

# Protección de los derechos fundamentales alemanes en la aplicación del derecho extranjero

*Dr. Adrian Hemler, LL.M. (Cambridge) \**  
*Universidad de Constanza, Alemania*

## I. Introducción

El presente análisis se centra en la protección de los derechos fundamentales alemanes en la aplicación del derecho extranjero. Sin embargo, es importante señalar que las estructuras metodológicas y teóricas examinadas están presentes de manera similar en prácticamente todos los estados del mundo. Se trata de un fenómeno universal que existe y debe existir en todos los estados con principios constitucionales formales o funcionales superiores. Por lo tanto, el tema puede describirse igualmente como la protección de principios constitucionales nacionales y de los derechos humanos en la aplicación del derecho extranjero. La referencia a la perspectiva alemana, a los derechos fundamentales alemanes y a los jueces alemanes sirve principalmente para ejemplificar una idea jurídica potencialmente universal.

Es útil esquematizar algunas ideas fundamentales sobre la aplicación del derecho extranjero ante los tribunales nacionales, ideas que probablemente no sean desconocidas para algunos. Normalmente, el juez nacional aplica su propio derecho, conocido como derecho del foro o *lex fori*. Sin embargo, esta observación tanto fáctica como jurídica es menos evidente de lo que puede parecer. El juez podría, en última instancia, decidir un asunto exclusivamente según su sentimiento de justicia o podría recurrir al derecho extranjero o histórico. El hecho de que el juez no haga esto está relacionado con una decisión jurídica que se manifiesta en forma del llamado derecho de la aplicación del derecho. Este derecho de la aplicación del derecho es «derecho sobre el derecho», meta-derecho, por así decirlo.

## II. El derecho de la aplicación del derecho y sus funciones

La función primaria del derecho de la aplicación del derecho es informar al juez nacional sobre cuándo debe aplicar derecho nacional. El derecho de la aplicación del derecho atiende a los llamados puntos de conexión, a través de los cuales se ordena la aplicación del derecho nacional en razón de circunstancias específicas de referencia en el supuesto de hecho. Un conocido punto de conexión es la ubicación territorial: en la medida en que el supuesto de hecho suceda en el territorio del propio estado, debe aplicarse el derecho nacional. Otros relevantes puntos de conexión son la nacionalidad o la residencia habitual de una persona. Cuando el derecho de la aplicación del derecho solo ordena la aplicación del derecho nacional, nos encontramos ante

---

\* El autor es investigador postdoctoral y candidato a la habilitación en la Cátedra de Derecho Civil, Derecho Internacional Privado y Comparado (Prof. Stürmer) en la Universidad de Constanza, Alemania. El artículo es la versión ampliada de una ponencia que el autor presentó el 4 de marzo de 2024 en la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Colombia, en el marco del Seminario Colombo-Alemán de la Universidad de Constanza, Alemania. Un agradecimiento especial al Sr. Brian Buchhalter Montero, LL.M. (Universidad Complutense de Madrid), por su valiosa ayuda en la preparación de partes de la traducción al español.

una norma unilateral<sup>1</sup> o, mejor, una norma del derecho de la aplicación del derecho que atiende a lo nacional, pues solo se ordenan las condiciones para la aplicación del derecho nacional. Estas normas unilaterales de aplicación del derecho normalmente no están escritas, de manera que podría tenerse la impresión de que, incluso, no existen. Por razones lingüísticas, lógicas y de teoría del derecho que no se abordarán aquí, estas normas unilaterales de aplicación del derecho deben existir en todo sistema jurídico y en todo ámbito del derecho. Así, en el derecho alemán hay, por ejemplo, una norma unilateral de aplicación del derecho, no escrita, que prescribe que es de aplicación el derecho público alemán de la construcción cuando se construya una edificación en territorio alemán. Por el contrario, el derecho alemán de policía es aplicable, generalmente, a las actuaciones administrativas de los policías alemanes en territorio alemán.<sup>2</sup> Del mismo modo, rige, en el sentido de una norma unilateral de aplicación del derecho, que el derecho estatal sobre la nacionalidad se aplica al estado cuya nacionalidad pretende determinarse.<sup>3</sup> Son estas normas unilaterales de aplicación del derecho las que informan al juez nacional cuándo debe aplicar el derecho nacional.

Hay, sin embargo, otra función del derecho de la aplicación del derecho al margen de la determinación del ámbito de aplicación del propio derecho nacional: Las llamadas normas de aplicación del derecho que atienden a lo extranjero determinan, de nuevo con ayuda de los puntos de conexión, cuándo debe aplicarse el derecho extranjero por el juez nacional. Este tipo de norma se trae a colación casi siempre solo en relación con el derecho privado y ahí en relación con el llamado derecho internacional privado.<sup>4</sup> En el derecho internacional privado se encuentran normalmente las normas de aplicación del derecho universales, también llamadas en ocasiones normas de colisión.<sup>5</sup> Estas establecen a la vez el ámbito de aplicación del derecho nacional y las condiciones de aplicación del derecho extranjero. En otras palabras: estas normas de aplicación del derecho universales entrelazan<sup>6</sup> las normas de aplicación del derecho unilaterales y las que atienden a lo extranjero. En la Unión Europea las normas universales de aplicación del derecho han sido, entre tanto, armonizadas, por ejemplo, en el art. 4 del Reglamento Roma I<sup>7</sup>, conforme al cual el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. Así, una norma tal ordena, desde la perspectiva alemana, en el sentido de una norma unilateral de aplicación del derecho, que el derecho alemán de la compraventa sea aplicable cuando el vendedor tenga su residencia habitual en Alemania y, al mismo tiempo, que sea aplicable el derecho extranjero (por ejemplo, el derecho colombiano) cuando el vendedor tenga su residencia habitual en otro país (por ejemplo, en Colombia). Esta posibilidad de aplicar el derecho extranjero con ayuda de normas

---

<sup>1</sup> *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, <sup>2</sup>2003, 522 ff.

<sup>2</sup> Esto se deriva *a contrario* del § 8 de la Ley Federal de Policía o del § 8 de la Ley de Organización de la Policía de Renania del Norte-Westfalia (a este respecto *Keller*, en: Möstl/Kugelman, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, <sup>27</sup>01.11.2023, § 8 POG NRW n° 2).

<sup>3</sup> *Hein*, en: Säcker/Rixecker/Oetker u.a., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, <sup>9</sup>2024, Einl. IPR n° 192.

<sup>4</sup> El concepto de «derecho internacional privado» puede llevar a varios malentendidos, ya que no se refiere al derecho internacional, sino al derecho nacional. Además, no se trata de un derecho privado material, sino de un derecho que regula la aplicación de normas en el ámbito del derecho privado.

<sup>5</sup> El concepto de «norma de conflicto» es igualmente problemático, ya que la imagen implícita de una colisión entre diversos ordenamientos jurídicos lleva a confusión (*Hemler*, *RabelsZ* 86 (2022), 905, 910, n. 16).

<sup>6</sup> Sobre el método del entrelazamiento, *cf.*; en primer lugar *Schurig*, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, 1981, 102 ff. sobre las tablas de entrelazamiento, *cf.*; en detalle: *Hemler*, *Die Methodik der »Eingriffsnorm« im modernen Kollisionsrecht*, 2019, 124.

<sup>7</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

de aplicación del derecho que atienden a lo extranjero existe, hoy por hoy, en casi todo estado— y también, por ejemplo, en Colombia.<sup>8</sup>

A diferencia de las normas unilaterales de aplicación del derecho, las normas de aplicación del derecho que atienden a lo extranjero (es decir, aquellas que posibilitan la aplicación del derecho extranjero) no existen obligatoriamente en todo hipotético sistema de derecho. La posibilidad de aplicar el derecho extranjero es, sin embargo, razonable, pues de esta manera la singularidad de un supuesto de hecho con elementos de extranjería puede ser tenida en cuenta, frente a un supuesto de hecho puramente nacional.<sup>9</sup>

Aunque la aplicación del derecho extranjero aparece particularmente en la aplicación del derecho privado, el derecho extranjero puede aplicarse ante los tribunales nacionales fuera del derecho privado, en contra de lo que sostiene una postura errónea bastante extendida.<sup>10</sup> La posibilidad teórica de aplicar el derecho extranjero existe, por tanto, también en el derecho público, lo cual en algunos sistemas jurídicos se ha llevado a la práctica. Por ejemplo, en el sistema de derecho alemán: en las controversias de derecho privado se aplica derecho público extranjero, como en el caso de embargos comerciales extranjeros.<sup>11</sup> Incluso en la relación entre ciudadano y estado se aplica, entre tanto, derecho público extranjero: Así, los policías alemanes pueden, entre tanto, ejecutar diversas medidas de policía en otros estados europeos, en la medida en que estos estados sean miembros del Acuerdo de Schengen.<sup>12</sup> Esto conduce, por ejemplo, a que los policías alemanes deban aplicar, en una investigación transfronteriza, el derecho policial extranjero en otro estado Schengen.<sup>13</sup> En ocasiones, también, las autoridades alemanas prestan servicios sociales en aplicación de derecho social extranjero.<sup>14</sup> Si se entiende como aplicación de contenidos jurídicos extranjeros también el reconocimiento de sentencias extranjeras, en Alemania se produce, además del reconocimiento de sentencias civiles, el reconocimiento de sentencias provenientes del derecho público, como sucede, por ejemplo, con la ejecución de sentencias penales extranjeras<sup>15</sup> o de liquidaciones de impuestos<sup>16</sup>. De esta

---

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, sobre la elección de la ley: *Ochoa Jiménez/Zapata Flórez/Carrillo Gamboa*, *Estud. Socio-Juríd* 21 (2018), 91-120. Sobre la capacidad jurídica: *Ochoa Jiménez/Zapata Flórez*, *Anuario mexicano de derecho internacional XXII* (2022), 549 ff.

<sup>9</sup> *Hemler*, en: *Drličková/Malachta/Provazník*, *COFOLA International*, 2022, 17, 24, Fn. 23.

<sup>10</sup> *Hemler*, en: *Drličková/Malachta/Provazník*, *COFOLA International*, 2022, 17 ff.; *Hemler*, *Die Methodik der »Eingriffsnorm« im modernen Kollisionsrecht*, 2019, 61 ff.

<sup>11</sup> *Hemler*, en: *Drličková/Malachta/Provazník*, *COFOLA International*, 2022, 17, 26; *Hemler*, *Die Methodik der »Eingriffsnorm« im modernen Kollisionsrecht*, 2019, 68 ff.

<sup>12</sup> Art 40, apartado 1, Acervo de Schengen – Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, Diario Oficial n° L 239 de 22/09/2000, 0019 – 0062: «Los agentes de una de las Partes contratantes que, en el marco de una investigación judicial, estén vigilando a una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo que pueda dar lugar a extradición, estarán autorizados a proseguir tal vigilancia en el territorio de otra Parte contratante cuando ésta haya autorizado la vigilancia transfronteriza a raíz de una solicitud de asistencia judicial presentada previamente. En la autorización se podrán imponer condiciones.»

<sup>13</sup> Art 40 apartado 3, lit. a Acervo de Schengen (n. 12): «Los agentes que realicen la vigilancia deberán atenerse a lo dispuesto en el presente artículo y al derecho de la Parte contratante en cuyo territorio estén actuando, deberán obedecer las órdenes de las autoridades locales competentes.»

<sup>14</sup> *Cfr* las disposiciones Reglamento (CE) n o 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social así como sobre la relación germano-suiza *Trutmann*, en: *Meier/Siehr et. al.*, *Rechtskollisionen*, 1995, 467, 473.

<sup>15</sup> §§ 48 ff. *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)* y *Hemler*, en: *Drličková/Malachta/Provazník*, *COFOLA International*, 2022, 17, 30.

<sup>16</sup> Sobre esto *Hemler*, *Improving Cross-Border Compliance by Applying Foreign Public Law in State-As-Party Cases*, 2021, 23 f.

manera, la aplicación del derecho extranjero ante los tribunales nacionales es un fenómeno independiente del ámbito del derecho,<sup>17</sup> aunque la mayoría de los casos se ubican en el contexto del derecho privado.

Las explicaciones anteriores pueden resumirse de la siguiente manera. El derecho de la aplicación del derecho cumple dos funciones: por un lado, a través de las normas unilaterales de aplicación del derecho, determina el ámbito de aplicación del derecho nacional; y, por otro lado, a través de las normas de aplicación del derecho que atienden a lo extranjero, establece cuándo es aplicable el derecho extranjero. Si este derecho hace ambas cosas a la vez, entonces nos encontramos ante normas universales de aplicación del derecho, que conocemos sobre todo desde el derecho internacional privado. La aplicación del derecho extranjero es, desde la teoría del derecho, siempre posible e incluso en el derecho público se ha hecho realidad.

### **III. El rol de los derechos fundamentales en la aplicación del derecho extranjero**

En virtud de estas amplias posibilidades de aplicación del derecho extranjero, surge la pregunta de qué rol juegan los derechos fundamentales en este contexto en un estado constitucional. Dado que, como se ha dicho, la aplicación del derecho extranjero es siempre posible teóricamente, la cuestión del rol de los derechos fundamentales nacionales es siempre relevante. Para ilustrar esta cuestión, consideremos los siguientes ejemplos:

(1) Una autoridad alemana debe, en virtud de un tratado internacional, abonar una asignación por hijos, según el derecho extranjero, a un padre que vive en Alemania. La asignación, sin embargo, solo corresponde según el derecho social extranjero a la madre.

(2) Un policía alemán utiliza, sin advertencia previa, su arma de fuego en un estado Schengen en el contexto de la persecución transfronteriza de un delincuente. Esto es admisible según el derecho extranjero aplicable, pero no según el derecho alemán de policía.

(3) Una empresa alemana produce productos textiles en el extranjero. Como consecuencia de una vulneración de las normas de protección al trabajador por parte de la empresa subcontratada, un trabajador resulta gravemente lesionado e incapacitado para trabajar.<sup>18</sup> El derecho de la responsabilidad extracontractual extranjero no prevé, para este caso, obligación de indemnizar los daños y perjuicios abonando una renta.

(4) Una auxiliar de vuelo, cuyo contrato de trabajo se rige por el derecho extranjero debido a un acuerdo entre las partes, se compromete a no constituir un sindicato, bajo cláusula penal.

En estos cuatro casos, el derecho extranjero sería aplicable en un litigio en Alemania: En el primer supuesto, el tratado internacional prevé la aplicación del derecho social extranjero. De manera similar, en el segundo caso, el Acuerdo de Schengen conduce a la aplicación del derecho de policía extranjero en supuestos de persecución transfronteriza. En el tercer caso, la aplicación del derecho de la responsabilidad extracontractual extranjero deriva de la norma básica del art. 4 del Reglamento Roma II<sup>19</sup>, según el cual es aplicable el derecho de la responsabilidad

---

<sup>17</sup> Hemler, Die Methodik der »Eingriffsnorm« im modernen Kollisionsrecht, 2019, 141 ff.

<sup>18</sup> El caso ha sido formulado aproximándose al caso KiK (LG Dortmund, 10 de enero de 2019, 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388).

<sup>19</sup> Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

extracontractual del lugar del hecho dañoso. En el cuarto caso, la aplicación del derecho extranjero deriva de la elección de la norma permitida, para las relaciones de trabajo, por el art. 8 del Reglamento Roma I.

También es perceptible la dimensión relativa a los derechos fundamentales en los cuatro casos. En el primer caso, se plantea la cuestión de si la restricción de la asignación por hijo únicamente a las madres es compatible con el principio de igualdad de trato (art. 3, apartado 2 de la Ley Fundamental de Bonn). Del mismo modo, se podría preguntar si una atribución unilateral de la responsabilidad en la crianza de los hijos es compatible con la protección de la familia (art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn).<sup>20</sup> En el segundo caso, cabe preguntarse si la utilización sin previo aviso de un arma de fuego es compatible con la obligación del estado de proteger la vida y la integridad física (art. 2, apartado 1 de la Ley Fundamental de Bonn). Esta obligación podría exigir una advertencia previa al uso del arma de fuego.<sup>21</sup> En el tercer caso, podría verse afectada, de nuevo, la obligación de proteger la vida y la integridad física y, en su caso, el mínimo existencial del art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>22</sup>, por la falta de compensación por el accidente ordenada por el derecho extranjero. Por último, en el cuarto caso podría verse afectado el derecho de sindicación que garantiza, constitucionalmente, el art. 9, apartado 3 de la Ley Fundamental de Bonn, por la prohibición contractual de crear un sindicato.

Los supuestos tienen también algunas diferencias estructurales: especialmente, se trata en los dos primeros casos de derecho administrativo clásico, con intervención de una autoridad, mientras que en los dos últimos supuestos se trata de asuntos de derecho privado. Sin embargo, cabe notar que la línea de separación entre el derecho privado y público respecto de la eficacia de los derechos fundamentales tiene menos efectos de lo que, quizás, uno pudiera presumir.

Con estos ejemplos en mente, es posible abordar la pregunta sobre qué rol juegan los derechos fundamentales en el contexto de la aplicación del derecho extranjero.

Para ello, es necesario tener en consideración, en primer lugar, que los derechos fundamentales no son solo derechos de defensa frente al estado, sino que incorporan a la vez un orden de valores objetivo.<sup>23</sup> Toda norma de legalidad ordinaria, de derecho civil o público, debe poder ser medida abstracta y directamente con los valores constitucionales superiores. En este sentido, es importante diferenciar entre el control de una norma aplicable en relación con los derechos fundamentales y la cuestión de si los propios derechos fundamentales son aplicables en una determinada relación jurídica. En este punto, podría discutirse si en las relaciones privadas los derechos fundamentales rigen directamente o solo a través de las cláusulas de apertura del derecho civil.<sup>24</sup>

El orden de valores de los derechos fundamentales debe ser tenido en cuenta en la aplicación del derecho nacional, ya desde el propio procedimiento legislativo. El reproche de

---

<sup>20</sup> El art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn asigna la responsabilidad parental tanto al padre como a la madre. A este respecto, *cfr* *Badura*, en: Herzog/Scholz/Herdegen et. al., Maunz/Dürig - Grundgesetz, <sup>102</sup>2023, Art. 6 GG n.º 133.

<sup>21</sup> *Cfr* *Graulich*, en: Bäcker/Denninger/Graulich, Handbuch des Polizeirechts, <sup>7</sup>2021, E.X. Vollstreckungsrecht n.º 984 ff.

<sup>22</sup> *Herdegen*, en: Herzog/Scholz/Herdegen et. al., Maunz/Dürig - Grundgesetz, <sup>102</sup>2023, Art. 1 Abs. 1 GG n.º 121 ff.

<sup>23</sup> *Herdegen*, en: Herzog/Scholz/Herdegen et. al., Maunz/Dürig - Grundgesetz, <sup>102</sup>2023, Art. 1 Abs. 3 GG n.º 62 ff.; BVerfG, 15 de enero de 1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

<sup>24</sup> Entre otros: *Neuner*, NJW 2020, 1851 ff.

inconstitucionalidad de una nueva ley es, a este respecto, no solamente político, sino que tiene también consecuencias jurídicas en el proceso legislativo. Así, en Alemania, el Presidente de la Federación puede denegar la expedición de una ley inconstitucional.<sup>25</sup> Si la ley ya ha sido promulgada, diversos procedimientos en Alemania permiten el control de una ley en relación con los derechos fundamentales y, en su caso, su expulsión del ordenamiento jurídico,<sup>26</sup> lo que también se aplica, por cierto, respecto de las normas nacionales de aplicación del derecho<sup>27</sup>. Todas estas posibilidades de aseguramiento no existen en la aplicación del derecho extranjero. El derecho extranjero procede de la pluma de un legislador extranjero y expresa, naturalmente, un orden de valores extranjeros. La aplicación del derecho extranjero se puede comparar, entonces, con un «salto al vacío».<sup>28</sup> El derecho extranjero no ha transitado ningún procedimiento legislativo nacional, de manera que no hay lugar para presumir su conformidad con la constitución. A eso se agrega que en Alemania los procedimientos nacionales para controlar el respeto por los derechos fundamentales no son aplicables al derecho extranjero, pues su objeto de control solo es el derecho nacional.<sup>29</sup> El juez nacional que se confronta con la aplicabilidad del derecho extranjero, puede y debe, por tanto, no tener ninguna confianza en que el derecho extranjero respeta los derechos fundamentales nacionales.

Entonces surge la pregunta: ¿Debería, en realidad, jugar algún rol si el derecho extranjero aplicable es conforme con los derechos fundamentales nacionales? Al fin y al cabo, el legislador ha tomado conscientemente la decisión de admitir contenidos jurídicos extranjeros ante los tribunales nacionales, promulgando una norma de aplicación del derecho universal o que atiende a lo extranjero. Ahora bien, ¿quiso el legislador con esta decisión sobre la aplicación del derecho crear un espacio ajeno a los derechos fundamentales? A favor de esta idea, podría señalarse que la realidad jurídica extranjera debe reproducirse lo más fielmente posible.<sup>30</sup> En el derecho extranjero, sólo desempeñan un papel los derechos fundamentales que allí existen. Si se admite la aplicación de los derechos fundamentales nacionales, entonces el contenido del derecho extranjero aplicable se modificaría de una manera que no se encuentra en el sistema de derecho extranjero. Una aplicación fiel del derecho extranjero no sería, por tanto, posible.

Incluso si el legislador quisiera, en virtud de este mandato de reproducir fielmente el derecho extranjero aplicable, crear un espacio exento de derechos fundamentales, esto no sería posible en un estado constitucional. En este contexto, muchos autores querrían empezar la casa por el tejado y remitir, para su fundamentación, a la existencia de las llamadas cláusulas de orden público en el derecho internacional privado. Estas permiten la no-aplicación de derecho extranjero propiamente aplicable cuando este lesiona principios jurídicos fundamentales, como los derechos fundamentales. Sin embargo, sería una falacia naturalista fundamentar la vigencia de los derechos fundamentales en la aplicación del derecho extranjero en la existencia de las cláusulas de orden público: que existan cláusulas de orden público no significa que estas deban existir. En otras palabras: la existencia de cláusulas de orden público no responde la pregunta sobre por qué principios fundamentales nacionales pueden bloquear la aplicación de derecho extranjero realmente aplicable. Las cláusulas de orden público son síntoma, pero no la causa; y

---

<sup>25</sup> *Butzer*, en: Herzog/Scholz/Herdegen et. al., *Maunz/Dürig - Grundgesetz*, 102/2023, Art. 82 GG n.º 188 ff.

<sup>26</sup> A este respecto, *cfr* los tipos de procedimientos en la Ley del Tribunal Constitucional (BVerfGG).

<sup>27</sup> BVerfG, 4 de mayo de 1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58.

<sup>28</sup> *Raape*, *Internationales Privatrecht*, 5/1961, 90.

<sup>29</sup> Sobre el recurso de amparo, *cfr* *Grünwald*, en: *Walter/Grünwald*, BeckOK BVerfGG, 16/01.12.2023, § 90 Abs. 1 BVerfGG n.º 60 ff.

<sup>30</sup> *Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, 2/2003, § 4 n.º 24.

entonces, ¿cuál es la causa? ¿Por qué es razonable que las cláusulas de orden público ordenen en algunos supuestos la vigencia de derechos fundamentales nacionales?

La respuesta a esta pregunta se encuentra en el hecho de que los tribunales son portadores de poderes nacionales de soberanía. También cuando aplican el derecho extranjero, ejercitan poderes nacionales de soberanía. Tanto el derecho extranjero como las sentencias extranjeras se hacen regir siempre en virtud de un acto nacional de soberanía en forma de una sentencia nacional. De este modo, cuando los tribunales nacionales aplican derecho extranjero no son administradores de ningún poder estatal extranjero, sino que permanecen como autoridades nacionales. Esto tiene diversas consecuencias, de las cuales se pueden destacar dos: en la medida en que los tribunales nacionales, a pesar de la aplicación del derecho extranjero, siguen ejercitando poderes nacionales de soberanía, permanecen vinculados a la onstitución en su condición de autoridades nacionales. En Alemania, los art. 1 apartado 3 y art. 20, apartado 3 de la Ley Fundamental de Bonn ordenan explícitamente la vinculación de los tribunales a la constitución y a los derechos fundamentales.<sup>31</sup> Esto significa, además, que la vigencia de una norma extranjera conseguida a través de la aplicación del derecho extranjero es, en realidad, producto del poder estatal nacional. En otras palabras, al momento de aplicar el derecho extranjero, los tribunales nacionales atribuyen al concepto jurídico extranjero la cualidad de norma jurídica, ya que ordenan, imperativamente, su validez normativa en el territorio nacional.<sup>32</sup> De esta manera, los tribunales nacionales, al aplicar derecho extranjero, operan como una suerte de legislador intermediario, en la medida en que dotan a una idea jurídica extranjera del imperativo poder de vigencia.

En resumen, los tribunales nacionales están totalmente vinculados a los derechos fundamentales nacionales cuando aplican el derecho extranjero, porque ejercen un poder nacional de soberanía al ordenar la vigencia en el territorio nacional de normas jurídicas extranjeras. Las cláusulas de orden público reiteran esto solo declarativamente, pues la vinculación de las autoridades a los valores constitucionales superiores deriva directamente del principio de estado de derecho y de la vinculación a la constitución. Dicha vinculación del tribunal a los derechos fundamentales rige, por cierto, tanto en relaciones de derecho público como de derecho privado, pues en ambos casos el tribunal opera como órgano normativo intermediario y, así, ejerce un poder de soberanía utilizando el derecho extranjero.<sup>33</sup>

Si ya está claro que los derechos fundamentales rigen también cuando se aplica el derecho extranjero, ahora hay que discutir en qué medida esto es así. Uno podría preguntarse, pues, si entre un asunto puramente nacional y otro con elementos de extranjería y aplicación del derecho extranjero no existen importantes diferencias que justificarían un parámetro de aplicación más

---

<sup>31</sup> En la medida en que el derecho constitucional también deba ser invocado respecto del derecho de la aplicación del derecho, sería teóricamente posible una vinculación de las autoridades nacionales a valores constitucionales extranjeros. Una norma constitucional de aplicación del derecho en la forma del art. 1, apartado 3, de la Ley Fundamental de Bonn o, en su caso, del art. 20, apartado 3, de la Ley Fundamental de Bonn, según la cual las autoridades nacionales están vinculadas a la constitución nacional cuando ejercitan poder nacional de soberanía en su territorio, parece ser en la práctica una norma escrita o no escrita en prácticamente todos los estados constitucionales.

<sup>32</sup> Hemler, Die Methodik der »Eingriffsnorm« im modernen Kollisionsrecht, 2019, 102 ff.

<sup>33</sup> El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales solo surge en relación con la aplicación del derecho privado (nacional o extranjero). Dado que, al menos en Alemania, el principio de oponibilidad indirecta se deriva del propio derecho constitucional (BVerfG, 15 de enero de 1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198), la invocación del derecho privado extranjero no conduce a su no-aplicación. Esto se debe a que el derecho constitucional nacional sigue siendo plenamente aplicable cuando se aplica el derecho extranjero (*cfr. infra*).

generoso. Solo un ejemplo: en los sistemas jurídicos musulmanes, como el derecho iraní, existe parcialmente la posibilidad del llamado divorcio-talaq, según el cual el marido se puede divorciar de su esposa pronunciando tres veces la palabra *talaq*.<sup>34</sup> La esposa no tiene aquí ningún derecho a pronunciarse sobre eso, de manera que la previsión normativa de un divorcio tal no sería compatible con el principio de igualdad de trato del derecho alemán. Así, si fuera aplicable ante un tribunal alemán el derecho de familia iraní, por ejemplo en razón de la residencia habitual de los cónyuges en Irán,<sup>35</sup> podría entonces uno preguntarse si estaría siempre justificada una no-aplicación sin excepciones del derecho de familia iraní. ¿Qué ocurriría si la esposa quisiera igualmente el divorcio? Aquí podría ser necesaria una adaptación en la aplicación del principio jurídico-constitucional de igualdad de trato, de modo que un divorcio *talaq* consensuado no deba entenderse necesariamente como una vulneración de la constitución.<sup>36</sup> Un mandato constitucional de optimización como este, respecto de supuestos de hecho con elementos de extranjería se puede derivar, realmente, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal.<sup>37</sup> Parece verdaderamente razonable, pues, como ya sabemos, según el principio de justicia distributiva, lo igual debe ser tratado igual y lo desigual desigual. Un supuesto de hecho con elementos de extranjería es, en razón de estos elementos, distinto respecto del supuesto de hecho nacional prototípico, de manera que un tratamiento diferente es exigible desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Aquí puede desempeñar, especialmente, un papel el hecho de si un derecho fundamental pretende, en su concepción, aproximarse a un derecho humano universal o si, más bien, su contenido se adapta principalmente a las circunstancias internas.

De esta manera, queda claro que los tribunales nacionales están totalmente vinculados a los derechos fundamentales nacionales cuando aplican el derecho extranjero, pero que el examen concreto de si existe una vulneración de un derecho fundamental debe suceder a la luz de cada situación de hecho concreta con elementos de extranjería. Este mandato de optimización que atiende a supuestos con elementos de extranjería puede justificar la aplicación de parámetros más generosos para examinar la vulneración de un derecho fundamental.

#### IV. Análisis de ejemplos y consecuencias

¿Qué consecuencias tienen estas conclusiones para los cuatro ejemplos mencionados?

Recordémoslos brevemente: en el primer caso se trataba del pago de una asignación por hijo que, según el derecho extranjero aplicable, solo correspondía a la madre. El derecho social extranjero, que adquiere la condición de acto nacional de soberanía a través de su aplicación por el juez nacional, sería claramente contrario a los derechos fundamentales según la idea alemana. En este caso, los derechos fundamentales a la protección del matrimonio y de la familia, así como los relativos a la igualdad, podrían conducir a la no-aplicación del derecho extranjero. Esto conduciría al decaimiento de la norma que fundamenta la pretensión a la asignación por hijo. A la luz de la protección del matrimonio y de la familia podría ser más

---

<sup>34</sup> *Looschelders*, *RabelsZ* 65 (2001), 463-491, 488.

<sup>35</sup> Cfr. Art 8 lit. b Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

<sup>36</sup> Cfr. *Looschelders*, *RabelsZ* 65 (2001), 463-491, 488.

<sup>37</sup> *Hemler*, *Die Methodik der »Eingriffsnorm« im modernen Kollisionsrecht*, 2019, 275 ff (con otras fuentes).

razonable, por tanto, una modificación conforme del derecho extranjero aplicable, que permitiera el pago de la asignación tanto al padre como a la madre.<sup>38</sup>

En el segundo caso, se abordaba la persecución transfronteriza de un delincuente en el espacio Schengen, donde son admisibles las medidas policiales en el extranjero cuando respetan el derecho policial extranjero. Un policía alemán hizo uso, sin advertencia previa, de su arma de fuego en el territorio de un estado extranjero, lo cual es admisible según el derecho policial extranjero, pero no según el derecho alemán. En el contexto de una posible controversia ante la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, podría declararse que el derecho policial extranjero adquiere, a través de las normas de aplicación del derecho extranjero, el carácter de acto nacional de soberanía y que, por tanto, podría ser objeto de control de conformidad con los derechos fundamentales. Además, en este caso, el policía alemán no pierde su condición de autoridad alemana cuando actúa en el extranjero. El hecho de que el policía alemán no esté sometido en el extranjero a las restricciones del derecho policial nacional ordinario no implica que deje atrás el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales alemanes.<sup>39</sup> De esta manera, tanto el policía como el tribunal que enjuicia su comportamiento están vinculados a la obligación de tutela de la vida y la integridad física. De ello se podría derivar la conclusión de que, aun considerando el supuesto de hecho con elementos de extranjería, no es relevante respecto de aquella obligación de protección si el arma de fuego se utiliza en territorio nacional o en el extranjero. Es difícilmente fundamentable por qué debería reducirse el valor de la vida humana con el traspaso de una frontera. Por eso, debería aquí partirse de que el policía ha lesionado su obligación de proteger la vida y la integridad física cuando ha utilizado sin advertencia previa su arma de fuego, a pesar de que su comportamiento pudiera fuera admisible conforme al derecho extranjero aplicable.

En el tercer caso se trataba, como seguramente se acuerda, de la producción de productos textiles por una empresa subcontratada por un productor alemán. Por un accidente, que se explica por la violación de las normas de protección laboral, un trabajador resulta incapacitado para trabajar, pero no obtiene según el derecho extranjero aplicable ninguna indemnización del daño, consistente en el pago de una renta. Aquí parece defendible la hipótesis de que, en todo caso, una falta de compensación total en supuestos en que el trabajador está incapacitado para trabajar no es compatible con la obligación de protección de la vida y la integridad física, así como, en su caso, con la garantía de un mínimo existencial digno. Un mandato de optimización que atiende a supuestos con elementos de extranjería podría admitir aquí la formulación, de que incluso una renta que no alcanzara niveles alemanes, sería aceptable.

El cuarto caso se refiere a un contrato de trabajo de un auxiliar de vuelo, que preveía, bajo cláusula penal, la prohibición de formar un sindicato. Esto es admisible según el derecho extranjero aplicable al contrato. Aquí podría apreciarse una clara vulneración del derecho fundamental a la sindicación, que tampoco puede salvarse a través de un mandato de optimización que atiende a supuestos con elementos de extranjería. Aunque la libertad de

---

<sup>38</sup> Si el tratado internacional aquí aplicable prevé el reembolso de las asignaciones por hijos a cargo concedidas por el estado alemán, como ocurre a veces con las prestaciones de la seguridad social (*cf.*: el 35 del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social), en el caso del ejemplo existiría, naturalmente, el riesgo de que el estado extranjero se negara a reembolsar los gastos, alegando que no se ha respetado la restricción solo a las madres de la pretensión a la asignación por hijo.

<sup>39</sup> Sobre la vinculación extraterritorial de los derechos fundamentales, *cf.*: también: *Herdegen*, en: Herzog/Scholz/Herdegen et.al., *Maunz/Dürig - Grundgesetz*, 102/2023, Art 1 Abs. 3 GG, n.º 82 ff.

sindicación ha tenido históricamente como objetivo principal la protección de los trabajadores en Alemania,<sup>40</sup> puede asumirse, a la vista de la amplia protección en el derecho internacional del trabajo, que este derecho tiene también una pretensión universal, derivada de la frecuente explotación de los trabajadores en todo el mundo. Aquí también parecería altamente defendible que existe una vulneración de un derecho fundamental a través de la incorporación judicial de la norma de derecho extranjero en el sistema de derecho nacional.

## V. Conclusión

Se espera que estos cuatro ejemplos hayan ilustrado suficientemente la relación entre la aplicación del derecho extranjero y los derechos fundamentales. Sin embargo, un par de cuestiones interesantes quedan abiertas: ¿existe posiblemente, en el contexto de este marco teórico, el peligro de una suerte de imperialismo de los derechos fundamentales<sup>41</sup> que pudiera perjudicar la convivencia pacífica de los estados? ¿Es la posición del tribunal como legislador intermediador, antes descrita, un desafío para la división de poderes y para el principio democrático que, en su caso, podría hacer necesario un replanteamiento general de la aplicación del derecho extranjero?<sup>42</sup> Sin duda, es importante encontrar respuestas adecuadas a estas cuestiones. No obstante, parece que solo la aplicación del derecho extranjero, controlada por los valores constitucionales nacionales, abre la posibilidad de conciliar las ventajas de tener en cuenta los elementos extranjeros, por una parte, y la exigencia de defender los valores consagrados en la constitución, a los que están vinculados los tribunales, por otra.

---

<sup>40</sup> *Scholz*, en: Herzog/Scholz/Herdegen et. al., Maunz/Dürig - Grundgesetz, <sup>102</sup>2023, Art 9 GG, n.º 155.

<sup>41</sup> *Dietrich*, GSZ 2020, 173, 176.

<sup>42</sup> Vid. *Schinkels*, Normsatzstruktur des IPR, 2007, 226 ff.