la abierta orientación material de los resultados.

Este proceder del Derecho internacional privado, conduce a Juenger a una concluir, recurriendo a las ideas de Rosenberg, con una especie de advertencia para la que el propio autor considera un buen momento: “el ‘juego conflictual no se juega para que los [académicos] puedan ejercitar sus músculos jurisprudenciales, sino para mejorar la condición humana a través del Derecho’”<sup>50</sup>.

Juenger cierra su libro con una idea clara, esta vez recurriendo a von Mehren: “es claro que no hay ninguna buena razón para que aquellos que esperan que se haga justicia en los casos

<sup>48</sup> Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., p. 188.

<sup>49</sup> Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., p. 265.

<sup>50</sup> Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., p. 264.

interestatales e internacionales deban estar por siempre condenados a la desilusión”<sup>51</sup>. El Derecho internacional privado, puede leerse entre líneas, existe para hacer justicia a personas concretas, no para mantener la coherencia de un sistema conceptual construido sobre la base de metáforas geográficas.

Quiero volver así a las palabras de Valladão en la sesión inaugural de la CIDIP I: “El Derecho internacional privado es el ángel de la guarda del viajero, porque protege al hombre fuera de su patria”, para luego añadir que esta es la razón por la que sus soluciones deben ser “democráticas y socializantes” y orientarse a la aplicación de la Ley más favorable al débil jurídico y económico<sup>52</sup>. Ya el maestro brasileño avizoraba que el tránsito de la justicia formal a la justicia material no es una opción teórica sino una necesidad práctica<sup>53</sup>.

## II. Las normas de conflicto y sus objetivos

La búsqueda de algo más que geografía en la misión de la norma de conflicto, nos conduce a pensar que esta tiene objetivos que van más allá de la simple localización. Tomaré un par de ejemplos concretos que me permitirán, a la par de poner de manifiesto que las normas de conflicto tienen objetivos que no son puramente formales, ratificar que la norma de conflicto no es entonces neutral.

El primer ejemplo es el artículo 2 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana, norma de conformidad con la cual “El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”.

Ya en otra oportunidad, he sostenido que “cada norma puede tener un objetivo, pero en general, la Ley busca la solución equitativa de cada caso concreto”<sup>54</sup>. Por ejemplo, como ya he afirmado supra, se reconoce que el principio *pro validitatis* es el objetivo del artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado; y que una justa indemnización a la víctima sea el del artículo 32. Recientemente, el Tribunal Supremo de Justicia admitió que facilitar el divorcio es el objetivo del artículo 23 de la Ley, al ordenar la aplicación del Derecho del cónyuge demandante al divorcio y la separación de cuerpos<sup>55</sup>.

Hernández-Bretón, por el contrario, estima que no hay objetivos generales del sistema, como la justicia del caso concreto en abstracto, o los propósitos generales de la Ley, sino

<sup>51</sup> Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., p. 266.

<sup>52</sup> Parra Aranguren, Gonzalo, La primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado, en: *Actas Procesales del Derecho Vivo*, 1975, Vol. XVI, Nos. 46-48, pp. 307 ss., especialmente pp. 323-324.

<sup>53</sup> Esta idea subyace en las conclusiones de Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., pp. 261-266

<sup>54</sup> Madrid Martínez, Claudia, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2009, Serie Tesis No. 4, p. 372.

<sup>55</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 0662, 28 de octubre de 2021 (*Daniela María Viloría Gómez en revisión*), en: <https://sl1nk.com/ict8jns>

objetivos específicos, determinados norma por norma y caso por caso. Lo relevante no es el contenido material del Derecho venezolano ni una aspiración genérica de equidad —continúa el autor—, sino el objetivo internacionalprivatista que persigue cada norma de conflicto venezolana particular. En su opinión, para cada supuesto regulado, el intérprete debe identificar qué resultado material concreto busca esa norma específica, y la aplicación del Derecho extranjero, incluida la decisión sobre el reenvío, debe orientarse a realizar ese objetivo. Se trata, en su lectura, del reconocimiento de un fenómeno de materialización de las normas de conflicto, de manera que la norma deja de ser indiferente al resultado y persigue, en ciertos supuestos, un efecto sustantivo determinado, como la ya mencionada validez formal del acto en el caso del artículo 37 de la Ley<sup>56</sup>.

Sin embargo, persisten algunas dudas en torno al artículo 2 de la Ley: ¿qué ocurre cuando el Derecho extranjero designado como competente por la norma venezolana de conflicto no cumple con su objetivo? ¿Tal situación dará lugar al desplazamiento del Derecho extranjero competente?

Esta norma se conserva desde el Proyecto de Ley de Normas de 1963/65 y sus comentaristas solo vieron en la expresión “y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”, una condicionante de la aplicación del Derecho extranjero, sin especificar de qué manera actuará tal condicionante y cuáles serán sus consecuencias<sup>57</sup>. “¿Podría pensarse —se pregunta Maekelt— que la aplicación del Derecho extranjero, con la condición de que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto, sea una cláusula de orden público “disfrazado”, ya que estos objetivos se identifican con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano?”. La autora responde de manera negativa, pues en su opinión “el carácter restrictivo del orden público no permite extenderlo a las situaciones que tienen su propia calificación y sus propias soluciones”<sup>58</sup>.

También aparecen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto como una limitación al reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas, en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al lado del orden público y la competencia legislativa exclusiva del Derecho venezolano; sin darnos tampoco mayor pista sobre la manera en que hemos de entender tal expresión. Sin embargo, insistimos, no tendría sentido entender que tras los objetivos de cada norma de conflicto venezolana, existiese un principio fundamental de

---

<sup>56</sup> El respeto a la irrestricta autonomía de las partes (art. 29); la validez formal de los actos (art. 37); la protección de la víctima (art. 32); la protección de los hijos (art. 24) y de los incapaces (art. 26) son mencionados por Hernández-Bretón como objetivos específicos de las normas de conflicto venezolanas. Ver: Hernández-Bretón, Eugenio, *Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto*, en: *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 169 ss., especialmente p. 178.

<sup>57</sup> Goldschmidt, Werner, *El Proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado*, *Revista del Ministerio de Justicia*, No. 50, Caracas, 1985, pp. 70 ss., especialmente pp. 82-83.

<sup>58</sup> Maekelt, Tatiana, *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, p. 73.

nuestro ordenamiento jurídico, pues con tal planteamiento retornaríamos a la expresión de Sánchez de Bustamante según la cual todas las normas de conflicto son de orden público<sup>59</sup>.

En definitiva, no creemos que la *ratio* del artículo 2 nos permita llegar a ver en ella una cláusula de orden público. Nos parece más bien que el artículo 2 ha de modular la aplicación del Derecho extranjero —siendo que la aplicación de ese Derecho extranjero puede ser, de hecho, uno de sus objetivos—, considerando como norte la consecución de la justicia material del caso concreto. Así, por ejemplo, la aceptación o no del reenvío en el caso de los artículos 32 o 37 de la Ley venezolana, podría estar orientada por el artículo 2<sup>60</sup>.

Es este precisamente el efecto que vemos presente en el artículo 12 de la Ley uruguaya de Derecho internacional privado, norma que, luego de rechazar el reenvío al excluir la posibilidad de aplicar normas de conflicto extranjeras admite, en su inciso segundo que tal rechazo ha de entenderse

sin perjuicio de lo establecido a texto expreso por otras normas o cuando la aplicación de la ley sustantiva de ese Estado al caso concreto se tome incompatible con la **finalidad esencial de la propia norma de conflicto** que lo designa, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 [adaptación] (resaltado nuestro).

El propio profesor Operti admite que “[s]e trata de una solución innovadora que se aproxima a la concesión teleológica del artículo 11 (‘equidad del caso concreto’) y consagra la referencia a las normas de Derechos Humanos tanto regionales como internacionales”<sup>61</sup>. No obstante, no deja de parecer curiosa la opinión de Tomás Ortiz de la Torre, para quien esta es una fórmula oscura, pues

la regla de conflicto del foro solamente, al ser formal y [por] consiguiente meramente indicativa, tiene una finalidad: señalar el ordenamiento que, se da por supuesto, el legislador considera que es el más adecuado (el que mejor responde a la naturaleza de la situación o relación jurídica) para, en estricta justicia, regular el caso en discordia<sup>62</sup>.

Se trata, lo admite el propio autor —aunque casi como una virtud—, de limitar la función de la norma de conflicto a la clásica visión localizadora de Savigny, añadiendo la adecuada y suficiente tarea adelantada por el legislador al elegir los mejores factores de conexión posibles, los que, al modo del artículo 1 de la Ley austríaca de Derecho internacional privado<sup>63</sup>, son

<sup>59</sup> Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3ª ed., 1943, Tomo I, p. 214.

<sup>60</sup> En este sentido: Hernández-Bretón, Eugenio, Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, No. 117, pp. 27 ss., especialmente pp. 38-40.

<sup>61</sup> Operti Badán, Didier, Primera lectura de la Ley general de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay Presentado en el “Aula Maekel”, Caracas, 3 de diciembre de 2020, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2021, No. 3, pp. 549 ss., especialmente p. 569.

<sup>62</sup> Tomás Ortiz de La Torre, José Antonio, El Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General de 2016, en: *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2017-2018, pp. 423 ss., especialmente p. 437.

<sup>63</sup> Gesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 15.6.1978, BGBl. Nr. 304/1978, en: <https://11nq.com/njgr37i>

la mejor expresión de la vinculación que ha de existir entre el caso concreto y el Derecho indicado por la norma de conflicto.

Sin embargo, otros autores insisten en que la neutralidad del Derecho internacional privado es, en definitiva, una ficción insostenible. Van Den Eeckhout lo demuestra desde una perspectiva funcional, al afirmar que la forma en que se regulan las normas de Derecho internacional privado “*can in its impact have more ‘liberalising’ or more ‘regulating’ effects, facilitating or complicating in this respect the protection of weak parties/human rights/environment*”<sup>64</sup>, lo que revela que el dogma savigniano de neutralidad encubre consecuencias distributivas muy concretas sobre los más vulnerables.

Muir Watt, por su parte, radicaliza esta crítica llevándola al plano ontológico: el multilateralismo dominante no es un sistema de coordinación aséptico sino un dispositivo que ha contribuido a “*shaping and reinforcing modernity’s separatist vision of an intensely hierarchised world*”<sup>65</sup>, codificando la escisión entre naturaleza y cultura, entre el yo y el otro, que subyace a la devastación ecológica y a la dominación colonial. Ambas autoras confluyen, pues, en un mismo diagnóstico que coincide con la visionaria imagen que nos regala Valladao: el Derecho internacional privado nunca fue neutral, sino que operó —con frecuencia de manera encubierta— como instrumento al servicio de determinados intereses y visiones del mundo. La pregunta que queda abierta no es si el Derecho internacional privado puede seguir siendo neutral, sino qué valores y qué ontología deben orientar su inevitable toma de posición.

### III. Ni neutralidad ciega ni complejidad inútil: la norma de conflicto ante la persona

Hay enfermedades cuyo diagnóstico es impecable y cuyo tratamiento resulta letal. Vuelvo a una imagen médica pues la crítica a la neutralidad del Derecho internacional privado puede resultar convincente en su diagnóstico, pero se obliga a enfrentar una paradoja operativa severa cuando intenta traducirse en normas concretas. En otras palabras, esta crítica nos muestra, de manera convincente, que la norma de conflicto nunca fue ciega al resultado, sino que fingía serlo. Pero la cura a esa ceguera fingida corre el riesgo de producir otra ceguera, esta vez real, la de la norma tan cargada de objetivos, de correcciones, de matices y de excepciones, que ni el juez que debe aplicarla ni la persona que espera su amparo logran ver con claridad qué dice, qué protege y a quién.

Resulta en este punto interesante que Muir Watt, tomando la célebre imagen de Prosser entiende que lejos de ser un insulto, la ciénaga revela “*the existence of a shrouded, non-*

<sup>64</sup> Van Den Eeckhout, Veerle, Private International Law in an Era of Globalisation. “Neutral” Private International Law!? An Analysis Through the Lens of Protection of Weak c.q. Vulnerable Parties (August 3, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3677937>, p. 2.

<sup>65</sup> Muir Watt, Horatia, Alterity in the Conflict of Laws. An Ontology of the In-Between, en: *RabelZ*, 2023, No. 87, pp. 433 ss., especialmente p. 436.

*Cartesian, non-linear, non-rationalist, non-modern penumbra lurking underneath the assertedly scientific project of rationalist global governance*”, una ontología del espacio intermedio que permite al Derecho internacional privado habitar productivamente la heterogeneidad de mundos normativos en lugar de aplanarla. En ese sentido, la ciénaga no es un defecto del sistema sino su potencial más profundo referido, en su opinión, la capacidad de “*resonate with deep-ecological descriptions of the world as biodiversity and entwinement*”<sup>66</sup>.

Pero hay dos ciénagas, y conviene no confundirlas. La ciénaga ontológica que Muir Watt rehabilita es filosóficamente fértil; la ciénaga normativa que producen las normas de conflicto materialmente orientadas pero técnicamente inmanejables es prácticamente estéril. El juez desbordado que no termina de entender qué criterio debe aplicar primero, y el consumidor desorientado que no comprende qué derecho lo protege ni en qué condiciones, no habitan un espacio intermedio rico en posibilidades, habitan un laberinto sin salida visible. Hay, pues, una tensión irresuelta entre el deseo legítimo de dotar a la norma de conflicto de un objetivo teleológico, abandonando la cuestionada neutralidad, y la necesidad igualmente legítima de que esa norma sea inteligible, operable y, sobre todo, humana. Abandonar la neutralidad es necesario; producir oscuridad a cambio no lo es.

Quizá un ejemplo, me ayude a hacer esta idea más clara. Tomaré como ejemplo la proyectada regulación de la protección del consumidor internacional contenida en la Propuesta Buenos Aires<sup>67</sup>. El artículo 8 de este instrumento consagra la denominada cláusula de corrección material, la cual, en mi opinión, ilustra esta tensión con particular nitidez. La norma establece que el Derecho indicado como competente por la Convención—que depende, de hecho, de una compleja conexión en cascada— puede no ser aplicado “en casos excepcionales, si, teniendo en vista todas las circunstancias del caso, la conexión con el Derecho indicado como aplicable resultara superficial y el caso se encontrara más estrechamente vinculado con otro Derecho más favorable al consumidor”.

La disposición acumula, en una sola oración, dos exigencias de naturaleza distinta y con objetivos notoriamente diferentes. La primera tiene carácter conflictual y es la vinculación estrecha con un ordenamiento distinto del competente, lo que configura una cláusula de escape; y la segunda de carácter material, la mayor favorabilidad de ese otro Derecho más vinculado para el consumidor, propia de la lógica tuitiva que inspira todo el proyecto de Convención. El juez que aplica esta cláusula no debe simplemente identificar el Derecho más conectado con el caso, ni simplemente el más favorable, el juez debe encontrar aquel que sea simultáneamente

<sup>66</sup> Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws...*, ob. cit., pp. 438 y 443.

<sup>67</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA), Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Consejo Permanente. *Propuestas de los Estados Miembros para la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII). Tema I: Protección del Consumidor: Brasil, versión simplificada* (“Propuesta Buenos Aires”). Propuesta conjunta de los Gobiernos de Brasil, Argentina y Paraguay. CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr. 1. Washington D.C.: OEA, 19 de marzo de 2010, en: <https://sl1nk.com/lk4g4oj>

más conectado y más favorable, en un ejercicio comparativo que presupone conocer el contenido de varios ordenamientos jurídicos, ponderar sus vínculos fácticos con la situación concreta y evaluar cuál de ellos ofrece mayor protección al consumidor. Todo ello “teniendo en vista todas las circunstancias del caso”, fórmula que, lejos de orientar, abre una discrecionalidad casi ilimitada.

Van Den Eeckhout advierte precisamente este riesgo cuando señala que las normas que pretenden proteger a las partes débiles o que pretenden haber creado un equilibrio entre intereses pueden igualmente prestarse al uso estratégico por la parte poderosa y derivar en fenómenos de mero *window dressing*<sup>68</sup>. Una cláusula de corrección tan abierta como la del artículo 8 es, en este sentido, un terreno fértil para la litigación estratégica, de manera que el proveedor sofisticado puede invocarla para desplazar el Derecho del domicilio del consumidor, considerado por la propia Convención, *prima facie*, como el más favorable, hacia otro ordenamiento que, presentado hábilmente como “más estrechamente vinculado”, ofrezca en realidad condiciones más ventajosas para sus intereses. La favorabilidad, en abstracto, es un concepto que no se determina solo, requiere comparación, y la comparación la realiza quien tiene recursos para litigar.

El problema de fondo es que la persona concreta, en este caso el consumidor que compró un paquete turístico por internet, que firmó un contrato de tiempo compartido en una feria, que recibió publicidad dirigida desde otro país, queda atrapado, precisamente, en esa ciénaga que el Derecho internacional privado pretendía drenar. La norma que debía protegerlo se convierte en el escenario de una disputa técnica sobre la “superficialidad” de la conexión y la gradación de la favorabilidad, conceptos que ningún consumidor medio puede comprender y que ni siquiera todos los jueces están en condiciones de resolver con certeza. Como señala Muir Watt, el multilateralismo clásico al menos ofrecía la ilusión de un punto de vista arquimediano, externo y estable<sup>69</sup>; la norma teleológicamente orientada pero técnicamente inmanejable no ofrece ni eso, al sustituir la falsa neutralidad por una complejidad real que, en la práctica, favorece a quien puede costearse el tránsito por el laberinto.

La lección que puede extraerse no es un retorno acrítico al mecanismo savigniano, cuya pretensión de neutralidad ha sido suficientemente desacreditada, sino la exigencia de que la teleología protectora se traduzca en normas que sean, además de justas en su objetivo, operables en su diseño. Una norma de conflicto orientada a la protección material del consumidor cumple su finalidad no cuando ofrece al juez la mayor discrecionalidad posible, sino cuando le entrega criterios claros, jerarquizados y predecibles que permitan llegar al resultado protector sin necesidad de recorrer toda la ciénaga. El Derecho internacional privado puede y debe tomar partido por los débiles; pero hacerlo inteligentemente es también una forma de protegerlos.

<sup>68</sup> Van Den Eeckhout, *Private International Law...*, ob. cit., p. 7.

<sup>69</sup> Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws...*, ob. cit., p. 446.

La crítica a la neutralidad del Derecho internacional privado y la advertencia sobre la complejidad inmanejable de las normas teleológicamente orientadas encuentran una manifestación particularmente aguda en el Principio 5 de los Principios UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho Privado<sup>70</sup>, dedicado a la determinación del Derecho aplicable a tales activos. Lo que hace especialmente revelador este ejemplo no es que se trate de una norma de protección del débil, como la cláusula de corrección material de la Propuesta Buenos Aires, sino que ni siquiera pretende serlo. Se trata de una norma técnica de coordinación, y aun así produce una complejidad que devora a la persona que debería ser su centro.

El punto de partida del Principio 5 es, paradójicamente, un acto de honestidad epistemológica. El Comentario 5.4<sup>71</sup> reconoce que los factores de conexión tradicionales del Derecho internacional privado, que suponen la localización de personas, oficinas, actividad o activos, “*usually have no useful role to play in the context of the law applicable to proprietary issues relating to digital assets*”, porque los activos digitales son intangibles. El enfoque savigniano, que construyó su pretendida neutralidad sobre la localización geográfica de la relación jurídica, llega aquí a sus límites estructurales. Como señala Muir Watt, el multilateralismo clásico solo funcionó fluidamente como mecanismo de coordinación dentro de un marco de estructuras jurídicas epistemológicamente homogéneas<sup>72</sup>; cuando el objeto jurídico por su propia naturaleza no tiene un lugar, toda la arquitectura colapsa.

La solución adoptada en el Principio 5(1) es una cascada (*waterfall*) de factores de conexión: primero, el Derecho elegido en el propio activo digital; segundo, el Derecho elegido en el sistema en que el activo está registrado; tercero, el Derecho de la sede estatutaria del emisor (*issuer*), si es fácilmente identificable por el público; y cuarto, en defecto de todo lo anterior, amplia libertad del foro entre dos opciones, cada una con su propia sub-cascada interna. El Comentario 5.1 declara que el objetivo es “*improve the clarity and legal certainty surrounding the issue of conflict-of-laws to the greatest possible extent*”<sup>73</sup>. La promesa es razonable; la factibilidad de su cumplimiento, discutible.

Los dos primeros escalones de la cascada —Principios 5(1)(a) y 5(1)(b)— se basan explícitamente en la autonomía conflictual<sup>74</sup>. Toda persona que opera con el activo digital se considera que ha consentido a la ley especificada, bien en el activo, bien en el sistema, por el solo hecho de interactuar con el sistema. Quien crea el activo o el sistema, usualmente una entidad con enorme poder económico y sofisticación técnica, elige el Derecho aplicable; el usuario, el adquirente minorista, el inversor no sofisticado que compra un token no elige nada:

<sup>70</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*, Rome, UNIDROIT, 2023, en: <https://sl1nk.com/2skncau>

<sup>71</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., p. 42.

<sup>72</sup> Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws*..., ob. cit., p. 436.

<sup>73</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., p. 41.

<sup>74</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.5, p. 42.

simplemente “consiente” porque la información estaba “*readily available for review*”<sup>75</sup>. La autonomía de la voluntad opera aquí en una sola dirección y no es este un problema nuevo. Van Den Eeckhout identificaría este mecanismo como uno de los fenómenos que pretenden haber creado un equilibrio entre intereses pero que en su funcionamiento real se prestan al uso estratégico por la parte poderosa, con lo cual, la disponibilidad técnica de la información se presenta como consentimiento informado, cuando no es sino otra forma de *window dressing*<sup>76</sup>. Podría incluso afirmarse que, en definitiva, quien escribe el código elige el Derecho aplicable.

El tercer escalón, el Principio 5(1)(c), introduce la sede estatutaria del emisor como factor de conexión, justificado por razones de certeza: es más fácilmente identificable que la administración central o el centro de intereses principales<sup>77</sup>. El argumento es correcto en abstracto, pero abre una vulnerabilidad que los comentarios apenas rozan: en el fondo, el factor de conexión, aparentemente neutral y objetivo, puede traducirse en una elección encubierta realizada por la parte más fuerte antes de que exista siquiera la relación jurídica con el adquirente.

Cuando ninguno de los escalones anteriores opera, el Principio 5(1)(d) otorga al Estado del foro libertad considerable para escoger la norma de conflicto entre las opciones A y B, ambas con sub-cascadas propias, y en ambos casos contemplando la aplicación directa de los propios Principios UNIDROIT como Derecho sustantivo aplicable, justificada porque “*these Principles are generally accepted on an international level as a neutral and balanced set of rules*”<sup>78</sup>, lo que en el fondo coincide con la definición de “normas de Derecho” —en franca alusión a los diversos componente de la *Lex mercatoria*— contenida en el artículo 3 de los Principios de La Haya sobre Elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales<sup>79</sup>.

En definitiva, el resultado acumulado es una norma de conflicto cuya aplicación exige al juez, al menos en su primer parte, determinar si el activo especifica un Derecho aplicable; verificar si el sistema lo hace; verificar si existe un *issuer* conforme a los cinco criterios acumulativos del Principio 5(2)(f), y aplicar entonces el Derecho de la sede estatutaria<sup>80</sup>; y, finalmente, en caso de que estos criterios no puedan determinarse, aplicar la opción que su Estado haya elegido entre A y B, con su propia sub-cascada; y todo esto antes de siquiera llegar a la cuestión sustantiva. La persona concreta que debería ser el centro del Derecho internacional privado, es decir, el adquirente de activos digitales, frecuentemente un particular no sofisticado, desaparece en la profundidad de una ciénaga que, esta vez, no tiene ni siquiera la excusa de perseguir un

<sup>75</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.5, p. 42.

<sup>76</sup> Van Den Eeckhout, *Private Internacional Law*..., ob. cit., pp. 7-8.

<sup>77</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.9, p. 44.

<sup>78</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.11, p. 46.

<sup>79</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya, 2016, en: <https://sl1nk.com/id6lcb5>

<sup>80</sup> UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.10, pp. 44-45.

objetivo de protección: es la ciénaga de la complejidad técnica pura, igualmente inaccesible para el justiciable que la ciénaga de la favorabilidad material.

No estoy con este planteamiento proponiendo un retorno al clásico método conflictual y sus rígidos factores de conexión, menos aún frente al complejo mundo digital. Lo que busco es poner de manifiesto que la complejidad de la norma no es un indicador de su sofisticación jurídica, ni de su eficacia protectora, sino con que con frecuencia es más bien todo lo contrario, es el síntoma de que el legislador, estatal, convencional o transnacional, quizá no ha terminado de decidir qué quiere y se ha refugiado en la técnica para diferir esa decisión. Así, el Derecho internacional privado habrá cumplido su función cuando la norma resultante puede ser entendida por quien más la necesita. De lo contrario, no ha abandonado la ciénaga, simplemente la ha profundizado.

Si el recorrido anterior ha mostrado que la complejidad normativa puede devorar a la persona que la norma pretende proteger, la *Zweistufentheorie* o teoría de los dos escalones ilustra un problema distinto pero igualmente preocupante, pues ya no es el legislador quien produce la complejidad mediante normas de arquitectura sofisticada, sino la doctrina que, en su intento de corregir la rigidez del mecanismo conflictual clásico desde adentro, construye un instrumento técnico tan complejo que el resultado práctico es el mismo.

La teoría de los dos escalones hunde sus raíces en la *datum-theorie* de Ehrenzweig<sup>81</sup>, quien estableció la distinción, conceptualmente muy atractiva, según la cual, una cosa es aplicar el Derecho extranjero, aceptando las consecuencias que se derivan de esa aplicación, y otra muy distinta es simplemente tomarlo en consideración como dato o elemento de interpretación del Derecho declarado competente por la norma de conflicto. Desarrollada posteriormente por Hessler, la idea adquiere su forma más elaborada al declarar que el Derecho extranjero desechado por la norma de conflicto no desaparece del razonamiento judicial, sino que reaparece como elemento material de interpretación del ordenamiento declarado aplicable. De ahí su nombre: el primer escalón es la localización del ordenamiento aplicable hecha por la norma de conflicto; y, el segundo escalón es la modulación interpretativa de ese ordenamiento a la luz de los Derechos que, sin ser aplicables, mantienen vínculos significativos con la situación<sup>82</sup>.

La motivación de esta teoría responde a la preocupación por los múltiples contactos que puede presentar la relación con Derechos que no son tomados en cuenta por la norma de conflicto, a la vez que cuestiona el mecanismo de todo-o-nada del Derecho internacional privado clásico, según el cual solo un ordenamiento es competente, mientras todos los demás resultan

<sup>81</sup> Ehrenzweig, Albert, Local and moral data in the conflict of law, en: *Buffalo Law Review*, 1966, No. 16, pp. 55 ss. Ver también Jayme, *Identité culturelle et intégration...*, ob. cit. p. 88.

<sup>82</sup> Hessler, Hans-Joachim, Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts, en: Serick, Niederländer, Jayme, *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, 1986, 137 ss.

excluidos, lo cual podría producir resultados de una rigidez que ningún operador jurídico razonable consideraría equitativa.

Tres decisiones del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 1983 y 1984, sobre despidos de trabajadores procedentes de China, Marruecos y Turquía, ilustran vívidamente este punto<sup>83</sup>, particularmente el último de los casos referidos. Se trató de la solicitud, hecha por el trabajador turco para ausentarse un día de su puesto de trabajo, con el objeto de cumplir con las obligaciones derivadas de la fe islámica que profesaba. En este caso, la aplicación mecánica del Derecho neerlandés, como Derecho del lugar de prestación de servicios, sin ninguna modulación por el elemento cultural y religioso que el caso presentaba, produciría un resultado que la propia *Lex fori* difícilmente podría justificar desde sus propios valores de equidad. El Tribunal, acertadamente, no se resignó a esa rigidez.

La internacionalidad de la relación aparece también como una justificación para la procedencia de la teoría, pues esta, según afirma Sánchez Lorenzo,

introduce además una relatividad material de los valores y criterios de oportunidad. En efecto, todo sistema jurídico obedece a un plan de reglamentación, a unos objetivos y valores que son susceptibles de modulación cuando en el supuesto se introduce un elemento de tal relevancia como es la intencionalidad. La jurisprudencia de valores del DIPr no solo se enfrenta el problema de escoger unas pautas de valoración en uno u otro sistema, sino en mediatizar su orientación a valores conforme a la especialidad que introduce la internacionalidad del supuesto<sup>84</sup>.

Pero el mérito del resultado no debe ocultar la complejidad del camino. La *Zweistufentheorie*, examinada con atención, introduce en el razonamiento judicial una operación de una delicadeza extraordinaria: el juez debe, en el segundo escalón, determinar qué elementos del Derecho extranjero desechado serán “tomados en consideración”, en qué medida inciden sobre la interpretación del Derecho aplicable, y con qué intensidad modulan el resultado. Ninguno de estos pasos tiene criterios claros. La propia doctrina advierte que mientras mayor sea el número de ordenamientos relacionados con el caso, menor será la posibilidad de recurrir a la *Zweistufentheorie*<sup>85</sup>, porque los vínculos con esos ordenamientos serán más débiles y la vocación orientadora de cada uno de ellos se diluirá. La teoría, en consecuencia, solo funciona con fluidez cuando la dispersión legislativa se reduce a dos ordenamientos, entre los cuales la norma indirecta escoge uno y el otro mantiene plena vocación interpretativa.

Esta limitación estructural es, en realidad, una confesión implícita de los límites del instrumento. En un mundo donde una sola relación jurídica puede presentar contactos

<sup>83</sup> Decisiones citadas por Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1993, p. 313.

<sup>84</sup> Sánchez Lorenzo, Sixto, Posmodernismo y Derecho internacional privado, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, Vol. 47, No. 2, pp. 557 ss., especialmente p. 564.

<sup>85</sup> Álvarez González, Santiago, Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa, en: *Revista de Derecho Privado*, 1995, No. 718, pp. 768 ss., especialmente p. 794.

significativos con tres, cuatro o más ordenamientos, la *Zweistufentheorie* pierde precisamente su utilidad en los casos donde podría resultar más necesaria, aquellos en los que la complejidad de los vínculos internacionales es mayor y la rigidez del mecanismo conflictual produce los resultados más inequitativos. El trabajador migrante que presta servicios en varios países consecutivos, el consumidor digital que contrata los servicios en otro Estado, a través de una plataforma cuyo servidor está en un tercer país, el usuario de activos digitales cuyo emisor ha establecido su sede estatutaria en una jurisdicción de conveniencia. En todos estos casos, la teoría de los dos escalones puede llegar tarde y con pocas herramientas.

Más aún, el segundo escalón plantea un problema que la doctrina no siempre afronta con suficiente claridad, y que está referido a la “toma en consideración” del Derecho extranjero como elemento interpretativo del Derecho competente. Se trata de una operación que exige al juez un conocimiento del Derecho extranjero equivalente al que requiere su aplicación directa, con los conocidos problemas que ellos genera. El juez debe conocer la norma turca sobre ausencias laborales por motivos religiosos; la norma marroquí sobre las obligaciones familiares que justifican desplazamientos al país de origen; la norma china sobre las concepciones de la relación laboral; aunque necesita estas normas no para aplicarlas, sino como meros datos o elementos materiales, cuyo peso en la interpretación queda entregado a su propia discrecionalidad.

La ciénaga no desaparece, simplemente cambia de forma. En lugar de la complejidad normativa de la cascada del Principio 5 de los Principios UNIDROIT, o de la acumulación de criterios del artículo 8 de la Propuesta Buenos Aires, el operador jurídico enfrenta ahora la complejidad hermenéutica de un segundo escalón cuyas reglas de juego nadie ha terminado de definir.

Muir Watt diría que es un intento de habitar el espacio intermedio entre ordenamientos sin la arquitectura ontológica necesaria para hacerlo de forma ordenada<sup>86</sup>; Van Den Eeckhout señalaría que la discrecionalidad judicial no controlada puede convertirse en otra puerta de entrada para el uso estratégico por la parte más poderosa, que dispone de mejores recursos para argumentar en ese espacio abierto<sup>87</sup>.

El Derecho internacional privado se encuentra así atrapado entre dos posibilidades igualmente insatisfactorias: el mecanismo savigniano que produce rigidez y resultados inequitativos y los correctivos materiales que son complejos y pueden generar incertidumbre. La persona concreta, que es a la vez el origen y el destino de todo el sistema, queda en ambos casos expuesta, en el primero, a la injusticia de la norma; en el segundo, a la opacidad del proceso que pretende corregir esa injusticia. La búsqueda de una norma de conflicto que sea a la vez

---

<sup>86</sup> Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws...*, ob. cit., p. 439.

<sup>87</sup> Van Den Eeckhout, *Private International Law...*, ob. cit., p. 7.

justa en su objetivo, clara en su operación y accesible en su resultado sigue siendo, en este sentido, el horizonte irrealizado del Derecho internacional privado contemporáneo.

**Conclusión: por un Derecho internacional privado que sirva a la persona sin ahogarla en la técnica**

En el capítulo 2 de la temporada 11, de la serie “*The Big Bang Theory*”, titulado “La reacción de la retractación”, tras frustrarse por la falta de avances en la teoría de cuerdas y la física de partículas, el personaje Leonard Hofstadter afirma que “la física teórica está muerta”. No es mi intención plantear una idea semejante respecto del Derecho internacional privado. No. El Derecho internacional privado está vivo, pero necesita resolver la tensión entre la justicia material que la norma de conflicto debe perseguir y la claridad operativa sin la cual esa justicia permanece como promesa abstracta, inaccesible para quienes más la necesitan.

El diagnóstico es claro. La norma de conflicto no fue nunca neutral. Van Den Eeckhout lo demostró desde la funcionalidad: toda regla de conflicto tiene efectos distributivos concretos, favorece o dificulta la protección de los débiles, libera o regula, independientemente de que se presente con el ropaje aséptico de la localización geográfica. Muir Watt lo demostró desde la ontología: el multilateralismo clásico no es un sistema de coordinación equidistante sino un dispositivo que ha contribuido históricamente a jerarquizar mundos jurídicos, a imponer las categorías del centro sobre las de la periferia, a silenciar formas de vida y de Derecho que no encajan en sus categorías. La neutralidad, en ambas lecturas, no es una virtud técnica sino una ficción que opera políticamente: oculta preferencias, naturaliza jerarquías y exime al legislador de la responsabilidad de elegir.

Pero este recorrido también ha mostrado que el remedio puede ser peor que la enfermedad. Cuando la doctrina y el legislador, conscientes de esa ficción, han intentado dotar a la norma de conflicto de objetivos materiales explícitos —proteger al consumidor, favorecer al trabajador, evitar el daño previsible—, han producido con frecuencia normas de una complejidad que las hace inaccesibles para el juez con una carga considerable de trabajo y, sobre todo, para la persona que debería ser su beneficiaria.

Es una especie de doble fracaso, la norma ciega que no ve personas y la norma compleja que las ahoga en técnica. Entre ellas es necesario articular una exigencia que este trabajo ha intentado sostener desde el principio y que conviene formular ahora con toda la claridad posible: el Derecho internacional privado necesita normas que tomen partido sin perderse en el laberinto de esa decisión.

Tomar partido significa reconocer que detrás de cada norma de conflicto hay una elección política sobre quién merece protección y en qué circunstancias. Significa que el legislador tiene la obligación de declarar esa elección con honestidad, en lugar de esconderla bajo la supuesta neutralidad de un factor de conexión solo “geográfico” o bajo la aparente tecnicidad de

una cascada de criterios. Significa que la norma de conflicto puede y debe proteger al consumidor, al trabajador, a la víctima del daño transfronterizo, al adquirente de activos digitales no sofisticado, pero no porque esa protección sea un desvío del método conflictual, sino porque es su razón de ser más profunda.

El llamado que este trabajo quiere dejar formulado es, en definitiva, uno de artesanía jurídica responsable. Que los legisladores a cargo del diseño de normas de conflicto se pregunten no solo qué objetivo persiguen, sino también si la norma que construyen puede ser aplicada por un juez ordinario con los recursos de un proceso ordinario, y si la persona que debería beneficiarse de ella puede llegar a comprender, aunque sea aproximadamente, qué protección le ofrece y en qué condiciones. Que los académicos que diagnostican la complejidad creciente del Derecho internacional privado contemporáneo no se conformen con celebrarla como signo de sofisticación intelectual, sino que asuman la responsabilidad de proponer simplificaciones que no traicionen el objetivo material. Que quienes trabajan en la codificación internacional recuerden que el destinatario final de su trabajo no es el comparatista que leerá los comentarios, sino el juez que aplicará la norma a las tres de la tarde de un martes con cuarenta expedientes pendientes, y la persona que espera su decisión sin entender muy bien por qué el Derecho de otro país tiene algo que decir sobre su vida.

El Derecho internacional privado ha tardado mucho en bajar los ojos desde el cielo de los conceptos hasta el suelo donde camina esa persona. No puede permitirse el lujo de seguir mirando hacia arriba. La norma de conflicto no es neutral, y eso está bien porque significa que puede elegir, que puede comprometerse, que puede proteger. Pero tampoco puede ser un abismo. Porque un abismo, por más justificado que esté en su génesis intelectual, por más elegante que sea su arquitectura técnica, sigue siendo, para quien cae en él, simplemente un abismo.