

TEMA VI.

PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

-I- DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

-1- Sucesión en el tiempo de las normas reguladoras del

foro

-2- Concreción temporal del punto de conexión de las

normas de conflicto: el conflicto móvil.

-3- Sucesión en el tiempo del derecho material extranjero

designado por la norma de conflicto del foro.

-II- DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

-1- El problema de la calificación del supuesto de la norma.

-2- La determinación del punto de conexión.

-3- El conflicto de calificaciones.

-III- EL FRAUDE A LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

-1- La noción de fraude y su alcance en derecho

internacional privado.

-2- La sanción del fraude a las normas de derecho

internacional privado.

-IV- LA CUESTIÓN PRELIMINAR EN LAS RELACIONES JURÍDICAS COMPLEJAS:

-1- Las cuestiones prejudiciales en el derecho

internacional privado y el problema de la cuestión previa.

-2- Las cuestiones prejudiciales y la necesaria armonización

de distintos derechos materiales.

-I- DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

En el derecho internacional privado la acción del factor tiempo tiene una importancia básica , y es q todo ordenamiento jurídico está sujeto a cambios , y por tanto toda norma tiene limites temporales. En el derecho internacional privado estos cambios pueden producirse en cualquiera de los ordenamientos en presencia. De ahí q puedan surgir al menos dos problemas de derecho transitorio: 1.º el cambio de las normas del derecho internacional privado de la *lex fori* ;el 2.º el cambio en el derecho extranjero aplicable por la norma de conflicto del foro.

Otro problema q tb afecta al factor tiempo , es el llamado *conflicto móvil* , q consiste en fijar el momento en q opera la determinación del factor de conexión cuando este es variable.

-1-Sucesión en el tiempo de las normas reguladoras del foro.

Las normas de derecho internacional privado del foro, tanto las materiales como las de conflicto , están sujetas a cambios , y , por tanto , pueden plantear problemas de derecho transitorio .Al igual q en cualquier otra norma de nuestro derecho , este problema ,está afectado por la CE de 1978 y por las soluciones generales q el ordenamiento jurídico español ofrece en la materia.

La CE tiene valor normativo inmediato .Ello implica la aplicación inmediata de aquellos de sus preceptos q pueden calificarse de perfectos o completos, al mismo tiempo q fuerza a la interpretación de todo el ordenamiento jurídico a la luz de sus principios inspiradores. Podría considerarse q la misma promulgación de la CE supone un cambio normativo, por obra del interprete, en todas aquellas normas del ordenamiento q sean contrarias a ella y en particular a su artículo 14 .Además el texto constitucional puede tener un débil efecto retroactivo en relación con las leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y q no hubiesen agotado sus efectos con anterioridad a su promulgación.

Respecto a las soluciones de nuestro derecho ,tanto en cuanto a las normas de conflicto como a las materiales de derecho internacional privado, la doctrina y la JP españolas se inclinan por su sometimiento a las normas generales transitorias del foro. Esta solución ha sido discutida respecto a las normas de conflicto, durante casi un siglo, habiéndose defendido frente a ella dos tesis diferentes:

La tesis de la retroactividad- q busca eludir el juego normal del derecho transitorio del foro en torno a dos argumentos: -1- su carácter de normas sobre la competencia legislativa en q plasma un interés público del estado .-2- su carácter de normas no aptas para crear derechos subjetivos de los particulares q deban ser respetados por el nuevo ordenamiento jurídico.

La tesis intermedia q propugna un derecho transitorio propio de las normas de conflicto- en cuya virtud se aplicará siempre el nuevo sistema a las relaciones q no hubieran tenido contacto previo con la *lex fori* . Si hubiera existido un contacto con el foro , sería de desear q la nueva norma de conflicto no se aplicara cuando trajera consigo una reglamentación diferente a la q se hubiera logrado con la derogada norma de conflicto.

En la línea de pensamiento señalada en último lugar la profesora Pérez Vera dice q hay q distinguir entre situaciones instantáneas o perfectamente localizadas en un tiempo en el q agotan sus efectos jurídicos ,en cuyo caso la aplicación del principio general de irretroactividad es perfectamente plausible , y la reglamentación de los efectos jurídicos sucesivos unidos a una situación duradera o permanente. En este segundo supuesto , la regla general del derecho transitorio conducirá a la aplicación directa de la nueva ley a los efectos q se realicen después de su entrada en vigor. Tal aplicación puede implicar una alteración grave en las legítimas expectativas de los particulares q normalmente aspiran a q un derecho único rija sus relaciones. Todo ello en aras de la búsqueda de la unidad inmediata de la legislación en el interior de un ordenamiento jurídico.

Parece razonable q, en su aplicación, a las normas de conflicto , los principios generales del derecho transitorio sean corregidos, recurriendo a consideraciones como la armonía internacional de decisiones, el *favor negotii*, la atención a posibles derechos adquiridos , la equivalencia de los resultados...

-2- Concreción temporal del punto de conexión de las normas de conflicto : el conflicto móvil.

Se llama conflicto móvil al problema planteado por un cambio en las circunstancias q sirven para precisar o concretar el punto de conexión de una norma de conflicto , de tal manera q una situación dada quede sucesivamente sometida a dos sistemas jurídicos diferentes. De ahí q este problema no surja en aquel tipo de conexiones q bien son inamovibles por ser estrictamente territoriales o cuando agoten inmediatamente sus efectos. Cuando el cambio en la conexión sea posible , ese cambio puede ser consecuencia de una voluntad fraudulenta de las partes o bien consecuencia de un cambio real , bien sea en la nacionalidad, la residencia...

- SOLUCIONES-

-1.^a - propugna la aplicación del derecho transitorio del foro. En su apoyo alega q no existe gran diferencia entre el cambio de las normas del foro y el problema q plantea conflicto móvil.

-2.^a - La aplicación de la teoría de los derechos adquiridos , pero su aplicación resulta incierta ,ya q resulta difícil determinar la extensión en q debería ser respetado el viejo derecho por la nueva legislación aplicable.

-3.^a - La aplicación de la última ley declarada competente conduce en la práctica a resultados muy parecidos a los alcanzados por la primera de las tesis expuestas . La nueva ley no podrá olvidar a la anterior si no q habrá de coordinarse con ella para evitar situaciones injustas.

Las 3 soluciones propuestas desembocan en una estimación casuística concreta , en q lo importante es atender a la naturaleza de la relación y a la distinción entre validez del acto y la continuidad y le carácter de sus efectos .Si la validez ha de mantenerse inalterada en cuanto a los efectos jurídicos podría distinguirse entre los q tienen una realización temporal concreta y los q se prolongan en el tiempo ,respecto de los cuales la doctrina se inclina por la ley señalada en la última conexión.

El conflicto móvil incidente en la aplicación de la norma de conflicto , ha de resolverse , en definitiva, atendiendo a una interpretación de la norma de conflicto .De ahí q la mejor solución sea preventiva; es decir, q sea la misma norma de conflicto la q establezca las consecuencias de la alteración de la concreción del o de los puntos de conexión q incorpora.

Por cuanto se refiere a nuestro sistema jurídico , la lectura del TIT. PREL. Del CC. Muestra q esta fue una de las preocupaciones básicas del legislador español en 1974 como prueban los artículos 9 y 10.

-3- Sucesión en el tiempo del derecho material extranjero designado por la norma de conflicto del foro.

El problema en este caso radica en la solución a adoptar ante una modificación del derecho material extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto del foro.

La solución está en la aplicación de las normas transitorias del ordenamiento reclamado .Esta solución no está recogida de forma expresa en el derecho internacional privado español, pero el respeto a la integridad del derecho extranjero, principio aceptado por nuestro sistema parece implicarlo.

• EXCEPCIONES-

-1.^a - Cuando no pueda conocerse el alcance y contenido de la regla transitoria extranjera

-2.^a - cuando las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad , hayan incorporado al contrato disposiciones extranjeras, q seguirán siendo ley del contrato pese a las transformaciones q tales disposiciones hayan podido sufrir con posterioridad en el derecho del q fueron extraídas.

-3.^a- Cuando el derecho transitorio de la lex causae sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

-4.^a- finalmente podría pensarse q tb pueden configurarse como una excepción los supuestos en q la situación litigiosa ha roto su vinculación con el ordenamiento jurídico extranjero antes de la modificación legislativa de éste.

En todos estos casos la solución más generalmente aceptada sería el estar al derecho transitorio de la lex fori.

-II- DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

En un litigio con elemento extranjero ,el juez, enfrentado a las pretensiones de las partes, ha de proceder en primer lugar a definir el objeto de las mismas y elegir la norma de derecho internacional privado aplicable. En segundo lugar ha de determinar el punto de conexión q en la norma de conflicto vincula la situación con un orden jurídico concreto, de tal modo q a través de el aparezca el derecho material aplicable. Y finalmente ,ha de determinar dentro de ese derecho concreto , q parte del mismo es la destinada a regir la situación q se ha planteado.

-1-El problema de la calificación del supuesto de la norma:

Cualquier litigio le plantea al juez la necesidad de determinar q norma ha de aplicar a la cuestión planteada. Para ello ha de analizar las pretensiones de las partes y los hechos en los q se basan ,para pasar una vez identificados ,a una interpretación ,de las normas, a un análisis de su exacto contenido, q le permita establecer bajo cual de ellas se incluye el tema suscitado por las partes. En el ámbito del derecho interno este proceso es en muchas ocasiones inconsciente y automático .Ahora bien en derecho internacional privado se pueden plantear problemas específicos por la distinta configuración , tanto de las situaciones a subsumir como de los supuestos de las normas de conflicto.

PROBLEMAS:

-1.º- Se trata de incluir en los supuestos de las normas de conflicto de un ordenamiento concreto situaciones configuradas , al menos parcialmente ,en un sistema de derecho extranjero. Así el juez ha de proceder primero a conocer el significado de estas instituciones o conceptos, y en muchas ocasiones la extranjería de la situación hace necesario acudir al derecho extranjero para obtenerlo. Después el juez ha de preguntarse cual de las normas de conflicto es aplicable, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica q en el ordenamiento del foro tienen esas instituciones o conceptos. Solo en este momento podrá determinar si el supuesto de una u otra norma ha de enmarcar la institución extranjera q precisamente por aparecer inserta en una relación jurídica de tráfico externo aspira a producir ciertos efectos en el foro.

-2.º- Los supuestos de las normas de conflicto no son generalmente fácticos ,sino normativos: por ello la calificación recae frecuentemente sobre conceptos jurídicos no sobre hechos , y además sobre conceptos jurídicos q pueden ser extranjeros y estos supuestos son generalmente muy amplios. No es casual esta conformación de los supuestos ,sino q al tratar de dar respuesta al carácter específico las relaciones q regulan han de estar formados por categorías jurídicas amplias y elásticas q permitan atender mas a los aspectos generales de las instituciones q a los elementos concretos q las conforman ,de manera q pueden subsumir conceptos, instituciones o situaciones diferentes a lo internos. Esta amplitud de los supuestos conlleva dificultades de interpretación mayores ya q pueden solaparse unos y otros. En ocasiones para paliar esta dificultad se pueden introducir en el mismo supuesto instituciones q no existen en el ordenamiento al q pertenece la norma. Pero salvo casos muy determinados las instituciones extranjeras no se recogen en los supuestos de las normas ,por lo q la interpretación es necesaria. Delimitar el ámbito de aplicación de cada una de las normas de conflicto , limitar con precisión el contenido de sus supuestos a través de su interpretación no es tarea fácil, dada la diversidad de situaciones q pueden abarcar y de su complejidad , en ocasiones a caballo

entre distintas instituciones de derecho civil.

El hecho de q en los supuestos de tráfico externo haya varios ordenamientos en juego hizo surgir la duda en la doctrina de a cual de ellos correspondería calificar el objeto del litigio ,y es q si la calificación es divergente tb lo será la norma de conflicto elegida ,y posiblemente, el resultado material alcanzado.

Este conflicto, llamado de calificaciones por gran parte de la doctrina, permitió q el proceso calificadorio fuera utilizado, en ocasiones, por el juez para perseguir resultados materiales de justicia o para elegir por razones de comodidad, una norma de conflicto q condujera a la aplicación del derecho del foro. Hoy nadie discute q esta labor de calificación ha de realizarla el juez interpretando el supuesto de la norma de conflicto, atendiendo a los objetivos de política legislativa q ésta persigue, determinando su contenido a través de sus propias categorías jurídicas y acudiendo a las vías de integración previstas en su propio ordenamiento, sin tener en cuenta la naturaleza de las instituciones tal y como existen en otros sistemas jurídicos .Esta solución es la recogida en nuestro art 12.1.º, q dispone: la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre conforme a la ley española.

-2- La determinación del punto de conexión:

La determinación del punto de conexión es el 2.º del proceso. Una vez elegida la norma de derecho internacional privado aplicable , es necesario proceder a la concretización del punto de conexión q, en el caso de las normas de conflicto ,nos conducirá al orden jurídico concreto q ha de ser aplicado.

Tradicionalmente se ha hecho una distinción entre puntos de conexión fácticos y puntos de conexión jurídicos.

Los primeros no plantean problema alguno de método. Es en los 2.º donde pueden surgir problemas bien pq los ordenamientos en presencia de distintos significados al concepto jurídico utilizado como punto de conexión, bien pq la concretización del mismo plantee especiales dificultades. La doctrina mayoritaria está de acuerdo en q se trata de un problema de interpretación de la norma de conflicto q ha de ser resuelto por el sistema legal al q dicha norma pertenece. La excepción a este principio vendría dada por la conexión ,nacionalidad, q solo podría darla la lex fori cuando se trate de su propia nacionalidad. En los demás casos ,para determinar si un individuo tiene o no una nacionalidad extranjera habrá de estar a las leyes del estado en cuestión.

Otra dificultad puede surgir en el caso de puntos de conexión q pueden ser plurales.

Finalmente , en el supuesto de puntos de conexión abiertos o flexibles en los q el legislador enuncia un criterio de elección, la dificultad radicarà para le juez en encontrar en cada caso concreto la respuesta correcta.

-3-El conflicto de calificaciones:

Una vez elegida la norma de conflicto y determinado el punto de conexión ,nos encontramos ante la legislación q ha sido designada como la más adecuada para resolver el problema planteado. Ahora bien , tb dentro de este derecho es necesario individualizar las reglas concretas aplicables al supuesto, es ahí donde puede surgir el llamado conflicto de calificaciones q en este caso se refiere a la calificación de la norma reclamada.

Se puede considerar q el tribunal ,una vez elegida la norma de conflicto , y por tanto, el ordenamiento aplicable, ya no ha de preocuparse dela categoría jurídica a la q pertenece la norma reclamada; y es q ese, en definitiva, es un problema, cuya solución ha quedado predeterminada en la 1.ª fase. En la práctica a partir de ese momento cuando el tribunal del foro acude a la ley extranjera reclamada lo hace para resolver la existencia de un derecho, los incidentes q hayan podido modificarlo...en suma para resolver el tema en litigio bajo su jurisdicción ,aplicando la norma extranjera con independencia de la categoría jurídica a q pertenezcan en el

ordenamiento en el q se insertan. Si el caso planteado es lo suficientemente preciso, no se plantea, pues problema de calificación. Solo en casos excepcionales si el caso se ha planteado en términos amplios y , además, han sido dos o más las normas de conflicto aplicadas , y dos o mas derechos los reclamados, el papel del foro es mayor. Ante este verdadero conflicto de calificaciones ,el juez ha de proceder a una calificación de las normas sustantivas, determinado la esfera de aplicación de cada una de las leyes en presencia ,calificándolas de acuerdo a las categorías del foro para evitar q se produzca una laguna o cúmulo ante las diferentes calificaciones de los derechos en presencia.

Pero esta aplicación distributiva de leyes materiales distintas a un mismo problema, de manera q no se produzca un resultado injusto .es una labor q no puede resolverse a través de la calificación, sino de la adaptación .

El derecho español no nos aporta una respuesta clara a este problema aunq parte de la doctrina ha considerado q el artículo 12.1 contempla tb esta 2.ª parte del proceso.

-III- EL FRAUDE DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

-1- La noción de fraude y su alcance en derecho internacional privado:

El derecho internacional privado como orden normativo destinado a la regulación del tráfico externo , se ve afectado por problemas q son comunes a todas las ramas del derecho. Así ocurre con el fraude de ley como actuación q tiende a la realización de un acto jurídicamente regular para eludir la aplicación de determinados preceptos legales y q se contempla en el art 6.4CC. En derecho internacional privado esta institución adquiere perfiles específicos; Por su propio objeto es campo apropiado para su aparición debido a la facilidad para elegir la circunstancia q es condición de aplicación de un derecho, bien sea este nacional o extranjero . Se trata de jugar con dos o más ordenamientos jurídicos ,con la finalidad de evadir las normas imperativas de uno de ellos ,situándose al amparo de aquel q resulta más favorable.

La figura del fraude de ley no es recogida por muchas legislaciones. Se trata de una creación jurisprudencial q recibe distinto tratamiento en los diferentes países. En realidad el fraude es poco frecuente y su importancia radica en q es la única vía para sancionar conductas en las q la alteración de situaciones o hechos jurídicos ha creado tal apariencia de legitimidad, q es necesario justificar de algún modo la no aplicación del derecho en principio aplicable. Si esta aplicación no se produjera estaríamos simplemente en un acto contra la ley y no en fraude de ley.

-A- El fraude de ley en el campo de la ley aplicable ha sido considerado el autentico fraude de derecho internacional privado. Se trata de la utilización de una norma de conflicto para eludir el ordenamiento normalmente aplicable , y se define como la alteración maliciosa por alguna de las partes de la situación jurídica o de hecho utilizada por la norma de conflicto como punto de conexión ,de manera q el reclamo de la norma se hace a un derecho distinto a aquel q hubiera sido aplicable. El fraude de ley en este sentido se define en el art 12.4 CC q puede operar tanto en conflictos internacionales como en los internos.

Este tipo de fraude ,solo se concibe, pues respecto de aquellas normas de conflicto q utilicen conexiones susceptibles de ser modificadas materialmente por las partes como la nacionalidad.. No puede existir sin embargo cuando las conexiones de la norma de conflicto no son modificables por su naturaleza por obra de las partes, bien cuando la norma deje total libertad a las partes en la elección de la ley aplicable , aunq en este sector el fraude operaria internacionalizando falsamente el contrato, de manera q le sea aplicable la norma de conflicto.

La figura del fraude recogida en el art 12 .4 resulta en extremo restrictiva . Al contemplar unicamente el fraude a la norma material imperativa española , excluyendo por tanto el fraude a la norma de conflicto y tb a la norma extranjera. De tal modo q esta definición resulta superflua en nuestro ordenamiento: el art 6.4 recoge

tanto este tipo de fraude como su sanción.

-B- El fraude a las normas de nacionalidad puede llevarse a cabo tanto en la adquisición como en la pérdida o recuperación de la nacionalidad española. Nuestro CC solo sanciona expresamente en el art 24 el fraude en su adquisición aunq cabría extender la misma sanción a los demás casos . El supuesto más propenso al fraude será de adquisición de la nacionalidad española por residencia en España de un año si se casa con español o española. La conducta fraudulenta sería la celebración del matrimonio, conducta lícita en si misma ,pero fraudulenta si no se aceptan las condiciones esenciales del mismo y por tanto no se cumple el supuesto de la norma y si conducen a un resultado no querido por el ordenamiento español. La norma de cobertura será el art 22 CC ,y el ordenamiento defraudado, el español , pero evidentemente el fraude a las normas de nacionalidad está íntimamente ligado con el fraude a otras normas del ordenamiento, pues en muchos casos se acudirá al fraude en este sector cuando con la adquisición perdida de la nacionalidad española se pretende q le sean o no le sean de aplicación normas cuya condición de aplicabilidad es la nacionalidad ,bien sean civiles, administrativas...de modo q el fraude de las normas de nacionalidad seria generalmente instrumental, siendo la nacionalidad o la extranjería el medio de conseguir la aplicación o no de una determinada norma.

-C- El fraude a las normas de extranjería suele realizarse a través del fraude a las normas de nacionalidad y con la finalidad de evitar la aplicación de las primeras.

-D- El fraude más común y utilizado con mayor frecuencia es el q se realiza a las normas procesales de la competencia.

-2- La sanción del fraude a las normas de derecho internacional privado.

-A- en el área del derecho aplicable, la manipulación de la conexión ha supuesto, bien q la ley extranjera sea efectivamente aplicable , por lo q la sanción del fraude supone una excepción a la aplicación de un derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto del foro, bien q lo sea el ordenamiento español , por lo q la sanción consistirá en la no aplicación de este y si en cambio en la aplicación de la ley extranjera q hubiera sido aplicable si la manipulación del punto de conexión no se hubiera producido. En algunos casos podrá actuarse contra la manipulación del punto de conexión , pero en muchos otros no se puede actuar contra ella. En estos últimos supuestos se puede decir q la nacionalidad extranjera es inoponible , inoponibilidad q se traducirá desde la óptica del foro defraudado , en una prórroga de la aplicabilidad de su propio ordenamiento.

Este tipo de fraude en derecho español tb recibe sanción ,a través del art 6.4 CC, ya q el art 12.4 , q lo contempla, no lo menciona expresamente . Habrá de entender según la letra del art 12.4 q cuando el art 6.4 habla de la debida aplicación de la norma q se hubiera tratado de eludir no se refiere a la de conflicto ,sino a la norma concreta de derecho material q se hubiera tratado de eludir a través de la norma de conflicto , si bien esta interpretación iría más allá del art 12.4 q exige q la norma defraudada sea española. Una interpretación preferible sería la de considerar q el art 12.4 es únicamente una definición de un tipo especial de fraude y utilizar el art 6.4 en todos los otros supuestos de fraude de normas de conflicto. La sanción en este caso ,es decir, la debida aplicación de la norma q se hubiera tratado de eludir se referiría a la norma de conflicto , tal como se contemplaba antes de la manipulación de la norma de conexión , y a través de ella se aplicarán tanto las normas nacionales como las extranjeras q trataron de evadirse, procediéndose así de manera indirecta a sancionar el fraude de la norma extranjera.

-B- En el caso de fraude a las normas de nacionalidad ,sea o no este de carácter instrumental , el art 25 CC sancionará cons u pérdida a los q por sentencia firme fueren declarados incursos en falsedad ,ocultación o fraude en su adquisición , está misma sanción sería extensiva al caso de la recuperación y en el caso de pérdida fraudulenta.

Si el fraude a las normas de nacionalidad es instrumental , de tal modo q su finalidad fuese q le sean o no de aplicación las normas cuya condición de aplicabilidad es la nacionalidad , la sanción, del fraude, si no ha

operado ya en el estadio anterior consistirá en la aplicación de aquellas normas q se hubieran tratado de eludir bien sean estas administrativas, de extranjería, civiles, laborales...Si se operó ya respecto al fraude instrumental ,simplemente le serán de aplicación las normas q trata de evadir ,pq se cumplen de nuevo sus condiciones de aplicabilidad.

La misma sanción obtendría el fraude a las normas de extranjería , ya q suele realizarse a través del anterior.

–C– En el caso de fraude a las normas de competencia judicial , la sanción viene dada por la ineficacia en el foro de la decisión judicial extranjera denegando su reconocimiento.

–IV– LA CUESTIÓN PRELIMINAR EN LAS RELACIONES JURÍDICAS COMPLEJAS.

En el proceso de aplicación del derecho puede suceder q la cuestión litigiosa q se presenta al juez no pueda resolverse sin examinar antes otra cuestión , q constituye una condición de aplicación de la norma. En derecho interno es una cuestión q no presenta demasiadas complicaciones q puede resolverse bien dentro de una rama del derecho o acudiendo a otra. En derecho internacional privado el tema suscita más dificultades y en algunos casos dos problemas distintos: –1.º– la elección del sistema de derecho internacional privado q ha de ser aplicado a la cuestión incidental, –2.º– la posible armonización de los distintos derechos materiales a los q pueden verse sometidas las diferentes cuestiones del supuesto , y q es un problema común a todas las cuestiones prejudiciales de derecho internacional privado.

–1– Las cuestiones prejudiciales en el derecho internacional privado y el problema de la cuestión previa:

El juez enfrentado a una cuestión de tráfico externo, y una vez q ha determinado la norma material extranjera aplicable, encuentra en ella un concepto o categoría jurídica q ha de ser determinada ,ya q constituye la condición de aplicación de la norma reclamada. Este concepto o categoría conforma tb , por si misma, un supuesto de tráfico externo. El juez ha aplicado a la cuestión principal la norma de conflicto del foro ,pero para resolver la cuestión previa se encuentra con la duda de decidir a q sistema de derecho internacional privado ha de referirse: al del foro al del ordenamiento q rige la cuestión principal., El problema de la cuestión previa en nuestra disciplina consiste, en la elección del sistema de derecho internacional privado conforme al cual ha de resolverse la cuestión previa y , por tanto, en la posibilidad o no de derogar la aplicación normal del sistema de derecho internacional privado.

Las condiciones para q podamos hablar de cuestión previa en derecho internacional privado son 3: –1.º– la cuestión principal de acuerdo con la norma de conflicto del foro , ha de ser sometida a un derecho extranjero. Si el derecho aplicable a la cuestión principal resultase ser el del foro, el derecho aplicable a la cuestión previa vendría necesariamente determinado por su propio sistema de derecho internacional privado, y por tanto, no habria problema alguno de elección de sistema de derecho internacional privado. –2º– para q exista la duda de derecho internacional a elegir , la cuestión previa ha de ser resuelta ,según el sistema de derecho internacional privado del foro , por un sistema distinto a como sería según el sistema de derecho internacional privado aplicable a la cuestión principal. –3.º– La solución material al problema ha de ser distinta según la aplicación de uno u otro derecho. Si fuera la misma estaríamos ante un falso problema.

Los partidarios de la teoría de la cuestión previa se basan en diferentes argumentos entre ellos q la remisión q la norma de conflicto hace al derecho extranjero es a este en su totalidad , q tratándose la cuestión previa de una cuestión de interpretación de la norma extranjera aplicable o de un incidente a su aplicación , es el derecho extranjero el llamado a solucionarlo si no se quiere correr el riesgo de desnaturalizarlo; y tb q el alejamiento de la cuestión previa del derecho del foro, al haberse constituido generalmente la situación al amparo de un sistema extranjero de derecho internacional privado, hace incoherente su solución a través de las normas del foro. Finalmente el punto en el q mas a insistido la doctrina favorable a esta teoría es q esta lleva a obtener una armonía internacional de soluciones ,ya q la cuestión previa se resolveria por el foro de la misma forma q lo habria hecho el tribunal extranjero. La armonía interna tampoco quedaria afectada ,opinan ,

ya q la cuestión previa no es objeto de la demanda y el tribunal unicamente en uno de sus motivos declararía la nulidad del matrimonio , de acuerdo al derecho extranjero, en la medida en q ese derecho rige la sucesión y a estos solos efectos.

En contra de esta teoría , el argumento básico es su relativismo excesivo , pues dependiendo de cual sea la cuestión principal y de q ley se aplique la cuestión previa será solucionada de una manera o de otra. Decidida la cuestión principal y terminado el proceso ,podrá instar un nuevo proceso relativo unicamente a la cuestión previa ,ya q no habiendo sido objeto dela demanda, no goza de la eficacia de cosa juzgada. En segundo lugar, la obligación q existe en muchos sistemas jurídicos de aplicar de oficio la norma de conflicto del foro , parece debe extenderse a cualquiera de las cuestiones suscitadas en el juicio, y no unicamente a la principal.

El alejamiento de la cuestión previa del ordenamiento del foro no se da en todos los supuestos. (Pensemos en un matrimonio celebrado en España , y q para el ordenamiento frances fuese nulo .La aplicación de la teoria de la cuestion previa llevaria al sorprendente resultado de considerar nulo un matrimonio celebrado en pais del tribunal q conoce del asunto.)

Respecto al derecho positivo español, esta teoría ha sido siempre desconocida y tampoco existe JP en la q podamos basar alguna solución concreta a este problema .Ahora bien la obligación q existe en nuestro ordenamiento de aplicar de oficio la norma de conflicto del foro y la opinión doctrinal de q el limite máximo de aplicación de normas de conflicto extranjeras vien dada por el reenvio de retorno y la remisión a sistemas plurilegislativos , parecen excluir de nuestro sistema la teoría de la cuestión previa.

-2- Las cuestiones prejudiciales y la necesaria armonización de distintos derechos materiales:

Una vez q se ha elegido el sistema de derecho internacional privado q ha de regir la cuestión previa y por tanto una vez designados los derechos aplicables a ambas cuestiones , surge un segundo problema .Problema q no es propio únicamente de la cuestión previa, sino de toda cuestión prejudicial de derecho internacional privado, es decir, q surge siempre q la categoría jurídica o el concepto q es condición de aplicación de una norma material , aunq esta sea la del foro, haya de determinarse conforme a otro derecho. El problema es el de la integración en la norma material aplicable del concepto q es condición de aplicación dela misma y q ha sido configurado por un ordenamiento distinto. Se trata de la posibilidad de armonizar dos normas materiales de sistemas jurídicos distintos de la q una es condición de aplicación de la otra. En algunos casos esa armonización no es posible.

Hay otras áreas , sin embargo, denominadas de ajuste en q si es posible proceder a una armonización entre dos derechos.

Respecto al problema de la cuestión prejudicial de derecho internacional privado en derecho español no existe doctrina ni JP suficiente para dar una respuesta clara al problema . Los temas q se han planteado ante nuestros tribunales no se han planteado como cuestiones prejudiciales , bien sea pq las partes no han presentado la cuestión prejudicial en tiempo y forma , bien por otras razones.