

¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado? El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades

Carlos Esplugues Mota

Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universitat de València

*Un odio eterno cunde por los secos cardos,
las zarzas bíblicas y mondas,
las alturas agudas y redondas,
y los inexorables recovecos.*

RENCOR-milenario (El silbo vulnerado)

Miguel HERNÁNDEZ

Abstract

Las sociedades occidentales están siendo crecientemente testigos de una prevención hacia el extranjero y lo extranjero, especialmente hacia "lo" musulmán. Este rechazo adquiere una especial virulencia en Estados Unidos donde cuenta con un impacto directo en el Derecho internacional privado de aquel país. Allí, la acalorada discusión en torno al posible uso de fuentes extranjeras a la hora de interpretar la Constitución americana por parte del Tribunal Supremo ha evolucionado con el paso del tiempo hacia un debate sobre la aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales americanos. El miedo a una creciente islamización del país, y a la consiguiente pérdida de sus señas de identidad han llevado a diversas entidades a diseñar una normativa tipo, a ser aprobada por los distintos Estados de la Unión, denominada "American Laws for American Courts Act", y cuyo objetivo es la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos americanos. A fecha de hoy, esta propuesta ha sido aceptada con alteraciones diversas en nueve Estados de la Unión, y goza de un creciente apoyo popular. Las distintas legislaciones promulgadas diseñan una respuesta, aparentemente de Derecho internacional privado, para impedir la aplicación del Derecho extranjero por sus jueces y autoridades. Las soluciones incorporadas, caracterizadas por su escasa sofisticación técnica, plantean todo tipo de cuestiones en relación con su objeto, articulación y resultados, abriendo importantes interrogantes sobre el futuro del Derecho internacional privado en Estados Unidos.

Western societies are increasingly afraid of immigration. This prevention gains further relevance towards Muslims. This rejection becomes particularly virulent in the US where it gains a direct impact on Private International Law. There, the bitter discussion about the use by the Supreme Court of foreign sources and precedents in the interpretation of the US Constitution has evolved over time into a much broader debate on the application of foreign law by US Courts and authorities. The fear of a growing Islamization of the country and the consequent loss of American identity has led some conservative entities to draft a Model Act -the "American Laws for American Courts Act"- to be passed by the several States of the Union. The purpose of this Model legislation is the preservation of the Constitution and of all constitutional liberties and rights awarded to citizens. This Proposal has been enacted so far in nine different States since 2011 and enjoys a growing support among citizens. The shared goal of the several Acts enacted is to prevent the application of foreign laws by US judges and officials. This is achieved by way of the elaboration of some rules of -apparently- Private International Law. The rules drafted lack technical sophistication and raise all kinds of questions regarding their object, solutions and implementation. Additionally they raise some concerns about the future of Private International Law in the US.

Title: A New Future to Come for Private International Law? Towards the Determination of the Content of Public Policy by the Legislator: The case of American State Legislations Banning the Application of Foreign Law by State Courts

Palabras clave: Derecho extranjero, Aplicación y prueba del Derecho extranjero, Prohibición del Derecho extranjero, Derecho religioso, Sharía, Torá, Islamización, Islamofobia, Derecho internacional privado, Orden público

Keywords: Foreign Law, Application and Proof of Foreign Law, Ban of Foreign Law, Religious Law, Shariah, Torah, Islamization, Islamophobia, International Private Law, Public Policy

Sumario¹

- 1. Introducción**
- 2. Las bases del movimiento contrario a la aplicación del Derecho Internacional y del Derecho extranjero por parte de los tribunales americanos**
 - 2.1. La aproximación técnico-jurídica a la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales americanos: la Regla 44.1 de las *Federal Rules of Civil Procedure***
 - 2.2. El debate sobre el uso de fuentes foráneas en la interpretación de la Constitución americana**
 - a) Las premisas del debate**
 - b) El uso de fuentes extranjeras en la interpretación de la Constitución americana**
 - c) La "American Laws for American Courts Act"**
 - 2.3. El carácter centrífugo del debate: el movimiento para la prohibición de la aplicación del Derecho Internacional y extranjero por los tribunales americanos**
- 3. Las normativas estatales americanas prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero**
 - 3.1. Introducción**
 - 3.2. Primera categoría: prohibición total de la aplicación del Derecho extranjero**
 - 3.3. Segunda categoría: prohibición de la aplicación del Derecho extranjero articulada sobre la protección de determinados Derechos fundamentales de la persona**
 - 3.4. Tercera categoría: prohibición articulada sobre la idea de reciprocidad**
 - a) Primera subcategoría: Florida**
 - b) Segundo subgrupo: resto de Estados**
 - 3.5. Las bases de los modelos diseñados**
 - a) El objeto de la prohibición**
 - b) Las bases de la prohibición**
 - c) Las claves constitucionales de la prohibición**
 - d) Las potenciales consecuencias prácticas de la prohibición**
 - 4. Algunas conclusiones**
 - 5. Jurisprudencia citada**
 - 6. Bibliografía**

¹ Artículo elaborado en el marco de los proyectos MINECO DER 2013-44749, "Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia: integración, 'glocalización', Derecho público y ODR como alguno de sus retos I"; PROMETEO II/2014/081 (GV), "ADR y Justicia: ¿Globalización o glocalización?" y GV-ISIC/2012/017 "DIKE/Justicia Global".

1. *Introducción*

Comenta Josep Pla en la entrada correspondiente al día 18 de junio de 1919 de *El quadern gris* que se encuentra preparando en esas fechas las dos asignaturas que le restan para concluir la carrera de Derecho: Práctica Forense y Derecho internacional privado². Sin querer, o quizás queriendo ¡quién sabe tratándose de Pla!, realiza una reflexión sobre esta última disciplina que a fecha de hoy mantiene más que nunca su sentido y vigencia: “*El Dret Internacional m’agrada; és un reflex de la vida mateixa, de la inextricable confusió a què pot arribar la vida humana en casos determinats. No crec que hi hagi cap novel la que pugui arribar a tenir una riquesa tan extraordinària*”³.

En el presente artículo abordamos uno de esos casos de inextricable confusión y riqueza extraordinaria que caracterizan a esta disciplina. Una novela —con ribetes de folletín— en la que interactúan la tradicional permeabilidad del Derecho internacional privado hacia los acontecimientos sociales y políticos, con la desconfianza hacia el papel jugado por los jueces a la hora de aplicar el Derecho, el miedo hacia un futuro que no necesariamente se prevé mejor que el pasado, una marcada radicalización del discurso político o una cierta difuminación de la idea de división de poderes.

Una trama hasta cierto punto engañosa. En la que se asiste al deslizamiento de un debate planteado inicialmente sobre parámetros marcadamente constitucionales hacia terrenos tradicionalmente vinculados al Derecho internacional privado: la aplicación del Derecho extranjero por los operadores jurídicos nacionales. Y en la que, sin embargo, la radicalidad de los términos en que se propone el argumento, y la escasa sofisticación técnica que le acompaña, impiden habitualmente un fácil encuadre en las categorías y conceptos sobre los que se estructura esta disciplina. La ausencia de matices, el carácter escasamente elaborado de las propuestas legislativas formuladas o la falta de contraste práctico de las soluciones diseñadas, genera una atmósfera de irreabilidad en la que nunca se acaba de tener claro si, en sentido estricto, confrontamos situaciones que son propiamente de Derecho internacional privado o, si por el contrario, estamos ante realidades que siendo de otra naturaleza son abordadas a través de un aparente discurso internacionalprivatista o, que sin más, inciden en su ámbito temático.

Una historia, en suma, en la que está presente esa sensación de existencia de un objetivo oculto resaltada por alguna doctrina al abordar estos desarrollos⁴, y que quizás nos parezca ahora mismo muy ajena, pero que a la vista de algunos movimientos presentes en ciertos países de nuestro entorno más cercano puede lamentablemente resultar no serlo tanto en un futuro no muy

² PLA I CASADEVALL (1966).

³ El Derecho internacional privado me gusta; es un reflejo de la vida misma, de la inextricable confusión a que puede llegar la vida humana en determinados casos. No creo que pueda existir una novela que pueda llegar a contar con una riqueza tan extraordinaria (traducción del autor).

⁴ SYMEONIDES (2014, p. 58).

lejano⁵.

2. *Las bases del movimiento contrario a la aplicación del Derecho Internacional y del Derecho extranjero por parte de los tribunales americanos*

El Siglo XX concluyó en las llamadas sociedades occidentales con unos volúmenes de emigración muy elevados y con una actitud hacia este fenómeno caracterizada, igualmente, por la presencia de un nivel de flexibilidad relativamente alto. Esta “nueva” emigración a la que refiere la doctrina⁶, dio lugar a la generación de, al menos, tres modelos diferenciados de aproximación hacia ella: el modelo de “asimilación”, el modelo de “integración” y el modelo “autonómico”⁷, todos ellos incorporando un grado diferente de admisión e integración del extranjero, y de lo extranjero, en las sociedades de acogida, pero coincidentes en asumir de partida una posición de respeto hacia lo foráneo⁸. Esta actitud abierta hacia lo extranjero se tradujo en el ámbito del Derecho internacional privado en una respuesta relativamente integradora hacia figuras desconocidas en los ordenamientos jurídicos occidentales calificables, en ciertos casos, como claramente contrarias a algunos de los principios esenciales sobre los que se asienta nuestra sociedad: la institución del repudio⁹ constituyó así, en su momento, un buen ejemplo de ello.

Esta situación, empero, se ha visto modificada desde el inicio del presente Siglo. Los ataques del 11 de septiembre y todo el complejo escenario internacional que les ha seguido han generado, como una de sus secuelas, una aproximación mucho más cautelosa y distante en la sociedad, y como reflejo de ello en el Derecho internacional privado, hacia figuras e instituciones ajenas a nuestra realidad jurídica y social procedentes en muchas ocasiones del Derecho musulmán: la apuntada actitud dialogante e integradora mantenida respecto de la institución del repudio refleja este cambio en toda su extensión, produciéndose en los últimos tiempos, de forma creciente, lo que gráficamente se ha calificado en algunos países como el “repudio del repudio”¹⁰.

Esta prevención hacia lo extranjero, especialmente hacia “lo” musulmán, que se hace presente de forma más o menos larvada en Europa, adquiere una especial virulencia en Estados Unidos y cuenta con un impacto directo en ámbitos esenciales del Derecho de aquel país. Allí las dolorosas

⁵ A modo puramente ejemplificativo nótense, entre otros muchos ejemplos recientes, http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/05/actualidad/1420489196_231287.html, http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/07/actualidad/1420669006_872432.html o <http://www.efe.com/efe/noticias/espana/cultura/houellebecq-cree-que-pien-puede-parar-inmigracion-pero-islamizacion/1/7/2504635> (visitadas todas el 8.1.2015).

⁶ CRIADO (2000, pp. 159-160).

⁷ ZAPATA BARRERO (2000, p. 161).

⁸ ESPUGUES MOTA (2002, pp. 259-261).

⁹ DIAGO DIAGO (2001, p. 9).

¹⁰ NAJM (2010).

consecuencias del 11 de septiembre se han visto acompañadas de factores exógenos propios del discurso político americano¹¹, como es la acalorada discusión en torno al posible uso de fuentes extranjeras a la hora de interpretar la Constitución americana por parte del Tribunal Supremo de Estados Unidos. El resultado final ha sido una polémica inimaginable en Europa a fecha de hoy¹², tan radical como intensa y en ocasiones irracional, que ha dado lugar, entre otras consecuencias, a la generalización de lo que abiertamente es calificada por algunos como una auténtica islamofobia,¹³ ya latente en cierta medida antes del 11 de septiembre¹⁴.

2.1. La aproximación técnico-jurídica a la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales americanos: la Regla 44.1 de las *Federal Rules of Civil Procedure*

Los Estados Unidos de América han sido percibidos tradicionalmente, junto con Inglaterra, como uno de los grandes proveedores de fúeros y legislación a la hora de afrontar los litigios internacionales¹⁵. Con independencia de que esta situación se pueda ver alterada en las próximas décadas¹⁶, lo cierto es que el volumen de supuestos con elementos de internacionalidad no ha hecho sino crecer en los últimos tiempos en número¹⁷ y complejidad¹⁸. Y todo apunta, de hecho, a que los Estados Unidos seguirán contando con esa condición de “*magnet forum*” de la que han disfrutado hasta el momento¹⁹.

La presencia de un relevante número de casos con elementos de extranjería en cualquier modelo jurídico no sólo atribuye una especial relevancia a la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por los operadores jurídicos nacionales, sino que, en coherencia con ello, requiere contar, entre otros instrumentos, con un sistema previsible y justo de determinación del contenido y vigencia del derecho aplicable a esta tipología de situaciones²⁰.

La aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales y extrajudiciales de un Estado constituye una cuestión de enorme relevancia jurídica dotada de una gran trascendencia para las

¹¹ Un discurso que actúa sobre una muy concreta realidad social como es la americana, KEITNER (2009, p. 215).

¹² GELTER & SIEMS (2014, p. 36).

¹³ SHAH (2001, pp. 589-591).

¹⁴ ALI (2012, p. 1040).

¹⁵ PETROSSIAN (2007, p. 1258).

¹⁶ A favor, QUINTANILLA & WHYTOCK (2014, p. 32); en contra, PETROSSIAN (2007, pp. 1334-1335).

¹⁷ QUINTANILLA & WHYTOCK (2014, pp. 37-39).

¹⁸ SMITH (2006, p. 219), nota 5.

¹⁹ WILSON (2013, p. 1114).

²⁰ WILSON (2013, p. 1113).

expectativas jurídicas de los justiciables. Se trata de un dato clave para y del Derecho internacional privado, que encuentra múltiples respuestas en los distintos Estados y cuya intrínseca complejidad y dificultad han generado, por ejemplo, que en un espacio jurídicamente integrado como es la UE se carezca de una normativa armonizada sobre la cuestión²¹. También en Estados Unidos la complejidad y sofisticación que acompañan a esta cuestión se ha hecho históricamente patente en su realidad jurídica, por más que el actual debate existente volatilice los términos técnicos en que la cuestión ha venido planteándose hasta el momento en aquel país.

La mayoría de los litigios con elementos internacionales son abordados por los tribunales federales americanos, no por los estatales²². De hecho, las disputas suscitadas ante los tribunales estatales que involucran elementos de internacionalidad suelen ser de forma habitual referidas a los tribunales federales²³. Si las normas de Derecho internacional privado estatales²⁴ exigen la aplicación de un Derecho foráneo, entonces los tribunales federales, lo aplican, como lo han venido haciendo tradicionalmente²⁵ en los más variados ámbitos del Derecho²⁶. A pesar de lo cual subsisten ciertas prevenciones y dificultades de todo tipo a la hora de su aplicación²⁷.

Las situaciones con elementos de extranjería planteadas ante los tribunales americanos exigen la aplicación, en ocasiones, de un Derecho foráneo que deberá ser verificado y aplicado por los órganos jurisdiccionales como si se tratara de Derecho interno.²⁸ Los jueces se ven así confrontados con la "*uncomfortable position of attempting to decipher the meaning of foreign laws*"²⁹, algo especialmente complejo en cuanto su conocimiento del Derecho extranjero es, por su propia condición, mucho más reducida que la del derecho nacional y requieren, por lo tanto, de una pluralidad de mecanismos flexibles para hacer frente a la verificación de su contenido con vistas a asegurar su correcta aplicación³⁰. Una situación que la propia doctrina americana entiende que no siempre ha ocurrido: *United States v. McNab* (2003) constituye un buen ejemplo de ello³¹.

²¹ Al respecto, ESPLUGUES (2011, pp. 274 y ss.).

²² WILSON (2011, pp. 892-893).

²³ JENSEN (2007, p. 1510).

²⁴ En relación con el modelo de Derecho internacional privado de los Estados, que cuenta con una base predominantemente estatal y no federal, MILLS (2009, pp. 140 y ss.).

²⁵ WILSON (2011, p. 893), nota 26.

²⁶ Un listado de estos ámbitos, con abundante jurisprudencia, se encuentra en WILSON (2011, pp. 894-895).

²⁷ Al respecto, WILSON (2011, pp. 896-899).

²⁸ WILSON (2013, p. 1119).

²⁹ KELLER (2004, p. 158).

³⁰ WILSON (2011, pp. 890-891).

³¹ KELLER (2004, p. 186).

La determinación del Derecho extranjero por los tribunales americanos viene regulada por la Regla 44.1 de las *Federal Rules of Civil Procedure*³², que se ha visto reproducida con más o menos precisión en muchos Estados de la Unión a través de la elaboración de normativa propia en línea con esta Regla³³.

La Regla 44.1 precisa que, a la hora de concretar el derecho extranjero,

*"A party who intends to raise an issue about a foreign country's law must give notice by a pleading or other writing. In determining foreign law the court may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence"*³⁴.

La Regla cuenta con un tenor claro y directo que no parece haber dado lugar a excesivas dificultades en su aplicación³⁵ aunque la situación podría cambiar en el futuro debido al incremento de casos con elementos de internacionalidad suscitados ante los órganos jurisdiccionales de Estados Unidos³⁶. La disposición intenta maximizar la capacidad del juez de investigar en el contenido del Derecho extranjero en los supuestos en que alguna de las partes manifiesta su intención de que se aplique un derecho foráneo. En aquellas ocasiones en que las partes no manifiestan esta voluntad, la mayoría de los tribunales procederán a aplicar el derecho del foro, asumiendo que aquellas han aceptado tácitamente esta opción³⁷. En tal sentido se amplían las fuentes de prueba del Derecho extranjero y se flexibiliza el papel de las partes y del juez al respecto³⁸. Este último, de hecho, se ve atribuido un relevante papel en todo el proceso, que es constatado por la jurisprudencia existente en la materia³⁹, habilitándoles para valorar, si así lo estima oportuno, *"any relevant material"*, bien aportado por las partes o identificado por el propio tribunal: *"In fact, a judge could even consult with foreign scholars or others well-versed in the applicable law on an ex parte basis"*⁴⁰.

La aprobación de la Regla 44.1 en 1966 acabó con el debate sobre la naturaleza fáctica o jurídica atribuida al Derecho extranjero ante los tribunales americanos, consolidando su condición jurídica⁴¹. La redacción del precepto, sin embargo, ha abierto otros debates como puede ser el

³² Disponibles en: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp> (visitado el 30.12.2014).

³³ WILSON (2013, p. 1122), nota 41.

³⁴ Sobre la interpretación y funcionamiento de la norma, WILSON (2013, pp. 1123-1149).

³⁵ WILSON (2011, p. 901).

³⁶ AHN (2014, p. 1380).

³⁷ WILSON (2011, p. 901), nota 81.

³⁸ LAMM & TANG (2003, p. 31).

³⁹ Sobre el funcionamiento de la Regla 44.1, vid de forma genérica LAMM & TANG (2003, pp. 31-33); MICHALSKI (2011, pp. 1216 y ss.).

⁴⁰ WILSON (2011, p. 902).

⁴¹ KELLER (2004, pp. 164-172); AHN (2014, pp. 1372-1374).

rechazo de los tribunales a investigar activamente el contenido del Derecho extranjero⁴² o el del uso del testimonio de expertos como base para la prueba de la vigencia y contenido del Derecho foráneo. Este testimonio ha sido considerado hasta ahora como el mecanismo más usual de determinación del contenido del Derecho ajeno. En ocasiones, incluso, el único. La jurisprudencia más reciente, empero, parece poner en entredicho la relevancia de informes jurídicos elaborados a instancias de las partes, destacando los problemas de falta de objetividad y parcialidad que pueden conllevar: las decisiones del Séptimo Circuito en los asuntos *Sunstar, Inc. v. Alberto-Culver, Co.* (2009) o *Bodum, Inc. V. Law Cafetière, Inc.* (2010) son muy significativas al respecto⁴³.

La problemática de la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales americanos suscita lógicamente la cuestión de la existencia de mecanismos que permitan a los tribunales estatales controlarla, reconducirlo o evitarla. Entre estos, la excepción de orden público⁴⁴ fue recogida de forma expresa y general en el § 612 del *Restatement of the Conflict of Laws*⁴⁵. La cláusula se halla igualmente, con las lógicas diferencias que se derivan de la filosofía subyacente en ambos textos, en el *Restatement (Second) of the Conflict of Laws*⁴⁶, y está presente tanto en aquellos Estados que todavía se encuentran vinculados a una concepción tradicional de la determinación del derecho aplicable a las situaciones con elementos de extranjería⁴⁷, como en algunos de los que optan por métodos *ad hoc* de resolución de los conflictos de leyes⁴⁸. En definitiva, y con independencia de la amplitud y términos de su aceptación, lo cierto es que la excepción de orden público en su acepción más clásica o reformulada a través de figuras diversas⁴⁹ se patentiza en la realidad jurídica americana, y juega un papel diversos incluso en aquellos Estados en que en su día se rechazó el método conflictual tradicional⁵⁰: “*the traditional ordre public exception has always been a permissible defense to the application of foreign laws that are truly incompatible with the forum's fundamental notions of justice and freedom, especially notions enshrined in the Constitution*”⁵¹.

⁴² WILSON (2011, p. 907).

⁴³ QUINTANILLA & WHYTOCK (2014, pp. 40-41). Igualmente, LAMM & TANG (2003, pp. 33-35), con abundante jurisprudencia. Respecto de *Bodum*, nótese MUÑOZ ARANGUREN (2012).

⁴⁴ En relación con el significado de la noción de orden público, YELPAALA (1989, pp. 387 y ss.).

⁴⁵ Sobre su práctica, considérese PAULSEN & SOVERNÍ (1956, p. 972 y ss.); YELPAALA (1989, pp. 401 y ss.); SYMEONIDES (1994, pp. 815 y 820).

⁴⁶ Secciones 90 y 187, SYMEONIDES (2014a, pp. 1133-1134).

⁴⁷ SYMEONIDES (1994, pp. 823-824).

⁴⁸ SYMEONIDES (1994, p. 824).

⁴⁹ SYMEONIDES (2014a, p. 1141).

⁵⁰ En relación con California, YELPAALA (1989, pp. 412 y ss.). Con carácter general, nótese SYMEONIDES (2014, p. 251) o SYMEONIDES (2015, p. 61).

⁵¹ SYMEONIDES (2015, p. 58).

2.2. El debate sobre el uso de fuentes foráneas en la interpretación de la Constitución americana

a) Las premisas del debate

La aplicación del Derecho extranjero por los tribunales estatales, cuestión clásica del Derecho internacional privado y que resulta estrictamente técnica —determinar con base en las normas del sistema internacionalprivatista vigentes en un país, qué normativa, nacional o extranjera, regula una concreta situación o relación jurídica— se ha visto, sin embargo, ubicada en los últimos años, en el ojo del huracán en los Estados Unidos de América⁵². La disputa allí existente sobre la posibilidad de usar fuentes foráneas al interpretar la Constitución ha acabado afectando a la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero por los operadores jurídicos americanos: impregnándola de una marcada dimensión constitucional, y dotándola de unos parámetros que no resultan fácilmente incardinables en los esquemas internacionalprivatistas tradicionales.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 motivaron una toma de conciencia por parte de los ciudadanos americanos de unos peligros hasta entonces desconocidos por ellos. Esta concienciación se ha traducido en una prevención, por no decir directamente miedo, hacia todo lo musulmán⁵³, encontrando una especial focalización en la Sharía. Se habla sin tapujos de una latente, sutil y continua islamización del país, también en el ámbito jurídico, y de la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias —del tipo que sean— para confrontar este peligro⁵⁴.

Este recelo hacia el Derecho musulmán se encuentra en la base de un debate áspero, y generalmente tan simplista⁵⁵ como aislacionista⁵⁶, que afecta de lleno a la cuestión de la aplicación del “Derecho extranjero” por parte de los tribunales de los Estados Unidos de América⁵⁷, alterando los términos en que tradicionalmente se suscita esta cuestión en el marco del normal funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado.

Por un lado, y como seguidamente observaremos, el significado de Derecho extranjero se ve sometido a una presión inexistente en una situación internacionalprivatista al uso. Y no sólo por la concreción de lo que exactamente se entienda por Derecho extranjero, algo que no siempre resulta todo lo clara que debiera. Sino porque, adicionalmente, la referencia a éste, como

⁵² Como en algún momento lo fue en otros países del globo, SMITH (2006, p. 220).

⁵³ BOYER (2013, p. 1062).

⁵⁴ La red se hace eco de forma amplia de este aparente peligro. A modo de ejemplo y entre otras muchas: <http://www.billionbibles.org/sharia/islamization-of-america.html>, <http://www.breitbart.com/national-security/2014/01/09/the-islamization-of-america-in-2013/> o <http://freedomdefense.typepad.com/sioa/> (visitadas todas el 13.1.2015).

⁵⁵ YEAZELL (2009, p. 60).

⁵⁶ SMITH (2006, p. 221).

⁵⁷ WILSON (2013, pp. 1117-1118).

categoría genérica que engloba o equivale al Derecho Internacional y/o a la Sharía, según las ocasiones, levanta hoy todo tipo de pasiones en determinados sectores de la sociedad americana que rechazan de forma drástica la posibilidad de aplicar principios jurídicos foráneos en “American disputes”⁵⁸.

La referencia a la cuestión de la aplicación del Derecho foráneo por los operadores jurídicos nacionales tiende a realizarse, además, de manera bastante plana y carente de suficiente elaboración técnica. Sin diferenciar entre aquellas situaciones en que los tribunales americanos analizan cuestiones que afectan a los derechos constitucionales de las personas o a los principios esenciales del modelo americano, de aquellas otras relacionadas, sin más, con la presencia de elementos de extranjería en situaciones estrictamente civiles o comerciales⁵⁹. Esto es, sin distinguir entre el uso del Derecho Internacional, del Derecho extranjero o de cualquier otro sistema normativo del tipo que sea —también de base religiosa— como eventual instrumento de interpretación o complementación del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, especialmente de la Constitución de este país. Y la aplicación con base en las normas de Derecho internacional privado de los diversos Estados de la Unión, de un Derecho extranjero convocado por éstas para regular una específica situación o relación jurídica que presenta un elemento de ajeneidad.

La discusión tiende a obviar esta distinción, como soslaya también, entre otros extremos, la diferenciación entre la aplicación del Derecho extranjero y su toma en consideración por la autoridad nacional, o el hecho de que existen casos en que los tribunales de Estados Unidos están obligados por su propia legislación a aplicar el Derecho de un país extranjero⁶⁰ o el Derecho Internacional, entendido éste en un sentido amplio⁶¹ —la *Alien Tort Act*, por ejemplo, atribuye a los tribunales federales competencia para conocer “*of any action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations*”—⁶² siendo que de no hacerlo estarían incumpliendo con sus obligaciones como tales tribunales.

En esta línea, la voluntad declarada de evitar que el islamismo se infiltre en el sistema judicial americano llevó al Congreso de los Estados Unidos, entre los años 2004 y 2009, a discutir diversas propuestas presentadas con el objeto de prohibir a los tribunales federales la toma en consideración del Derecho Internacional y del Derecho extranjero en sus decisiones. Tanto la

⁵⁸ SMITH (2006, p. 219).

⁵⁹ WILSON (2013, p. 1117).

⁶⁰ YEAZELL (2009, pp. 61-62).

⁶¹ Y ello desde un principio. Interesante en tal sentido resulta la sentencia en el asunto *Martin v. Hunter's Lessee* (1816) en el que los muy conservadores jueces de Virginia entendieron su obligación de aplicar un Tratado internacional de forma preferente a la normativa estatal. Recuérdese, igualmente, cómo la decisión en *The Paquete Habana* (1900) asumió que la denominada “*customary international law*” forma parte del Derecho de los Estados Unidos. Esta posición se ha visto matizada en cuanto a su contenido con el paso del tiempo, pero la premisa perdura. FELLMETH (2011, p. 2), nota 29 o PATEL, DUSS & TOH (2013, pp. 9-13).

⁶² YEAZELL (2009, pp. 62-63). Nótese igualmente, TUSHNET (2003, pp. 246-248).

Casa de Representantes⁶³, como el Senado⁶⁴, debatieron un número amplio de propuestas legislativas de diversa naturaleza al respecto, rubricadas en varias ocasiones con los gráficos nombres de “*Constitution Restoration Act*” o “*Reaffirmation of American Independence Resolution*”⁶⁵.

El contenido de estas resoluciones era, con algunas variaciones, bastante similar⁶⁶, y buscaba asegurar un cierto método de interpretación constitucional⁶⁷. Se trataba de garantizar que a la hora de interpretar y aplicar la Constitución americana los tribunales de los Estados Unidos “*may not rely upon any constitution, law, administrative rule, executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than the constitutional law and English common law*”⁶⁸. Los ciudadanos americanos, se decía, no deberían ver guiada la manera de vivir sus vidas con base en “*often contradictory decisions of any of hundreds of other foreign organizations*”. Destacándose el hecho de cómo una inadecuada referencia a sentencias, leyes, precedentes o pronunciamientos extranjeros “*threatens the sovereignty of the United States, the separation of powers and the President's and the Senate's treaty-making authority*”⁶⁹.

En línea con todo lo anterior se llegaban a prever consecuencias enormemente graves para aquellos jueces del Tribunal Supremo o de los tribunales federales que se involucrasen en actividades que excedieran las bases de su mandato aplicando, por ejemplo, un Derecho foráneo, y que podían llegar a constituir “(1) an offense for which the judge may be removed upon impeachment

⁶³ Las Resoluciones H.R. Res. 468, 108th Cong. (2003), presentada por el Congresista Sam Graves (Republicano, Montana, disponible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H+Res.+468>; visitada el 17.12.2014); *Constitutional Preservation Resolution*, H.R. Res. 446, 108th Cong. (2003-2004), presentada por el Congresista Jim Ryun (Republicano, Kansas, disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-108hres446ih>, visitado el 17.12.2014). Las propuestas de ley sobre: *Constitution Restoration Act of 2004*, H.R. 3799, 108th Cong. (2003-2004), presentada por el Congresista Robert B. Aderholt (Republicano, Alabama, disponible en: <http://www.yuricareport.com/Dominionism/HR3799ConstitutionRestorationAct.html>, visitado el 9.12.2014); *Constitution Restoration Act of 2005*, H.R. 1070, 109th Cong. (2005 - 2006), presentada por el Congresista Aderholt (disponible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:HR01070>; visitada el 15.12.2014); “*Reaffirmation of American Independence Resolution*”, H.R. Res. 97, 109th Con. (2005), presentada por el Congresista Tom Feeney (Republicano, Florida, (disponible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.RES.97>; visitada el 9.12.2014); H.R. Res. 372, 110 Cong. (2007), presentada por el mismo congresista y otros colegas tras rechazarse la anterior (disponible en: <https://www.govtrack.us/congress/bills/110/hres372>, visitada el 9.12.2014); o H.R. Res. 473, 111th Cong. (2009) presentada por el congresista Bob Goodlatte (Republicano, Virginia, disponible en: <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-resolution/473>, visitado el 8.12.2014).

⁶⁴ *Constitution Restoration Act of 2004*, S. 2082, 108th Cong. (2004), presentada por el Senador Richard Shelby (Republicano, Alabama, disponible en: <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/2082>, visitado el 9.12.2014); la *Constitution Restoration Act of 2004*, S. 2323, 108th Cong. (2004) (accesible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:S.2323>; visitado el 9.12.2014), o la *Constitution Restoration Act of 2005*, S. 520, 109th Cong. (2005 - 2006) (disponible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:S520>; visitada el 15.12.2014) reintroducidas por el mismo Senador junto con otros tras ser rechazada la primera.

⁶⁵ Por todos, SEIPP (2006, pp. 1422-1523); KEITNER (2009, pp. 220-221).

⁶⁶ Para un análisis de todas ellas, HUTT & PARSHALL (2007, pp. 125-131).

⁶⁷ KEITNER (2009, pp. 221-222).

⁶⁸ *Constitution Restoration Act of 2004*, H.R. 3799, Sec. 201.

⁶⁹ H.R. Res. 372, cdos. 6 y 7.

and conviction; and (2) a breach of the standard of good behavior required by article III, section 1 of the Constitution”⁷⁰.

b) El uso de fuentes extranjeras en la interpretación de la Constitución americana

Todas estas actuaciones encuentran su justificación más inmediata en tres decisiones del Tribunal Supremo americano dictadas entre 2002 y 2005. Se trata, en primer lugar, de la sentencia *Atkins v. Virginia*, de 2002, en la que el Tribunal —en una decisión de 6 a 3— consideró que la Octava Enmienda⁷¹ aplicada a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda⁷² prohíbe condenar a la pena de muerte a personas mentalmente retrasadas. En su decisión, el Tribunal se hizo eco de las opiniones de diversas organizaciones con conocimiento en esta materia y de la normativa extranjera (p. 321), citando el ponente, el Juez Stevens, en una nota a pie de página, y entre opiniones de diversos organismos de todo tipo, una de la Unión Europea actuando como *amicus curiae*. El juez afirmaba que “*within the world community*” la ejecución de personas mentalmente retrasadas es “*overwhelming disapproved*” (p. 317, nota 21). La nota deja clara que esta referencia, incluida entre otros muchos pareceres, no hacía sino aportar “*further support to our conclusion that there is a consensus among those who have addressed the issue*”⁷³.

En segundo lugar, en el asunto *Lawrence v. Texas*, de 2003, que revoca la anterior posición mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia en el asunto *Bowers v. Hardwick* (1986), y que declaró que la normativa de Texas criminalizando las relaciones homosexuales consentidas violaba la Constitución americana. En su fundamentación, el Alto Tribunal —de nuevo en una decisión 6 a 3— utilizó como elemento de argumentación el hecho de que cinco años antes de *Bowers v. Hardwick* el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo resolvió un caso relativo a un homosexual de Irlanda del Norte —*Dudgeon v. United Kingdom*—, lugar donde estaban prohibidas en aquel entonces las relaciones entre personas del mismo sexo, considerando que este tipo de normas violaban el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al atentar directamente contra el derecho de una persona a ver respetada su vida privada⁷⁴. Esta decisión es considerada por algunos como el primer ejemplo de utilización en tiempos recientes de derecho u opiniones ajena a los Estados Unidos para fundamentar la decisión final alcanzada por el Tribunal Supremo de este país⁷⁵, y dio lugar a graves acusaciones por parte de los sectores

⁷⁰ *Constitution Restoration Act of 2004*, S. 2323, Sec. 302. Al respecto, HARRIS (2005), “We Are The World”, p. 8; KEITNER (2009), “International”, pp. 222-223.

⁷¹ Relativa a las Fianzas y multas excesivas; castigos crueles e inusuales.

⁷² Relativa a la Ciudadanía, debido proceso estatal, igual protección.

⁷³ BRYANT (2011, pp. 1015-1017); SHINAR & SU (2013, p. 78).

⁷⁴ Al respecto, FARBER (2007, pp. 1335-1336); BRYANT (2011, pp. 1019-1020); KEITNER (2009, p. 219).

⁷⁵ TUSHNET (2003, p. 241).

políticos más conservadores⁷⁶.

Y, por último, hablamos de la sentencia *Roper v. Simmons*, de 2005. Un fallo de 5 a 4 que revoca la anterior posición mantenida por el Tribunal Supremo en *Stanford v. Kentucky* (1989), procediendo a declarar que la ejecución de personas que eran menores de 18 años en el momento de la comisión de sus crímenes viola la prohibición constitucional de un castigo cruel o inusual. En la sentencia se destacaba el hecho de que Estados Unidos permaneciera como ejemplo aislado en un mundo que rechaza la pena de muerte juvenil⁷⁷. En su argumentación, el Tribunal Supremo realiza una valoración bastante elaborada del Derecho Internacional y del Derecho extranjero afirmando al comienzo del apartado IV que la opinión de considerar desproporcionada la pena capital para condenados menores de 18 años vendría confirmada por la “*stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty*” (p. 575)⁷⁸. Una mención en línea con la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el asunto Michel Domingues⁷⁹.

Estas son las tres sentencias del Tribunal Supremo americano que se encuentran en el origen directo de la actual discusión sobre fuentes foráneas en la interpretación de la Constitución y de las leyes americanas por los jueces y autoridades de este país: significativamente, ninguna de ellas viene referida estrictamente a asuntos civiles o comerciales, ni constituye la respuesta a un supuesto de Derecho internacional privado al uso. En las tres, los jueces en minoría elaboraron opiniones disidentes rechazando radicalmente el uso de jurisprudencia comparada o principios internacionales en la jurisprudencia constitucional americana⁸⁰.

El virulento debate generado a partir de estas tres decisiones, y que involucra a los más diversos ámbitos de la sociedad americana⁸¹, obvia que el Tribunal Supremo de este país ha tomado en consideración la aplicación del Derecho Internacional y del Derecho extranjero en los más variados supuestos desde los inicios mismos de la República: *Murray v. Schooner Charming Betsy* (1804) o *Rose v. Himley* (1808) son ejemplos significativos de ello⁸². Con independencia de la influencia que pudiera tener el Derecho e instituciones extranjeras en el momento de la elaboración de la Constitución hace más de dos siglos⁸³, el Alto Tribunal ha utilizado

⁷⁶ Así, por ejemplo, y entre otras drásticas afirmaciones, se señaló que el fallo “*upholds Marxist, Leninist, satanic principles borrowed from foreign law*” (citado por SEIPP [2006, p. 1419-1421]).

⁷⁷ Sobre el contenido y argumentación del fallo, entre otros muchos, FARBER (2007, pp. 1340-1341); KEITNER (2009, p. 220).

⁷⁸ BRYANT (2011, p. 1017); SHINAR & SU (2013, p. 78).

⁷⁹ *The Michael Domingues Case: Report of the Inter-American Commission on Human Rights*. Report No. 62/02, Merits, Case 12.285 (disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/62-02.html>, visitado el 10.12.2014).

⁸⁰ HARRIS (2005, pp. 5-6).

⁸¹ BRYANT (2011, pp. 1023 y ss.).

⁸² Jurisprudencia adicional en LYKE (2004, pp. 677-678).

⁸³ FARBER (2007, pp. 1345-1352).

tradicionalmente la referencia al Derecho Internacional y a los ordenamientos jurídicos de otros Estados, sin diferenciar ambos conceptos con claridad⁸⁴, no como base última de su decisión, mas sí como elemento necesario de contraste⁸⁵ con vistas a aproximar e interpretar el Derecho nacional⁸⁶. De manera similar a como lo hacen de forma creciente⁸⁷ los tribunales Federales⁸⁸ y los tribunales supremos de los distintos Estados de la Unión⁸⁹. De la misma guisa que las Sagradas Escrituras se citan de forma amplia y constante por el Tribunal Supremo americano en su jurisprudencia desde antiguo⁹⁰.

La utilización de estas fuentes foráneas, además, se ha producido habitualmente y sin mayores controversias incluso en relación con temas estrictamente constitucionales vinculados con los derechos individuales de la persona⁹¹. La referencia al Derecho extranjero a la hora de interpretar la Octava Enmienda prohibiendo penas crueles e inusuales se presenta como algo habitual desde hace décadas: así, *Trop v. Dulles*, de 1958, en la que se consideró inconstitucional una normativa que privaba de la ciudadanía americana a nacionales originarios condenados por desertar por un tribunal militar, y en la que se destacó que las naciones civilizadas del mundo de forma prácticamente unánime asumen "*that statelessness is not to be imposed as punishment for crime*" (p. 102), constituye un interesante ejemplo en tal sentido⁹². Como también lo son las decisiones denegando el *certiorari* en *Knight v. Florida* (1999) y *Foster v. Florida* (2002). O las sentencias *Thompson v. Oklahoma*, de 1988, en la que se declaró que la Constitución prohibía la ejecución de personas que al cometer el delito contaban con menos de 16 años y en la que se exploraban las leyes de una pluralidad de países del más diverso sesgo a la hora de formular la decisión final (pp. 830-831)⁹³; *Zelman v. Simmons-Harris* (2002), sobre la constitucionalidad de ciertos folletos escolares cuando subsidian centros educativos religiosos; *Nixon v. Shrink Missouri Government*

⁸⁴ GLENSY (2010, p. 1179).

⁸⁵ CALABRESI & ZIMDAHL (2005, pp. 765 y ss.). Sobre los diferentes usos que puede recibir el Derecho extranjero ante los tribunales americanos, nótese, WHYTOCK (2010, pp. 47 y ss.) o, en la misma línea, SITARAMAN (2011, pp. 664-691).

⁸⁶ Un análisis estadístico de estos usos en la práctica se encuentra en ZARING (2006, pp. 315-320). El autor resalta tanto el hecho de que el Tribunal Supremo americano sea más proclive a tomar en consideración que el resto de tribunales federales y como, además, lo hace fundamentalmente con vistas a interpretar derecho interno (p. 323).

⁸⁷ Se habla de un incremento que en términos absolutos pero no relativos, dado que ahora hay más casos que nunca, ZARING (2006, pp. 313-314).

⁸⁸ SIMON (2014, pp. 256-268).

⁸⁹ POSNER & SUNSTEIN (2006, pp. 133-134).

⁹⁰ MEDINA (1991, pp. 195-196). Igualmente, SHINAR & SU (2013, pp. 94-100), con un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las razones que en cada caso le llevan a citar la tradición religiosa, cristiana, judía e incluso musulmana.

⁹¹ Un intento de acotamiento de los ámbitos realmente susceptibles de controversia se encuentra en YEAZELL (2009, pp. 66-72).

⁹² CREBO (2011, p. 355).

⁹³ En relación con la decisión y su importancia en el debate existente, KEITNER (2009, pp. 217-218).

PAC (2000), referente a la aplicabilidad a los Estados de límites financieros a las campañas electorales; *Washington v. Glucksberg* (1997) en relación con el suicidio asistido o *Planned Parenthood v. Casey* (1992) sobre el derecho a la elección en la reproducción.

El Tribunal Supremo, en suma, no ha dudado —la reciente *Graham v. Florida* (2010) es significativa al respecto—⁹⁴ en mirar “beyond our Nation's Border” a la hora de alcanzar sus “*independent conclusions*” en relación, en este específico caso, con la fijación del ámbito de aplicación de la Octava Enmienda, procediéndose a declarar la prohibición de normativas estatales que permiten la condena a prisión de por vida, por crímenes distintos al homicidio perpetrados por personas que en el momento de la comisión no habían cumplido los 18 años (p. 2034). A partir de todos estos datos, las tres sentencias apuntadas como espoleta de la actual controversia sobre el uso de fuentes foráneas al proceder a interpretar la Constitución americana no implicarían desarrollo novedoso alguno —“*they have been somewhat commonplace*”—⁹⁵. Aunque denotarían, eso sí, una cierta aceleración del uso de fuentes foráneas en comparación con lo ocurrido en décadas anteriores⁹⁶.

Esta ponderación de fuentes extranjeras se produce, además, en un contexto de incremento constante del número de supuestos con elementos de internacionalidad en Estados Unidos⁹⁷. En este entorno de aumento de la litigiosidad transfronteriza, la tendencia favorable a la consideración de fuentes foráneas por parte de los órganos jurisdiccionales americanos no parece haberse detenido, lejos de ello se habla por algunos de una creciente voluntad de aplicar el Derecho extranjero⁹⁸. Se acepte o no esta mayor disponibilidad, lo cierto es que el resultado final refleja una aplicación carente de especial problematismo del Derecho Internacional y del Derecho foráneo por los tribunales americanos en los más variados ámbitos de la realidad cotidiana: ya sea la expropiación de obras de arte en tiempos de guerra —*Republic of Austria v. Altmann* (2004)—; el uso de acciones afirmativas en la admisión en instituciones educativas —*Grutter v. Bollinger* (2003)— o el Derecho marítimo —*Kossic v. U.S. Fruit Co.* (1961), *Am. Dredging Co. v. Miller* (1994) o *Norfolk S. Ry. Co. v. Kirby* (2004)—⁹⁹, entre otros muchos sectores.

⁹⁴ No así en el asunto *Kennedy v. Louisiana* (2008) en relación a la aplicación de la pena de muerte a los acusados de violación infantil.

⁹⁵ CALABRESI & ZIMDAHL (2005, pp. 907-908). Algún autor habla gráficamente de como esta controversia ha convertido el uso del Derecho extranjero en una “*bad history because it is a new complaint (that has been made to appear old about an old practice (that has been made to appear new)*” (SEIPP [2006, p. 1424], este mismo autor cita un conjunto de sentencias del Tribunal Supremo a lo largo de su historia que hacen referencia al Derecho extranjero, pp. 1431-1434).

⁹⁶ TUSHNET (2003, p. 245).

⁹⁷ De hecho, SYMEONIDES comenta que 2013 fue el año en que se dieron más casos de Derecho internacional privado de las últimas décadas, incluyendo los litigios interestatales. Habla de un total de 5564 casos, 16 ante el Tribunal Supremo, 591 ante los tribunales federales de apelación, 749 ante los tribunales supremos e intermedios estatales, 4101 ante los tribunales de distrito federales y otros tribunales federales y 107 casos ante los tribunales de primera instancia estatales (SYMONIDES [2014, p. 225]).

⁹⁸ QUINTANILLA & WHYTOCK (2014, p. 38).

⁹⁹ Nótese, por todos, SYMEONIDES (2014, pp. 240 y ss.).

Sin embargo, e insistimos en ello, hoy, al otro lado del Atlántico el debate no se plantea en términos de realidad. Se confronta una controversia “vitriólica”¹⁰⁰ en la que sólo parecen tener cabida posiciones radicalmente absolutas, sin que quepan matices o tonalidades¹⁰¹. Una discusión que se produce, incluso, en el seno del propio Tribunal Supremo donde algunos jueces se muestran altamente escépticos, por no decir radicalmente contrarios, sobre la posibilidad de tomar el Derecho Internacional y extranjero en consideración al interpretar la Constitución americana¹⁰²: algo que sería “*dangerous*”, en palabras del Juez del Supremo Antonin Scalia¹⁰³.

La cuestión de la interpretación dinámica u originaria de la Constitución ha estado presente en la doctrina americana desde hace tiempo¹⁰⁴. Sin embargo, actualmente, y debido al especial contexto en que se produce, la disputa entre “*originalists*” y “*non-originalists*”¹⁰⁵, de “*isolacionist*” e “*internationalist*”¹⁰⁶, al proceder a interpretarla supera con creces la distinción entre juristas conservadores y liberales. La “estridencia emocional”¹⁰⁷ generada sobre todo a partir de *Lawrence v. Texas*, esa “*unduly heightened rhetoric that seems strikingly out of proportion to what has actually happened on the ground*”¹⁰⁸, tampoco hace distinción alguna entre la ya apuntada toma en consideración del Derecho Internacional y del Derecho extranjero al aproximar la Constitución de los Estados Unidos, y su aplicación como consecuencia de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado al resolver los conflictos surgidos en el marco de las relaciones privadas internacionales.

¹⁰⁰ Así califica PARRISH (2007, p. 639) a las opiniones de ciertos jueces del Supremo americano.

¹⁰¹ PARRISH (2007, pp. 639-640).

¹⁰² FARBER (2007, pp. 1343-1344); MARIAN (2010, pp. 6-8).

¹⁰³ *Lawrence v. Texas* (2003, p. 598). Un juez que a pesar de haber utilizado Derecho extranjero en sus opiniones, lidera de alguna manera la oposición a la toma en consideración del Derecho extranjero por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y no duda en calificar la aplicación del Derecho extranjero y del Derecho Internacional como “*totally inappropriate*”, “*feeble*” o “*irrelevant*” (SEIPP [2006, p. 1418]). Los jueces del Supremo han visto analizada su actuación dentro y fuera del Tribunal hasta la extenuación, y algunos autores no han dudado en clasificarlos gráficamente como incardinables en tres categorías diferentes: aquellos pertenecientes al grupo “*road to perdition*”, “*tempest in a teapot*” e “*ignore at our peril*”, una clasificación que no coincide exactamente con el discurso entre derechas e izquierdas tradicional. Al respecto KEITNER (2009, pp. 215 y ss.).

¹⁰⁴ Nótense, a modo indicativo, BREST (1980, pp. 226 y ss.) o KAY (1988, pp. 226 y ss.).

¹⁰⁵ Diversos entendimientos pueden encontrarse en MARIAN (2010, pp. 7-8); CREBO (2011, pp. 362-370).

¹⁰⁶ SMITH (2006, pp. 222-225).

¹⁰⁷ FARBER (2007, p. 1338).

¹⁰⁸ TUSHNET (2003, p. 267).

Los argumentos utilizados para justificar la oposición a la consideración por el Tribunal Supremo americano de cualquier Derecho que no sea el de este país son múltiples y de muy diversa naturaleza¹⁰⁹. Se habla así de arbitrariedad por parte del operador jurídico en la selección del Derecho aplicable¹¹⁰ y de la dificultad de conocer su contenido exacto¹¹¹, de pérdida de soberanía nacional¹¹², de destrucción de la idiosincrasia nacional y de la propia cultura¹¹³. Igualmente se resaltan las susceptibilidades existentes en torno al eventual activismo político desarrollado por los jueces del Supremo¹¹⁴ o la sensación del llamado “*cherry picking*”¹¹⁵ que acompaña a la selección por unos jueces que deben interpretar, no crear la ley¹¹⁶, de las posiciones y normativa extranjera que apoyan sus argumentos, y a la correlativa evitación de fuentes nacionales que puedan ir en contra de estos¹¹⁷. O su utilización puramente “ornamental”¹¹⁸ y de “dudoso beneficio”¹¹⁹ en el proceso de interpretar aspectos de la Constitución que son “*specifically American*”¹²⁰. O sin más, la ausencia de legitimidad democrática del Derecho extranjero, provenga éste de donde provenga, con vistas a aproximar la Constitución americana¹²¹.

Todos estos juicios son usados, entre otros muchos¹²², para justificar esta oposición¹²³ a una posibilidad que se califica como “*inappropriate, undemocratic and dangerous*”¹²⁴. Y han dado como

¹⁰⁹ Una visión contrastada con datos empíricos sobre los argumentos usados en Europa a favor y en contra del uso de Derecho no nacional, y la práctica existente en algunos países miembros de la UE, se encuentra en GELTER & SIEMS (2014, pp. 37 y ss.).

¹¹⁰ CREBO (2011, pp. 370-372).

¹¹¹ SHINAR & SU (2013, p. 80).

¹¹² FARBER (2007, pp. 1355-1357).

¹¹³ FARBER (2007, pp. 1357 y ss.).

¹¹⁴ POSNER & SUNSTEIN (2006, p. 139); TUSHNET (2006, pp. 1282-1284).

¹¹⁵ SMITH (2006, p. 222), nota 23. El actual presidente del Tribunal Supremo habló en su día de “*cocktail party*”, KOCHAN (2006, p. 509).

¹¹⁶ CREBO (2011, p. 374).

¹¹⁷ TUSHNET (2006, pp. 1280-1282). Por ejemplo, el Juez Roberts, actual Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, no dudó en afirmar en la audiencia de confirmación ante el Congreso americano que la cita de precedentes extranjeros permite al juez “*to incorporate his or her own personal preferences, (y) cloak them the authority of precedent*” (MCLACHLIN [2010, p. 492]).

¹¹⁸ TUSHNET (2006, pp. 1287 y ss.).

¹¹⁹ MCGINNIS (2006, p. 808).

¹²⁰ CREBO (2011, p. 375).

¹²¹ SHINAR & SU (2013, pp. 81-82).

¹²² Especialmente ilustrativo al respecto es el análisis de las audiencia de confirmación ante el Congreso de diversos candidatos a jueces del Tribunal Supremo que realiza LYKE, y en las que se desgranan todos estos argumentos (LYKE [2004, pp. 694-729]) o KEITNER (2009, pp. 224-231). Igualmente, y entre otros varios, SHINAR & SU (2013, pp. 79 y ss.) o SITARAMAN (2011, pp. 657-664), intentando aportar una aproximación novedosa a estos.

¹²³ HUTT & PARSHALL (2007, pp. 114-117); TUSHNET (2003, pp. 257 y ss.).

resultado final para muchos un rechazo frontal y radical del uso de fuentes foráneas, tanto el Derecho internacional como el Derecho de Estados extranjeros, en cualquier aproximación a la Constitución americana: *“Nowhere does it (la Constitución) suggest that foreign governments also get a vote”* en su interpretación¹²⁵.

Por mucho que estas opiniones hayan sido contrarrestadas por amplios sectores jurídicos¹²⁶, cuestionándose la premisa de que la Constitución americana sea tan excepcional que nada tenga que ver o aprender de otras naciones¹²⁷, y demostrándose como se trata de una posibilidad que goza de generalizada aceptación en otros lugares¹²⁸, lo cierto es que la polémica ha calado en la opinión pública americana y ha tenido un efecto expansivo innegable, evolucionando rápidamente, como hemos ya avanzado, desde la original controversia en torno a la viabilidad de la toma en consideración de fuentes extranjeras por parte del Tribunal Supremo americano en el proceso de interpretación de la Constitución de este país, a fomentarse la prohibición global de aplicar Derecho extranjero por parte de las autoridades judiciales y no judiciales americanas en determinados supuestos.

c) La “American Laws for American Courts Act”

El debate convulso y escasamente sofisticado debate sobre la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales y autoridades americanas ha sido azuzado y, a su vez, canalizado por entidades diversas como la *ACT! for America*¹²⁹, el *Center for Security Policy*¹³⁰ o la *American Public Policy Alliance*¹³¹, entre otras¹³². Todas ellas aparecen vinculadas a los círculos más conservadores de la sociedad americana¹³³, resultando coincidentes en su radical rechazo a la aplicación de

¹²⁴ KOCHAN (2006, p. 507).

¹²⁵ ROSENKRANZ (2007, p. 1308).

¹²⁶ SHINAR & SU (2013, pp. 83-88).

¹²⁷ PARRISH (2007, p. 680).

¹²⁸ En relación con Europa y a modo de ejemplo, KINSCH (2004, pp. 212 y ss.); PEOPLES (2008, p. 226), en relación con la cita de fuentes estadounidenses por parte de los abogados generales del TJUE.

¹²⁹ <https://www.actforamerica.org/> (visitada, el 15.12.2014).

¹³⁰ <http://www.centerforsecuritypolicy.org/> (visitada, el 15.12.2014).

¹³¹ <http://publicpolicyalliance.org/> (visitada, el 15.12.2014).

¹³² Muchas de ellas vinculadas a la figura del abogado neoyorquino David YERUSHAMI (<http://www.davidyerushalmilaw.com/aboutus.php>, visitada el 5.3.2015). Nótese BOYER (2013, pp. 1062-1063).

¹³³ DAVIS & KALB (2011, pp. 5-6). Considérese a modo de ejemplo la intervención de N. Gringich en el denominado *Value Voter Summit* de 2010: *“Perhaps the former House Speaker’s loudest applause came when he weighed in on the controversial Islamic center and mosque proposed to be built near ground zero, declaring, “We as Americans don’t have to tolerate people who are supportive of violence against us, building something at the sight of the violence”.*

“This is not about religious liberty, they want to build that mosque in the South Bronx, frankly they need the jobs,” he said. “But I am totally opposed to any effort to impose Sharia on the United States, and we should have a federal law that says

normas y doctrinas extranjeras —que se hacen equivalentes en mayor o menor medida con la Sharía musulmana— que puedan contradecir los principios de la Constitución americana, y minar las bases y valores cristianos sobre los que se asienta la sociedad de este país¹³⁴.

Estas entidades coinciden en destacar *“the anti-constitutional and national security threats posed by those who would bring a parallel system of shariah laws to American courts, policymakers media and civil society”*¹³⁵. Un riesgo que se entiende real y que se estaría ya produciendo en la práctica¹³⁶. Y, entre otras medidas, apoyan como forma de combatir este peligro, la promulgación de normativas estatales que prohíban la aplicación del Derecho Internacional y del Derecho extranjero por parte de los tribunales y jueces de los Estados Unidos. En su opinión, la aplicación de Derecho no americano por parte de los órganos jurisdiccionales de este país da lugar a lo que gráficamente se califica como “transnacionalismo”, un movimiento que —reflejando el simplismo y visceralidad que acompaña en demasiadas ocasiones a la polémica planteada— *“includes the use of international law and foreign law in court opinions when those conflict with both Constitutional liberties and protections, and state public policy. Examples include “conflict-of-law” issues with foreign law, including many countries that have Shariah-centric legal systems, as well as countries with significantly different laws concerning child custody”*¹³⁷. Este fenómeno transnacional se entiende que constituye *“a dangerous threat because it advances the idea that American courts should look to laws that have not undergone the political process in the United States to become law. In the USA, laws are introduced in legislative branches by elected representatives of the people (Congress and state legislatures) and, having passed, are signed into law by the elected executives (the President or governors). When courts look to international or foreign law in making legal decisions, this entire fundamental process is bypassed, indeed totally ignored”*¹³⁸.

La aplicación del Derecho Internacional y del Derecho extranjero se canaliza en los tribunales americanos a través de tres vías: *“Comity (mutual respect of each country’s legal system)”*¹³⁹, *“Choice of law issues and Choice of forum or venue”*¹⁴⁰. Se acepta, ciertamente, que existe el control clásico de la

under no circumstance, in any jurisdiction in the United States, will Sharia be used in any court to apply to any judgment made about American law” (disponible en: <http://edition.cnn.com/2010/POLITICS/09/18/gingrich.values.voter/>, visitado 30.12.2014).

¹³⁴ DAVIS & KALB (2011, pp. 6-7).

¹³⁵ <http://www.centerforsecuritypolicy.org/category/shariah/shariah-threats-to-american-law/> (visitada, el 15.12.2014).

¹³⁶ Muy interesante resulta al respecto, CENTER FOR SECURITY POLICY (2011), *Shariah Law*, un documento de más de 600 páginas en el que se recogen cincuenta supuestos de aplicación de la Sharía por parte de los Tribunales americanos. Especialmente interesante resulta la mención a los “Top 20 Cases” (p. 29 y ss.).

¹³⁷ <http://publicpolicyalliance.org/about/> (visitada, el 15.12.2014).

¹³⁸ <http://publicpolicyalliance.org/issues-2/the-threat-of-transnationalism/> (visitada, el 15.12.2014).

¹³⁹ El Tribunal Supremo americano describió la noción de *comity* tan lejos como en 1895, en el asunto *Hilton v. Guyot* (1895, pp. 163-164) en unos términos un tanto diferentes a los aquí indicados.

¹⁴⁰ <http://publicpolicyalliance.org/legislation/american-laws-for-american-courts/> (visitada, el 15.12.2014).

excepción de orden público como mecanismo para prevenir aquellos efectos que puedan entenderse contrarios a los principios esenciales del modelo americano, pero a su vez se entiende por estas entidades que “*state legislatures have generally not been explicit about what their public policy is relative to foreign laws, including as an example, Shariah*”¹⁴¹, lo que exige concretar su contenido. Para ello se propone una normativa tipo a ser aprobada por los distintos Estados de la Unión, denominada “*American Laws for American Courts Act*”¹⁴² cuyo objetivo es la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos americanos “*against the infiltration and incursion of foreign laws and foreign legal doctrines, especially Islamic Shariah Law*”¹⁴³. Una propuesta legislativa que a través de vías diversas ha sido planteada a fecha de hoy en, al menos, 32 Estados americanos¹⁴⁴, y que, como seguidamente veremos, se ha convertido en normativa vigente en algunos de ellos bien a través de enmiendas constitucionales, o de la aprobación de leyes específicas en la materia.

2.3. El carácter centrífugo del debate: el movimiento para la prohibición de la aplicación del Derecho Internacional y extranjero por los tribunales americanos

Previsiblemente, una aproximación jurídica al papel desempeñado por el Derecho extranjero ante las autoridades judiciales y extrajudiciales de un concreto Estado transcurrirá en los términos característicos del Derecho internacional privado. Estamos ante una cuestión técnica y sofisticada que requiere una respuesta igualmente técnica, atendida la trascendencia que para el sistema presenta la problemática de la aplicación del Derecho foráneo por las autoridades nacionales. Una problemática que, por lo tanto, exigiría ser abordada y resuelta desde planteamientos internacionalprivatistas y buscando asegurar al máximo, tanto el logro de los principios sobre los que se articula cualquier modelo nacional de Derecho internacional privado, como la satisfacción de los derechos y expectativas jurídicas de las personas involucradas en una concreta situación con elementos de internacionalidad.

Sin embargo, estos planteamientos se ven arrumbados en la actual polémica planteada en Estados Unidos en relación con la aplicabilidad del Derecho no americano por los tribunales y autoridades de este país. Las bases y filosofía de la normativa elaborada en los distintos Estados prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero y su tramitación pone de manifiesto que no estamos aparentemente asistiendo a un debate doctrinal sobre la prevalencia del Derecho del foro frente a otros Derechos, reflejo de ese *homeward trend* contra el que luchó el *First Restatement of*

¹⁴¹ <http://publicpolicyalliance.org/legislation/american-laws-for-american-courts/> (visitada, el 15.12.2014). Esta afirmación contradice la realidad legislativa americana, al respecto AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, pp. 10-11).

¹⁴² ALAC Act. El texto está disponible en: <http://www.davidyerushalmilaw.com/CLE-Course-on-Draft-Uniform-Act-American-Laws-for-American-Courts-b25-p0.html> (visitada, el 15.12.2014).

¹⁴³ <http://publicpolicyalliance.org/legislation/american-laws-for-american-courts/>

¹⁴⁴ <http://www.pewforum.org/2013/04/08/state-legislation-restricting-use-of-foreign-or-religious-law/> (visitado, el 15.12.2014). Un análisis de las soluciones recogidas en algunas de ellas se encuentra en, VENETIS (2011, pp. 194-198) o FELLMETH (2011, pp. 1 y ss.).

Conflict of Laws y que de alguna manera legitima la revolución conflictual americana¹⁴⁵. Ni siquiera pareciera, por próximas que puedan resultar en ocasiones las propuestas legislativas formuladas, que nos encontramos realmente ante un reflejo de ese etnocentrismo que caracteriza a la revolución conflictual¹⁴⁶. No se trata de soluciones referidas a todas las personas —tanto jurídicas como físicas— sino de normativas habitualmente focalizadas en éstas últimas. Ni de soluciones que se reputan exclusivamente del Derecho aplicable, en cuanto también abarcan aquellas selecciones de foros susceptibles de conllevar unos efectos similares a los que se pretende evitar. Más aún, no se aportan respuestas genéricas reputables de todos los ordenamientos jurídicos foráneos. Por una parte, como veremos, la noción de Derecho extranjero no queda claramente fijada, y por otra la respuesta legislativa se focaliza en “*certain non-western laws*”¹⁴⁷, emitiendo “*a signal, in “code language” that certain foreign laws are more foreign than others*”¹⁴⁸.

No parece que afrontemos un debate técnico o metodológico; una discusión doctrinal, sino que estemos ante algo diferente. Bajo un lenguaje aparentemente de Derecho internacional privado, asistimos aquí a una controversia visceral, ideológica, y no técnica. La innegable sofisticación que acompaña a las técnicas con que el Derecho internacional privado pretende hacer frente a los problemas planteados por las situaciones jurídico-privadas internacionales, es aquí arrumbada sin más por una disputa calificable de maniquea, que es clasificada en el “*Choice of Law in the American Courts in 2014*” bajo el epígrafe “*Xenophobia and ignorance*”¹⁴⁹, señalándose que el conjunto de leyes prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero promulgadas durante los últimos años “*deserve more discussion than can be devoted to them in the context of this Survey (or perhaps they don't deserve any)*”¹⁵⁰.

Lo cierto es que la marejada lejos de amainar no hace sino incrementarse y agudizarse. Y la fuerza centrífuga del debate —del rechazo a la toma en consideración de fuentes extranjeras al interpretar la Constitución se avanza hacia un rechazo global, con más o menos matizaciones, de la aplicación del Derecho por las autoridades americanas— queda reflejada en la proliferación de propuestas legislativas de naturaleza diversa.

Así, de una parte, se vuelven ahora a plantear distintas proposiciones normativas dirigidas a limitar o prohibir la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales federales americanos. El título de la formulada en 2011 ante el Congreso americano es claro: “*to prevent the misuse of foreign*

¹⁴⁵ SYMEONIDES (2001, pp. 43-44).

¹⁴⁶ Al respecto y en relación con las posiciones de B. CURRIE, SYMEONIDES (2001, p. 42).

¹⁴⁷ SYMEONIDES (2015, p. 58).

¹⁴⁸ SYMEONIDES (2015, p. 58).

¹⁴⁹ Parte III, letra E. SYMEONIDES (2015, p. 1).

¹⁵⁰ SYMEONIDES (2015, p. 59).

*law in Federal courts*¹⁵¹. Un concepto, el de mal uso —"misuse"— que se ve aquí atribuido un carácter genérico: prácticamente se señala que todo lo que no sea aplicación del Derecho nacional por parte de los tribunales americanos implica un incorrecto uso de sus atribuciones. En este sentido, el texto propuesto modificaba el US Code de una manera tan clara como significativa:

*"Sec. 4201. Limitation on use of foreign law in Federal courts. In any court created by or under article III of the Constitution of the United States, no justice, judge, or other judicial official shall decide any issue in a case before that court in whole or in part on the authority of foreign law, except to the extent the Constitution or an Act of Congress requires the consideration of that foreign law"*¹⁵²

La prohibición es taxativa. No se puede aplicar el Derecho extranjero, ni siquiera ser tomado en consideración por las autoridades judiciales americanas, salvo que la Constitución o la normativa federal requieran su consideración.

A su vez, el Congreso de Idaho aprobó una Resolución concurrente, sin valor de Ley¹⁵³, en la que junto a instar a que los Estados Unidos se mantengan como una "English-Speaking Nation"¹⁵⁴ y apoyar la presencia de Dios en todos los ámbitos públicos¹⁵⁵, se afirmaba que el Congreso "should prevent foreign entities, including the United Nations, from having authority over activities within the United States", lo que conducía directamente a instar que "(F)or any domestic issue, no court should consider or use as precedent any foreign or international law, regulation, or court decisión (...)" . La mención a Estados extranjeros se sustituía aquí por una mucho más genérica a entidades extranjeras, incluyendo de forma explícita —y esto no es en modo alguno llamativo atendiendo a los términos en que se está desarrollando el debate en curso en Estados Unidos— a las Naciones Unidas. Y se prohibía, e insistimos en este dato, la toma en consideración de fuentes extranjeras e internacionales no ya para interpretar la Constitución de Idaho, sino con un carácter general: para todos los tribunales del Estado, respecto de todos los litigios y cuestiones que puedan surgir, y en relación a la globalidad del Derecho extranjero.

Junto a estas dos actuaciones, la ya mencionada propuesta de la "American Laws for American Courts Act" ha ganado reconocimiento de una u otra forma en varios Estados de la Unión de

¹⁵¹ H.R. 974, 112th Cong (1st Sess. 2011), presentada por el congresista Sandy Adams, republicano de Florida (disponible en: <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/973/text>, visitado el 17.12.2014).

¹⁵² Véase nota a pie de página núm. 151.

¹⁵³ House Concurrent Resolution No. 44, Legislature of the State of Idaho, Second Regular Session - 2010 (disponible en: <http://www.legislature.idaho.gov/legislation/2010/HCR044.pdf>, visitado el 17.12.2014).

¹⁵⁴ "... the English language should be the exclusive language for the affairs of government and the formal language for business".

¹⁵⁵ "... the phrase "In God We Trust" should appear on all coin and currency and references to God should be welcome in all public places and public verse, including the display of historic symbols, which provided the foundation for the modern-day life in the United States".

manera continuada desde 2010¹⁵⁶: Tennessee (2010)¹⁵⁷, Arizona (2011)¹⁵⁸, Kansas (2012)¹⁵⁹, Luisiana (2012)¹⁶⁰, Dakota del Sur (2012)¹⁶¹, Carolina del Norte (2013)¹⁶², Oklahoma (2013)¹⁶³, Alabama (2014)¹⁶⁴ y Florida (2014)¹⁶⁵ han aprobado leyes o enmiendas constitucionales que prohíben o limitan severamente la toma en consideración de Derecho no americano por parte de sus autoridades y tribunales.

3. *Las normativas estatales americanas prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero*

3.1. Introducción

El 2 de Noviembre de 2010 los votantes de Oklahoma aprobaron con más de un 70% de los votos emitidos la denominada “Oklahoma International and Sharia Law Amendment” —también llamada State Question 755—¹⁶⁶ que reformaba la Sección 1 del artículo VII de la Constitución del Estado a través de la inclusión de un apartado C intitulado “Save Our State Amendment”. En dicho nuevo apartado se establecía con claridad que los tribunales del Estado¹⁶⁷ cuando ejerzan su autoridad

¹⁵⁶ Sobre las diversas propuestas planteadas a modo ejemplificativo: <http://www.barenakedislam.com/2012/02/09/several-states-are-trying-to-pass-legislation-that-would-ban-sharia-islamic-law-from-being-recognized-in-their-state-court-systems/> (visitado el 30.12.2014).

¹⁵⁷ Disponible en: <http://state.tn.us/sos/acts/106/pub/pc0983.pdf> (visitado el 17.12.2014).

¹⁵⁸ Disponible en: <http://www.azleg.gov/legtext/50leg/1r/laws/0076.pdf> (visitada el 17.12.2014).

¹⁵⁹ Disponible en: http://www.kslegislature.org/li_2012/b2011_12/measures/documents/sb79_enrolled.pdf (visitado el 22.12.2014). Sobre la elaboración de esta normativa, BOYER (2013, pp. 1068-1069), destacando el claro objetivo que acompaña a la ley de evitar la aplicación de la Sharía por parte de los tribunales del Estado.

¹⁶⁰ Donde se han promulgado varias leyes diferentes: Act No. 886 de 2010 (Senate Bill No. 460, Regular Session 2010, disponible en: <http://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=723250>, visitado el 22.12.2014); Act No. 714 of 2010 (House Bill No. 785, Regular Session 2010, disponible en: <http://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=722536>, visitado el 22.12.2014); y Act No. 369 de 2012 (disponible en: <http://www.ofi.state.la.us/SecAct369.pdf>, visitado el 22.12.2014), todas ellas cubriendo ámbitos temáticos diversos.

¹⁶¹ Disponible en: <http://law.justia.com/codes/south-dakota/2012/title19/chapter08/19-8-7> (visitado el 17.12.2014).

¹⁶² Disponible en: <http://www.ncleg.net/Sessions/2013/Bills/House/PDF/H522v4.pdf> (visitado el 17.12.2014).

¹⁶³ Disponible en: <https://www.sos.ok.gov/documents/legislation/54th/2013/1R/HB/1060.pdf> (visitado el 21.12.2014).

¹⁶⁴ Aprobada en referéndum en Noviembre de 2014, disponible el texto sometido a votación en: http://www.legislature.state.al.us/statewide_ballot_measures/BALLOT_STATEMENT_FOR_STATEWIDE_AMENDMENT_1.pdf (visitado el 17.12.2014).

¹⁶⁵ Disponible en: <http://laws.flrules.org/2014/10> (visitado el 22.12.2014).

¹⁶⁶ Disponible en: <https://www.sos.ok.gov/documents/questions/755.pdf> (visitado el 18.12.2014).

¹⁶⁷ Mencionados en el apartado A del precepto.

judicial “shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution, the United States Code, federal regulations promulgated pursuant thereto, established common law, the Oklahoma Statutes and rules promulgated pursuant thereto, and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international or Sharia Law. The provisions of this subsection shall apply to all cases before the respective courts including, but not limited to, cases of first impression”.

La modificación constitucional aprobada era radical. Dejaba claro de forma rotunda, la obligación de los tribunales del Estado de Oklahoma de aplicar el Derecho federal o estatal a cualquier tipo de litigio que se plantease ante ellos, quedando por su parte la aplicación del Derecho del resto de Estados de la Unión condicionada al hecho de no incluir en sus preceptos disposiciones de la Sharía. Además se prohibía de forma explícita la toma en consideración —“shall not look to”— de las disposiciones legales de otras naciones o culturas. Por si no quedara claro, en esta prohibición se hacía mención específica al Derecho Internacional o la Sharía, yuxtaponiéndolos en condiciones de igualdad¹⁶⁸.

Significativamente, en relación con este último punto, al tiempo de la aprobación de la reforma no existía un solo caso documentado de aplicación de la Sharía por parte de los tribunales de Oklahoma, lo que llevó a algún autor a cuestionarse gráficamente acerca de a quién o qué pretendía salvar la normativa¹⁶⁹.

La prohibición, que como decimos contaba con carácter constitucional en el Estado, era absoluta: afectaba a personas físicas tanto como a personas jurídicas, y su objeto no sólo englobaba al proceso de aplicación del derecho por parte de los tribunales del Estado sino, también, al eventual reconocimiento por éstos de resoluciones judiciales de otros Estados de la Unión y de otros países del globo. Todo ello, además, presentando notables deficiencias jurídicas de todo tipo¹⁷⁰, y sin matizar algunas cuestiones esenciales para poder determinar los términos exactos de la prohibición. Esto es, sin concretar por ejemplo qué se entendía por disposiciones legales de otras naciones y culturas, qué significaba Derecho Internacional —¿también los Tratados que vinculan a los Estados Unidos?—¹⁷¹ o cual es el entendimiento o contornos atribuidos a la Sharía¹⁷².

¹⁶⁸ DAVIS & KALB (2011, p. 7).

¹⁶⁹ VENETIS (2011, p. 191). En los momentos preparatorios se mencionó el supuesto de *Bastian v. Gonzalez*, un caso de 2006, en el que el tribunal en ningún momento analizó, interpretó o aplicó la Sharía, limitándose a señalar que la potencial imposición de esta normativa a un solicitante de asilo en USA no justificaba la concesión de éste (p. 191).

¹⁷⁰ Al respecto VENETIS (2011, pp. 200 y ss.).

¹⁷¹ La jurisprudencia americana ha dejado bien clara que el Derecho Internacional forma parte del Derecho Federal. En tal sentido, VENETIS (2011, pp. 204-206).

¹⁷² Un cuerpo normativo que plantea todo tipo de cuestión en relación con su contenido, contornos o interpretación. Al respecto, NEW YORK CITY BAR (2010, pp. 8-9).

La reforma de la Constitución de Oklahoma tuvo un gran eco en todo el país¹⁷³, levantando todo tipo de comentarios y despertando miedos y prevenciones¹⁷⁴. Y, de hecho, antes de que la votación pudiese ser certificada por la *Oklahoma State Election Board*, un residente musulmán en dicho Estado —el Sr. Muneer Award— presentó una demanda ante los tribunales estatales amparándose en la primera enmienda de la Constitución americana¹⁷⁵. El Sr. Award, de fe musulmana, alegó que el hecho de que sólo se mencionase a una específica normativa religiosa, la Sharía, generaba un tratamiento especialmente negativo de ésta¹⁷⁶. El proceso, seguido en varias instancias, dio finalmente lugar a la decisión del Tribunal de Apelaciones del Décimo Distrito en *Award v. Ziriax* que en 2012 bloqueó la reforma constitucional considerando que violaba la Constitución americana¹⁷⁷.

A pesar de esta aparente derrota, no sólo el propio Estado de Oklahoma, sino otros muchos Estados de la Unión propusieron la aprobación, bien de enmiendas a su Constitución o de normativa específica prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus autoridades y tribunales. Todas estas disposiciones toman en consideración la controversia generada por la reforma constitucional de Oklahoma de 2010, y a través de un lenguaje neutral —obviando cualquier referencia directa a una concreta fe o normativa religiosa— o refiriendo al Derecho extranjero de forma genérica —sin mencionar explícitamente al Derecho Internacional— intentan circunvalar y evitar cualquier posible bloqueo por los tribunales de la normativa aprobada por aparente inconstitucionalidad.

Las nueve legislaciones promulgadas coinciden en su redacción imperativa y en su rechazo a la consideración del Derecho extranjero por parte de los tribunales del Estado, tomando en bastantes ocasiones como referente las propuestas realizadas por las entidades conservadoras antes apuntadas. No obstante, a pesar de sus similitudes, las soluciones incorporadas presentan diferencias que permiten su clasificación a grandes rasgos en tres categorías diferentes: aquellas normativas que prohíben de forma plena la aplicación del Derecho extranjero, aquellas otras que toman en cuenta el volumen de derechos protegidos por la Constitución americana como referente para aceptar o prohibir dicha aplicación, y aquellos otros textos que se basan en criterios de reciprocidad: en otras palabras, “full”, “rights-based”, and “reciprocal blocking initiatives”¹⁷⁸.

¹⁷³ Sobre los términos de la reforma y las reacciones suscitadas por ella, SHINAR & SU (2013, p. 75).

¹⁷⁴ Nótese, VENETIS (2011, p. 190). A modo de ejemplo, y por todos: http://www.nytimes.com/2010/11/30/us/30oklahoma.html?_r=0 (visitado 30.12.2014). Considérese, igualmente, NEW YORK CITY BAR (2010, p. 2).

¹⁷⁵ Relativa a la Libertad de culto, de expresión, de prensa, petición, y de reunión.

¹⁷⁶ DAVIS & KALB (2011, pp. 1-2).

¹⁷⁷ Aplicando los criterios fijados por el Tribunal Supremo en *Larson v. Valente*. BOYER (2013, pp. 1061 y 1066-1067), analizando la decisión y sus bases argumentativas. Igualmente, NEW YORK CITY BAR (2010, pp. 2 y ss.). O DAVIS & KALB (2011, p. 1).

¹⁷⁸ NERSESSIAN (2012, p. 1655).

3.2. Primera categoría: prohibición total de la aplicación del Derecho extranjero

La primera categoría engloba aquellas reformas que proclaman una prohibición radical de la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales y no judiciales de un concreto Estado. Significativamente, el fracaso de la normativa de Oklahoma de 2010 prohibiendo de forma total la aplicación del Derecho Internacional y del Derecho extranjero no supuso la inexistencia de otros intentos legislativos en similar sentido, aunque sí incidió en la formulación de la prohibición incorporada.

Así, un ejemplo aislado, pero mucho más limitado en su ámbito de aplicación que el de Oklahoma de 2010, es la legislación promulgada en Dakota del Sur en 2012¹⁷⁹. El texto, muy sencillo y parco en palabras, se limita a señalar sin más, que *“No court, administrative agency, or other governmental agency may enforce any provisions of any religious code”*. Se prohíbe aplicar —“enforce”— cualquier disposición de un código religioso.

Qué constituya un “Código religioso” es algo que no se explicita ni se explica por la Ley¹⁸⁰. Si bien el texto está redactado, al igual que lo estaba la normativa de Oklahoma de 2010, pensando en la Sharía musulmana, técnicamente el enunciado global del mandato impediría de forma genérica que cualquier código religioso —en el sentido de normativa de base u origen religioso— de la naturaleza que sea —la Sharía, la normativa canónica o la judía, por ejemplo— fuese aplicado por los tribunales y autoridades del Estado. Una interpretación amplia de esta negativa, además, englobaría tanto la prohibición de aplicar —“enforce”— un Derecho religioso, de ponderarlo o tomarlo en consideración al resolver la controversia suscitada ante las autoridades del Estado, o de reconocer o dar eficacia en Dakota del Sur a actos o situaciones generados fuera de las fronteras del Estado —tanto en otro Estado de la Unión o en un país extranjero— con base en, o al amparo de, un Código religioso. Ello, como posteriormente analizaremos, es susceptible de generar problemas de compatibilidad con la cláusula de *Full Faith and Credit* recogida en el artículo IV(1) de la Constitución americana.

¹⁷⁹ 2012 *South Dakota Codified Laws*, Title 19 *Evidence*, Chapter 08. *Proof of Foreign Law*, §19-8-7 *Religious code* (nota 161).

¹⁸⁰ Sobre las singularidades que acompañan al Derecho religiosos, SHINAR & SU (2013, pp. 79 y 88-92), resaltando las diferencias que acompañan al Derecho religioso respecto del Derecho extranjero a efectos de su eventual toma en consideración por los tribunales estatales.

3.3. Segunda categoría: prohibición de la aplicación del Derecho extranjero articulada sobre la protección de determinados Derechos fundamentales de la persona

La segunda categoría de normativa promulgada para bloquear la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades de un Estado englobaría esas legislaciones estatales que aceptan, de partida, la posibilidad de aplicación del Derecho extranjero por parte de sus autoridades y jueces prohibiendo, sin embargo, aquellas disposiciones que interfieren o limitan derechos de los ciudadanos reconocidos o amparados por la normativa estatal o federal. Frente a la opción anterior, que toma en consideración como dato decisivo el origen religioso de las disposiciones que deben aplicarse, en esta categoría se consideran igualmente los efectos a que conduce la aplicación de dicha normativa.

Dos serían los textos incardinables dentro de esta segunda categoría.

- a) En primer lugar, la *"American and Alabama Laws for Alabama Courts Amendment"* a la Constitución de Alabama, aprobada por amplia mayoría de los votantes del Estado –78%– el 4 de noviembre de 2014. La enmienda, técnicamente neutral pero que de acuerdo con sus proponentes se dirige frontalmente contra la posibilidad de que la Sharía sea aplicada por los tribunales del Estado¹⁸¹, ha sido vista con prevención por diversos colectivos religiosos, incluida la comunidad musulmana¹⁸². La enmienda aprobada, cuya rúbrica,¹⁸³ es significativamente más clara y clarificadora que el propio texto incorporado en la Constitución, diferencia a los efectos del texto entre la actividad desarrollada por particulares y por empresas o personas jurídicas.
 - La enmienda prohíbe a los tribunales y cualquier otra autoridad jurídica del Estado de Alabama *"from applying foreign law if doing so would violate rights guaranteed to citizens to Alabama"*. El tenor y filosofía del precepto apoyaría la radicalidad de la prohibición que sería global: el Derecho extranjero no puede producir efectos en el ordenamiento jurídico americano. No puede ser *"introduced into US state court cases"*¹⁸⁴ bien a través de su aplicación directa por la autoridad o bien su ponderación por ésta a la hora de solventar la situación planteada.

¹⁸¹ Al respecto, http://www.al.com/news/index.ssf/2014/11/amendment_banning_foreign_law.html (visitado el 22.12.2014).

¹⁸² <http://www.truthrevolt.org/news/alabama-amendment-banning-foreign-laws-includes-sharia> (visitado el 22.12.2014).

¹⁸³ *"Statewide Amendment 1 Proposing an amendment to the Constitution of Alabama of 1901, to prohibit the State of Alabama from giving full faith and credit to public acts, records, or judicial proceedings of another state that violate the public policy of the State of Alabama and to prohibit the application of foreign law in violation of rights guaranteed natural citizens by the United States and Alabama Constitutions, and the statutes, laws, and public policy thereof, but without application to business entities. (Proposed by Act 2013-269)"* (nota 164).

¹⁸⁴ <http://publicpolicyalliance.org/legislation/american-laws-for-american-courts/> (visitado el 4.3.2015).

A efectos de esta prohibición bajo la denominación genérica de Derecho extranjero se incluye “*any law, rule, or legal code system used outside or the United States or by any other people, group or culture different from the people of the United States or the State of Alabama*”¹⁸⁵. Si bien se menciona explícitamente al Derecho extranjero, no queda nítido qué se entienda por ello, dado que la referencia global al uso fuera de los Estados Unidos permitiría justificar la inclusión del Derecho Internacional en su contenido. Por otra parte, la mención a personas, grupos o culturas diferentes al pueblo de los Estados Unidos o del Estado de Alabama abre un escenario cuanto menos complejo. ¿Qué constituye un grupo, persona o cultura diferentes del pueblo de los Estados Unidos o del Estado de Alabama? ¿Qué se entiende por pueblo de los Estados Unidos o del Estado de Alabama?¹⁸⁶. La utilización de estos conceptos indeterminados no sólo afecta directamente al ámbito y significado de la prohibición diseñada, sino que abre todo un conjunto de peligrosos interrogantes y riesgos.

- El mandato anterior es reputable de los contratos concluidos por “*individual citizens*”, no resultando aplicable, en cambio, “*to business entities or to persons who willingly choose to give up the rights protected by this amendment*”¹⁸⁷.

A pesar de las importantes limitaciones técnicas que acompañan al texto aprobado y que incidirán en su aplicación práctica, de su lectura se traslucen las razones de su aprobación: preservar la idiosincrasia del modelo jurídico americano frente a la negativa influencia de ordenamientos jurídicos y culturas extranjeras. Estos fundamentos, empero, se ven gravemente socavados si atendemos a las consecuencias que para el propio legislador de Alabama se derivarían de la aprobación o rechazo de la enmienda planteada, y que aparecen explicitadas por éste en la propia papeleta de votación, en la que se afirmaba que:

- (i) Caso de que la enmienda fuera aprobada, Alabama contaría con una disposición en su Constitución que afirma que los ciudadanos del Estado no estarán sujetos a leyes extranjeras si la aplicación de éstas “*would violate Alabama law or result in a violation of their rights*”¹⁸⁸.
- (ii) Si, por el contrario, la enmienda fuera rechazada, cosa que como hemos observado no ocurrió, los tribunales y las autoridades jurídicas del Estado podrían optar por rechazar la aplicación del Derecho extranjero si el Derecho

¹⁸⁵ Véase nota 183.

¹⁸⁶ No sólo la historia de los Estados Unidos, sino el propio censo del país refleja el carácter multicultural que ha caracterizado desde siempre a este país. Sobre la situación demográfica de Alabama, (<http://quickfacts.census.gov/qfd/states/01000.html>) y de Estados Unidos (<http://quickfacts.census.gov/qfd/states/00000.html>, visitados ambos el 9.1.2015).

¹⁸⁷ Nota 183.

¹⁸⁸ Nota 183.

extranjero condujese a una violación del Derecho de Alabama y/o privase a un ciudadano o ciudadana de sus derechos, *“even though there is no statute or Constitutional Amendment requiring the court or legal authority to do so”*¹⁸⁹. Esto es, un resultado similar al generado por la aprobación de la enmienda propuesta.

En otras palabras y siguiendo lo que el propio proponente de la enmienda no duda en explicar en la papeleta de votación, cabría decir que el resultado final sería semejante existiera o no la enmienda constitucional propuesta, dado que en todo caso el Estado contaría con mecanismos para asegurar el bloqueo de aquellas disposiciones extranjeras que afectasen a los derechos de sus ciudadanos. Y a partir de ello habría que plantearse la razón de un cambio que no es en sí mismo tal, dado que el resultado es idéntico con o sin enmienda aprobada. Y es ahí precisamente donde parecería radicar el elemento clave de la proposición: un desenlace similar pero que, sin embargo, permite transmitir a la población la visualización de un aparente peligro y de una respuesta al mismo¹⁹⁰.

- b) Con anterioridad al texto de Alabama, también la Ley de Arizona de 2011 prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero asumió un planteamiento similar¹⁹¹. La normativa se aplica *“only to actual violations”* de los derechos constitucionales de una persona o conflictos reales con las leyes de este Estado causados por la aplicación de un Derecho extranjero¹⁹². Se afirma, igualmente, su inaplicación *“to a corporation, partnership or other form of business association”*¹⁹³.

En concreto, el texto de Arizona afirma que cualquier tribunal, árbitro, agencia administrativa u otra autoridad adjudicatoria, de mediación o ejecución, *“shall not enforce¹⁹⁴ a foreign law if doing so would violate a right guaranteed by the Constitution of this*

¹⁸⁹ Nota 183.

¹⁹⁰ En tal sentido no deja de resultar significativo que en el informe sobre aplicación de la Sharía por los tribunales de apelación estatales en Estados Unidos elaborado por el *Center for Security Policy*, no se mencione un solo caso de aplicación por tribunales de Alabama (CENTER FOR SECURITY POLICY [2011]).

¹⁹¹ *Chapter 76. House Bill 2064, An Act Amending Section 1 Title 12, Arizona Revised Statutes. By adding Chapter 22; Relating to the Application of Foreign Laws* (nota 158, en adelante Arizona). La Sección 2 de este Capítulo fija como objetivo legislativo de la reforma que *“the public policy of this state is to protect its citizens from the application of foreign law when the application of a foreign law will result in the violation of a right guaranteed by the constitution of this state or of the United States or conflict with the law of this state”*.

¹⁹² *Arizona, Chapter 22, Section 12-3102 Application, A.* Aunque con posterioridad la Section 12-3103 vincula la taxativa prohibición de aplicar un Derecho extranjero *“if doing so would violate”* un derecho amparado por la Constitución del Estado o de los Estados Unidos.

¹⁹³ *Arizona, Chapter 22, Section 12-3102 Application, B.*

¹⁹⁴ En línea con la ya abordada normativa de Dakota del Sur de 2012, que utiliza también esta expresión. La enmienda a la Constitución de Alabama que acabamos de apuntar, por el contrario, utiliza la expresión *“applying foreign law”*.

*State or of the United States or conflict with the laws of the United States or of this State*¹⁹⁵. Qué se entiende por Derecho extranjero viene fijado por la propia normativa: Derecho extranjero significa cualquier Ley, norma o Código legal o sistema diferente a la Constitución, Leyes y Tratados ratificados por los Estados Unidos y los territorios de los Estados Unidos, o la Constitución y leyes de este Estado¹⁹⁶. Nada se señala, por el contrario, con relación a cuales de los derechos garantizados por las Constituciones americana y del Estado se está haciendo mención y respecto de que ámbitos del proceder humano, lo que conduce a entender que se incorpora una referencia global y genérica a cualquier derecho constitucional, sea éste de la naturaleza y contenido que sea y respecto de todos los ámbitos.

3.4. Tercera categoría: prohibición articulada sobre la idea de reciprocidad

La tercera categoría de leyes bloqueando la aplicación del Derecho extranjero engloba al mayor número de textos aprobados por los Estados de la Unión. La prohibición se produce en aquellas ocasiones en que el Derecho extranjero en su conjunto no reconoce a los ciudadanos involucrados el mismo nivel de protección ofrecido por el Derecho estatal o federal de los Estados Unidos¹⁹⁷. Además de ser la categoría más amplia, es la que más fielmente sigue la propuesta legislativa de la *American Public Policy Alliance*: la antes mencionada *“American Laws for American Courts”*.

Frente a lo que ocurre en las dos categorías anteriores, no se diseña aquí una cláusula de bloqueo dotada de una naturaleza excepcional. Al contrario, a través de un intento de explicitación legislativa del contenido del orden público del Estado, se conforman un conjunto de reglas de difícil calificación desde el punto de vista de las categorías normativas del Derecho internacional privado¹⁹⁸, cuya finalidad es impedir en todos los casos posibles la aplicación de un Derecho extranjero, en su globalidad, que reduzca el nivel de derechos y libertades atribuidos por la normativa constitucional federal o estatal. Un objetivo, éste, que es compartido con las dos categorías previas.

La estructura seguida por las seis leyes incluibles en este grupo es relativamente similar, aunque incorpora diferencias en cuanto a la radicalidad del rechazo al Derecho extranjero, a la articulación de las respuestas ofrecidas, al grado de sofisticación de su tenor o a su ámbito de aplicación¹⁹⁹. Así, y con la excepción de Florida y Carolina del Norte, las distintas regulaciones

¹⁹⁵ *Arizona, Chapter 22, Section 12-3103 Prohibited enforcement of foreign law.*

¹⁹⁶ *Arizona, Chapter 22, Section 12-3101. Definition.*

¹⁹⁷ Significativamente, la conjunción “o”, se sustituye por “y” en las normativas de Oklahoma de 2013 y Kansas. Esto es, no se hace mención a los derechos reconocidos por la Constitución americana o del Estado, sino por ambas a la vez. Esta deficiencia técnica podría eventualmente conllevar una limitación del ámbito de aplicación de la normativa, atendida el doble reconocimiento exigido.

¹⁹⁸ En relación con los diversos tipos de normas de Derecho internacional privado existentes, ESPINAR VICENTE (2008, pp. 115 y ss.).

¹⁹⁹ Al respecto y refiriendo no solo a ellas, AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, pp. 2-3).

incluidas dentro de este apartado abarcan mayoritariamente todas las cuestiones y materias. Y de forma unánime y explícita las seis refieren solo a las personas naturales. De hecho las leyes estatales quieren incidir en este punto señalando, por ejemplo, su no aplicación “*to a corporation, partnership or other form of business association*”²⁰⁰.

A partir de estos datos cabe distinguir dos subgrupos en esta tercera categoría de leyes prohibiendo la aplicación del Derecho foráneo: en primer lugar el formado por la legislación de Florida y, en segundo, el que engloba al resto de Estados de la Unión que han promulgado disposiciones prohibiendo la aplicación del Derecho foráneo.

a) Primera subcategoría: Florida

Una primera subcategoría vendría conformada por la reciente normativa de Florida, que aparece concretada en su ámbito de su aplicación a cuestiones matrimoniales²⁰¹ y limitada en cuanto a sus destinatarios: los tribunales del Estado. Junto a ello, la legislación promulgada coincide con el resto de leyes bloqueando la aplicación del Derecho extranjero diseñadas por el resto de Estados americanos en el hecho de intentar abarcar, en las materias por ella cubiertas, todas aquellas posibles situaciones en que los órganos jurisdiccionales del Estado deban aplicar o tomar en consideración, de forma directa o indirecta, el Derecho de un Estado extranjero.

Así, y a partir del objetivo compartido de defender siempre a los ciudadanos de la aplicación “*of unfair and unjust laws of foreign countries*”²⁰² se diseñan una serie de reglas que buscan codificar la jurisprudencia emanada de los tribunales de Florida²⁰³, formalizando legalmente esta protección.

- a) En primer lugar, se precisa que un tribunal —se hace referencia exclusiva a los tribunales— no podrá ejecutar una cláusula de elección de ley insertada en un contrato y que seleccione la ley de un Estado extranjero que contravenga “*the strong public policy of this state or that is unjust or unreasonable*”²⁰⁴. Se entiende por “*strong public policy*” aquel “*of*

²⁰⁰ Tennessee, Sec. 5. En el caso de Kansas, el listado es más detallado: “*shall not apply to a corporation, association, partnership, limited liability company, limited liability partnership or other legal entity that contracts to subject itself to foreign law or courts in a jurisdiction other than this state or the United States*” (Senate Bill No. 79, An Act concerning the protection of rights and privileges granted under the United States of Kansas constitution, en adelante Kansas, nota 159, Sec. 8). Y en Luisiana se señala genéricamente la no aplicación de estas disposiciones cuando “*a juridical person as defined by Civil Code Article 24 is a party to the contract or agreement*” (Louisiana Revised Statutes, Code Book IV -Conflict of Laws, Code Title I - Of Foreign Law, Chapter I. Application of Foreign Law, §6000, Application of Foreign Law, (G), según la redacción dada por el Act. No. 886, nota 160, en adelante Luisiana). Por su parte en Oklahoma se habla de “*corporation, partnership, limited liability company, business association, or other legal entity*” (Section 20 of Title 12, Oklahoma Statutes en la redacción dada por la Bill No. 1060, en adelante Oklahoma, nota 163, Sec. 1(E)).

²⁰¹ Chapter 2014-10, Section 1. Section 61.040, Florida Statutes, “*Application of the law of a foreign country in courts relating to matters arising out of or relating to chapters 61 -dissolution of marriage; Support; Time-Sharing- and 88 -Uniform Interstate Family Suport Act-*” en su redacción dada por la Senate Bill No. 386, (en adelante, Florida, nota 165).

²⁰² Florida, Considerando Segundo.

²⁰³ Enunciada en los Considerandos Tercero a Sexto de la Ley.

²⁰⁴ Florida, Sección 61.040 (2)(a).

sufficient importance to outweigh the policy of protecting freedom of contract"²⁰⁵. Qué significa injusto o irrazonable y respecto de qué o de quien se reputa es algo que no se concreta, y que dependerá del operador jurídico que conozca de la situación.

- b) Tampoco podrá un tribunal, en segundo lugar, ejecutar una cláusula de elección de foro insertada en un contrato que seleccione un tribunal en un país extranjero "*if the clause is shown to be unreasonable or unjust or if strong public policy would prohibit the enforceability of the clause under the specific facts of the case*"²⁰⁶.
- c) Igualmente, un órgano jurisdiccional de Florida, antes de ejecutar una sentencia u orden de un tribunal de un Estado extranjero, deberá revisarlos para asegurarse que cumplen "*with the rule of comity*". En tal sentido, se apunta que una sentencia u orden emanadas de un tribunal extranjero no es susceptible de recibir "*comity*" si las partes no fueron debidamente notificadas y tuvieron la oportunidad de ser oídas, el tribunal extranjero carecía de jurisdicción, o la sentencia u orden iba contra el orden público de Florida²⁰⁷.
- d) En cuarto lugar se afirma que un Tribunal de primera instancia puede no desestimar una acción basada en que se puede obtener mayor satisfacción en un país extranjero, a menos que el tribunal considere, en concordancia con la normativa procesal civil aplicable y esta sección, que existe un foro alternativo adecuado²⁰⁸.
- e) En todo caso, y como regla general, cualquier intento de aplicar el Derecho de un país extranjero se considera nulo si contraviene "*the strong public policy of this State (Florida)*"²⁰⁹ *or if the law is unjust or unreasonable*"²¹⁰.

b) Segundo subgrupo: resto de Estados

Junto a Florida existen otras legislaciones que aportan una aproximación a la aplicabilidad del Derecho extranjero por parte de los tribunales y autoridades estatales más extensas en su ámbito de aplicación, y más radicales en las soluciones incorporadas. La noción de Derecho extranjero recogida en ellas es más amplia —no queda circunscrita al Derecho de un Estado extranjero, como en el caso de Florida—, el elenco de sujetos a los que la normativa de bloqueo viene reputada es también más holgado —incluyen a los tribunales y a todo tipo de autoridades del Estado—, y su objeto no queda reducido al ámbito familiar, cubriendo habitualmente de forma genérica todos

²⁰⁵ Florida, Sección 61.040 (1).

²⁰⁶ Florida, Sección 61.040 (2)(b).

²⁰⁷ Florida, Sección 61.040 (3).

²⁰⁸ Florida, Sección 61.040 (5).

²⁰⁹ Añadido en cursiva del autor.

²¹⁰ Florida, Sección 61.040 (4).

los sectores del ordenamiento jurídico²¹¹.

- a) En relación con el significado atribuido a la expresión Derecho extranjero, en algunas ocasiones se entiende por “*Foreign Law*” cualquier ley, código legal o sistema de una jurisdicción fuera de cualquier Estado o territorio de los Estados Unidos, incluyendo, pero no quedando limitado, a organizaciones internacionales y tribunales, y que sea aplicado por los tribunales, órganos administrativos, “*or other formal or informal tribunals*” de esa jurisdicción.²¹² Otros Estados, por contra, son más parcos en su descripción, precisando que bajo el concepto de “*Foreign Law*” se incluye sin más cualquier ley, norma o código legal o sistema establecido y usado o aplicado en una jurisdicción fuera de los Estados o territorios de los Estados Unidos²¹³ o “*in a foreign venue or forum*”²¹⁴. En todo caso y frente a lo que ocurre en la legislación de Florida donde con claridad se considera que el Derecho extranjero es el Derecho de un país extranjero, la descripción de que se entienda por tal en estas normativas no siempre es nítida y es susceptible de generar dudas en cuanto a su significado y extensión. Derecho extranjero sería cualquier conjunto normativo existente fuera de Estados Unidos sea, aparentemente, del origen que sea y venga ya aplicado por tribunales formales o informales.

Esta indeterminación en torno al significado de Derecho extranjero —el objeto último de las distintas Leyes estatales prohibiendo su aplicación— es fruto directo de la experiencia derivada de la inaplicación en su día de la normativa de Oklahoma de 2010 —la “*Oklahoma International and Sharia Law Amendment*”—, y de la consecuente necesidad de utilizar conceptos neutros, evitando referir explícitamente al Derecho Internacional o a una concreta fe o normativa religiosa. Esta cierta vaguedad sobrevuela a todas estas leyes estatales, generando dudas sobre su ámbito de aplicación y, como posteriormente se observará, sobre la constitucionalidad de las propuestas articuladas.

Interesante en relación con este punto resulta la legislación de Oklahoma de 2013 en que específicamente se precisa que la normativa bloqueando la aplicación del Derecho extranjero promulgada por el Estado no podrá ser interpretada por los tribunales del dicho Estado como entrando en conflicto con cualquier tratado federal, incluyendo, pero no quedando limitado, a tratados con tribus o naciones americanas reconocidas federalmente, u otro acuerdo internacional del que los Estados Unidos sean parte “*to the extent that such treaty or international agreement preempts or is superior to state law on the*

²¹¹ Con la excepción, como seguidamente veremos, de Carolina del Norte.

²¹² Oklahoma, Sec. 1(A)(1). La disposición excluye de esta categoría a las leyes de los pueblos indios reconocidos por normativa federal en el Estado. En idéntico sentido, Tennessee, Sec. 1, y en similar sentido, aunque añadiendo junto a “*Foreign Law*”, “*Legal Code*” y “*System*”, Kansas, Sec. 2.

²¹³ Luisiana §6000 (A).

²¹⁴ Carolina del Norte General Statutes, Artículo 7A. Application of Foreign Law §1-87-2. Definition, en adelante Carolina del Norte (nota 162).

*matter at issue*²¹⁵. En otras palabras, el entendimiento de lo que signifique Derecho extranjero no incluiría aquellas obligaciones convencionales asumidas por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Algo que no queda tan claro en el resto de legislaciones incluibles en esta tercera categoría de normas, y que fue uno de los motivos que dieron lugar a la mencionada paralización por los tribunales de la reforma constitucional de este Estado en 2012.

- b) A partir de esta descripción de lo que se entiende por Derecho extranjero a efectos de la aplicación de las distintas legislaciones prohibiendo su aplicación, se procede en algunos supuestos aislados, las normativas de Kansas y Tennessee²¹⁶ por ejemplo, a manifestar de partida el pleno reconocimiento del derecho a contratar libremente en consonancia con las leyes del Estado²¹⁷ para admitir, seguidamente, que este derecho puede ser razonable y razonablemente limitado atendiendo al interés estatal de proteger y promover los derechos y privilegios otorgados por la Constitución del Estado. Derechos y privilegios que, se dice, incluyen aunque no quedan limitados a *“equal protection, due process, free exercise of religion, freedom of speech or press, and any right of privacy or marriage”*²¹⁸. Este reconocimiento se realiza asumiendo que las disposiciones recogidas en las distintas normativas de bloqueo de la aplicación del Derecho extranjero pueden tener como resultado último limitar, precisamente, el derecho de libre contratación de las partes.
- c) Estas dos últimas legislaciones mencionadas —Kansas y Tennessee— constituyen, sin embargo, opciones aisladas dado que generalmente se tiende a incorporar sin más un conjunto de disposiciones que buscan limitar al máximo la posible aplicación de un Derecho distinto del Federal o de aquel del propio Estado que promulga la normativa. Esta limitación se realiza en algunas ocasiones, a través de la fijación legislativa del contenido del orden público del Estado en relación con la posible aplicación del Derecho extranjero, articulándose, en desarrollo del mismo, diversas reglas que concretan en la práctica su extensión y significado.
 - Así, la legislación de Carolina del Norte declara que en reconocimiento de que la Constitución americana y la Constitución del Estado son la ley suprema en éste, constituye el orden público estatal la protección de sus ciudadanos frente a la aplicación de cualquier Derecho extranjero que pueda conducir a la violación de los derechos constitucionales fundamentales de una persona natural²¹⁹. En Tennessee, por su parte, se entiende que el orden público del Estado viene conformado por la

²¹⁵ Oklahoma, Sec. 1(G).

²¹⁶ Tennessee, *Senate Bill No. 3740 An Act to protect rights and privileges granted under the United States or Tennessee Constitution*, Considerando 1, en adelante Tennessee (nota 156).

²¹⁷ Florida, Sección 61.040 (1).

²¹⁸ Section 1.

²¹⁹ Carolina del Norte, §1-87.3 Public policy.

obligación que acompaña a las autoridades de adoptar como elemento primordial al interpretar, ejecutar o aplicar los contratos, acuerdos arbitrales o cualquier otro acuerdo concluido por las partes la “*preservation of the constitutional rights of the natural person in this statute against whom enforcement is sought, unless otherwise directed by state statute*”²²⁰.

En una línea similar, la normativa de Luisiana procede a incorporar una descripción genérica del contenido del orden público, afirmando que constituye el orden público del Estado proteger a sus ciudadanos frente a la aplicación de Derecho extranjero, cuando tal aplicación conducirá a la violación de un Derecho garantizado por la Constitución del Estado o de los Estados Unidos, incluyendo, pero no quedando limitado, a “*due process, freedom of religion, speech or press, and any right of privacy or marriage as specifically defined by the constitution of this State*”²²¹.

La técnica utilizada es en todos los casos es similar. Por un lado se conforma legislativamente el contenido del orden público estatal. Por otro, se busca asegurar que esta articulación no quede limitada a la enunciación de ciertos principios a tomar en consideración por el juez en el ejercicio de su función. Se trata de vincular a éste y asegurar que el resultado final alcanzado va a ser siempre el deseado por el legislador: impedir la aplicación del Derecho extranjero. De esa forma se acompaña este mandato genérico de tomar en consideración el orden público del Estado, con el diseño de normas dotadas de un tenor imperativo pero que, significativamente, carecen de un mandato sustantivo concreto. Se obliga al juez a no aplicar una norma extranjera si se verifica que ésta contraviene los principios constitucionales del Estado y de la Nación. La radicalidad de esta obligación y las consecuencias que se derivan de ellas difieren de legislación a legislación, pero la filosofía es siempre la misma y las cuestiones que plantean unos textos de esta naturaleza también resultan coincidentes: ¿es necesario obligar al juez a través de una nueva ley a hacer algo para lo que ya está obligado legalmente? Esta es el interrogante que en última instancia subyace al aproximar las legislaciones estatales aprobadas.

- Como proyección de todo lo anterior, y en relación con el reconocimiento de decisiones foráneas, también se afirma que el principio primordial de orden público que deberá tomar en consideración un tribunal, agencia administrativa, árbitro, mediador u otra entidad o persona que actúe bajo la autoridad de la ley del Estado a la hora de conceder “*comity*” a una decisión otorgada al amparo de cualquier Derecho extranjero, código legal o sistema contra una persona natural en este Estado “*is whether the decision rendered either violated or would violate any right of the natural person in this state guaranteed by the Tennessee Constitution or the United States Constitution or*

²²⁰ Tennessee, Sec. 3(a) *in fine*.

²²¹ Luisiana, §6000(B).

any statute or decision under those constitutions”²²².

Las políticas públicas —“public policies”—²²³ expresadas, se dice en la legislación de Carolina del Norte, serán únicamente aplicadas respecto de violaciones presentes o potenciales de un derecho constitucional fundamental que deriven de la aplicación de un Derecho extranjero²²⁴.

- d) Con base en este punto de partida, la forma de afrontar la prohibición de la aplicación del Derecho extranjero encuentra gradaciones y diferencias en las diversas normativas estatales de bloqueo promulgadas. Se diseñan un conjunto de disposiciones concretas que a partir de la aceptación expresa de que toda persona natural tiene derecho a restringir o limitar sus propios derechos constitucionales en los términos aceptados por la ley²²⁵, incorporan un carácter expansivo, buscando cubrir todos aquellos ámbitos y situaciones en las que quepa potencialmente aplicar o tomar en consideración el Derecho foráneo. En unos casos se atribuye al operador jurídico una amplia capacidad de interpretación de la situación existente con vistas a calibrar la contrariedad con el orden público del Estado y ofrecer una respuesta alternativa a la aplicación del Derecho extranjero. Por el contrario, en otros se declara por la normativa de forma taxativa, y en relación con determinados supuestos, su nulidad e ineficacia.
 - Las normativas de Carolina del Norte, Luisiana y Tennessee son buenos ejemplos de la primera categoría.
 - (i) Así, en primer lugar, la legislación de Carolina del Norte precisa de forma genérica que cualquier tribunal, agencia administrativa, árbitro, mediador, u otra entidad o persona actuando bajo la autoridad de la ley del Estado no aplicará un Derecho extranjero en cualquier procedimiento, o procederá a reconocer una sentencia extranjera, que afecte a una demanda si al hacerlo “would violate a fundamental constitutional right of one or more natural persons who are parties to the proceeding”²²⁶. Esta regla aparece también presente en la

²²² Tennessee, Sec. 2.

²²³ No “public policy”, Carolina del Norte, §1-87.3 *in fine*.

²²⁴ Carolina del Norte, §1-87.3 *in fine*. Por su parte, la normativa de Tennessee, redactada en similares términos, habla de los derechos fundamentales de las personas naturales (Tennessee, Sec. 6). Y la regulación de Luisiana precisa su aplicación solo respecto de presentes o futuras violaciones de los derechos constitucionales de una persona causa por la aplicación del Derecho extranjero (Luisiana, §6000(H)).

²²⁵ Carolina del Norte, §1-87.9. Aunque, se señala, cualquier ambigüedad en el lenguaje usado por las partes será interpretado de forma estricta en favor de preservar los derechos constitucionales de las personas naturales. Igualmente, Tennessee, Sec. 3(b), la norma insiste igualmente en que “*the language of any such contract or other waiver shall be strictly construed in favour of preserving the constitutional rights of the natural person in this state*” (Sec. 3(b) *in fine*).

²²⁶ Carolina del Norte, §1-87.4 *Nonapplication of foreign law that would violate fundamental constitutional rights*. Esta regla viene referida a materias especificadas por la norma: “*absolute divorce, divorce from bed and board, child custody, child support, alimony, or equitable distribution*”.

normativa de Luisiana²²⁷.

- (ii) Junto a ello se incluyen normas específicas sobre la validez de las cláusulas de elección de ley recogidas en un contrato. Así, se afirma que cuando un tribunal, agencia administrativa, árbitro, mediador o cualquier otra persona actuando bajo la autoridad del Derecho del Estado deba interpretar o ejecutar un contrato o acuerdo que seleccione un Derecho extranjero, el tribunal o autoridad administrativa²²⁸, con vistas a proceder a su interpretación o a la resolución de cualquier demanda o disputa, deberá preservar los derechos fundamentales constitucionales de las personas físicas que son parte del contrato o del acuerdo²²⁹.

En el caso de que la ejecución de cualesquiera disposición del contrato o acuerdo seleccionando la aplicación de un Derecho extranjero condujese a la violación de algún derecho fundamental constitucional de una o más de las personas naturales que son partes del mismo, el contrato o acuerdo *“shall be modified or amended to the extent necessary to preserve the fundamental constitutional rights²³⁰ of the natural person”*²³¹. Se sobreentiende que la modificación deberá llevarse a cabo por el operador jurídico. Qué implica la modificación y su extensión, o de acuerdo con que ley se realice la misma y en qué términos se lleve a cabo, es algo sobre lo que nada se afirma en las distintas normativas de bloqueo promulgadas.

- (iii) Una solución similar se prevé en relación con la validez de las cláusulas de elección de fuero incorporadas en un contrato. En tal sentido se explicita que si la ejecución de alguna cláusula de un contrato o acuerdo que establezca la selección de un jurisdicción extranjera —*“foreign venue or forum”*²³²— condujese, o pudiese conducir, a la violación de un derecho constitucional fundamental de una o varias de las personas naturales que son partes del contrato o del acuerdo, dicha cláusula, como regla general, se modificará o reformará en la medida necesaria

²²⁷ Luisiana, §6000(C).

²²⁸ Nada se afirma aquí del árbitro o mediador.

²²⁹ Carolina del Norte, §1-87.5(a). En similar sentido, Tennessee, Sec. 3(a).

²³⁰ Alguna normativa, como la de Carolina del Norte, §1-87.2(1), señalan que se entiende por tal *“A fundamental right of a natural person guaranteed by the United States Constitution or the North Carolina Constitution”*.

²³¹ Carolina del Norte, §1-87.5(b). En el caso de Luisiana se habla de los derechos constitucionales de la persona contra la que se pretende la ejecución (Luisiana, §6000(D)).

²³² De acuerdo con Carolina del Norte §1-87.2, se entiende por *“foreign venue or forum”*, *“A venue or forum operating under the authority of a government other than any of the following: a. The United States. b. A state, district, commonwealth, territory, or insular protection of the United States. c. Any other government with regard to which the decision in this State as to whether to recognize a judgment of that government’s courts is initially subject to determination under the Full Faith and Credit Clause of the United States Constitution”*.

para preservar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales²³³.

Si la cláusula de elección de ley o de tribunal considerada como potencialmente atentatoria contra los derechos constitucionales fundamentales de la persona no se puede modificar o reformar, se señala de forma expresa que será considerada nulas e inválidas, bajo ciertas condiciones²³⁴.

- (iv) Como complemento directo de la regla anterior se prevé una conducta activa en relación con las solicitudes de declinación de la competencia en favor de los tribunales de un país extranjero, caso de que el nivel de derechos allá identificado no sea equiparable al reconocido por las leyes de Estados Unidos. En tal sentido se precisa que si una persona natural sometida a competencia de base personal —“personal jurisdiction”— en un Estado de la Unión pretende instar un proceso judicial, arbitraje u otro procedimiento vinculante de similar condición ante los tribunales de este Estado, y si un tribunal del Estado considera que la eventual estimación de la solicitud presentada por otra parte en el proceso de transferirlo a un tribunal extranjero —que se adjetiva en algunas ocasiones como acción *de forum non conveniens* o relacionada—²³⁵ podría conducir a la vulneración de un derecho constitucional fundamental de la persona natural “*who is the nonmovant in the foreign forum with respect to the matter in dispute*”²³⁶, tal solicitud será denegada.
- Frente a las anteriores soluciones, las radicales legislaciones de Kansas²³⁷ y de

²³³ Carolina del Norte, §1-87.6, asumimos que “involucradas”, aunque el precepto nada dice al respecto. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de las cláusulas de elección de derecho, en esta ocasión se mantiene silencio por parte, por ejemplo, de la normativa de Carolina del Norte sobre quién debe evaluar esta violación y proceder a la modificación de las cláusulas en liza. En similar sentido, pero sin referir a autoridad alguna sino formulando sin más la obligación de reinterpretar, modificar, reformar o reformular el texto de la cláusula se manifiesta la normativa de Luisiana (Luisiana, §6000(E)). En el caso de Tennessee esta regla se reformula en el sentido de que conforma el orden público del Estado el hecho de que a la hora de interpretar o aplicar dichas cláusulas el factor primordial a considerar es si puede ser interpretada en el sentido de preservar los derechos constitucionales en el Estado de las personas naturales contra las que se pretende la ejecución de aquellas (Tennessee, Sec. 4(a)).

²³⁴ Carolina del Norte, §1-87.8; Luisiana, §6000(F).

²³⁵ Tennessee, Sec. 4(b).

²³⁶ Carolina del Norte, §1-87.7. En similar sentido, Luisiana, §6000(E). En el caso de Tennessee se afirma que es el orden público del Estado que la solicitud sea denegada (Tennessee, Sec. 4(b)).

²³⁷ La normativa de Kansas incorpora una Sección 7 en la que se afirma de forma explícita que nada de lo dispuesto en la normativa aprobada puede entenderse como permitiendo a un tribunal a adjudicar o prohibir en relación con determinadas actuaciones de organizaciones religiosas o determinar o interpretar la doctrina de una organización religiosa, incluyendo, pero no quedando limitada a “*where adjudication by a court would violate the prohibitions of the religion clauses of the first amendment to the constitution of the United States or violate the constitutions of the State of Kansas*” (Kansas, Sec. 7). También la normativa de Oklahoma incluye una norma en términos similares; Oklahoma Sec. 1(F). Pareciera un intento de prevenir la situación generada con la normativa de Oklahoma de 2010 que se vio bloqueada por los tribunales del Estado, primero, y federales, después. Con estas

Oklahoma afirman que la decisión u orden de cualquier tribunal²³⁸, árbitro o agencia administrativa violará el orden público del Estado, y será por lo tanto nulo e inejecutable, si tales órganos basan su fallo o decisión sobre el asunto planteado, ya sea en forma total o parcial, en cualquier ley extranjera, código legal o sistema que no otorgue a las partes afectadas por el fallo o la decisión *"the same fundamental liberties, rights and privileges granted under the United States and Kansas constitutions, including but not limited to, equal protection, due process, free exercise of religion, freedom of speech or press, and any right of privacy or marriage"*²³⁹.

Semejante posición y resultado —se considera contrario al orden público del Estado y, por lo tanto, nulos e ineficaces— es apuntada en relación con las cláusulas de elección de un Derecho extranjero incorporadas en un contrato²⁴⁰, o de elección de un tribunal o panel arbitral al que se le atirbuye jurisdicción *in personam*²⁴¹. Igualmente se declara que una posible solicitud de *forum non conveniens*, o acción relacionada, que viole o pueda violar las libertades fundamentales, derechos y privilegios otorgados por las Constituciones americana y de Kansas *"of the nonclaimant in the foreign forum which respect to the matter in dispute"*, incluyendo, aunque no limitada, a los derechos antes apuntados, deberá ser denegada²⁴².

3.5. Las bases de los modelos diseñados

Las tres categorías de legislaciones estatales prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero que hemos aproximado responden a esa tendencia de fomentar la prevención por el legislador estatal hacia la toma en consideración del Derecho extranjero por parte de sus tribunales y autoridades que se está patentizando en Estados Unidos en los últimos años. Y que, recordemos, surge a partir del debate en torno al uso de fuentes foráneas en la interpretación de la Constitución americana. El inicial debate sobre la imposibilidad de tomar en consideración fuentes y precedentes foráneos al interpretar la Constitución americana, queda ahora notablemente superado. En última instancia es el carácter expansivo del debate suscitado el que determina su ampliación a la aplicación en general del Derecho extranjero, o al menos, de algún Derecho extranjero.

afirmaciones se intenta evitar una posible violación de la primera enmienda de la Constitución americana (NEW YORK CITY BAR [2010, pp. 2 y ss.]).

²³⁸ De acuerdo con la normativa de Oklahoma se entiende por Tribunal, *"any courts, board, administrative agency, or other adjudicative or enforcement authority of this State"* (Oklahoma, Sec. 1(A)(2)).

²³⁹ Kansas, Sec. 3. En similar sentido Oklahoma Sec. 1(B), matizando que los derechos enunciados se entienden *"as specifically defined by the Constitution of this State"*.

²⁴⁰ Kansas, Sec. 4; Oklahoma, Sec. 1(C).

²⁴¹ Kansas, Sec. 5(a); Oklahoma, Sec. 1(D)(1).

²⁴² Kansas, Sec. 5(b); Oklahoma, Sec. 1(D)(2).

A pesar de las diferencias que las distintas legislaciones promulgadas incorporan en relación con su estructura y ámbito de aplicación, con el tenor de la prohibición o la radicalidad de sus previsiones, en ellas se observan algunos datos coincidentes tanto respecto de los planteamientos subyacentes como con sus resultados.

a) El objeto de la prohibición

Como punto de partida, y focalizándonos en las proposiciones que las sustentan, la prohibición de aplicación del Derecho extranjero diseñada en todas las legislaciones estatales promulgadas es imperativa y absoluta²⁴³. Los términos en que vienen redactadas las distintas normativas estatales no dejan lugar a dudas al respecto.

Cuestión distinta, como ya se ha avanzado, es conocer cuál sea el objeto exacto de tal prohibición. El tenor más o menos neutral de las legislaciones aprobadas no oculta su beligerancia latente. El objeto último de la promulgación de todas estas disposiciones es prohibir la aplicación de la Sharía musulmana, evitando así la islamización de Estados Unidos, una idea que ha ido poco a poco calando profundamente en algunos sectores de la sociedad americana²⁴⁴. Sin embargo, la imposibilidad de referirse explícitamente a la Sharía y los problemas, atendida la clara competencia federal en materia de Derecho Internacional, de mencionar explícitamente a éste último como objeto de la prohibición, lleva a incorporar en los textos aprobados una referencia genérica al Derecho extranjero. La finalidad inmediata de estas legislaciones, pues, es impedir, limitar o, sin más, prohibir la aplicación, o la toma en consideración, por los tribunales americanos de todo Derecho que no sea el Derecho federal o estatal de los Estados Unidos. Y a través de esta prohibición genérica y sin mencionarlo, se entiende que quedaría asegurado el objetivo final de evitar la aplicación de la Sharía por los jueces y autoridades americanas, algo que queda explicitado por las asociaciones que promueven la adopción de la “American Laws for American Courts Act”²⁴⁵.

No obstante, el resultado alcanzado no siempre resulta tan sencillo y lineal. Colocados en la posición del legislador estatal —y sin compartir, como es nuestro caso, ni los motivos, ni las bases, ni los resultados de este movimiento—, si lo que realmente se pretende es evitar la aplicación —específicamente— de la normativa musulmana, cabría plantearse si no sería más adecuado optar por una solución en línea con la prevista en la legislación de Dakota del Sur, en la que se prohíbe sin más la aplicación de cualquier disposición de un Código religioso por parte de los tribunales, autoridades o agencias del Estado²⁴⁶. De esta forma quedaría nítida la imposibilidad que

²⁴³ NERSESSIAN (2012, pp. 1656-1657).

²⁴⁴ Por todos la web del AMERICAN FREEDOM DEFENSE INITIATIVE, <http://freedomdefense.typepad.com/> (visitado el 9.1.2015).

²⁴⁵ Entre otras: <http://www.davidyerushalmilaw.com/CLE-Course-on-Draft-Uniform-Act--American-Laws-for-American-Courts-b25-p0.html> (visitado el 4.3.2015); <http://counterjihadreport.com/tag/american-laws-for-american-courts/> (visitado el 4.3.2015) o <http://americanlawsforamericancourts.com/faqs/> (visitado el 4.3.2015).

²⁴⁶ 2012 South Dakota Codified Laws, Title 19 Evidence, Chapter 08. Proof of Foreign Law, §19-8-7 Religious code.

acompaña a los tribunales o cualquier otra agencia administrativa del Estado de aplicar normativa religiosa alguna. Esta opción, minoritaria entre las propuestas legislativas aprobadas, plantea sin embargo el problema adicional del significado atribuible a “Código religioso”, dado que atendiendo estrictamente a este concepto, no sólo la Sharía, sino cualquier normativa religiosa —incluyendo la cristiana o la judía— quedaría prohibida. La torá, texto que contiene las leyes pero también el patrimonio del pueblo de Israel no resultaría susceptible de aplicarse como consecuencia de esta prohibición. Tampoco lo serían las Sagradas Escrituras, siendo que, como hemos ya apuntado, el Tribunal Supremo americano refiere a estas de forma más que habitual en sus fallos. Ello iría directamente en contra de la defensa de los valores cristianos, dato que justifica en última instancia la prohibición de la aplicación de la Sharía por parte de los tribunales y autoridades estatales²⁴⁷.

En otras palabras, el resultado final demuestra que una referencia genérica a códigos, leyes o disposiciones religiosas y a tribunales informales no solo afectaría a aquellos musulmanes que desean resolver sus disputas con base en principios recogidos en la Sharía. Mas, también, a ciudadanos judíos que utilicen tribunales rabínicos, a los cristianos que opten por resolver sus problemas recurriendo a la conciliación cristiana o cualquier otro grupo o persona que recurra a su fe para resolver sus controversias²⁴⁸.

La realidad legislativa muestra una opción mayoritaria a favor de la prohibición genérica de la aplicación/ponderación/valoración/toma en consideración del Derecho extranjero por parte de los tribunales y órganos administrativos de un concreto Estado en determinados supuestos especificados por su ley. Esta opción, empero, cuenta con un primer problema objetivo si, como ocurre muy habitualmente, y con algunas excepciones como puede ser el caso de Florida²⁴⁹ o Carolina del Norte²⁵⁰, el concepto de Derecho extranjero difiere del tradicionalmente atribuido a tal noción en el plano comparado²⁵¹ —“*Foreign law is simply the law in effect in non-US jurisdictions*”—²⁵² variando, a su vez, su significado de Estado a Estado de la Unión.

²⁴⁷ DAVIS & KALB (2011, p. 6).

²⁴⁸ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 7).

²⁴⁹ Donde claramente la normativa refiere a la aplicación del derecho de un país extranjero (Sección 61.040, “*Application of the law of a foreign country in courts relating to matters arising out of or relating to chapters 61 and 88*”).

²⁵⁰ Donde se habla de derecho, norma, resolución, código legal, sistema jurídico, o cualquier componente de un sistema legal establecido y usado o aplicado “*in a foreign venue or forum*” (Carolina del Norte, §1-87.2(2) y (3)).

²⁵¹ DAVIS & KALB (2011, p. 3).

²⁵² “*It includes foreign legislation; jurisprudential law of the highest courts of the country concerned, and/or law courts if the lower court decision were considered significant or there were an absence of jurisprudential law from the court of last resort of the country concerned; law as interpreted by the multinational tribunals of which the United States is NOT a party, such as the European Court of Justice; and international conventions to which the United States is NOT a party to the extent those conventions are incorporated into domestic law or interpreted as construed by the courts of foreign nations*” (NEW YORK CITY BAR [2010, p. 5]).

De esta suerte, por Derecho extranjero se entiende en las distintas legislaciones estatales cualquier normativa, ley o código legal o sistema establecido y usado en una jurisdicción fuera de los Estados o territorios de los Estados Unidos²⁵³. Esta referencia a una jurisdicción fuera de los Estados o territorios de la Unión se adjetiva en algunas ocasiones afirmando que incluye, pero no queda limitada, a organizaciones internacionales y tribunales internacionales²⁵⁴, ya sea aplicado por los tribunales, cuerpos administrativos u otros órganos jurisdiccionales formales o informales de dicha jurisdicción²⁵⁵.

En otros casos, sin embargo, Derecho extranjero engloba cualquier ley, norma o código legal o sistema distinto a la Constitución, Leyes y Tratados ratificados de los Estados Unidos o de los territorios de los Estados Unidos, o la Constitución y leyes del Estado²⁵⁶. Afirmándose, igualmente, en ciertos supuestos que la referencia al Derecho extranjero no significa ni incluye “*any laws of the federally recognized American Indian tribes or nations in this state or territory of the United States*”²⁵⁷.

La concreción del significado atribuido a la noción de Derecho extranjero se ve adicionalmente ampliada cuando en alguna ocasión se hace mención a leyes, disposiciones, códigos o sistemas que sean usados “por otra gente, grupo o cultura diferente al pueblo de los Estados Unidos o del Estado”²⁵⁸, o al afirmarse que la prohibición de la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales y autoridades del Estado dará lugar a denegar en ciertas ocasiones “*full faith and credit to public acts, records, or judicial proceedings of another state*”²⁵⁹, sin especificar con claridad si se refiere a Estados extranjeros o, también, al resto de Estados de la Unión.

La lectura de las diversas Leyes estatales pone así de manifiesto notables diferencias en cuanto al significado atribuido al Derecho extranjero, a la vez que permite verificar cómo tal noción deviene tan amplia como maleable y difusa, siendo susceptible de incluir no sólo al derecho sustantivo de otros Estados distintos a los de la Unión, sino también al Derecho Internacional Público y a los usos del Derecho Internacional e incluso, en ocasiones, al Derecho emanado de determinadas confesiones religiosas²⁶⁰. Y, bajo ciertas condiciones, al Derecho sustantivo del resto de Estados de la Unión americana²⁶¹. Amén de a las normas jurídicas usadas en Estados Unidos

²⁵³ Luisiana §6000 (A).

²⁵⁴ Oklahoma, Sec. 1(A)(1).

²⁵⁵ Kansas, Sec. 2; Tennessee, Sec. 1.

²⁵⁶ En este caso, de Arizona (Arizona, Chapter 22, Section 12-3101. Definition).

²⁵⁷ Oklahoma, Sec. 1(A)(1) *in fine*.

²⁵⁸ En este caso, de Alabama, nota 183.

²⁵⁹ Alabama, *Ballot Statement for Statewide Amendment 1* (nota 183).

²⁶⁰ SHINAR & SU (2013, pp. 76-77).

²⁶¹ NERSESSIAN (2012, pp. 1653-1654).

por personas o colectivos diferentes al pueblo de los Estados Unidos. Incluso al Derecho emanado de organizaciones internacionales o aplicado por tribunales internacionales. O a aquel que sea aplicado por tribunales no formales.

Esta indeterminación sobre lo que realmente signifique Derecho extranjero plantea un primer interrogante en torno a cuál sea el objeto de prohibición de todas estas legislaciones estatales promulgadas a lo largo de los últimos cuatro años. Se pretende prohibir la aplicación de algo —el Derecho foráneo— cuyo significado no queda del todo claro. Un interrogante planteado por la propia doctrina americana, que carece de solución clara, y que afecta directamente a la justificación, desarrollo y resultado de todo el proceso de prevención frente a la normativa foránea: ¿Significa extranjero ajeno o, por el contrario, realmente extranjero? ¿Incluye la mención a Derecho extranjero una referencia al Derecho Internacional incluyendo a los Tratados Internacionales concluidos los Estados Unidos? ¿Y a la costumbre internacional o a normas de instituciones no formales?²⁶² Por ejemplo, la ley interna de los Estados miembro de la Unión Europea incluye una multiplicidad de normas de origen institucional que son susceptibles de ser interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión. ¿Habrá de entenderse que en estos casos estamos ante normas de Derecho Internacional o estaremos ante un caso de Derecho extranjero?²⁶³

b) Las bases de la prohibición

La taxativa normativa promulgada por nueve Estados de la Unión americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales y, también en ocasiones, de las autoridades administrativas de un concreto Estado, se diseña en respuesta a peligros indeterminados, y con base en conceptos e ideas que no siempre aparecen suficientemente elaboradas en el texto: derechos u orden público, por ejemplo²⁶⁴. Hablamos de peligros indeterminados por cuanto el Center for Security Policy, institución directamente vinculada a la lucha contra la llamada islamización de los Estados Unidos²⁶⁵, en su informe sobre la aplicación de la Sharía por parte de los tribunales de apelación estatal admite que en 6 de los 9 Estados que han promulgado normativa bloqueando la aplicación del Derecho extranjero —Alabama, Carolina del Norte, Dakota del Sur, Kansas, Oklahoma y Tennessee— no existe un solo caso documentado de tal aplicación²⁶⁶. Verificándose, respectivamente, uno en Arizona —de 1984—²⁶⁷, dos en Luisiana —de 2001 y 2008—²⁶⁸ y cuatro en Florida —de 1978, 1996, 2010 y 2011—²⁶⁹.

²⁶² SMITH (2006, pp. 225-226).

²⁶³ Esta es la cuestión suscitada por la NYCB, NEW YORK CITY BAR (2010, p. 7).

²⁶⁴ NERSESSIAN (2012, p. 1654).

²⁶⁵ <http://www.centerforsecuritypolicy.org/category/shariah/> (visitado el 11.1.2015).

²⁶⁶ CENTER FOR SECURITY POLICY (2011).

²⁶⁷ CENTER FOR SECURITY POLICY (2011, p. 55).

²⁶⁸ CENTER FOR SECURITY POLICY (2011, pp. 224 y ss.).

Con la promulgación de esta normativa se pretende explícitamente asegurar —la segunda y la tercera categoría de normas dictadas son claros ejemplos de ello— una identidad, que no una similitud, en el tratamiento de los ciudadanos americanos. Los ciudadanos no deben ser tratados de forma similar unos a otros, sino idéntica en cuanto al nivel de derechos constitucionales que les son reconocidos. Esto implica que las partes involucradas en la situación jurídica creada total o parcialmente al amparo de un Derecho extranjero que es objeto de valoración por el operador jurídico del Estado, deben verse atribuidas por la ley extranjera las mismas libertades fundamentales, derechos y privilegios reconocidos al amparo de la Constitución de los Estados Unidos o —en los casos de Kansas y Oklahoma, “y”— del Estado incluyendo, pero no quedando limitados a igual protección, *due process*, libre ejercicio religioso, libertad de expresión o prensa, y cualquier derecho de privacidad o matrimonio²⁷⁰.

La valoración a realizar no refiere, además, a la concreta ley extranjera susceptible de aplicarse en un caso concreto, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico en el que aquella aparece inserta. Perdura, además, la duda sobre si esta valoración, que —insistimos— es llevada a cabo en relación con una específica situación o relación jurídica respecto de todo el sistema jurídico al que pertenece la ley foránea potencialmente aplicable, se realiza en abstracto o en relación con el particular caso planteado²⁷¹.

Atendiendo al estricto tenor de las legislaciones promulgadas no habría lugar al juego de figuras como la equivalencia de instituciones o el aseguramiento de un standard mínimo de protección. Se exige, por el contrario, un tratamiento idéntico entre el Derecho estatal y el extranjero, y esto resulta algo objetivamente difícil de alcanzar, dado que el Derecho extranjero en pocas ocasiones ofrece una protección idéntica a la ofrecida por la normativa de los Estados Unidos, incluso en supuestos de ordenamientos jurídicos con una legitimidad democrática indiscutible y con unas innegables similitudes con el modelo jurídico americano: por ejemplo, Inglaterra y Gales.

La búsqueda de una identidad absoluta entre los derechos reconocidos en la normativa extranjera y en la Constitución americana y/o del concreto Estado de que se trate, y no el aseguramiento de un nivel de justicia equivalente, conducirán de forma generalizada a la inaplicabilidad del Derecho foráneo dado que esta identidad, como apuntamos, ha de ser absoluta y generalizada y viene referida no a la concreta ley a aplicar sino a la globalidad del sistema jurídico en que ésta se incardina²⁷². Así, por ejemplo, la presencia de jurados en los litigios civiles, por ejemplo, es una realidad que difícilmente se encuentra fuera de los Estados Unidos, incluso en países que aceptan el jurado en casos penales. Otros privilegios procesales de orden constitucional como el *due process*, las reglas de exclusión o ciertos privilegios probatorios, entre otros, se derivan del modelo

²⁶⁹ CENTER FOR SECURITY POLICY (2011, pp. 165 y ss.).

²⁷⁰ Kansas, Secs. 3, 4 y 5; Oklahoma, Sec. 1 (B),(C), (D) y 2.

²⁷¹ PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 17).

²⁷² PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 15).

adversarial americano, y no encuentran parangón en modelos procesales basados en el sistema inquisitivo²⁷³.

La globalidad del mandato, dejando de lado las limitaciones terminológicas sobre el que se asienta, plantea directamente, y en forma adicional, la cuestión del logro de los objetivos que motivaron la elaboración de este tipo de normas. Los efectos derivados de la prohibición aparecerán como más drásticos y graves que los inicialmente buscados. No sólo se prohíbe la toma en consideración de la Sharía. A través de la aplicación estricta de la normativa diseñada se puede llegar a impedir la toma en consideración de prácticamente cualquier derecho extranjero. El tenor amplio y neutral de su redacción, con el que se pretende evitar un posible bloqueo por parte de los tribunales federales como ocurrió con la propuesta de Oklahoma de 2010²⁷⁴, puede facilitar que la inaplicabilidad del Derecho extranjero sea absoluta, provenga de donde provenga la normativa aplicable. Da igual que sea de un país con un nivel democrático, y de derechos reconocidos a sus ciudadanos, similar a los Estados Unidos, o de un Estado teocrático. Ello pone en duda el logro de los objetivos originarios que acompañan a todos estos textos, y atribuiría un valor adicional —desde una posición marcadamente crítica a este fenómeno legislativo, insistimos— a soluciones como las recogidas en la normativa de Dakota del Sur donde la prohibición queda limitada de forma genérica a la inaplicabilidad de disposiciones de cualquier código religioso.

Igualmente se atribuye en ocasiones al juez o al árbitro un papel reformulador de la selección de Derecho o fuero realizada por las partes que, amén de superar con creces la función integradora que se les puede reconocer a estos operadores jurídicos en los diversos modelos; por ejemplo, en el plano del Derecho aplicable a través de las cláusulas de cierre. Una función que contrasta con la aparente desconfianza que el juez y las autoridades públicas generan en aquellas asociaciones que apoyan la “*American Laws for American Courts Act*”²⁷⁵; de ahí la intención de formular un orden público que vincule a los jueces y demás autoridades públicas explicitada por ellas y que colisiona con el principio de autonomía de la voluntad reconocido de forma generalizada en el ámbito de la contratación internacional o del arbitraje y, crecientemente, en sectores del Derecho de familia.

Esta función reformuladora, adicionalmente, al carecer de guías resulta de difícil práctica. ¿Cuándo se entenderá que no existe equivalencia entre los derechos y libertades reconocidos por el Derecho extranjero y el nacional, respecto de quien y en qué ámbitos? ¿En qué términos se producirá la relectura de la cláusula de elección de ley o de elección de foro que se entienda que no asegura el mismo nivel de derechos que prevé la normativa americana? Más aún, la escasa sofisticación técnica de los textos promulgados conduce a que en las ocasiones en que se entiende la nulidad e ineficacia de aquellas cláusulas de elección de derecho o de fuero, y demás

²⁷³ NERSESSIAN (2012, p. 1657).

²⁷⁴ Respecto de Kansas, por ejemplo, y a modo ejemplificativo también para el resto, BOYER (2013, pp. 1061 y 1063).

²⁷⁵ Nota 245.

actuaciones, que supongan o puedan suponer una violación de los derechos reconocidos en la Constitución americana o de un concreto Estado, nada se dice de cuál será la ley sustitutoria eventualmente aplicable.

Con todo, estas leyes reflejan algo que ya hemos puesto anteriormente de manifiesto. Gran parte de las legislaciones estatales bloqueando el uso del Derecho extranjero se articulan sobre el aparente diseño de normas de Derecho internacional privado que prohíben la aplicación del Derecho foráneo en determinados supuestos determinados por ellas. Generalmente si tal aplicación —no se hace mención a las consecuencias derivadas de ésta sino a la propia aplicación— es susceptible de violar los derechos constitucionales de cualquiera de las personas involucradas o privarles del nivel de derechos que le reconocen la Constitución americana o —en ocasiones, recordemos, “y”— la del concreto Estado de que se trate.

Pero este discurso internacionalprivatista resulta siempre más aparente que real. Es difícil abordar las diversas leyes estatales aprobadas y el debate que las sustenta desde los métodos y técnicas del Derecho internacional privado. Estamos ante un fenómeno y una problemática que lo supera y que no encuentra sus respuestas en él, debiendo remontarnos para ello a la previa discusión —en el fondo de índole político— sobre el uso de fuentes foráneas en la interpretación de la Constitución americana y que, como hemos ya señalado, ha acabado expandiéndose al terreno de la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales y autoridades americanas. Podría hablarse de falta de depuración técnica, pero lo que parece subyacer en gran parte de los textos prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero promulgados por los Estados de la Unión es una oposición a la idea misma de bilateralidad sobre la que se articula el Derecho internacional privado, reflejada en el rechazo al juego de los métodos y mecanismos clásicos atribuidos por esta disciplina al operador jurídico para hacer frente a la aplicación del Derecho extranjero, o a la eficacia de actos y situaciones creadas fuera de las fronteras nacionales al amparo de leyes extranjeras, en aquellas ocasiones en que se entienda que sus efectos pueden ser contrarios a los principios básicos del modelo.

Es el hecho de ampararse total o parcialmente en un ordenamiento jurídico que no reconoce el mismo nivel de Derechos que el americano lo que se valora de forma global y el que determina el rechazo o aceptación del Derecho foráneo en su totalidad²⁷⁶. Ello exigiría, llevado a sus últimas consecuencias, que el juez o autoridad del Estado al que se le solicita la toma en consideración del Derecho extranjero en un concreto caso valore no la concreta ley a aplicar en un supuesto específico, sino todo el sistema jurídico en que ésta se recoge, y determine si efectivamente éste atribuye a las partes el mismo nivel de derechos que la Constitución americana y/o la del Estado al que pertenezca²⁷⁷.

²⁷⁶ PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 16).

²⁷⁷ PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 16).

Frente a ello se opta por una prohibición general para todas las ramas de la administración de ese Estado, a través de la fijación por el legislador del contenido del orden público del Estado²⁷⁸.

c) Las claves constitucionales de la prohibición

Junto a todas estas cuestiones suscitadas por las legislaciones estatales que prohíben la aplicación del Derecho extranjero se cuestiona igualmente su potencial inconstitucionalidad²⁷⁹. Gran parte de la doctrina americana, y determinadas Asociaciones jurídicas de relieve²⁸⁰, no dudan en afirmar la violación de diversos mandatos y principios recogidos en esa Constitución que se pretende proteger frente a “lo” extranjero. La voluntad de prohibir la aplicación de un código de base religiosa como la Sharía puede afectar a la *Establishment clause* recogida en la primera enmienda de la Constitución²⁸¹. Dejando de lado la potencial incidencia sobre la libertad religiosa²⁸², la indeterminación del significado exacto de lo que se entienda por “Derecho extranjero”, incluyéndose en algunas ocasiones al Derecho Internacional, puede incidir sobre la Cláusula de Supremacía diseñada en el artículo VI(2) de la Constitución y de acuerdo con la cual el Derecho Internacional constituye la ley suprema en Estados Unidos.²⁸³ La incidencia que estas limitaciones pueden tener sobre el reconocimiento de resoluciones foráneas puede igualmente afectar, tanto al liderazgo del gobierno central en materia de comercio exterior²⁸⁴, como al juego de las Cláusulas de “*Full Faith and Credit*”²⁸⁵ y “*Due Process*”²⁸⁶ de la Constitución.

En Estados Unidos resulta relativamente habitual que el patrimonio de una persona sea distribuido entre sus herederos de acuerdo con la Sharía. Al provenir la resolución de divorcio de otro Estado americano, y al amparo de la cláusula de *Full Faith and Credit* recogida en la Constitución, la eventual resolución dictada, circularía libremente en el resto de Estados de la Unión²⁸⁷ con independencia de la ley aplicada por el juez de origen. Ningún Estado de la Unión

²⁷⁸ NERESSIAN (2012, p. 1657).

²⁷⁹ Habrá en este punto que diferenciar entre aquellos supuestos en que se ha promulgado una ley de aquellos otros —Oklahoma, por ejemplo— en que se ha producido una reforma de la Constitución del Estado. La determinación de la contradicción es más compleja en este último supuesto. Al respecto, VENETIS (2011, p. 200).

²⁸⁰ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, pp. 5 y ss.).

²⁸¹ BOYER (2013, pp. 1070-1074); SHINAR & SU (2013, p. 93); NEW YORK CITY BAR (2010, p. 2).

²⁸² AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 5).

²⁸³ “*This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding*”. VENETIS (2011, pp. 200 y 201-206); DAVIS & KALB (2011, pp. 9 y ss.).

²⁸⁴ Arts. II§2 y I§8(1) y (3). NERESSIAN (2012, pp. 1658-1659).

²⁸⁵ Artículo IV§1 de la Constitución.

²⁸⁶ Enmiendas V y XIV de la Constitución.

²⁸⁷ VENETIS (2011, p. 208).

puede desatender una resolución emanada de los órganos jurisdiccionales de otro Estado debido a su contenido, ni cabe excepcionar el orden público respecto de ellas²⁸⁸. La aplicación o toma en consideración de la Sharía por una sentencia de otro Estado no podría verse privada de reconocimiento al amparo del orden público del Estado²⁸⁹.

También la libertad de contratar que recoge la Constitución americana en su artículo I se ve ahora coartada en algunos Estados por la existencia de un interés —estatal— conformador del orden público del Estado, en el sentido de proteger y promover los derechos y privilegios de los ciudadanos americanos. Algo que ya viene realizado por la propia Constitución, como señala la ABA²⁹⁰. La libertad de contratar, se dice, incluye la libertad de elegir la ley que regulará el contrato concluido²⁹¹.

Por último, y esto es esencial, la conformación del contenido del orden público por parte del poder legislativo plantea la problemática de la separación de poderes, y la existencia de una alteración del equilibrio que debe existir entre los distintos poderes del Estado. La Constitución de los Estados Unidos no incorpora un precepto al respecto, pero sí lo hacen bastantes Constituciones estatales²⁹². Una enmienda constitucional —como la producida en Oklahoma en 2014— resulta más difícil de atacar. No así las leyes dictadas por el Congreso del Estado.

d) Las potenciales consecuencias prácticas de la prohibición

Las consecuencias prácticas de la prohibición están aún por contrastar. Nos movemos todavía en el plano puramente potencial: de lo que pensamos que puede derivarse de la aplicación de estas normas, y no de lo que efectivamente se ha derivado ya de ellas. Sin embargo, la doctrina americana incide en que se trata de normas que generan un elevado nivel de inseguridad jurídica para los ciudadanos, y que pueden afectar negativamente a la actividad comercial y económica de los Estados que las han aprobado²⁹³.

Se dice que las diversas legislaciones estatales diseñadas con el objeto último de prohibir la aplicación de la Sharía musulmana por los órganos y tribunales de dichos Estados presentan importantes problemas técnicos, que afectan al logro de sus objetivos. La radicalidad de la

²⁸⁸ VENETIS (2011, pp. 200 y 206-212). Interesante en tal sentido resulta la sentencia *Finstuen v. Crutcher* (2007) en que invalidó la normativa de Oklahoma que prohibía el reconocimiento de decisiones de adopción provenientes de cualquier otro Estado de la Unión en el que se permitiera una adopción por dos personas del mismo sexo.

²⁸⁹ Como tampoco podría negarse el reconocimiento de una decisión foránea atendiendo a la ley aplicada por el juez de origen, y no a las consecuencias generadas por dicha decisión en el Estado donde aquel se pretende caso de existir un tratado entre los Estados Unidos y otro país sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones o laudos extranjeros.

²⁹⁰ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 12).

²⁹¹ NEW YORK CITY BAR (2010, pp. 6-7).

²⁹² VENETIS (2011, p. 212).

²⁹³ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 4).

prohibición contrasta con el carácter nebuloso de su objeto. Su aprobación plantea todo tipo de dudas constitucionales y, además la consecución de sus objetivos se hace depender de unos operadores jurídicos de los que, curiosamente, parece desconfiar. Este magro resultado se acompañaría, además, de incertidumbre en su aplicación: para las partes que la sufren y para los operadores jurídicos encargados de ella.

Estas normativas, además, plantean la cuestión de saber cómo el operador jurídico americano determinará que una situación o relación jurídica ha sido creada con base en una normativa que en su globalidad no ofrece el mismo estándar de derechos que la ley de Estados Unidos. Qué derechos y libertades serán los que deberán compararse, y respecto de quienes y qué, a efectos de verificar si la situación creada es contraria, o no, al orden público del Estado. Máxime asumiendo que para la Sharía, por ejemplo, el matrimonio constituye un contrato entre los cónyuges, y que gran parte de las legislaciones estatales aprobadas impiden la aplicación a los contratos de un Derecho extranjero que no reconozca el mismo nivel de derechos y libertades que en Estados Unidos²⁹⁴. Esta es, precisamente, la situación que se planteó en *Hassan v. Holder*, donde se cuestionaba hasta qué punto un matrimonio musulmán celebrado en Israel constituía un matrimonio válido a efectos de obtener la ciudadanía americana. El Tribunal Federal consideró que carecía de tal condición según al Derecho musulmán (pp. 925-926). Adicionalmente, de acuerdo con algunas de las leyes estatales promulgadas, una decisión dictada por un tribunal americano que tome en consideración, bien de forma total o parcial un derecho extranjero, será nula e ineficaz²⁹⁵.

Las distintas legislaciones adoptadas se focalizan de forma mayoritaria en la esfera puramente privada, tanto negocial como estrictamente familiar. Pero no sólo la realidad puramente privada se ve afectada por ellas. A pesar de que en un número importante de las disposiciones adoptadas, las operaciones desarrolladas por personas jurídicas quedan excluidas de su ámbito de aplicación, su promulgación se entiende generalizadamente como generadora de un riesgo potencial para la actividad comercial del Estado²⁹⁶. La incidencia sobre las cláusulas de elección de ley aplicable y de resolución de controversias es explícita, y puede ampliarse, por ende, al reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros²⁹⁷. Todo ello puede suponer en última instancia una innecesaria traba para los ciudadanos, tribunales y comerciantes de los Estados afectados por este tipo de normativa²⁹⁸.

Centrándonos en el ámbito estrictamente personal, la realidad americana manifiesta la presencia de algunas decisiones en los que se ha planteado la aplicación de la Sharía musulmana por los

²⁹⁴ BOYER (2013, p. 1075).

²⁹⁵ De hecho, el juez no podrá en determinados casos dilucidar todos los aspectos del litigio cuando se vea aplicada esta normativa a algún ámbito del mismo. BOYER (2013, p. 1069).

²⁹⁶ DAVIS & KALB (2011, p. 12).

²⁹⁷ NERSESSIAN (2012, p. 1658).

²⁹⁸ BOYER (2013, p. 1063).

tribunales americanos en supuestos referidos a acuerdos prenupciales, sobre la validez del matrimonio o afectando a la custodia de menores²⁹⁹. En todos estos casos la excepción de orden público ha actuado de forma eficaz, bloqueando su aplicación cuando se ha estimado que se contravenía el orden público, o aceptándolo cuando tal contradicción no existía³⁰⁰. Frente a esta situación clásica de Derecho internacional privado, en la que el sistema y su funcionamiento descansa en la confianza en el operador jurídico y en unos principios —localización, integración,...— controlados en última instancia por éste, la normativa estatal diseñada se asienta sobre un argumentario que, como hemos podido observar hasta el momento, es diferente y problemático a la hora de encuadrarlo en categorías y objetivos de Derecho internacional privado.

De partida, se resalta que la normativa posee unas incidencias claramente negativas para un importante sector de la población americana, de religión musulmana, y que desean dar relevancia jurídica a ciertas disposiciones de la Sharía en su vida diaria, incorporándolas en sus contratos matrimoniales o en sus sentencias de divorcio³⁰¹. Sin embargo, se dice, sus mayores y potenciales efectos se vertirán sobre las vidas de aquellos americanos que viven o trabajan fuera de los Estados Unidos³⁰².

Existen situaciones generadas fuera del Estado al amparo de un Derecho extranjero que requieren ser valoradas por los órganos jurisdiccionales o administrativos de aquel. El supuesto del matrimonio es ejemplar en este sentido. Un matrimonio celebrado allende las fronteras de un país, en muchas ocasiones en forma religiosa y/o de acuerdo con una normativa de base religiosa, y que venga regulado por un Derecho extranjero, sería válido —como regla general— en los distintos Estados de la Unión americana, salvo que viole el orden público del foro³⁰³. A modo de ejemplo, recordemos que España cuenta con un acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España que reconoce como válido el matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica³⁰⁴. En un planteamiento clásico de Derecho internacional privado, si esa unión, que ha de cumplir con los estándares fijados en el Código civil español, se entendiera que contradice los principios esenciales del Estado donde se pretenda que produzca efectos, vería rechazado su reconocimiento. Algo que expresamente ya aceptan las normativas de algunos Estados americanos³⁰⁵ y se ha demostrado eficaz en la práctica³⁰⁶.

²⁹⁹ AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (2011, pp. 3-5); PATEL, DUSS & TOH (2013, pp. 25 y ss.).

³⁰⁰ AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (2011, pp. 2-4).

³⁰¹ BOYER (2013, p. 1073).

³⁰² PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 25).

³⁰³ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 11).

³⁰⁴ Artículo 7, Ley 26/1992, de 10.11, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (BOE de 12.11.1992).

³⁰⁵ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 11).

³⁰⁶ Al respecto, AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (2011, pp. 2 y ss.).

Sin embargo, los términos en que ahora se suscita la cuestión son aquí distintos. No es el hecho de contravenir los principios esenciales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico del Estado donde se pretende que produzca efectos lo que determina la ineeficacia del matrimonio celebrado fuera de Estados Unidos. Es la aplicación misma de una normativa extranjera lo que va a determinar tal posible rechazo. Ciertamente puede afirmarse que el resultado es similar, pero introduce matices importantes por cuanto los efectos son más amplios, directos e indiscriminados. La prohibición de aplicación de un Derecho extranjero que conlleve una violación de los derechos de la persona, o no asegure el nivel de protección recogido en la Constitución americana o del concreto Estado de que se trate, aplicada de forma maximalista, podría conducir a considerar que las dificultades que sufren las mujeres a la hora de conseguir el divorcio de acuerdo con el Derecho judío implica que este matrimonio es producto *"of a legal system which is obnoxious to equal rights based on gender"*, como se afirmó por los tribunales de Kansas en el asunto *Soleimani v. Soleimani* (2012) en referencia al Derecho musulmán³⁰⁷, y por lo tanto rechazar su posible aplicación o toma en consideración, directa o indirecta, por las autoridades del Estado.

Esta prohibición global puede también tener incidencia en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras en materia, por ejemplo, de divorcio³⁰⁸. Puede así conducir a que una sentencia española que declare el divorcio del matrimonio celebrado en España ante una autoridad musulmana sea rechazada al amparo de la normativa estatal americana. Y ello, insistimos, no por ser eventualmente contraria al orden público del Estado, causa recogida de forma generalizada en el plano comparado y también en Estados Unidos³⁰⁹, sino por haberse tomado en consideración la normativa musulmana al celebrar un matrimonio que posteriormente es disuelto por la sentencia de divorcio que se pretende reconocer, y entender que esta normativa no asegura el mismo nivel de derechos a los ciudadanos que la Constitución americana o la del Estado de que se trate. En este caso la consecuencia sería idéntica. Las causas y la filosofía del rechazo, empero, radicalmente distintas y difícilmente aceptables. Y no sólo porque se estaría quebrando uno de los principios esenciales sobre los que se asienta el reconocimiento de una decisión extranjera: la no revisión del fondo de aquella.

Más aún, la mencionada incidencia en la identidad podría conducir a situaciones tales como que un divorcio decretado en Japón al amparo de la normativa estandarizada de registro de los divorcios por mutuo acuerdo no viniera reconocido en algún Estado que ha promulgado reglas de bloqueo y que cuenta con una normativa sobre divorcio marcadamente diferente: tal sería, por ejemplo, el caso de Arizona³¹⁰.

³⁰⁷ PATEL, DUSS & TOH (2013, pp. 25-26). Esta falta de reconocimiento conlleva la pérdida de todo un conjunto de beneficios de índole diversa —fiscal, residencia, ciudadanía,...— para los esposos.

³⁰⁸ Que supera el impacto en el ámbito matrimonial y puede incidir en el económico y en las relaciones paternofamiliares. PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 26).

³⁰⁹ VENETIS (2011, p. 213).

³¹⁰ PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 27).

Las mujeres constituyen un colectivo especialmente débil en este debate. Su aparente protección al amparo de una normativa religiosa puede llamativamente conducir a consecuencias claramente indeseables. Las mujeres casadas de acuerdo con la normativa musulmana necesitan contar con un marco jurídico claro a efectos de determinar su situación personal y, sobre todo patrimonial tras el divorcio. La aplicación de la prohibición puede dar lugar a situaciones perversas como la ocurrida en el caso *Soleimani v. Soleimani*. En este caso se trataba del divorcio de una pareja musulmana tras dos años de matrimonio. En el contrato nupcial se había pactado una dote de 677.000 US\$. El tribunal americano no tuvo acceso a la traducción inglesa del contrato nupcial concluido por las partes y se vio a confrontar el contrato aplicando Derecho iraní y la Sharía. La prohibición de aplicar Derecho extranjero incluida en la normativa de Kansas le llevó a desatender la aplicación del Derecho extranjero aplicable, que le hubiera supuesto a la esposa casi medio millón de euros, y en su lugar se vio compelido a aplicar Derecho de Kansas y a reconocer a la esposa alimentos temporales por un montante de 692 US\$/mes³¹¹.

Estos contratos nupciales, además, no sólo están presentes en la normativa musulmana. De acuerdo con el derecho judío tradicional solo el marido puede terminar una relación marital. Para evitar el impacto que este hecho puede tener en la mujer es muy habitual que los esposos pacten unos contratos prenupciales que prevén habitualmente el pago por el marido de unas cantidades por cada día transcurrido desde el momento en que la mujer le solicitó que se divorciase de ella. La normativa israelí que ampara esta clase de contratos por los que se protege a la mujer no es en modo alguno equiparable a la americana en el volumen de derechos y libertades reconocidas a las partes y, por lo tanto, debería ver prohibida su aplicación por los tribunales y autoridades de este país al amparo de las leyes bloqueando el Derecho extranjero. Y ello, independientemente de las negativas consecuencias que esta no aplicación puede generar para la mujer en este caso concreto³¹².

Y ello podrá plantearse tanto en el momento de solicitar que se reconozcan los efectos derivados de este matrimonio extranjero en USA como, más claro si cabe, si se solicita el divorcio ante los tribunales de este país.

También la libertad de usar el arbitraje religioso para dilucidar sus disputas se verá igualmente afectado de forma negativa. Los arbitrajes religiosos exigen un convenio arbitral, al igual que el arbitraje comercial, y son relativamente habituales en los Estados Unidos³¹³. En estos arbitrajes las partes eligen los árbitros y el Derecho religioso aplicable³¹⁴. De acuerdo con una visión tradicional del Derecho internacional privado, el eventual rechazo de la decisión adoptada se producirá sólo cuando las decisiones por ellos dictadas se entiendan contrarias al orden público del Estado o

³¹¹ BOYER (2013, pp. 1078-1079); PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 17).

³¹² PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 26).

³¹³ Al igual que en otros países del mundo. Al respecto y por todos CAMARERO SUARÉZ y ZAMORA CABOT (2015).

³¹⁴ PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 28).

aborden cuestiones no susceptibles de ser sometidas a arbitraje: por ejemplo, la custodia de los menores³¹⁵. De la misma forma en que se denegará el reconocimiento de cualquier decisión dictada por ellos que prive a cualquiera de las partes de sus derechos constitucionales “*or that attempt to usurp the state's prerogative in criminal matters*”³¹⁶.

Pero como señalamos, aunque focalizada en las personas privadas, la prohibición puede incidir en actividades con una marcada dimensión económica³¹⁷: aproximadamente el 75% de los negocios americanos no están incorporados³¹⁸. De esta suerte, el creciente negocio de los servicios financieros que cumplen con la normativa de la Sharía se vería afectado³¹⁹. Las operaciones financieras acordes con la Sharía suelen incluir una cláusula de arbitraje religioso³²⁰. Esta tendencia se refiere igualmente a otros credos. De hecho, la política pro-arbitraje fijada en su día por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos desde 1995³²¹ ha conducido a aceptar como válidas cláusulas que refieren el arbitraje a normas religiosas tales como las *Rules of Procedure for Christian Conciliation* en las que, entre otras disposiciones se precisa que, “*Holy Scriptures shall be the supreme authority governing every aspect of the conciliation process*”³²². La presencia de estas leyes prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero podría impedir el reconocimiento de laudos dictados al amparo de sistemas no coincidentes en el nivel de Derechos y libertades reconocidos a los recogidos en la Constitución americana y del Estado.

Adicionalmente, y en relación con las obligaciones contractuales, la normativa de algunos Estados limita la libertad de contratar reconocida por la Constitución americana³²³. Con independencia de la no aplicabilidad de estas disposiciones a las actuaciones realizadas por las personas jurídicas, la práctica demuestra en el ámbito de la financiación y banca personal un incremento del uso de instrumentos financieros acordes con la Sharía³²⁴. Esto significa que los contratos con base en los que se documentan estas operaciones deben adherirse a los principios

³¹⁵ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 11).

³¹⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 11).

³¹⁷ Dakota del Sur nada dice al respecto y Florida mantiene silencio al respecto, aunque el ámbito de aplicación de la normativa excluiría implícitamente una referencia a las personas jurídicas.

³¹⁸ PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 29).

³¹⁹ BOYER (2013, p. 1069). De hecho, Luisiana ha promulgado una Ley, la ya referida Act No. 369 sobre registro de “*securities*” en la que se exige en aquellos casos en que ésta venga regulada por un Derecho religioso, que se especifiquen determinados extremos (§705(C)(p)(i)).

³²⁰ TRUMBULL (2006, p. 623).

³²¹ Considérese *Vimar Seguros y Reaseguros v. M/V Sky Reefer* (1995). En relación con la decisión, ESPLUGUES (2007, pp. 186 y ss.).

³²² *Jabri v. Qaddura*, p. 413.

³²³ Artículo 1§10, cl. 1. BOYER (2013”, pp. 1085 y ss.).

³²⁴ TACY (2006, pp. 255-256). Un estudio de los principales instrumentos se encuentra en las pp. 357-361.

de la Sharía y ello implicaría que de acuerdo con la normativa de Kansas devendría nulo e inválido³²⁵. Para complicar aún más el panorama, una mayoría de Estados de la Unión han promulgado la *Uniform Money-Judgments Recognition Act* de 1962, o su revisión de 2005³²⁶. De acuerdo con ella la mayoría de los Estados tratan este tipo de resoluciones extranjeras como provenientes de otro Estado de la Unión, y por lo tanto deberán ser reconocidas al amparo de la cláusula *Full Faith and Credit* con independencia de cuál sea la ley reguladora de dicha resolución o al amparo de la que fuera reconocida la deuda que da lugar a la misma³²⁷.

Como también se podría ver afectada el reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de familia, derechos reales o contratos —por ejemplo, decisiones foráneas incorporando mandatos en materia de custodia de menores o reparto de bienes en el marco de un divorcio declarado en el extranjero—³²⁸. Y, más aún, de laudos arbitrales extranjeros, al amparo del Convenio de Nueva York de 1958. La *Uniform Arbitration Act*³²⁹ y la *Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act*³³⁰, ambas aceptadas en un gran número de Estados de la Unión, admiten que los contratos pueden incorporar cláusulas arbitrales y que se incorporen cláusulas de elección de derecho. Una aplicación maximalista de las legislaciones estatales podría conducir a que laudo arbitral dictado al amparo de una normativa extranjera que no reconozca el mismo nivel de Derechos y libertades fundamentales al sujeto participante en el litigio o dictado en un país cuya legislación tampoco lo hiciera viera denegado su reconocimiento, pudiendo verse afectada, por lo tanto, a una obligación internacional asumida por los Estados Unidos³³¹. La redacción de estas disposiciones estatales plantea de lleno su capacidad para permitir la denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero atendida la conformación de la noción de orden público que las mismas conllevan, siendo que el Convenio refiere en su artículo V al orden público³³². Algo que se ha planteado ya, de manera general, por los tribunales americanos en su jurisprudencia alcanzándose una respuesta negativa al respecto: *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.* (2007, pp. 938-939) es muy significativa al respecto³³³.

³²⁵ BOYER (2013, pp. 1081-1082).

³²⁶ Texto disponible en: <http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Foreign-Country+Money+Judgments+Recognition+Act> (visitado el 10.1.2015). Considérese al respecto, PATEL, DUSS & TOH (2013, p. 31).

³²⁷ VENETIS (2011, p. 211).

³²⁸ DAVIS & KALB (2011, p. 12), especialmente nota 59, con jurisprudencia.

³²⁹ Disponible en: <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration%20Act%20%282000%29> (visitado el 10.1.2015).

³³⁰ Disponible en: <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Enforcement%20of%20Foreign%20Judgments%20Act> (visitado el 10.1.2015).

³³¹ VENETIS (2011, pp. 215-216).

³³² PATEL, DUSS & TOH (2013, pp. 31-32).

³³³ Igualmente, *Tahan v. Hodgson*, p. 864.

Hablamos hoy, en todo caso, de efectos potenciales, que requerirán ser contrastados por la realidad práctica, una vez que las leyes adoptadas comiencen a ser aplicadas. Sólo ahí se observará realmente si cuentan con un objetivo oculto, o si en su aplicación se reconducen hacia un discurso más en línea con los argumentos, valores y técnicas del Derecho internacional privado. El dilema no estriba en la aplicación del Derecho del Estado en lugar de un Derecho extranjero eventualmente convocado por las normas de DIPr. Esta posibilidad está recogida en cualquier modelo de Derecho internacional privado, también en el de los Estados Unidos de América: forma parte del mismo y no necesariamente afecta a la continuidad del tráfico jurídico externo. La cuestión de fondo es distinta, de ahí la mencionada referencia a “xenofobia e ignorancia” que realiza algún autor³³⁴. El objetivo no es la ley extranjera, sino algunas leyes extranjeras. El futuro señalará si estamos ante una nueva manifestación de ese excepcionalismo americano que busca aislar al país de la influencia extranjera y que se manifiesta en todos los órdenes³³⁵. Y en el marco del cual el rechazo a la toma en consideración del Derecho extranjero para interpretar la Constitución y leyes americanas no vendría argumentado sobre el contenido del Derecho extranjero, sino sobre el acto mismo de la comparación³³⁶.

4. *Algunas conclusiones*

Con independencia de una realidad que refleja la amplia aplicación que el Derecho Internacional y el Derecho extranjero encuentran en la práctica jurisprudencial americana, el actual momento que allí se vive pone de manifiesto como el Derecho extranjero se presenta crecientemente ante la opinión pública americana como “*biased and dangerous*”³³⁷. Y cómo determinados grupos que podríamos calificar como conservadores han conseguido a través de un debate radical convertir “*foreign law and decisions*” en un “*new American stranger*”³³⁸.

A partir de la originaria controversia en torno al uso de fuentes foráneas en la interpretación de la Constitución americana se ha generado un movimiento que pretende evitar la aplicación del Derecho extranjero, más concretamente de algunos Derechos extranjeros, por los tribunales y autoridades americanas. En esta línea, diversos Estados de la Unión han aprobado leyes que previenen de forma absoluta contra la aplicación del Derecho extranjero, ya se entienda dentro de la noción al Derecho de otro Estado, al Derecho Internacional, al Derecho de una confesión religiosa o, incluso, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones al Derecho de otro Estado de la Unión.

³³⁴ Nota 149.

³³⁵ Por todos, DAVIS & KALB (2011, pp. 8-9) o IGLESIAS CAVICCHIOLI (2014, pp. 3 y ss.).

³³⁶ SHINAR & SU (2013, p. 77).

³³⁷ LYKE (2014, p. 675).

³³⁸ LYKE (2014, pp. 675 y 735).

Leyes que tienden a duplicar salvaguardias que ya están recogidas en la Constitución americana y en las de los diversos Estados de la Unión³³⁹. Un sistema donde está claramente establecido que los derechos garantizados por la Constitución americana y las distintas constituciones estatales constituyen “*the primary concern of U.S. courts*”³⁴⁰, y que los tribunales no podrán dar efecto a cualquier ley extranjera, norma religiosa o derechos y situaciones basadas en ellas cuya aplicación produzca efectos contrarios “*to the settled 'public policy' of the forum, would violate good morals or natural justice, or would otherwise be prejudicial to the forum state or its citizens*”³⁴¹.

Disposiciones altamente ideologizadas -recordemos la “*American Laws for American Courts Act*” en la que muchas de ellas se basan-, que sin embargo responden al sentir de amplios sectores de la sociedad americana y que, con independencia de la opinión que se tenga sobre su conveniencia o su viabilidad práctica, no parecen constituir ni una “*Storm in a Teacup*” como alguna doctrina americana³⁴² ha señalado, ni responder a un debate “*about nothing*”³⁴³ en el que no acaba de quedar claro si el objetivo es la influencia extranjera o los tribunales³⁴⁴.

Se trata, en última instancia, de textos legislativos escasamente sofisticados desde un punto de vista técnico, que aparentemente incorporan un lenguaje de Derecho internacional privado y que, sin embargo, encuentran un difícil encaje en sus métodos y categorías. De hecho, al aproximarlas siempre se acaba teniendo la sensación de encontrarse en una situación intermedia entre un Macguffin, al más puro estilo Hitchcock, o una mera excusa para lograr un fin adicional. En todo caso, su mera promulgación constituye un dato, esperemos que no un síntoma, a tener necesariamente en cuenta.

5. Jurisprudencia citada

United States Supreme Court

Fecha	Referencia	Partes
17.5.2010	130 S.Ct. 2011 (2010)	Graham v. Florida

³³⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 3).

³⁴⁰ VENETIS (2011, p. 207).

³⁴¹ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011, p. 10), refiriendo a *Christilly v. Warner* (1913), *Loucks v. Standard Oil of New York* (1918) o *Gray v. Blight* (1940).

³⁴² PARRISH (2007, p. 637).

³⁴³ PARRISH (2007, p. 680).

³⁴⁴ KEITNER (2009, p. 221).

25.6.2008	128 S.Ct. 2641 (2008)	Kennedy v. Louisiana
1.3.2005	543 U.S. 551 (2005)	<i>Roper v. Simmons</i>
9.11.2004	543 U.S. 14 (2004)	<i>Norfolk S. Ry. Co. v. Kirby</i>
7.6.2004	541 U.S. 677 (2004)	<i>Republic of Austria v. Altman</i>
26.6.2003	539 U.S. 558 (2003)	Lawrence v. Texas
23.6.2003	539 U.S. 306 (2003)	<i>Grutter v. Bollinger</i>
21.10.2002	537 U.S. 990 (2002)	<i>Foster v. Florida</i>
27.6.2002	536 U.S. 639 (2002)	<i>Zelman v. Simmons-Harris</i>
20.6.2002	536 U.S. 304 (2002)	<i>Atkins v. Virginia</i>
24.1.2000	528 U.S. 377 (2000)	<i>Nixon v. Shrink Missouri Government PAC</i>
8.11.1999	528 U.S. 990 (1999)	<i>Knight v. Florida</i>
26.6.1997	521 U.S. 702 (1997)	<i>Washington v. Glucksberg</i>
19.6.1995	515 U.S. 528 (1995)	<i>Vimar Seguros y Reaseguros v. M/V Sky Reefer</i>
23.2.1994	510 U.S. 443 (1994)	<i>Am. Dredging Co. v. Miller</i>
29.6.1992	505 U.S. 833 (1992)	<i>Planned Parenthood v. Casey</i>
26.6.1989	492 U.S. 361 (1989)	<i>Stanford v. Kentucky</i>
29.6.1988	487 U.S. 815 (1988)	<i>Thompson v. Oklahoma</i>

1986	478 U.S. 186 (1986)	<i>Bowers v. Hardwick</i>
21.4.1982	456 U.S. 228 (1982)	<i>Larson v. Valente</i>
17.4.1961	365 U.S. 731 (1961)	<i>Kossick v. U.S. Fruit Co.</i>
31.3.1958	356 U.S. 86 (1958)	<i>Trop v. Dulles</i>
8.1.1900	175 U.S. 677 (1900)	<i>The Paquete Habana</i>
3.6.1895	159 U.S. 113 (1895)	<i>Hilton v. Guyot</i>
20.3.1816	14 U.S. 304 (1816)	<i>Martin v. Hunter's Lessee</i>
1808	8 U.S. 241 (1808)	<i>Rose v. Himley</i>
1804	6 U.S. 64 (1804)	<i>Murray v. Schooner Charming Betsy</i>
24.2.1803	5 U.S. 137 1803	<i>Marbury v. Madison</i>

Connecticut Supreme Court

Fecha	Estado	Referencia	Partes
1913	Connecticut	87 Conn. 461, 98 Atl. 711	<i>Christilly v. Warner</i>

United States Court of Appeals

Fecha	Circuito	Referencia	Partes
10.1.2012	10	670 F.3d 1111 (10th Cir. 2012)	<i>Awad v. Ziriax</i>
2.9.2010	7	621 F.3d 624 (7th Cir. 2010)	<i>Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.</i>
11.5.2010	6	604 F.3d 915 (6th Cir. 2010)	<i>Hassan v. Holder</i>
28.10.2009	7	586 F.3d 487 (7th Cir. 2009)	<i>Sunstar, Inc. v. Alberto-Culver Co.</i>
3.8.2007	10	469 F.3d 1139 (10th Cir. 2007)	<i>Finstuen v. Crutcher</i>
25.5.2007	D.C.	487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007)	<i>TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.</i>
2006	10	187 Fed. App'x 891 (10th Cir. 2006)	<i>Bastian v. Gonzales</i>

8.5.2003	Texas	108 S.W. 3d 404 (Tex. Ct. App. 2003)	<i>Jabri v Qaddura</i>
21.3.2003	11	331 F.3d 1228 (11th Cir. 2003)	<i>United States v. McNab</i>
25.8.1981	D.C.	662 F.2d 862 (D.C. Cir. 1981)	<i>Tahan v. Hodgson</i>
10.6.1940	10	12 F.2d 696 (10th Cir. 1940)	<i>Gray v. Blight</i>
12.7.1918	Nueva York	224 N.Y. 99, 120 N.E. 198	<i>Loucks v. Standard Oil Co. of New York</i>

United States District Court

Fecha	Estado	Referencia	Partes
28.8.2012	Kansas	Case No. 07CV1207	<i>Soleimani v. Soleimani</i>
23.2.1994	Oklahoma	754 F. Supp. 2d 1298 (W. D. Ok. 2010)	<i>Awad v. Ziriax</i>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Fecha	Referencia	Partes
22.10.1981	Appl. No. 7525/76	<i>Dudgeon v. United Kingdom</i>

6. Bibliografía

Matthew J. AHN (2014), "44.1 Luftballons: The Communication Breakdown of Foreign Law in the Federal Courts", *New York University Law Review*, vol. 89, pp. 1343-1380.

Yaser ALI (2012), "Shariah and Citizenship—How Islamophobia Is Creating a Second-Class Citizenry in America", *California Law Review*, vol. 100, pp. 1027-1068.

AMERICAN BAR ASSOCIATION (2011), [*Resolution Adopted by the House of Delegates August 8-9, 2011 \(113A\)*](#) (visitado el 11.1.2015).

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (2011), [*Nothing to Fear. Debunking the Mythical "Sharia Threat" to Our Judicial System. A Report of the ACLU Program on Freedom of Religion and Belief*](#) (visitado el 11.1.2015).

Ryan H. BOYER (2013), "'Unveiling' Kansas's Ban on Application of Foreign Law", *Kansas Law Review*, vol. 61, pp. 1061-1087.

Paul BREST (1980), "The Misconceived Quest for the Original Understanding", *Boston University Law Review*, vol. 82, pp. 204-238.

Christopher BRYANT (2011), "Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases", *Brigham Young University Law Review*, pp. 1005-1040.

Steven G. CALABRESI & Stephanie Dotson ZIMDAHL (2005), "The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision", *William and Mary Law Review*, vol. 47, p. 743.

María Victoria CAMARERO SUÁREZ y Francisco Javier ZAMORA CABOT (2015), *Pluralismo y Multiculturalidad: Tribunal Arbitral Musulmán y Consejos Islámicos (Sharia Courts) en el Reino Unido*, Editorial Alfonsípolis, Cuenca.

Kathleen S. CREBO (2011), "Misuse of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Decisions", *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 5, pp. 349-377.

María José CRIADO (2000), "Vieja y nueva emigración. Rasgos, supuestos y evidencias", *Revista internacional de sociología*, núm. 26, pp. 159-183.

Martha F. DAVIS & Johanna KALB (2011), "Oklahoma and Beyond: Understanding the Wave of State Ant-Transnational Law Initiatives", *Indiana Law Journal Supplement*, vol. 87, pp. 1-16.

María del Pilar DIAGO DIAGO (2001), "Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado", *Revista AequAlitas*, núm. 6, pp. 6-13.

José María ESPINAR VICENTE (2008), *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares.

Carlos ESPLUGUES (2002), "Multiculturality and Spanish Private International Law: The Beginning of a Great Friendship?", en James NAFZIGER & Symeon SYMEONIDES (Eds.), *Law and Justice in a Multistate World. Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley, pp. 255-274.

---(2007), *Arbitraje Marítimo Internacional*, Civitas, Cizur Menor.

---(2011), "Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The "Madrid Principles" of 2010", en Andrea BONOMI & Gian Paolo ROMANO (Eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, Sellier European Law Publishers, pp. 273-297.

Daniel A. FARBER (2007), "The Supreme Court, the Law of Nations and Citations of Foreign Law: The Lessons of History", *California Law Review*, vol. 95, pp. 1335-1365.

Aaron FELLMETH (2011), "[International Law and Foreign Laws in the U.S. State Legislatures](#)",

Insights, vol. 15, issue 13 (visitado el 12.1.2015).

Martin GELTER & Mathias M. SIEMS (2014), "Citation to Foreign Courts - Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, pp. 35-85.

Rex D. GLENSY (2010), "Constitutional Interpretation Through a Global Lens", *Missouri Law Review*, vol. 75, pp. 1171-1241.

Hadar HARRIS (2005), "'We Are The World' - Or Are We? The United State's Conflicting Views on the Use of International Law and Foreign Legal Decisions", *Human Rights Brief*, vol. 12, núm. 3, pp. 5-8.

David T. HUTT & Lisa K. PARSHALL (2007), "Divergent Views on the Use of International and Foreign Law: Congress and the Executive Versus the Court", *Ohio Northern University Law Review*, vol. 33, pp. 113-152.

Manuel IGLESIAS CAVICCHIOLI (2014), "[La doctrina neoconservadora y el excepcionalismo americano: Una vía al unilateralismo y a la negación del Derecho Internacional](#)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 28 (visitado el 11.1.2015).

Jeffrey M. JENSEN (2007), "Development in the Law: Transnational Litigation: VI. Personal Jurisdiction in Federal Courts Over International E-Commerce Cases", *Loyola Los Angeles Law Review*, pp. 1507-1556.

Richard KAY (1988), "Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses", *Northwestern University Law Review*, vol. 82, pp. 226-292.

Chimène I. KEITNER (2009), "International and Foreign Law Sources: Siren Song for U.S. Judges?", *Advance: The Journal of the American Constitution Society Issue Groups*, vol. 3-1, pp. 215-231.

Doug M. KELLER (2004), "Interpreting Foreign Law Through and Erie Lens: A Critical Look at United States v. McNab", *Texas International Law Review*, vol. 40, pp. 157-189.

Patrick KINSCH (2004), "The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments - A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions", en Talia EINHORN & Kurt SIEHR (Eds.), *Intercontinental Cooperation Through Private International Law. Essays in Memory of Peter E. Nygh*, T.M.C. Asser Instituut, La Haya, pp. 198-228.

Donald J. KOCHAN (2006), "Sovereignty and the American Courts at the Cocktail Party of International Law: The Danger of Domestic Judicial Invocations of Foreign and International Law", *Fordham International Law Journal*, vol. 29, pp. 507-551.

Carolyn B. LAMM & Elizabeth TANG (2003), "Rule 44.1 and Proof of Foreign Law in Federal Court", *Litigation*, vol. 30, núm. 1, pp. 31-35.

Sheldon Bernard LYKE (2014), "Making Strange Laws", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 35, pp. 675-735.

Cornel MARIAN (2010), "Learning From Others: The Scalia-Breyer Debate and the Benefits of Foreign Sources of Law to U.S. Constitutional Interpretation of Counter Terrorism Initiatives", *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 4, pp. 5-19.

John O. MCGINNIS (2006), "Contemporary Foreign and International Law in Constitutional Construction", *Albany Law Review*, vol. 69, pp. 801-808.

Berveley MCLACHLIN (2010), "Keynote Address: The Use of Foreign Law - A Comparative View of Canada and the United States", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 104, pp. 491-493.

J. Michael MEDINA (1991), "The Bible Annotated: Use of the Bible in Reported American Decisions", *Northern Illinois Law Review*, vol. 12, pp. 187-254.

Roger M. MICHALSKI (2011), "Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading", *Buffalo Law Review*, vol. 59, pp. 1207-1266.

Alex MILLS (2009), *The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*, CUP, Cambridge, 2009.

Arturo MUÑOZ ARANGUREN (2012), "Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc. Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de "efficient breach""", *InDret 2/2012* (www.indret.com/es).

Marie-Claude NAJM (2010), "Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)", *Droit et Cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, núm. 59, pp. 209-229.

David NERSESSIAN (2012), "How State Legislative Bans on Foreign and International Law Obstruct the Global Practice and Regulation of American Lawyers", *Arizona State Law Journal*, vol. 44, pp. 1647-1716.

NEW YORK CITY BAR. COMMITTEE ON FOREIGN AND COMPARATIVE LAW (2010), *The Unconstitutionality of Oklahoma Referendum 755 - The "Save Our State Amendment"*, December 2010 (visitado el 10.1.2015).

Austen L. PARRISH (2007), "Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law",

University of Illinois Law Review, núm. 2, pp. 637-680.

Faiza PATEL, Matthew DUSS & Amos TOH (2013), *Foreign Law Bans. Legal Uncertainties and Practical Problems*, Center for American Progress. Brennan Centre for Justice at New York School of Law, New York (visitado el 2.1.2015).

Monrad G. PAULSEN y Michael R. SOVERN (1956), "Public Policy" in the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, vol. 56, núm. 7, pp. 969-1016.

Lee Faircloth PEOPLES (2008), "The Use of Foreign Law by the Advocated General of the Court of Justice of the European Communities", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 35, pp. 218-272.

Emil PETROSSIAN (2007), "In Pursuit of the Perfect Forum: Transnational Forum Shopping in the United States and England", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 40, pp. 1257-1335.

Josep PLA I CASADEVALL (1966), *El quadern gris* (visitado el 1.12.2014).

Eric POSNER & Cass SUNSTEIN (2006), "The Law of Other States", *Stanford Law Review*, vol. 59, pp. 131-180.

Marcus S. QUINTANILLA & Christopher A. WHYTOCK (2014), "The New Multipolarity in Transnational Litigation: Foreign Courts, Foreign Judgments, and Foreign Law", *Southwestern Journal of International Law*, vol. 18, pp. 31-49.

Nicholas Quinn ROSENKRANZ (2007), "Condorcet and the Constitution: A Response to The Law of Other States", *Stanford Law Review*, vol. 59, pp. 1281-1308.

David J. SEIPP (2006), "Our Law, Their Law, History, and the Citation of Foreign Law", *Boston University Law Review*, vol. 86, pp. 1417-1446.

Tariq A. SHAH (2001), "Islam, Muslims and Terrorism: Secret Evidence and Guilt by Association", *Michigan State University-Detroit College of Law's Journal of International Law*, vol. 10, pp. 589-602.

Adam SHINAR & Anna SU (2013), "Religious Law as Foreign Law in Constitutional Interpretation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, pp. 74-100.

Stephen A. SIMON (2014), "Foreign Law and Constitutional Rights in the US Courts of Appeal: Findings and Implications", *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 8, pp. 251-275.

Ganesh SITARAMAN (2009), "The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, pp. 653-693.

Adam M. SMITH (2006), "Making Itself at Home. Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, núm. 1, pp. 218-272.

Symeon SYMEONIDES (1994), "Exception Clauses in American Conflicts Law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, pp. 813-865.

---(2001), "American Choice of Law at the Dawn of the 21st Century", *Willamette Law Review*, vol. 37, pp. 1-87.

---(2014), "Choice of Law in the American Courts in 2013: Twenty-Seventh Annual Survey", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, pp. 223-322.

---(2014a), "Party Autonomy in International Contracts and the Multiple Ways of Slicing the Apple", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, pp. 1123-1143.

---(2015), "[Choice of Law in the American Courts in 2014: Twenty-Eighth Annual Survey](#)", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 63 (visitado el 2.3.2015).

Kimberly J. TACY (2006), "Islamic Finance: A Growing Industry in the United States", *North Carolina Banking Institute Law Journal*, vol. 10, pp. 355-377.

THE CENTER FOR SECURITY POLICE (2011), [Shariah Law and American State Courts An Assessment of State Appellate Court Cases](#) (visitado el 8.1.2015).

Charles P. TRUMBULL (2006), "Islamic Arbitration: A New Path For Interpreting Islamic Legal Contracts", *Vanderbilt Law Review*, pp. 609-647.

Mark TUSHNET (2003), "Transnational/Domestic Constitutional Law", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, pp. 239-269.

---(2006), "When is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy Over Supreme Court References to Non-US Law", *Minnesota Law Review*, vol. 90, pp. 1275-1302.

Penny M. VENETIS (2011), "The Unconstitutionality of Oklahoma's SQ 755 and Other Provisions Like It That Bar State Courts From Considering International Law", *Cleveland State Law Review*, vol. 59, pp. 189-217.

Christopher WHYTOCK (2010), "Foreign Law In Domestic Courts: Different Uses, Different Implications", in Donald W. JACKSON, Michael C. TOLLEY & Mary L. VOLCANSEK (Eds.), *Globalizing justice*, State University of New York Press, Albany, pp. 45-63.

Matthew J. WILSON (2011), "Demystifying the Determination of Foreign Law in U.S. Courts: Opening the Door to a Global Understanding", *Wake Forest Law Review*, vol. 46, pp. 887-936.

---(2013), "Improving the Process: Transnational Litigation and the Application of Private Foreign Law in U.S. Courts", *International Law and Politics*, vol. 45, pp. 1111-1150.

Stephen YEAZELL (2009), "When and How U.S. Courts Should Cite Foreign Law", *Constitutional Commentary*, vol. 26, pp. 59-74.

Kojo YELPAALA (1989), "Restraining the Unruly Horse: The Use of Public Policy in Arbitration, Interstate and International Conflict of Laws in California", *The Transnational Lawyer*, vol. 2, pp. 379-493.

Ricard ZAPATA BARRERO (2000), "Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería", *Reis*, núm. 90, pp. 159-181.

David ZARING (2006), "The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis", *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 3, pp. 297-331.