

José Carlos Fernández Rozas, “Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial (Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles)*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997. pp. 59-158. ISSN 1134-9670.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SU APLICACIÓN JUDICIAL

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Consideraciones introductorias en orden a la evolución de los procedimientos de producción jurídica en el DIPr español: 1. El DIPr como Derecho en vigor en un determinado sistema estatal: el DIPr español; 2. Los ámbitos de producción jurídica del DIPr. II. La política convencional española en la normación del DIPr: 1. Relación sectorial de convenios. 2. Consideraciones críticas en torno a la política convencional: A) Insuficiencias de la política convencional bilateral; B) Insuficiencias de la política convencional multilateral. III. Problemas relativos a la remisión del orden interno al internacional: 1. Consecuencias de la inexistencia de una cláusula de remisión *ad hoc*. 2. Interacción entre los tratados y las normas de conflicto del sistema autónomo de DIPr: A) Introducción; B) Proyección en las denominadas “normas reguladoras”. C) Proyección en los denominados “problemas de aplicación. IV. Problemas derivados de las cláusulas de remisión: 1. Convenios de DIPr de aplicación universal. 2. Limitación de las técnicas de “incorporación por referencia”. V. Problemas de aplicación de los tratados internacionales de DIPr por los jueces españoles: 1. Evolución de la práctica. 2. Problemas de delimitación normativa: A) DIPr convencional y DIPr autónomo. B) Compatibilidad entre Convenios. 3. Problemas de carácter intertemporal. VI. ¿Un retorno al modelo de DIPr autónomo?.

I. Consideraciones introductorias en orden a la evolución de los procedimientos de producción jurídica en el DIPr español

1. El DIPr como Derecho en vigor en un determinado sistema estatal: el DIPr español

1. El capítulo de los procedimientos de producción normativa del DIPr ha estado dominado por un proceso dialéctico entre nacionalismo e internacionalismo

adquiriendo en los últimos años un extraordinario desarrollo. La lectura por parte del operador jurídico de los manuales españoles de los últimos cincuenta años conduce inexorablemente a la perplejidad y ello sólo se explica por las vicisitudes que ha experimentado nuestro país hasta su incorporación plena en el concierto de las naciones democráticas e industrializadas. La referencia inusnaturalista a unos pretendidos “principios generales” que debían ser el hilo conductor a seguir por el juez, se mezclaban con frecuentes referencias a la costumbre internacional, en el sentido del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o a la jurisprudencia de este Tribunal. Sólo escasos manuales, elaborados en su mayor parte por autores extranjeros afincados en nuestro país, abordaban tímidamente los problemas propios del DIPr como “sistema jurídico” de un Estado determinado y las cuestiones relativas a la aplicación de las normas por los jueces. Contrasta aquella situación con los modernos textos destinados a la docencia y ello es absolutamente comprensible pues para que existan problemas del tráfico privado externo es preciso una apertura del fenómeno “frontera”. Si hace cincuenta años nuestro país se caracterizaba por la autarquía política y económica, hoy se ha convertido en un Estado moderno que precisa proyectarse al exterior y que acoge lo foráneo. Ello ofrece una proyección evidente en el “sistema jurídico” y sobre todo en la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia.

Desde la consideración del DIPr como ordenamiento exclusivamente consuetudinario¹, o su vinculación al Derecho internacional público en materia de fuentes, hasta la afirmación de la autonomía del DIPr respecto a los procedimientos de producción normativa y en relación con el establecimiento del contenido de las normas, se ha producido un importante debate doctrinal que hoy puede considerarse cerrado². Hoy el problema se desplaza al ámbito de las técnicas de

¹. Recuérdese la vieja STS de 6 de noviembre de 1867, anterior a la aparición del Código civil, según la cual “de la mutua conveniencia de las naciones, al experimentar los males que necesariamente surgían de no admitir los efectos de las leyes extranjeras, ha venido el DIPr que tiene carácter de consuetudinario y comprende el conjunto de disposiciones que según afectan a las personas, a las cosas o a las formas se distingue con los nombres de estatuto personal, real y formal” (*RGLJ, Jurispr. Civ.*, t. 16, 1867, p. 340).

². Sobre los procedimientos de producción jurídica en el DIPr: J.D. González Campos, *DIPr Introducción*, Madrid, UAM, 1984, pp. 126; *id.*, “El sistema español de DIPr”, en el colectivo editado por la UNED, *DIPr*, vol. I, 6º ed., Madrid, 1996, pp. 48-60; E.E. Cheatham y H.G. Maier, “Private International Law and its Sources”, *Vanderbilt L. Rev.*, t. 22, 1968, pp. 27 ss.; R. Graveson, “The Sources of Private International Law”, *Studi in onore di G. Sperduti*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 69-88; O. Kahn-Freund, “General Problems of Private International Law”, *R. des C.*, t. 143 (1974-III), pp. 165-288; A.N. Makarov, “Sources of Private International Law”, *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, 1972, capítulo 2; B. Oppetit, “Le droit international privé, droit savant”, *R. des C.*, t. 234 (1992-III), pp.

codificación y en particular a la interacción entre las normas producto del legislador estatal y las procedentes del círculo jurídico integrado al que España pertenece: la Unión Europea; y al lado de dicha interacción ha hecho presencia en los últimos años en el DIPr español un bloque normativo de inmensa intensidad inserto en Convenios internacionales que ha supuesto una auténtica mutación de nuestro sistema. Los estudiantes españoles pertenecientes a las “generaciones” del 57 y del 68 no lográbamos comprender el papel de los tratados internacionales en la regulación del tráfico externo y, en cualquier caso, llegamos a minusvalorarlos pues en los manuales al uso se hacían extensos comentarios sistemáticos sin explicitar si tales instrumentos estaban en vigor, obligaban a España o eran meros proyectos. Y mucho menos comprendíamos su eficacia interna y los problemas de aplicación e interpretación por los jueces españoles. Hubo de recorrerse un largo camino que se inicia con la redacción del art. 1.5º Cc operada en 1974³ y con la jurisprudencia a que este precepto dio lugar y que se consolida con la entrada en vigor de los arts. 93 a 96 CE.

2. El marcado carácter nacional de los procedimientos de producción normativa quiere decir que cada Estado por su legislación o por su jurisprudencia regula las relaciones que dependen de esta rama del Derecho a su conveniencia y, en particular, teniendo en cuenta sus propios intereses; este es el sentido de cómo hay que entender la afirmación generalizada de que “el DIPr es Derecho interno”. Hoy resulta obligado realizar matizaciones a dicha afirmación, lo cual tendrá, de esta suerte, el alcance de un principio normalmente sujeto a excepciones: el DIPr puede depender también de tratados internacionales, lo cual no debe sorprender, pues éstos son fuente de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96 CE y art.1.5º Cc) o de la costumbre⁴. Esta, por lo demás, es la idea que subyace en la clásica Sent. del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 12 de julio de 1929 en el asunto relativo al “pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia”, cuando afirmó que las normas de DIPr “pueden ser comunes a varios Estados e incluso ser establecidas por convenciones internacionales o costumbres y, en este último caso, tener el carácter de un verdadero Derecho internacional que regule las relaciones

331-433; F. Rigaux, “L'internationalisation du droit étatique”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, t. LX, 1983, pp. 901-104.

³. En la doctrina y en la jurisprudencia de la época tuvo una gran trascendencia el comentario a este precepto efectuado por J.D. González Campos en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 78-131.

⁴. Cf. Ph. Francescakis, vº “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, vol. I, París, 1968, pp. 470 ss.

entre Estados. Pero, aparte de esto, se debe considerar que dichas normas forman parte del Derecho interno”⁵.

Lo cierto es que este “moderado equilibrio” hoy día no goza en la doctrina española de la aceptación generalizada que encontró en los años setenta. Iniciado el proceso de reforma democrática en nuestro país a partir de la Constitución de 1978, el internacionalismo reclamado y, con él, el horizonte de esperanza hacia la elaboración de un sistema “internacional” de DIPr y la justificación de la función internacional de este ordenamiento (que no eran sino manifestaciones de un deseo de libertad y de democracia y de una participación efectiva de nuestro país en el concierto de las naciones), han quedado absorbidos por una visión relativista basada en la observación preferente de nuestro sistema de DIPr sobre la base de los valores que nuestra Constitución incorpora⁶. Los argumentos aportados por las corrientes neointernacionalistas no pueden desconocer la realidad de las cosas, esto es, que el DIPr es un Derecho en vigor dentro de un determinado ordenamiento estatal, en nuestro caso, el Derecho español. Es innegable el extraordinario aumento de las fuentes internacionales, principalmente por vía convencional, como lo es también el hecho de que comiencen a vislumbrarse una serie de límites al legislador interno, mas estos fenómenos no son otra cosa que índices del grado de cooperación internacional de la comunidad internacional contemporánea. Una cosa es que el legislador o el juez atiendan la llamada de lo internacional y de lo universal a la hora de realizar su labor, y otra muy distinta que deban cumplimentar necesariamente objetivos supranacionales. El DIPr en cuanto estructura formal debe reflejar los intereses y la ideología dominante en un Estado determinado, intereses e ideología que no tienen por qué contrariar al internacionalismo.

3. Al mismo tiempo, la llamada a lo internacional es hoy una constante en la jurisprudencia española, asistiéndose a un movimiento pendular respecto de la posición adoptada durante el período de la autarquía política y económica. Resulta

⁵. CPJI, *serie A n° 20-21*, pp. 40-41.

⁶. Es el punto de partida que se expresa en las sucesivas versiones del *Curso* de J.D. González Campos redactadas a partir de 1980; sin desconocer la existencia de fuentes de producción jurídica de carácter internacional, y sin olvidar que la finalidad básica del DIPr en cualquier sistema estatal es la cooperación entre los diversos sistemas jurídicos en presencia, en el afán de hallar una respuesta justa a los problemas del tráfico externo, este autor aportaría a la contemplación científica del DIPr importantes elementos desde esta especial perspectiva, señaladamente, la justificación de su autonomía formal y material, a la que ya hemos hecho referencia y, junto a este carácter autónomo, su plenitud, es decir, la virtualidad del DIPr para reglamentar, mediante sus propias normas, el conjunto de problemas que suscitan las situaciones internacionales.

singular y ciertamente positivo, por lo que tiene de superador de la etapa anterior, que con cualquier pretexto nuestros Tribunales invoquen el internacionalismo. Por citar un ejemplo concreto, baste acudir a la STS (Sala 1ª) de 22 de mayo de 1989, que en un supuesto de hipoteca naval y en relación al privilegio de los créditos resultantes del contratos de servicios del capitán, de la tripulación y de las otras personas al servicio de a bordo, entendió que el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas de 10 de abril de 1926 era la norma de pertinente aplicación, frente a normas internas posteriores de carácter contrario por cuanto: “La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que, sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales, se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional”⁷.

2. Los ámbitos de producción jurídica del DIPr

4. Sentado lo anterior, es irrefutable que el proceso de producción jurídica de la última década ha ofrecido nuevas realidades. La tónica general del sistema español ha sido, hasta tiempos recientes, la de una participación más que discreta en la codificación internacional como consecuencia del aislacionismo económico primero y político después de España en el concierto de las naciones y de la ausencia de España o nula intervención de nuestros representantes en las instituciones internacionales de codificación del DIPr. Puede afirmarse que el proceso de reforma política que se inaugura en 1976 ha supuesto una auténtica “revolución” en el sector de las fuentes del DIPr español. No en vano en los últimos años España se ha incorporado a más de medio centenar de tratados multilaterales y ha ampliado, asimismo, el número de tratados bilaterales (más de treinta) que afectan directamente a materias propias de DIPr (se excluyen de esta relación los Convenios de nacionalidad y de extranjería). Baste dar una lectura al *BOE*, en estos últimos años, para dejar constancia de una auténtica “euforia

⁷. *RAJ*, 1989, nº 3877. Como ha puesto de relieve M^aP Andrés Sáenz de Santa María, resulta estimulante la lectura de muchos párrafos de esta importante decisión, pese que algunas expresiones son matizables o poco concretas e, incluso, grandilocuentes (*REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 586-587),

internacionalista” en virtud de nuestra vinculación una gran variedad de instrumentos internacionales. Euforia que ofrece un papel positivo en orden a la cooperación internacional⁸, al tiempo que propicia un desarrollo sin precedentes del DIPr español y, lo que es más importante, nos vincula al círculo de países iberoamericanos al tiempo que se consolidan en España los resultados alcanzados por la Conferencia de La Haya de DIPr, la CIEC y el Consejo de Europa. Todo ello con el añadido de la entrada en vigor para España del Convenio de Bruselas de 1968 (y del de Lugano de 1988) y del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, fruto de la pertenencia de España a la Comunidad Europea. Esta evolución contrasta con la ausencia de modernización de amplios sectores normativos de DIPr de fuente interna, como refleja, por ejemplo, el régimen del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras; en particular, las normas contenidas en los arts. 951 ss LEC.

La nueva situación, sin embargo, debe ser contemplado desde una óptica más relajada y más crítica. En primer lugar, las consecuencias inmediatas son más cuantitativas que cualitativas, como evidencia el hecho de que el sector más “internacionalizado” es el del Derecho judicial internacional y el de la cooperación entre autoridades, en concreto, el régimen de la asistencia judicial internacional y el de la colaboración entre autoridades encargadas del Registro civil. Encontrándose a su lado y en progresión creciente el sector del Derecho aplicable, donde el Derecho convencional reglamenta un número cada vez más importante de materias: menores, alimentos, sucesiones, propiedades, obligaciones contractuales, responsabilidad civil. En segundo término, cabe reparar en que existe una manifiesta falta de coordinación entre las instancias españolas, registrándose procesos correlativos en el tiempo y diversos en su contenido en relación con la codificación interna y la incorporación de España a tratados internacionales sobre la misma materia; ello sin olvidar la deficiente traducción española que ofrecen estos textos y el gran número de errores y omisiones que contienen; el hecho de que sea frecuente acudir a la técnica de la “corrección de errores” en el *BOE*, es una buena muestra de la deficiencia con que las autoridades españolas responsables abordan estas cuestiones⁹.

⁸. Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, “La cooperación internacional como objeto del DIPr”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*, Bilbao, 1991, pp. 171-225.

⁹. Cf. A. Borrás Rodríguez, “Unificación y traducción al castellano de los Convenios de La Haya de DIPr”, *REDI*, vol. XLII, 1990. pp. 703-705.

5. Esta nuevo régimen normativo caracterizado por la pluralidad de fuentes ha llevado a J.D. González Campos a afirmar la existencia de tres contextos diferentes de producción normativa. En primer lugar, las normas que se generan en el ámbito de un Estado determinado en función de su peculiar concepción de la justicia para reglamentar las situaciones internacionales (DIPr autónomo). En segundo lugar, las normas generadas en virtud de acuerdos entre Estados (DIPr convencional) o creadas en virtud de actos de organizaciones internacionales en el marco de un proceso de integración económica (DIPr institucional), manifestaciones, en ambos casos de la cooperación pacífica entre los Estados en materia jurídica¹⁰. A esta división tripartita deben añadirse las normas que aparecen en el marco del comercio jurídico internacional por obra de los particulares (Derecho transnacional que se realiza en el ámbito del *jus mercatorum*)¹¹. Son, en verdad, cuatro ámbitos de producción normativa sin cuya referencia es imposible contemplar la realidad del tráfico externo de nuestros días y que serán convenientemente desarrollados en las páginas siguientes, partiendo del esquema propuesto por nuestro maestro, con una modificación de carácter sistemático.

Este análisis plural de ámbitos de producción jurídica efectuado por J.D. González Campos tiene la virtud de dar un paso adelante respecto de la tradicional visión puramente formal y sistemática de las fuentes y de la codificación. Dicho paso se hace explícito a través de un análisis funcional que arranca del contexto de producción normativa, a la vez que desvela las claves del desarrollo y los problemas de delimitación y de técnica jurídica. Y es que el capítulo de las fuentes y el de la codificación peca, en las construcciones tradicionales, de un excesivo formalismo, dirigido a la exposición estática y separada de las distintas fuentes y del proceso histórico de la codificación. La interrelación entre las distintas fuentes y los distintos procesos de codificación se ha llevado a cabo, igualmente, desde un punto de vista sistemático, sobre la base de la recepción de las normas de DIPr de origen internacional, la relación entre DIPr y Derecho internacional público es este sector, los cauces de positivación del DIPr convencional y del Derecho uniforme, etc... Es indudable que la herencia de esta construcción es especialmente útil; no obstante debe enriquecerse. Para ello nada mejor que utilizar un enfoque funcional que permita abordar las cuestiones relativas a las fuentes y a la codificación del DIPr más cerca de su utilidad y función en razón de la materia; esto es, de la

¹⁰. Cf. J.D. González Campos, *DIPr. Introducción*, Madrid, UAM, 1984, pp. 126 ss; *id.*, "El sistema español de DIPr", en la obra colectiva editada por la UNED, *DIPr*, 6ª ed., vol. I, Madrid, 1996, pp. 48-60.

¹¹. Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo en la obra colectiva, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 44-48.

solución de los problemas concretos y específicos. Como puede observarse de la práctica más reciente cada vez es más frecuente que, a modo previo, el jurista tenga que identificar la norma pertinente para la solución del caso controvertido. Dicha labor de identificación, si bien era relativamente sencilla hasta hace pocos años (pues el sistema español de DIPr era fundamentalmente interno) ofrece hoy una extraordinaria complejidad en función de la interacción de normas susceptibles de dar una respuesta a un caso concreto. Para ello es menester conocer el alcance preciso de cada uno de los procedimientos de producción jurídica que conforman el DIPr español y, en un segundo momento, delimitar la norma pertinente aplicable al supuesto de la vida internacional¹².

II. La política convencional española en la normación del al DIPr

1. Relación sectorial de convenios

6. El elenco de tratados internacionales de DIPr posee ciertos precedentes diferidos en el tiempo si bien el bloque principal se integra en nuestro sistema a finales de la década de los ochenta. Prestando atención, en primer término, a los convenios multilaterales cabe dejar constancia de que de la época de la Sociedad de las Naciones teóricamente aún continúan en vigor una serie de instrumentos vinculados principalmente al Derecho del comercio internacional, que no han contado con una aplicación importante por parte de nuestros Tribunales y autoridades¹³. Dentro de este ámbito universal y con un mayor o menor volumen de normas de DIPr, resulta obligado referirse a algunos Convenios elaborados en el marco de las Naciones Unidas, principalmente desde la perspectiva de la protección internacional de los derechos humanos¹⁴. Y, con un carácter más

¹². Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de DIPr*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 114-115.

¹³. Protocolo sobre cláusulas de arbitraje hecho en Ginebra el 24 de mayo de 1923 (*Gaceta*, 8-V-1923); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 26 de setiembre de 1927 (*Gaceta*, 29-V-1930). Acerca de la labor codificadora del DIPr desarrollada por esta institución Vid. A. Weiss, "La Société des Nations et le développement du droit international privé", *Journ. dr. int.*, t. 52, 1925, pp. 5-13.

¹⁴. Convenio sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 de junio de 1951 (*BOE*, 21-X-78); Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, hecho en Nueva York el 20 de junio de 1956 (*BOE*, 24-XI-66); Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecha en Nueva York el 10 de diciembre

especializado, también son de referencia obligada los tratados sobre Derecho del comercio internacional elaborados en el seno de la UNCITRAL, que se ha dedicado a sectores tales como la compraventa, los instrumentos de pago, el arbitraje comercial, los créditos documentarios, el transporte de mercancías, etc...¹⁵, y en el de la Comisión Económica para Europa¹⁶.

7. Mayor importancia cualitativa ofrecen los Convenios elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr, sobre todo, los procedentes de su última etapa donde la presencia española en su elaboración ha sido muy relevante¹⁷. La Conferencia ha llevado a término más de treinta convenios, que han afectado a materias tales como la protección de menores, forma de las disposiciones testamentarias, legalización de actos públicos extranjeros, adopción, notificación de actas judiciales en materia civil o comercial, elección del foro, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, divorcio, accidentes de circulación por carretera, obtención de pruebas en el extranjero, administración internacional de sucesiones, responsabilidad por la fabricación de productos, obligaciones alimenticias, regímenes matrimoniales, contratos de intermediarios y representación, venta internacional de mercancías, etc.¹⁸.

de 1962 (*BOE*, 29-V-69); Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (*BOE*, 1-XII-90). *Vid.* Yuen-Li-Liang, "La Commission du droit international et la codification du droit international privé", *Rev. dr. int. de sciences diplomatiques et politiques*, 1966, pp. 229-238; A. Malintoppi, "Le Nazione Unite e la unificazione internazionale del diritto interno", *Riv. dir. int.*, vol. XLVIII, 1965, pp. 243-251; G. Ortíz Martín, "El DIPr y las Naciones Unidas", *REDI*, vol. XXV, 1972, pp. 317-326; T. Treves, "Le Nazioni Unite e il diritto internazionale privato", *Studi in memoria di M. Giuliano*, Pádua, Cedam, 1989, pp. 897-916.

¹⁵. Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (*BOE*, 9 y 11-VII-77); Convenio sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980 (*BOE*, 30-I-91).

¹⁶. Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (*BOE*, 4-X-75).

¹⁷. *Vid.* A. Borrás Rodríguez, "La participación de España en la Conferencia de La Haya de DIPr", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993., pp. 41-70.

¹⁸. La relación de Convenios de La Haya suscritos por España es la siguiente: Convenio de La Haya relativo a la tutela de menores, de 12 de junio de 1902 (*Gaceta*, 1-V-1905); Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954 (*BOE*, 13-XII-61); debe tenerse en cuenta que este instrumento sucedió al Convenio de La Haya de 17 de julio de 1905 que, a su vez, sustituyó al Convenio de La Haya de 14 de noviembre de 1896; Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, de 24 de octubre de 1956 (*BOE*, 6-V-74); Convenio de La Haya relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, de 15 de abril 1958 (*BOE*, 12-XI-73); Convenio de La Haya sobre

8. Aunque sin ser su tarea esencial, también el Consejo de Europa ha elaborado importantes instrumentos internacionales que afectan a las relaciones del tráfico jurídico externo¹⁹, destacando sus esfuerzos en orden a la información sobre Derecho extranjero²⁰, que flexibiliza decisivamente la rígida reglamentación del

competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961 (*BOE*, 20-VIII-87); Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 5 de octubre de 1961 (*BOE*, 17-VIII-88); Convenio de La Haya de supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 de octubre de 1961 (*BOE*, 25-IX-78); Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 15 de noviembre de 1965 (*BOE* 25-VIII-87, corrección de errores *BOE*, 13-IV-89); Convenio de La Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 18 de marzo de 1970 (*BOE* 25-VIII-87); Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 de mayo de 1971 (*BOE*, 4-XI-87; corrección de errores *BOE*, 24-XII-87); Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, de 2 de octubre de 1973 (*BOE*, 25-I-89); Convenio de La Haya referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973 (*BOE*, 12-VIII-87, corrección de errores *BOE*, 25-XI-87); Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973 (*BOE*, 16-IX-86); Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 (*BOE*, 24-VIII-87); Convenio de La Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980 (*BOE*, 30-III-88, corrección de errores *BOE*, 11-IV-89); Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (*BOE*, 1-VIII-1995).

¹⁹. De los más de cien textos internacionales elaborados por esta institución hasta la fecha, son escasos los referidos de forma directa al DIPr y ello no por una falta de interés en la materia, sino porque los miembros del Consejo de Europa son ya miembros de la Conferencia de La Haya, y ha parecido preferible no dispersar las actividades de los organismos internacionales en una materia tan especializada como el DIPr; un Acuerdo de cooperación prevé que el Consejo enviará a la Conferencia todas aquellas cuestiones relativas a los conflictos de leyes que le hayan sido sometidas, materializándose tal cooperación en numerosos Convenios elaborados en La Haya, que han sido recomendados a los Estados miembros por los órganos políticos del Consejo. *Vid.* H. Golsong, "Les travaux de droit privé du Conseil de l'Europe", *Travaux com. fr. dr. int. pr. (1973-1975)*, Paris, Dalloz, 1977, pp. 161-178; H.C. Krüger, "The Council of Europe and Unification of Private Law", *AJCL*, vol. 16, 1968-69, pp. 127-148.

²⁰. Es obligada la referencia a los siguientes instrumentos: Convenio europeo sobre la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963 (*BOE*, 25-VIII-1987); Convenio europeo relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los agentes diplomáticos y consulares, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (*BOE*, 28-VIII-82); Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (*BOE*, 7-X-74); Convenio europeo relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972 (*BOE*, 5-X-85); Acuerdo europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia

art. 12.6º Cc. A su lado y también con un marcado carácter europeo se encuentra la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) cuya misión es asegurar la información y la circulación transfronteriza de los datos de identificación de las personas físicas en los supuestos del tráfico externo, y que constituyen un complemento esencial de múltiples preceptos contenidos en el art. 9 Cc; nuestro país también participa activamente de la labor de codificación realizada en el seno de la CIEC; baste atender a los numerosos Convenios procedentes de este organismo suscritos por España²¹.

judicial gratuita, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 (*BOE*, 21-XII-85); Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 (*BOE*, 18-VI-83); Convenio europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 (*BOE*, 2-X-87); Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978 (*BOE*, 24-VI-82); Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (*BOE*, 1-IX-84); Convenio europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 (*BOE*, 15-XI-85).

²¹. Convenio relativo a los cambios de apellidos y nombres, hecho en Estambul el 4 de setiembre de 1958 (*BOE*, 18-I-77); Convenio relativo al intercambio internacional de informaciones en materia de estado civil, hecho en Estambul el 4 de setiembre de 1958 (*BOE*, 21-VII-94); Convenio sobre la extensión de la competencia de los funcionarios cualificados para autorizar el reconocimiento de hijos no matrimoniales, hecho en Roma el 14 de setiembre de 1961 (*BOE*, 12-VIII-87); Convenio relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de setiembre de 1962 (*BOE*, 17-IV-84); Convenio relativo a las disposiciones rectificativas de actas de estado civil, hecho en París el 10 de setiembre de 1964 (*BOE*, 17-I-77); Convenio tendente a facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de setiembre de 1964 (*BOE*, 19-I-77); Convenio relativo a la constatación de ciertas defunciones, hecho en Atenas el 14 de setiembre de 1966 (*BOE*, 22-III-80); Convenio sobre la expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro civil, hecho en Viena el 8 de setiembre de 1976 (*BOE*, 22-VIII-83, 15-XII-84); Convenio sobre dispensa de legalización de ciertos documentos, hecho en Atenas el 15 de setiembre de 1977 (*BOE*, 11-V-81; 18-VI-81 y 16-VII-81); Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de setiembre de 1980 (*BOE*, 16-V-88); Convenio relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos, hecho en La Haya el 8 de setiembre de 1982 (*BOE*, 10-VI-88); Convenio sobre cooperación internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados, hecho en Basilea el 3 de setiembre de 1985 (*BOE*, 11-VI-87); Convenio relativo al intercambio internacional de informaciones en materia de estado civil, hecho en Patrás el 6 de setiembre de 1989 (*BOE*, 22-VII-94).

9. La pertenencia de España a la Comunidad Europea ha supuesto una transformación sustancial del el capítulo de las fuentes del DIPr²². Se trata de una cuestión de extraordinaria complejidad que ofrece autonomía propia, pues en la actualidad contamos con numerosas normas de “DIPr comunitario”, tanto en el denominado Derecho primario como en el Derecho derivado²³. En este momento tan sólo nos referiremos a los Convenios internacionales que se han desarrollado en este marco para regular cuestiones de DIPr. Dichos Convenios no pueden considerarse propiamente como “DIPr institucional”, pero desde una perspectiva funcional deben considerarse que cumplen con una misión similar en orden a los objetivos de la integración²⁴. Entre estos instrumentos deben distinguirse aquéllos que derivan directa o indirectamente del art. 220 TCEE y del art. K.3.2 TUE²⁵, denominados Convenios CPE, que son los que más interés ofrecen para el DIPr, de aquéllos otros Tratados que se sitúan en el marco de la política comercial común de la Comunidad. Ni que decir tiene que el papel protagonista del DIPr lo ocupan el Convenio relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, hecho en Bruselas el 27 de setiembre de

²². Con carácter muy general Vid. S. Alvarez González, “Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 5, 1966, pp. 9-48; M. Desantes Real, “España ante el proceso de elaboración del DIPr intracomunitario”, *España y la codificación internacional del DIPr*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 203-224; J.C. Fernández Rozas, “DIPr y Derecho comunitario”, *RIE*, vol. 17, 1990, pp. 785-826 ; J.D. González Campos, “Cuestiones de DIPr en las Comunidades Europeas”, *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*, Valladolid, Univer. Valladolid, 1983, pp. 118-121.

²³. Sobre el particular Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., pp. 162-171; dentro de la abundante bibliografía sobre la materia interesa retener los siguientes trabajos: N. Bouza Vidal, “Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la CEE”, *Iniciación al estudio del Derecho comunitario europeo*, Madrid, CGPJ, 1984, pp. 155-181; M^a V. Cuartero Rubio, “Técnicas de unificación del DIPr en la CEE”, *España y la codificación...*, op. cit., pp. 249-256; I. García Rodríguez, “El Derecho comunitario como fuente del DIPr”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 12, 1994, pp. 75-99 ; K. Kreuzer, “*Lex communis europea de collisione legum: Utopie ou nécessité?*”, *España y la codificación...*, op. cit., pp. 225-246.

²⁴. Vid. A. Borrás, “Los Convenios complementarios entre los Estados miembros de la CEE”, *Noticias CEE*, nº 12, 1986, pp. 115-118; M. Desantes Real, “El Convenio de Bruselas (competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: criterios de interpretación y orientaciones metodológicas”, *La Ley : Com. eur.*, nº 34, 1988, pp. 1-11; M. Virgós Soriano, “La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el TJCE”, *Noticias CEE*, nº 61, 1990, pp. 83-94.

²⁵. Vid. J.C. Fernández Rozas, “Nuevas perspectivas de cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea”, *Los dos pilares de la Unión Europea*, Madrid, Col. Veintiuno, 1997, pp 39 ss., esp., pp. 256-267.

1968²⁶ y el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980²⁷, que ha supuesto una auténtica revolución en el sector de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dejando sin efecto el alcance de varias normas del art. 10 Cc. A su lado debemos tener muy presentes por su incidencia mas o menos mediata en nuestro ordenamiento toda una serie de

²⁶. *BOE*, 28-I-91, corrección de errores *BOE*, 30-IV-91. Este texto ha experimentado las siguientes modificaciones: Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 1978 (*DOCE*, nº L 304 de 30.10.78); Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 25 de octubre de 1982 (*DOCE*, nº L 388, de 31.12.82) y Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, de 12 de mayo de 1989 (*DOCE* nº 285, de 3.10.89). La versión oficial del Convenio de Bruselas, aparecida en el *BOE* plantea problemas para un manejo práctico, al reflejar el proceso de adaptación y sucesivas adhesiones del Convenio original. Existe, no obstante, una “versión consolidada” del mismo, más útil, aunque carente de validez oficial (*DOCE*, núm C 189, de 28 de julio de 1990). La finalidad de tal publicación no es otra que la de ayudar al operador jurídico a manejar el Convenio, y, en consecuencia, a impulsar su aplicación. Hasta el momento el Convenio de Bruselas descansaba en una pluralidad de textos: el inicial Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Convenio de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Convenio de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica al Convenio de 1968, con las adaptaciones introducidas por el Convenio de 1978. La misma pluralidad de fuentes existía con relación al Protocolo para la interpretación del Convenio. A estos textos se une ahora el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio de 1968, con las adaptaciones introducidas por los de 1978 y 1982. A la vista de ello, la Secretaría General del Consejo ha elaborado una versión consolidada del Convenio tal y como resulta tras las modificaciones introducidas por los Convenios posteriores. Esta versión no tiene un carácter vinculante pero ha de resultar, sin duda, de gran utilidad. Debe tenerse en cuenta, por último, que el 29 de noviembre de 1996 se procedió en Bruselas a la firma del Convenio de adhesión de los tres nuestros Estados miembros de la UE (Austria, Finlandia y Suecia) al Convenio de Bruselas; en dicho instrumento no se han incluido, sin embargo, variaciones sustanciales (*Vid. M. Virgós, REDI*, vol., XLVIII, 1996, pp. 364-366).

²⁷. *BOE*, 19-VII-93, corrección de errores, *BOE*, 9-VIII-93.

Convenios elaborados en materias tales como la propiedad industrial²⁸, quiebra y concursos²⁹, sociedades³⁰, alimentos³¹ o notificación de documentos³².

10. Ahora bien, si bien la vertiente europea es la dominante, debe completarse, con la reciente incorporación española a la codificación del DIPr realizada en el continente Americano³³. En efecto, en los últimos años se ha asistido a un renacimiento de la codificación internacional del DIPr en América, sobre todo a partir de los años setenta en que, a instancias del Comité Jurídico Interamericano, la Asamblea General de la OEA, por Resolución de 23 de abril de 1971 decidió convocar la I Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr que se reunió por primera vez en Panamá en 1975, con importantes resultados codificadores, desarrollados en cinco conferencias posteriores. Dichos resultados han sido ingentes, toda vez que en poco mas de 25 años ha elaborado más de 30 Convenios

²⁸. Convenio de Luxemburgo de 15 de diciembre de 1975, relativo a la patente comunitaria, incorporado en el Acuerdo de Luxemburgo de 15 de diciembre de 1989 (*DOCE*, nº L 401, de 30-XII-89).

²⁹. Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas el de 23 de noviembre de 1995. Este instrumento fue abierto a la firma el 22 de noviembre de 1995 y ha sido firmado por Alemania, Austria, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suecia, pero no por el Reino Unido. Aún no está en vigor (*REDI*, vol XLVII, 1995, pp. 506-525; *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 209-228). *Vid.* el detallado informe que se acompaña al mismo firmado por M. Virgós y E. Schmit (M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alferez, *Derecho procesal civil europeo*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 440-567. También, los comentarios de C. Esplugues Mota en J.C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional, op. cit.*, pp. 463-468

³⁰. Convenio de Bruselas sobre reconocimiento recíproco de sociedades y personas jurídicas, de 29 de febrero de 1968, que nunca entró en vigor.

³¹. Convenio sobre simplificación de procedimientos para el cobro de las prestaciones alimenticias, firmado el 6 de noviembre de 1990, que aún no está en vigor. Se trata de un instrumento complementario al Convenio de Bruselas de 1968.

³². Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997. También se trata de un instrumento complementario del Convenio de Bruselas de 1968.

³³. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Problemas de cooperación entre España e Iberoamérica en el ámbito del DIPr", *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, Univ. de Salamanca, 1993, pp. 245-270; *id.*, "Las relaciones entre España e Iberoamérica y la codificación internacional del DIPr", *El DIPr interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 261-329; D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del DIPr en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 285-394; *id.*, "La reglamentación de las relaciones de tráfico privado externo entre España e Iberoamérica: elementos para la definición de una actitud española", *España y la codificación internacional...., op. cit.*, pp. 303-322.

que cubren un amplio abanico de materias, destacando por su originalidad la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, hecha en Montevideo en 1979. La codificación cubre los siguientes sectores: Derecho procesal civil internacional (exhortos o cartas rogatorias, recepción de pruebas en el extranjero, régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, cumplimiento de medidas cautelares y prueba e información acerca del Derecho extranjero), Derecho del comercio internacional (conflictos de leyes en materia de cheques, conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, arbitraje comercial internacional, conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, contratación internacional y transporte internacional de mercaderías por carretera), Derecho civil internacional (domicilio de las personas físicas en el DIPr, conflictos de leyes en materia de adopción de menores, personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el DIPr, restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias). Aunque los Convenios de los que España es parte son escasos, si ofrecen una extraordinaria importancia cualitativa sobre todo en lo que se refiere al procedimiento civil³⁴.

11. También ofrecen relevancia los convenios bilaterales que abordan materias propias de DIPr. Ahora bien, dejando a un lado la amplia red de tratados de doble nacionalidad suscritos por España (contamos con Tratados con Chile, Perú, Paraguay, Nicaragua, Guatemala, Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Honduras, República Dominicana, Argentina y Colombia), y el prolijo entramado de acuerdos internacionales en el ámbito de las denominadas “propiedades especiales”, el régimen bilateral en la reglamentación del tráfico externo es bastante reducido si se compara con el existente en los países de nuestro entorno. No obstante, se ha asistido en los últimos años a una revitalización de esta técnica que está preferentemente centrada en el ámbito de la cooperación internacional en sus vertientes judicial y administrativa. Sin duda, el sector más importante atañe al reconocimiento y ejecución de sentencias³⁵ y, a su lado ofrecen especial interés una

³⁴. Se trata de la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 (*BOE*, 15-VIII-1987) y de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (*BOE*, 13-I-88).

³⁵. Tratado entre España y la Confederación Suiza para la ejecución de las sentencias o fallos dictados en los respectivos países, de 19 de noviembre de 1896 (*Gaceta*, 9-VII-1898); Convenio entre España y la República de Colombia para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los Tribunales de ambos países, de 30 de mayo de 1908 (*Gaceta*, 18-IV-1909); Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas, de

serie de instrumentos de asistencia judicial y extrajudicial en el ámbito internacional que son de empleo obligado en la mayor parte de los litigios del tráfico privado externo³⁶. Por último, y en virtud de nuestro particular sistema

28 de mayo de 1969 (*BOE*, 14-III-70); Canje de Notas entre España y Francia, de 1 de abril de 1974, constitutivo de acuerdo, por el que se interpretan los arts. 2 y 17 del Convenio de 28 de mayo de 1969 (*BOE*, 20-IV-74); Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 22 de mayo de 1973 (*BOE*, 15-XI-77); Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, de 14 de noviembre de 1983 (*BOE*, 16-II-88); corrección de errores (*BOE*, 23-VI-90); Convenio entre España y la República de Austria sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, de 17 de febrero de 1984 (*BOE*, 29-VIII-85); Convenio entre el Reino de España y la República Socialista de Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, de 4 de mayo de 1987 (*BOE*, 22-IX-88); Convenio entre España y México sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, de 17 de abril de 1989 (*BOE*, 9-IV-91; corrección de errores *BOE*, 6-V-91 y 20-9-91); Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 30 de mayo de 1989 (*BOE*, 3-I-91, corrección de errores 23-I-91); Convenio entre España y Brasil de cooperación jurídica en materia civil, de 13 de abril de 1989 (*BOE*, 10-VII-91, corrección de errores 13-VIII-91); Convenio entre España y Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (*BOE*, 5-II-92); Convenio entre España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 2 de mayo de 1992 (*BOE*, 31-I-94, corrección de errores 11-III-94); Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (*BOE*, 30-VI, 94); Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990 (*BOE*, 25-VI-97); Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE*, 25-VI-97, relativo a su aplicación provisional); Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE*, 24-VI-97, relativo a su aplicación provisional).

³⁶. En concreto: Convenio entre España y la Gran Bretaña sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales, de 27 de junio de 1929 (*Gaceta*, 10-IV-30); Acuerdo entre España y Francia adicional al Convenio de La Haya de procedimiento civil de 1954, de 19 de febrero de 1968 (*BOE*, 11-V-68); Convenio entre España y la República de Austria, complementario del Convenio de La Haya de 1954 sobre procedimiento civil, de 14 de noviembre de 1979 (*BOE*, 8-VIII-81); Canje de Notas entre España y la U.R.S.S., de 24 de febrero de 1984, sobre supresión de legalizaciones y expedición de certificaciones del Registro Civil (*BOE*, 18-IV-85); Convenio entre España y la República Italiana de 10 de octubre de 1963 sobre intercambio de documentos en materia de Registro Civil y dispensa de legalización de ciertos documentos (*BOE*, 24-V-86).

matrimonial, de matrimonio único con dualidad de formas, hemos de prestar atención a lo dispuesto en el art. VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979³⁷.

12. El elenco de textos internacionales que acabamos de reproducir no agota, sin embargo, el marco convencional en la regulación de las cuestiones del tráfico jurídico externo, si bien incluye los textos más relevantes. Junto a él, existen numerosos preceptos de DIPr en Convenios de contenido material, a los que no consideramos oportuno aludir aquí, a excepción, por su importancia y trascendencia económica del denominado “régimen convencional” de la competencia judicial internacional que opera al margen del art. 22 LOPJ y del régimen Bruselas/Lugano³⁸. En efecto, las normas de competencia judicial internacional pueden ser de origen convencional o internacional; ello provoca una diversidad de regímenes de competencia judicial internacional y la consiguiente necesidad, según el supuesto, de delimitar el régimen o conjunto normativo aplicable. El peso específico de dicha reglamentación se halla repartido entre el régimen convencional previsto en los Convenio de Bruselas y de Lugano, de un lado, y el régimen común contemplado básicamente en los arts. 21 a 25 de la LOPJ, de otro. El estudio de nuestra reglamentación de la competencia judicial internacional ha de reposar, necesariamente, en estos dos pilares fundamentales. Sin embargo, existen también algunos convenios internacionales que si bien no se destinan específicamente, en la mayoría de los casos, a la reglamentación de la competencia judicial internacional, incluyen algunas normas referidas a este particular. Procede, pues, hacer una breve referencia a los diversos foros de competencia por razón de la materia desperdigados en algunos Convenios internacionales suscritos por España. La mayor parte de estos Convenios poseen un carácter multilateral, aunque la práctica comparada y española registra su presencia en Convenios bilaterales relativos al tráfico interfronterizo³⁹.

Dentro de los Convenios multilaterales en este especial sector que vinculan a nuestro país cabe referirse a dos grandes grupos. En primer lugar, la mayoría son

³⁷. *BOE*, 15-XII-79.

³⁸. *Vid.* F. Matscher, “Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales”, *R. des C.*, t. 161 (1978-III), pp. 139-228.

³⁹. En el sistema español se encuentran algunos ejemplos de foros de competencia judicial internacional en este último marco. Tal es el caso del art. 10 del Convenio hispano-francés de 7 de julio de 1965 relativo a oficinas de controles nacionales yuxtapuestos y de controles en ruta, que establece que: “Las demandas de indemnización por daños causados por los funcionarios del Estado limítrofe, en el ejercicio de sus cometidos en la zona, estarán sometidas al fuero y jurisdicción del Estado limítrofe, como si el daño se hubiese producido en ese Estado”.

Convenios sobre materias muy concretas cuya especificidad aconseja la inclusión en su articulado de alguna norma especial de competencia judicial internacional⁴⁰. En segundo lugar, existen también ciertos Convenios de Derecho uniforme cuya misión es específicamente unificar las normas de competencia judicial internacional en la materia abordada⁴¹. Puede observarse que las materias a que se refieren estos textos se centran en aspectos relativos al transporte, en general y en particular, a determinados aspectos de la responsabilidad por daños y al Derecho marítimo. En orden a su contenido, por lo general incluyen únicamente normas de competencia directa, aunque existen supuestos en que se establece con carácter complementario un régimen *ad hoc* de exequátur (art. X del Convenio de 8 de marzo de 1976). Tampoco existe unanimidad en cuanto al tipo de competencias que estos instrumentos delimitan, aunque suelen poseer un carácter concurrente. Por último, sus normas suelen poseer un carácter preferentemente regulador y sólo muy excepcionalmente se incluyen normas de aplicación que no cubren ni con mucho todos los problemas que pueden suscitarse en la práctica. Finalmente, cabe reseñar que en algunos textos convencionales las cuestiones de competencia judicial internacional se remiten al “régimen común” de los Estados parte⁴².

⁴⁰. Entre otros, cabe referirse a los siguientes: Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929 (art. 28); Convenio de Roma sobre daños causados a terceros en superficie por aeronaves extranjeras, de 7 de octubre de 1952 (art. 20); Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956 (art. 31); Convenio de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 29 de julio de 1960 (art. 13) y Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 (art. 13); Convenio internacional relativo al transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV), de 25 de febrero de 1961 (art. 44); Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969 (art. IX); Convenio internacional sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV), hecho en Berna el 7 de febrero de 1970 (art. 40), modificado por Convenio internacional relativo a los transportes por ferrocarril (COTIF), hecho en Berna el 9 de mayo de 1980 (Apéndice A, art. 52); Convenio internacional sobre transporte de mercancías por ferrocarril (CIM), hecho en Berna el 7 de febrero de 1970 (art. 44), modificado por Convenio internacional relativo a los transportes por ferrocarril (COTIF), hecho en Berna el 9 de mayo de 1980 (Apéndice B, art. 56); Convenio relativo al transporte de pasajeros y equipajes por mar, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974 (art. 17); Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 8 de marzo de 1976 (art. IX).

⁴¹. A título de ejemplo cabe referirse a los siguientes: Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952 y Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, de 10 de mayo de 1952.

⁴². Como ejemplo se pueden incluir los siguientes textos: Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas concernientes a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de

13. Y, para cerrar esta relación, dentro del propio marco de la competencia judicial internacional, no podemos dejar de aludir a los instrumentos internacionales que abordan con carácter sectorial determinadas manifestaciones de la denominada “inmunidad de jurisdicción”⁴³. En concreto, España es parte de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961, en cuyo art. 31.1º se establece la inmunidad de los agentes diplomáticos en el orden penal y, asimismo, en el orden civil y contencioso administrativo con una serie de excepciones: acciones reales sobre bienes inmuebles de carácter particular radicados en el territorio del Estado receptor, acciones sucesorias en las que figuren a título privado y acciones preferentes a cualquier actividad profesional o comercial ejercida en el estado receptor al margen de sus funciones oficiales; su adecuación al art. 24 CE ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional⁴⁴. Asimismo, nuestro país es parte del Convenio de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963 que confiere a los funcionarios consulares acreditados en España una determinada inviolabilidad personal en los procedimientos penales (art. 41) y una cierta inmunidad de jurisdicción en el orden civil⁴⁵ y contencioso administrativo respecto a los actos ejecutados en el ejercicio

buques, hecho en Bruselas el 24 de agosto de 1924 (art. 14) y el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimos, hecho en Bruselas el 10 de abril de 1926 (art. 16). Más peculiar resulta la remisión del art. 7.2º del Convenio internacional de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1971, al obligar a los Estados parte “a otorgar a sus Tribunales la competencia necesaria para conocer de toda acción contra el Fondo prevista en el párrafo 1” (demandas de indemnización o compensación).

⁴³. Vid. por todos, L.I. Sánchez Rodríguez, *Las inmunidades de los Tribunales extranjeros ante los Tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990; MºP. Andrés Sáenz de Santa María, “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI, *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 91-223.

⁴⁴. Sent. T.C. 149/1995, de 28 de setiembre (BOE, 14-X-95). Vid. L.I. Sánchez Rodríguez, “Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva. A propósito de una Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 9, 1996, pp. 365-385. Asimismo, interesa destacar, dentro de una línea jurisprudencial favorable a la denominada inmunidad restringida la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 18ª) de 27 de setiembre de 1993 y la Sent. TSJ de Madrid (Sala de lo social) de 21 de diciembre de 1993 (REDI-1994-40 y 1994-41 y nota de MºP. Andrés Sáenz de Santa María).

⁴⁵. La tónica dominante en la jurisprudencia española, sobre todo en el orden social, registraba una preocupante tendencia a la aceptación de la inmunidad absoluta en asuntos en los que nacionales españoles reclamaban determinadas prestaciones por servicios prestados ante órganos diplomáticos y consulares extranjeros acreditados en España. De ello fue buena muestra la Sent. T.C.T. de 25 de

de las funciones consulares (art. 43). España, además, se ha integrado a la OTAN en 1982 y, años más tarde (1987) al Convenio relativo al estatuto de las fuerzas de esta Organización internacional de cooperación en materia de defensa de 19 de junio de 1951, que regula entre otras materias la renuncia de la jurisdicción criminal de los Tribunales españoles sobre el personal perteneciente a las fuerzas armadas de tierra, mar o aire de uno de los Estados miembros que se hallen en territorio español (art. 7)⁴⁶. Asimismo, interesa referirse a los aspectos de la inmunidad de jurisdicción relativos a los buques utilizados para fines estatales no comerciales, cuya función es muy distinta a la de los buques pertenecientes a un Estado que se destinan a un servicio público no comercial y que quedan amparados por la inmunidad. La cuestión es extraordinariamente compleja no sólo por la precisión del tipo de buque ante el que nos encontremos, sino porque también es jurídicamente relevante la precisión del espacio marítimo en que el buque se encuentra en un momento dado. La jurisprudencia internacional es abundante en la materia, así como los textos internacionales que vinculan a nuestro país y que el

noviembre de 1976 que entendió respecto a una reclamación laboral de dos trabajadores españoles que habían suscrito un contrato de trabajo con el Consulado General del Uruguay en España que “aún cuando se estimase que por la índole de sus servicios éstos no participaban en la función pública de un Estado extranjero, y se calificase su trabajo de naturaleza laboral, es un principio básico del Derecho internacional que un Estado soberano no puede ser sometido a los tribunales de otro...”. Se trata este de un ejemplo seguido por numerosas decisiones de la época, en el que son dos patentes incorrecciones de base (*REDI*, vol. XXXIII, 1981, pp. 173-178 y nota de L.I. Sánchez Rodríguez). En primer lugar, la identificación entre la inmunidad de jurisdicción del Estado y la inmunidad de los funcionarios consulares que, como se ha apuntado, está sometido a regímenes distintos. En segundo lugar, una aceptación incomprensible de la inmunidad absoluta en una materia, la laboral, completamente ajena a la nota de *imperium* que podría justificarla. Afortunadamente, esta nota de incertidumbre en las soluciones concretas y esta variedad de resultados según el orden jurisdiccional de que se tratase en cada caso concreto ha quedado superada en la jurisprudencia actual tras la entrada en vigor del art. 21.2º LOPJ y, señaladamente tras la Sent. T.C. (Sala 2ª) 107/1992, de 1 de julio (*BOE*, 24-VII-92; *REDI-1992-32* y nota de L.I. Sánchez Rodríguez).

⁴⁶. Este Convenio posee una gran importancia pues el régimen bilateral que vincula a nuestro país con los Estados Unidos de América lo extendió para las relaciones concretas entre España y los EE.UU. incluso antes de nuestra pertenencia a la OTAN, con una peculiar técnica de “incorporación por referencia” que supuso una novedad en el Derecho convencional español. En la actualidad, el art. 39 del Convenio sobre cooperación para la defensa hispano-norteamericano de 1 de diciembre de 1988 reitera esta remisión al Convenio de 1951, que es el texto de base en esta materia. *Vid.* R. Arroyo Montero, “Normas de DIPr en el Convenio hispano-norteamericano de cooperación para la defensa”, *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 658-660. Acerca del problema de la remisión al Convenio de 1951, efectuada con anterioridad a la incorporación de España a la OTAN, *Vid.* M.P. Andrés Sáenz de Santa María, “La incorporación por referencia en el Derecho de los tratados”, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 7-39, esp. pp. 36-38.

juez debe tener presentes a la hora de apreciar la pertinencia de la inmunidad. Junto con precedentes más antiguos, debemos referirnos a los Convenios de Ginebra de 1958 y, más recientemente, al art. 236 del Convenio de las N.U. sobre Derecho del mar de 1982.

2. Consideraciones críticas en torno a la política convencional

A) Insuficiencias de la política convencional bilateral

14. Indiscutiblemente la política convencional bilateral realizada por nuestro país en los últimos años añade nuevos elementos de heterogeneidad al sistema y, por añadidura, complejas cuestiones de aplicación e interpretación de la norma pertinente a cada supuesto concreto del tráfico privado externo; cuando no de la selección de un determinado régimen procesal o de la elección de un concreto órgano judicial que dirima una eventual controversia. Y, en cualquier caso, una gran dosis de incertidumbre derivada del retraso de la entrada en vigor de muchos instrumentos, diferida muchos años de concluidas las negociaciones, que abre dilatados periodos en los que se produce la incorporación de España a otros instrumentos de carácter bilateral y multilateral sobre la misma materia.

Dentro de los múltiples ejemplos que pueden aportarse resulta sin duda elocuente el suscitado por el Convenio entre España y Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecha en Montevideo el 4 de noviembre de 1987. La razón de ser de este peculiar instrumento se escapa a cualquier consideración de política legislativa. Indudablemente, el volumen de relaciones jurídicas entre ambos países aconseja la elaboración de un instrumento de mayor envergadura, del tipo del que fue firmado en Montevideo en la misma fecha⁴⁷ y del que ahora comentamos es una derivación⁴⁸. Por ello la aparición de un instrumento de carácter sectorial, absolutamente ignoto en nuestro sistema jurídico, carece de sentido. Y más aún, por complicar innecesariamente en nuestras relaciones con Uruguay las tres cuestiones básicas del DIPr que incorpora. La

⁴⁷. Convenio de Cooperación jurídica entre España y Uruguay de 4 de noviembre de 1987, que fue remitido oportunamente a las Cortes para su aprobación (*DSC*, núm. 113, de 19 mayo 1988), pero que aún no está en vigor, salvo su eventual “incorporación por referencia” recogida en el art. 9 del Convenio bilateral sobre alimentos de la misma fecha.

⁴⁸. Por ejemplo en materia de libramiento y tramitación de cartas rogatorias y de reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales de fijación de alimentos el art. 9 se remite a lo dispuesto en el Convenio hispano-uruguayo de cooperación jurídica.

participación de España en instrumentos multilaterales procedentes de foros internacionales condiciona, bien a las claras, cualquier actuación de carácter bilateral como la que ahora estamos describiendo.

15. Acerca de las peculiaridades del sistema de reciprocidad diplomática, se imponen unas consideraciones en torno al régimen convencional que vincula a España en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. La genérica y generosa remisión al Derecho convencional por parte del legislador español (art. 951 LEC, precepto que debe ponerse en relación con el art. 56, 1º de la Ley de Arbitraje de 1988) no ha venido acompañada hasta tiempos recientes con una política coherente, geográficamente orientada, y acomodada a las exigencias del comercio internacional que involucra intereses españoles. Baste observar el reducido número de tratados multilaterales y bilaterales en los que participa España. Sentado esto, el estudio de los Convenios en vigor exige una clasificación previa que, a nuestro juicio, abarca cuatro grandes rúbricas: Convenios multilaterales específicos de exequátur por razón de la materia⁴⁹; Convenios multilaterales que incluyen cláusulas particulares de exequátur⁵⁰; Convenios bilaterales específicos de exequátur y, por último, Convenios bilaterales de asistencia y cooperación que incluyen cláusulas particulares de exequátur.

El balance del régimen bilateral es significativamente limitado. Por ejemplo es prácticamente nulo el papel de las relaciones de España con los países del antiguo bloque socialista, a excepción de Checoslovaquia, y ello porque con anterioridad a la transformación del régimen socio-político de este país, ya se contaba con un

⁴⁹. Al margen del régimen institucional de exequátur gestado en el ámbito de la C.E. (vigente entre nuestro país y ciertos Estados miembros como consecuencia de la incorporación de España al Convenio de Bruselas de 1968, en su versión de San Sebastián) y de la vinculación al Convenio de Lugano, que ha supuesto una auténtica "mutación" del sistema anterior, su ámbito se ha limitado a aspectos tan concretos como el de los alimentos a partir de la obra de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en sus distintas etapas e, íntimamente vinculado con este sector, el régimen relativo a la custodia de menores gestado en el marco del Consejo de Europa.

⁵⁰. Dentro de este grupo ocupa un lugar destacado el régimen especial de exequátur de las condenas en costas y gastos del juicio que se inserta en los sucesivos Convenios emanados de la Conferencia de La Haya de DIPr en materia de procedimiento civil y, junto a este se encuentran los procedimientos especiales recogidos en ciertos instrumentos multilaterales en materia de transporte y de responsabilidad civil. Tal es el caso del art. 20 del Convenio de Roma, sobre daños causados a terceros en superficie, por aeronaves extranjeras de 7 de octubre de 1952, o del art. X del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969 y el art. 56 del Convenio de 7 de febrero de 1970 sobre transporte de mercancías por ferrocarril (CIM).

texto que, por cierto, nunca recibió aplicación por parte española. No deja de resultar sorprendente que tras la caída del muro de Berlín España haya suscrito convenios con la R.P. China, con Bulgaria⁵¹ y que ¡en un BOE de 1997! aparezca un Convenio bilateral con la URSS. Tres han sido, los Convenios bilaterales que han ofrecido una mayor impronta: el concertado con Suiza a fines del siglo pasado, que, tras un largo período de letargo, se ha convertido en un instrumento de frecuente aplicación por los Tribunales españoles, pese a lo arcaico de su construcción; y los celebrados con Francia en 1969 (sin duda el que más práctica ha generado⁵²) y con Italia en 1973⁵³. Estos instrumentos, a los que se agregarán en los últimos años los realizados con la R.F. de Alemania, en 1983 (país del que

⁵¹. Vid. la nota de R. Viñas Farre, *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 925-929.

⁵². Vid. la relación de Autos del T.S. que ha producido este Convenio en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, vol. I, *Derecho judicial internacional*, Madrid, SPFDUCM, 1992, pp. 470-472. Vid. A. Remiro Brotóns, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974; A.L. Calvo Caravaca, "El Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969: balance de quince años de vigencia", *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 309-326; *id.*, *idem*, *Las relaciones de vecindad*, Bilbao, Serv. ed. Univ. del País Vasco, 1987, pp. 465-480; J.A. Cremades, "La reconnaissance en Espagne des décisions judiciaires et des actes authentiques français", *Rev. crit. dr.int. pr.*, 1975, pp. 355 y ss., 595 y ss. y 1976, pp. 43 y ss.; J.D. González Campos, "El Convenio entre España y Francia de 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras", *Homenaje al Profesor Sela y Sampil*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1970, pp. 933-965; E. Ruiloba Santana, "El Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y actas auténticas en materia civil y mercantil", *REDI*, vol. XXIII, 1970, pp. 42-75; J.A. Tomás Ortiz de la Torre, "Sentencia francesa de divorcio entre españoles: ¿cabe otorgar el exequátur?", *La Ley*, 1983-1, pp. 427-439.

⁵³. Este Convenio sustituye al concertado con el Reino de Cerdeña, de 30 de junio de 1851 (*Gaceta*, 19-VIII-1851), que se extendió posteriormente a toda Italia (Acta de 20-X-1870); acerca de este último instrumento Vid. STS de 2 octubre 1880 que, resolviendo un recurso de casación contra un auto denegatorio de una sentencia italiana, entendió que "...entre España e Italia existe el Tratado de 19 de agosto de 1851 (*sic*)..., cuyo Tratado celebrado con el antiguo Reino de Cerdeña no puede menos de reputarse extensivo a todo el territorio que comprende hoy aquella nación, porque ésta ha sido la voluntad de ambas potestades contratantes, lo cual se demuestra en el hecho de que por ninguna se haya denunciado el propio Tratado, como no hubiera podido dejarse de hacer en caso contrario" (*RGLJ, Jurisp. Civ.*, vol. 44, núm. 256). Vid., en el mismo sentido ATS de 11 enero 1930 (*RGLJ, Jurisp. Civ.*, vol. 192, núm. 30) y, con posterioridad, ATS (Sala 1ª) de 14 diciembre 1968 (A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 425-426). Sobre el nuevo régimen: Vid. F. Ramos Méndez, "El Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial civil y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (Balance de diez años de vigencia)", *Justicia*, 1988, pp. 57-66. Vid. la práctica del Convenio en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho judicial internacional...*, *op. cit.*, p. 484.

provenían el mayor número de ejecutorias⁵⁴), con Austria, en 1984, cuya aplicación se realiza en un marco de apertura del T.S., y con Israel, en 1989, ofrecen la peculiaridad de recibir una inspiración común: el Convenio de La Haya de 1 de febrero de 1971 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, instrumento del cual España no es parte.

De lo anterior se infiere una nota destacable del régimen convencional bilateral de reconocimiento: el escaso número de textos internacionales hechos por España y su heterogeneidad. Muchos de los Estados con los que se han suscrito dichos Tratados no se identifican con los Estados con los que más intensas son nuestras relaciones. Es sorprendente que respecto a países vecinos, como Portugal, no exista régimen convencional bilateral. Pero, además, y en parte como consecuencia de lo dicho, el contenido de los distintos tratados es marcadamente heterogéneo, tanto respecto al ámbito de decisiones que cubre el reconocimiento, como por las materias que abarca dicho reconocimiento y los mecanismos específicos de reconocimiento y ejecución. En muchos casos, como es patente en el convenio hispano-alemán y en el hispano-austríaco, salta a la vista que el negociador español se ha dejado llevar por los criterios del interlocutor: así, nuestro convenio con la R.F.A. es prácticamente idéntico a los que el país germano ha suscrito con Noruega o Israel. En otros casos se aprecia una inadecuada transposición de criterios contenidos en Convenios multilaterales. Así ocurre con las normas sobre reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre custodia de menores contenidas en los arts. 11 y 12 del reciente Convenio hispano-marroquí específico en la materia, preceptos inspirados en el Convenio de Luxemburgo de 1980 pero incorporados sesgadamente, lo que produce un resultado altamente perturbador.

⁵⁴. *Ibid.*, pp. 585-595 y la práctica posterior a la entrada en vigor del Convenio, pp. 493-494. CH. Böhmer, "Der deutsch-spanische Vollstreckungsvertrag vom 14. November 1983 und das Allgemeine Ausführungsgesetz vom 30. Mai 1988", *IPRax*, 1985, pp. 334-338. B. Löber, "Deutschspanisches Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Titeln (gerichtlichen Entscheidungen und öffentlichen Urkunden)", *R.I.W.*, 6, 1987, pp. 429-433; *id.*, "Zustellung und Beweisaufnahme in Zivil - und Handelssachen in Spanien", *I.W.B.*, núm. 10, 1988, pp. 375-379; M. Moya Escudero, "El Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983", *REDI.*, vol. XXXVII, 1985, pp. 153-171; *id.*, "Ambito de aplicación material del Convenio hispano-alemán sobre reconocimiento y ejecución de decisiones: su viabilidad futura en relación al Tratado de Bruselas de 1968", *Las relaciones de vecindad*, Serv. ed. Univ. del País Vasco, 1987 pp. 481-496; F. Ramos Méndez, "Vollstreckung deutscher Scheidungsurteile in Spanien", *IPRax*, 1985, pp. 235-238; R.A. Schütze, "Der deutschspanische Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrag", *I.W.B.*, 1988, pp. 485-488.

Resulta también sorprendente el reducido alcance de la cooperación bilateral en este ámbito respecto a Iberoamérica, sobre todo si se compara con Europa⁵⁵. Frente a lo que pudiera parecer por su trayectoria histórica, España apenas cuenta con relaciones bilaterales con los países iberoamericanos en orden al régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Hasta tiempos muy recientes el único texto en vigor era antiguo e inoperante Convenio con Colombia de 1908⁵⁶, por no referirse aquí a la existencia de una serie de convenios bilaterales de carácter muy general que, supuestamente, incluyen cláusulas relativas al exequátur; es el caso del art. 6 del Tratado hispano-peruano de 16 de junio de 1897⁵⁷. En efecto, la práctica española en materia de exequátur de decisiones judiciales procedentes de países iberoamericanos ofrece perfiles muy singulares si la ponemos en relación con la generada por otros países de nuestro entorno. Sin embargo, recientemente se ha producido una cierta ruptura de la línea de escasa cooperación de España con los Estados iberoamericanos, viendo la luz a finales de los años ochenta tres convenios bilaterales. Se trata, por orden cronológico de entrada en vigor, de dos Convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y laudos arbitrales, el Convenio entre España y México hecho en Madrid el 17 de abril de 1989⁵⁸; y el Convenio entre España y Brasil, denominado específicamente de cooperación jurídica, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989;

⁵⁵. Vid. J.C. Fernández Rozas, "Las relaciones entre España e Iberoamérica...", *loc. cit.*, pp. 287-292; A. Borrás, "Problemas de reconocimiento y ejecución de las decisiones entre América y España", *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 287-295.

⁵⁶. Que sólo fue aplicado en dos ocasiones por los Tribunales españoles (Autos TS de 3 de octubre de 1924 y de 14 de julio de 1983).

⁵⁷. Que fue aplicado para reconocer una sentencia de divorcio peruana en España. En plena guerra civil, e instalada la Sala 1ª del T.S. con tres magistrados en Barcelona, el Alto Tribunal entendió que "Conforme al art. 6 del Tratado de 16 de julio de 1897, adicional al de Paz y Amistad celebrado entre España y Perú en 14 de agosto de 1879, 'los peruanos en España y los españoles en Perú gozarán de los mismos derechos civiles que los ciudadanos nacionales, y las leyes penales, de policía o seguridad les obligarán por igual...; las sentencias, decretos o resoluciones legales dictados sobre las solicitudes, quejas o demandas de aquéllos y que adquieran carácter definitivo, con arreglo a los recursos, instancias y trámites que ofrezca la legislación local, surtirán efectos y se ejecutarán del propio modo que respecto de los ciudadanos de cada país'. Al estar hoy, según lo pactado, en la situación legal que prevé y regula el art. 951 de nuestra LEC, debe darse cumplimiento a la resolución judicial peruana..." (ATS de 10 diciembre 1937, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 369-370).

⁵⁸. Vid. la nota a este instrumento de R. Arroyo Montero, *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 283-285. Asimismo, J.A. Pérez Bevia, "El Convenio entre el Reino de España y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil de 17 de abril de 1989", *Justicia*, 1992, pp. 199 ss.

ello al margen del régimen especial inserto en el Convenio en materia alimenticia entre España y Uruguay hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987.

Resulta extremadamente difícil explicar las razones de política legislativa que movieron a las autoridades españolas a negociar estos instrumentos tan variados, que no se corresponde con una línea de continuidad desde la particular perspectiva de España. Y también desconocemos las razones que motivaron que en el mismo período entraran en vigor unos convenios con países tan alejados desde el punto de vista de nuestras relaciones jurídicas privadas como Checoslovaquia, Israel, China y Bulgaria y ¡en 1997!, con la URSS. Al igual que los celebrados con Brasil, México y Uruguay aquéllos poseen un contenido muy distinto y ofrecen evidentes influencias de contenido jurídico procedentes de la otra parte contratante⁵⁹. En definitiva, que la aparición de estos tres últimos instrumentos no deriva de ninguna política previamente establecida por parte española de cooperación con Iberoamérica, sino a la mera casualidad, como casual fue también la incorporación a los otros cuatro Convenios.

Debe dejarse constancia de que el Convenio suscrito con Brasil recuerda muy de cerca al Convenio entre Francia y Brasil de 30 de enero de 1981⁶⁰, por lo que cabe presumir, junto al peculiar lenguaje utilizado, una iniciativa brasileña dentro de su propio sistema convencional⁶¹. Y lo propio cabe decir del hispano-mexicano, que incorpora en sectores importantes el modelo elaborado por la CIDIP en orden a la eficacia extraterritorial de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros. En concreto, los arts. 4, 5, 6 y 7 del texto bilateral, que determinan si se considera o no satisfecho el requisito de la competencia del juez o del Tribunal sentenciador, reproducen prácticamente de forma literal los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, hecha en La Paz el 24 de mayo de 1984. Lo mismo puede afirmarse de las materias excluidas de su ámbito de aplicación pues el art. 3 del texto bilateral es casi un trasunto del art. 6 del referido instrumento elaborado por la CIDIP, con el inconveniente del abultado catálogo de materias excluidas de su ámbito de aplicación. Ello puede estar justificado en un texto multilateral, pero no en un Convenio entre dos países de tradición jurídica

⁵⁹. Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 529-530.

⁶⁰. Vid. el texto en *Recueil pratique de conventions sur l'entraide judiciaire internationale*, Paris, La Documentation Française, 1990, pp. 270-276

⁶¹. Ello se desprende también de muchas expresiones que se recogen en el texto y que no son otra cosa que una deficiente traducción del portugués. Cf. en tal sentido, las observaciones muy críticas de F.F. Garau Sobrino, *REDI*, vol. VLIII, 1991, pp. 582.

común e importantes relaciones en el sector del Derecho examinado. Que estén excluidas materias tales como estado civil, pensiones alimenticias, sucesión testamentaria o intestada no deja de ser sorprendente, pero la omisión del divorcio raya en lo insólito⁶². Además las similitudes no terminan aquí, toda vez que en lo que concierne al régimen de condiciones y a la documentación requerida los arts. 11 y 13 del Convenio hispano-mexicano recogen con gran fidelidad los contenidos de los arts. 2 y 3 de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Esta parcial “incorporación” al régimen de la CIDIP, que se recoge en otros aspectos de los textos que se comparan (prácticamente un *Kopiermethode* en vía convencional) no parece que ofrezca especiales ventajas desde la perspectiva española y ello no tanto por la calidad jurídica de las normas reproducidas, como por el contenido material y la adaptación a unas relaciones peculiares de carácter bilateral. Y esta circunstancia no se justifica por el hecho de que México sea parte de las dos referidas Convenciones de la CIDIP.

Las críticas vertidas no pueden superponerse, sin embargo, a las ventajas que estos instrumentos incorporan. En efecto, como ocurre con gran parte de los últimos textos bilaterales suscritos por España, en los que se incluye el arbitraje, el Convenio hispano-brasileño y el Convenio hispano-mexicano lo incorporan (arts. 11 a 15 y 27, respectivamente) lo cual es una gran ventaja para el eventual reconocimiento de un laudo español en Brasil, puesto que este país no es parte del Convenio de Nueva York de 1958, bien es de lamentar que no haya aprovechado la ocasión para establecer un procedimiento específico frente al general⁶³. También se desprende otra ventaja de ambos textos bilaterales (arts. 19.1º y 22, respectivamente) y es que en ellos existe un alejamiento del “régimen común” previsto en el art. 955.1º LEC (y eventualmente del art. 57 LA) en el sentido de que la autoridad competente para ejecutar una sentencia extranjera no es el Tribunal Supremo sino el Tribunal de Primera Instancia del domicilio de la parte condenada o, con carácter subsidiario, el de la situación de sus bienes en el territorio del

⁶². Ya contamos en España con práctica que pone de relieve lo absurdo de la exclusión. En concreto, el ATS (Sala 1ª) de 28 de enero de 1994 se negó a reconocer una sentencia mexicana de divorcio en nuestro país por estar excluida esta institución del ámbito de aplicación del Convenio. Nótese que la exclusión condicionó el resultado pese a que el juzgador español pudo haber aplicado el régimen de condiciones previsto en el art. 954 LEC (*REDI*, 1994-63-Pr y nota de J. Labrador Encinas.)

⁶³. Cf. Mª V. Cuartero Rubio, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: la vía de los convenios bilaterales”, *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 51-52.

Estado requerido⁶⁴. Se trata de una tendencia descentralizadora que se viene practicando en otros convenios bilaterales en la misma materia y que preside el “régimen institucional” de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras regulado por el Convenio de Bruselas de 1968. En la misma línea se pronuncia el art. 9 del Convenio (aún no en vigor) con Uruguay de 4 de noviembre de 1987.

Resulta aconsejable que por parte española se realice un replanteamiento global de la política de elaboración de convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, en la cual el condicionamiento de su pertenencia al régimen Bruselas-Lugano no impida atender a las necesidades recíprocas que estos instrumentos deben contener. En los últimos años existe una cierta frivolidad en la suscripción de Convenios de este tipo con países con los que prácticamente no tenemos ninguna relación aprovechándose esta circunstancia para cerrar, con un texto poco comprometido para el futuro, una visita de Estado más protocolaria que efectiva; circunstancia esta a la que se une la iniciativa negociadora. La práctica, escasa por lo demás, de las dos últimas décadas registra un seguidismo de los negociadores españoles hacia las iniciativas de los precedentes del futuro Estado contratante. Los Convenios con Brasil, México y Uruguay son expresivos de esta circunstancia. En definitiva, el cauce del convenio bilateral no puede ni debe descartarse y la idea de un texto modelo que presida las futuras negociaciones de España debe tenerse muy en cuenta. Ni que decir tiene que Argentina, Chile y Venezuela deben ser un objetivo prioritario y que, en tal contexto, parece aconsejable renegociar un nuevo Convenio con Colombia, que cubra las imprecisiones que el actual contiene por lo reducido y antiguo de su texto. Y, con carácter de urgencia, es menester entablar negociaciones con Cuba pues, en los últimos años, se han multiplicado hasta extremos inverosímiles las relaciones de familia que vinculan a nacionales de ambos países, con la consecuencia inexorable del aumento de contenciosos para cuya solución es aconsejable un Convenio que tenga en cuenta esta especificidad. Todo ello en espera de que entre en vigor el Convenio con Uruguay suscrito hace casi diez años y que aún no ha saludado las páginas de nuestro Diario Oficial.

16. Las posibilidades que ofrece al marco multilateral interamericano donde, cabe insistir, debe incorporarse España con carácter prioritario, no descarta la vía del convenio bilateral, para regular las relaciones recíprocas en orden al

⁶⁴. Curiosamente el art. 22 del Convenio hispano-brasileño designa como únicos tribunales competentes para el reconocimiento y la ejecución el Supremo Tribunal Federal y para la ejecución los Jueces federales.

procedimiento civil internacional. Y aquí también se impone la necesidad de partir de un texto modelo. Un marco apropiado para elaborar dicho modelo podría ser la Conferencia de Ministros de Justicia Hispano-Luso-Americanos⁶⁵ y los textos a tener en cuenta para los trabajos preliminares, los siguientes: Títulos I y II del Convenio entre España e Italia de 22 de mayo de 1973, los Capítulos I y II del Convenio entre España y Checoslovaquia de 4 de mayo de 1987 y los Capítulos I y II del Convenio entre España y Brasil de 13 de abril de 1989⁶⁶. Un convenio modelo en este sector debería contemplar la posibilidad de que al lado de la notificación por vía diplomática o consular se admita también la notificación directa, dirigiendo las actas directamente a los interesados que se encuentren en el otro país, por vía postal o mediante notificación directa del funcionario público competente del país de destino; con ello se trata de evitar la lentitud del procedimiento y, con ello, la posibilidad de reducir las garantías de defensa del destinatario. Asimismo, el Convenio modelo debería incluir un régimen tendente a preservar las garantías procesales del destinatario de la notificación y un procedimiento eficaz en orden a la agilización y efectividad de las comisiones rogatorias. Y, por último, regular la efectividad de la justicia gratuita de los nacionales de los Estados contratantes y la eliminación para ellos de cualquier caución de arraigo del juicio.

B) Insuficiencias de la política convencional multilateral

17. Es el sector de la asistencia judicial internacional el que cuenta con un mayor desarrollo desde la perspectiva convencional, sobre todo en virtud de la obra de la Conferencia de La Haya de DIPr. Esta institución ha dado lugar, en sus sucesivas etapas, a tres Convenios de procedimiento civil internacional de carácter general, en concreto, los realizados en 1896, 1905 y 1954, que se caracterizan por un notable número de Estados parte. Ahora bien, la reglamentación no termina aquí, pues la propia Conferencia ha establecido, a partir de 1954, una serie de Convenios de carácter complementario en materia de notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales, de obtención de pruebas en el extranjero, y de facilidades en el acceso a la justicia. Nos encontramos, pues,

⁶⁵. Acerca de esta peculiar institución que no se caracteriza por una gran proyección en las relaciones entre España y los países iberoamericanos *Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Las relaciones entre España...", *loc. cit.*, pp. 318-323.

⁶⁶. *Vid.* estos instrumentos en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho judicial internacional...*, *op. cit.*, pp. 349 ss, junto con otros tratados bilaterales adicionales al Convenio de La Haya de procedimiento civil de 1954.

ante una tupida red convencional que, en el propio marco de los Convenios adicionales, se ha complementado con Convenios de carácter bilateral, en concreto por lo que se refiere a nuestro país, con Francia⁶⁷ y Austria⁶⁸.

Mas el marco convencional, que ha convertido en residual al “régimen común” (arts. 276 a 278 LOPJ y arts. 300, 534, 600, 601, 657 y 1400 LEC), no se agota en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr. Se extiende también al ámbito iberoamericano en virtud de la participación de España en la Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr; concretamente, nuestro país ha hecho uso del carácter abierto de los instrumentos elaborados en su seno, incorporándose a dos, uno de los cuales atinente a la materia que nos ocupa, a saber, la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, hecha en Panamá en 1975. Este texto ofrece una importancia especial, por establecer una regulación más actual que la contenida en una serie de Convenios bilaterales suscritos por nuestro país a principios de siglo con ciertos países iberoamericanos⁶⁹. Contamos, pues, con una primacía de las normas internacionales en la reglamentación de la asistencia judicial internacional que, sin embargo, no se agota con los instrumentos a los que nos acabamos de referir, pues no podemos olvidar la presencia de algunos Convenios de carácter bilateral que, con carácter específico o en un marco más amplio que incluye el exequátur, constituyen un instrumento esencial para la cooperación internacional en la realización de la justicia civil.

La pluralidad normativa, la superposición de regímenes y la sucesión en el tiempo de las normas convencionales que regulan la asistencia judicial internacional ofrece numerosos problemas de identificación, para un caso concreto, de los preceptos aplicables. La solución a cualquier supuesto de la práctica debe ir

⁶⁷. Acuerdo entre España y Francia adicional al Convenio de La Haya de procedimiento civil de 1954, de 19 de febrero de 1968 (*BOE*, 11-V-68).

⁶⁸. Convenio entre España y la República de Austria, complementario del Convenio de La Haya de 1954, relativo al procedimiento civil, de 14 de noviembre de 1979 (*BOE*, 8-VIII-81).

⁶⁹. Cabe referirse al Canje de Notas entre España y Uruguay de 1901, suprimiendo la legalización en las comisiones rogatorias a librarse entre ambos Estados (*Cf.* D. Operti Badán, *Exhortos y embargo de bienes extranjeros. Medios de cooperación judicial internacional*, Montevideo, Ed. A.M. Fernández, 1976, p. 138.); con el Convenio sobre supresión de legalizaciones de firmas en las Comisiones rogatorias celebradas entre España y la República Argentina, de 17 setiembre 1902; con la R. Orden de 28 de octubre de 1914, incluyendo normas para la tramitación de exhortos o resoluciones de Tribunales extranjeros que deban cumplimentarse en Chile; con el Convenio entre España y los Estados Unidos Mexicanos suprimiendo la legalización de los documentos que se dirijan por las autoridades españolas a las autoridades mexicanas o viceversa y que sean cursados por la vía diplomática, de 11 de octubre de 1901 y con el Canje de notas de 10 de julio de 1901, sobre exhortos y cartas rogatorias.

precedido de una rigurosa delimitación de los ámbitos material, territorial y temporal de los Convenios en presencia que, en ciertas ocasiones pueden aplicarse de forma cumulativa siempre que favorezca a la pretensión que se solicita. En cualquier caso, debe dejarse constancia de que, más que en ninguna otra materia del tráfico externo, los Tribunales españoles han dado muestras en los últimos tiempos de una especial sensibilidad y eficacia en la interpretación de las normas pertinentes y que lo “normal” no es la omisión de la normativa convencional, sino su correcta aplicación.

18. Un balance global de la política convencional multilateral en el ámbito del DIPr registra una indiferencia manifiesta de nuestro país hacia la opción codificadora americana y una concentración prácticamente absoluta en la opción europea, sobre todo en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr⁷⁰. Ante todo, se precisa una política española meditada en orden a la suscripción de acuerdos de carácter bilateral que, al tiempo que cumplan una función esencial de cooperación y, por tanto, de satisfacción de intereses recíprocos con los países iberoamericanos, proyecten una determinada concepción de armonización que favorezca la aplicación eficaz de estos instrumentos por parte de los Tribunales de Justicia. Esta política meditada implica seleccionar materias con criterios realistas y huir de declaraciones programáticas que en la hora actual carecen de justificación; dicha selección debe tener muy presente y, en la medida de lo posible seguir paralelamente, los textos multilaterales emanados de foros internacionales de codificación para no repetir esfuerzos y evitar los “conflictos de convenciones”.

En orden a la instauración eficaz de un sistema de información y prueba del Derecho extranjero debe dejarse constancia de la participación de España en el Convenio de Londres de 1968 y en la Convención de Montevideo de 1979, lo que otorga a nuestro país una considerable cobertura. A este respecto sería aconsejable una ampliación de la misma por el cauce de la incorporación de los Estados iberoamericanos al citado Convenio de Londres siguiendo el ejemplo de Costa Rica y ello en función de su carácter abierto. España puede y debe jugar en esa eventual incorporación un importante papel como miembro del Consejo de Europa. No parece prudente, sin embargo, incluir unas normas específicas sobre información y prueba del Derecho de cada Estado contratante debido a la complejidad de este mecanismo procesal que debiera descansar en el régimen multilateral *ad hoc* al que antes nos hemos referido.

⁷⁰. Vid. A. Borrás y otros, “Cien años de participación de España en la Conferencia de La Haya de DIPr”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 149-201.

19. Como puede observarse las reflexiones anteriores se mueven casi exclusivamente en el ámbito del Derecho procesal civil internacional. El encuentro entre España e Iberoamérica es más difícil en el plano del Derecho aplicable. La pertenencia a espacios de integración diferentes aleja las posibilidades de acercamiento en el terreno del Derecho patrimonial y, por lo que atañe al Derecho de familia, debe reconocerse que las Convenciones interamericanas están estructuradas para resolver problemas específicamente regionales aunque en ocasiones, como ocurre con la Convención de Montevideo sobre restitución de menores, de 15 de julio de 1989, sea muy difícil precisarlos⁷¹. El marco universal de la Conferencia de La Haya de DIPr puede y debe ser, con carácter general, el punto de confluencia obligado.

III. Problemas relativos a la remisión del orden interno al internacional

1. Consecuencias de la inexistencia de una cláusula de remisión ad hoc

20. Frente a lo que ocurre en las modernas codificaciones de DIPr, la reforma de 1974 no incluyó en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil una norma expresa que recordase la primacía de los tratados internacionales en esta materia. Es cierto que existen referencias concretas en algunas normas (art. 9.9º, en relación con los Convenios sobre doble nacionalidad y art. 10.4º respecto a los derechos de propiedad intelectual e industrial), pero no existe una cláusula general de remisión. Indudablemente, en el momento en que se redactó el referido Capítulo los tratados internacionales eran observado con cierto recelo por parte del legislador y en cualquier caso era manifiesta su escasa incidencia en aquellos momentos en el sector del Derecho aplicable. Ello no disculpa al redactor del Título Preliminar del Cc de 1974, pues existía una fuerte tradición en nuestro país de afirmar la primacía de los tratados internacionales en otros sectores del DIPr. Baste recordar lo dispuesto en el art. 70 LEC en materia de competencia judicial internacional, en el art. 951 LEC respecto de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, en el art. 300 LEC en relación con el cumplimiento de los emplazamientos y otras diligencias judiciales procedentes de Tribunales extranjeros, o en el art. 15 Cc sobre el ejercicio del comercio por extranjeros en

⁷¹. Cf. D.P. Fernández Arroyo, "La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, de 15 de julio de 1989", *La sustracción internacional de los menores...*, op. cit., pp. 61-63.

España. Y esta tendencia se reiterará, más recientemente, en el art. 21.1º LOPJ en orden a la determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles; en el art. 276 LOPJ respecto de la cooperación internacional de las actuaciones judiciales; en el art. 1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva⁷²; o en el art. 56.1º de la Ley de Arbitraje⁷³.

La vocación hacia la aplicación prioritaria de los tratados internacionales de DIPr está presente en la mayor parte de los sistemas que, al igual que España, se inspiran en una concepción “monista” en orden a la incorporación de los tratados al orden jurídico interno⁷⁴, confiriéndose así un carácter supletorio al DIPr “autónomo”. No obstante, en el supuesto español, la solución a las cuestiones de incorporación de las normas de DIPr de origen convencional viene determinada en la Constitución y en El Tít. Prel. del Cc, lo que a veces dificulta tal incorporación y plantean problemas de jerarquía interna de las normas internacionales⁷⁵; ello cuando no estamos ante convenios que por su escaso uso, por su antigüedad, o por su carácter reciente son desconocidos por los jueces⁷⁶.

21. La existencia de una cláusula de remisión a los tratados internacionales comporta una técnica normativa de alto contenido pedagógico⁷⁷ que advierte al

⁷². Vid. S.F. García Pérez, “Las fuentes de extradición y los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho judicial...*, op. cit., pp. 329-355.

⁷³. Sobre el particular Vid. nuestras consideraciones en “La primacía de los tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 9-29.

⁷⁴. Cf. J.H.A. van Loon en *The Effect of Treaties in Domestic Law* (F.J. Jacobs y S. Roberts, eds.), vol. 7, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 229 ss.

⁷⁵. Cf. K. Siehr, “Codificazioni del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali”, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 497-507.

⁷⁶. Cf. E. Jayme, “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”, *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 68-69. La necesidad de una divulgación y aceptación eficaz de las Convenciones interamericanas ha sido enfatizada por J.L. Siqueiros ante su desconocimiento por los jueces, apegados a posiciones marcadamente “dualistas”, pese a su publicación en los Diarios Oficiales (Cf. “El aporte del sistema interamericano al desarrollo del DIPr”, nº 1, *Rev. Mexicana de DIPr*, 1996, p. 39). Es una situación muy similar a la práctica española anterior a 1981; indudablemente el Auto TS de 11 de febrero de 1981 marcó un importantísimo punto de inflexión en la jurisprudencia española en favor de la aplicación de los tratados internacionales. Cf. J.C. Fernández Rozas, “La primacía...”, *loc. cit.*, pp. 9-13..

⁷⁷. Vid. H.U. Jessurun D'Oliveira, “Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence”, *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique. Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, 1984, pp. 117 ss. Resulta ilustrativo en tal sentido, el art. 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr de 1979 establece que la “determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con el Derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás

operador jurídico de la primacía del régimen convencional sobre el sistema autónomo, que sólo es de aplicación con carácter subsidiario cuando se observe la inexistencia de un Convenio internacional en la materia. Y, en un sector como en del Derecho aplicable, tan sensible a la reglamentación internacional, tal cláusula de remisión general parece altamente aconsejable. Ciertamente que en su defecto operan las normas generales del sistema (arts. 93 a 96 CE y art. 1.5º Cc), pero cabe insistir en esa función pedagógica, sobre todo en un sistema que como el español, las normas de origen internacional están devorando progresivamente la regulación contenida en el Capítulo IV del Título Preliminar del Cc, con los consiguientes problemas de delimitación normativa. Estamos en la actualidad ante un ordenamiento caracterizado por la pluralidad normativa y la labor primaria del operador jurídico debe ser la elección de la norma adecuada al caso dentro de dicha pluralidad.

2. Interacción entre los tratados y las normas de conflicto del sistema autónomo de DIPr

A) Introducción

22. Tradicionalmente se ha señalado que la codificación a través de los tratados internacionales constituyen un factor que fortalece la semejanza de los distintos sistemas de DIPr potenciando el proceso de adopción de soluciones comunes a los diferentes Estados en el ámbito del tráfico jurídico externo⁷⁸. En la actualidad, es

Convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes"; añadiendo que en defecto de tratado "los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su Derecho interno". La aprobación de este precepto fue saludada efusivamente por W. Goldschmidt, "Un logro americano en el campo del DIPr", *El Derecho*, nº 4.763, 24 de julio de 1979. Debe hacerse hincapié que a lo largo de los debates de la CIDIP II se insistió en el carácter "didáctico" del precepto y en sus destinatarios principales: jueces y abogados.

⁷⁸. Vid. la relevancia de los tratados internacionales en el DIPr y sus problemas en E. Bartin, "Le droit conventionnel envisagé comme source du droit international privé en France", *Journ. dr. int.*, t. 54, 1927, pp. 5-33; W.F. Bayer, "Auslegung und Ergänzung international vereinheitlichter Normen durch staatliche Gerichte", *Rebels Z.*, 1955, pp. 603-642; H. Bauer, "Les traités et les règles de droit international privé matériel", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 537-574; B. Dutoit y F. Majoros, "Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, p. 565-596; R. Plaisant, *Les règles de conflit de lois dans les traités*, Alençon, Imp. Alençonnaise, 1946; A. von Overbeck, "Essai sur la délimitation du domaine des Conventions de droit international privé", *Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn,

manifiesto el crecimiento paralelo de los sistemas de DIPr nacionales y de los convenios -preferentemente multilaterales- relativos a este ordenamiento, pues el fenómeno de la codificación interna y el de la codificación internacional ha solido coincidir en el tiempo, existiendo una influencia recíproca. Al contrario de lo que ocurría en otros países de nuestro entorno más inmediato, señaladamente Alemania, Suiza, o Francia, la política de incorporación de España a los instrumentos internacionales reglamentadores del tráfico externo fue, hasta finales de los años ochenta, más bien modesta y suscitando importantes problemas en orden a su elaboración y a su aplicación. En la actualidad, no obstante, se ha producido un giro copernicano y puede afirmarse que la reglamentación convencional es la dominante en el sistema español de DIPr, incluso, en el ámbito de los “conflictos de leyes”. Por eso, la interpretación y aplicación del Capítulo IV del Título Preliminar del Cc no puede prescindir de esta dimensión.

Lo dicho anteriormente debe verificarse a través de un análisis sectorial que permita comprobar el verdadero alcance de las normas de conflicto del Cc y de los denominados “problemas de aplicación” que se recogen en el art. 12 de este cuerpo legal.

B) Proyección en las denominadas “normas reguladoras”

23. En materia de capacidad y estado civil de la persona física la norma de base descansa en el art. 9.1º Cc y lo propio ocurre con la ley aplicable a las personas jurídicas, que se regula en el art. 9.11º. La incidencia del DIPr convencional en este sector es más que limitada e, incluso en materia de capacidad para contratar el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales excluye de su ámbito de aplicación el estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en su art. 11 (art. 1.2º a); asimismo, este texto convencional excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica. Sentada esta regla, el régimen convencional modifica algunos aspectos concretos que debe tener en cuenta el

1959, pp. 325 ss.; E. Vitta, “International Conventions and National Conflict Systems”, *R. des C.*, t. 126 (1969-I), pp. 111-232.

operador jurídico en orden a la capacidad para contratar⁷⁹ y a la capacidad para contraer matrimonio⁸⁰. La situación cambia radicalmente si contemplamos el régimen del nombre de las personas físicas, toda vez que la norma general del art. 9.1º Cc (y la específica contenida en el art. 219 RRM) ha quedado desplazada por el art. 1 del Convenio de Munich de 5 de setiembre de 1980 relativo a la ley aplicable al nombre y los apellidos establece que éstos se determinarán por la ley nacional de la persona. En caso de cambio de nacionalidad, se aplicará la ley del Estado de la nueva nacionalidad. Esta norma de conflicto tiene eficacia *erga omnes*, toda vez que la ley nacional se aplicará aunque se trate de la ley de un Estado no contratante, con lo que sustituye a la reglamentación autónoma.

24. La ley aplicable a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regula preferentemente por la norma del art. 9.6º Cc, aunque también aquí es sensible la penetración del DIPr, toda vez que en lo que respecta a las medidas de protección sobre menores deben tenerse en cuentas las normas materiales especiales contenidas en el Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 sobre derechos del niño, en especial, los arts. 3, 7, 8, 9, 10, 11, 20, 22, 27.1º, 35 y 41. Asimismo, se aplicarán en España las disposiciones previstas en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, cuando se trate de toda persona que sea considerada menor de acuerdo con su ley nacional o con la ley de su residencia habitual (art. 12), y, dado que España ha retirado la reserva prevista en el art. 13,

⁷⁹. Como es bien sabido existe una excepción a la regla general sobre capacidad de las personas físicas en el art. 10.8º Cc prevé que serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz conforme a su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviere reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero. Una vez en vigor el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dicho precepto ha sido desplazado por su art. 11, conforme al cual en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte.

⁸⁰. La capacidad para contraer matrimonio está afectada por la norma especial contenida en el art. 2 del Convenio de Nueva York de 20 de diciembre de 1962 relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos. En virtud del mismo, los Estados parte, entre los que se encuentra España, adoptarán las medidas legislativas para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de edad.

independientemente de que el menor ostente la nacionalidad de un Estado parte. Los arts. 1, 3, 4, 5 y 8 del Convenio establecen las reglas fundamentales de competencia y reconocimiento de las medidas de protección de menores adoptadas, según los casos, por las autoridades de la residencia habitual o nacionalidad del menor, siendo la regla de Derecho aplicable la de la aplicación de la ley interna de la autoridad, conforme a la que se adoptarán las medidas de protección y se registrarán los efectos de tales medidas, tanto en lo que concierne a las relaciones entre el menor y las personas o instituciones a cuyo cargo esté, como respecto de terceros. Aparte de este texto internacional, en el ámbito de la cooperación entre autoridades debe tenerse en cuenta el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles en la sustracción internacional de menores, así como los arts. 2 a 6 del Convenio europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia.

25. Las cuestiones de DIPr que comporta la celebración del matrimonio se regulan en España, al contrario que en los casos anteriores, por normas de carácter material (arts. 49 a 51 Cc) y también este sector la incidencia del DIPr convencional es significativa, pues el art. 4º del Convenio de París de 10 de setiembre de 1964 tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero prevé que las publicaciones previas a los matrimonios celebrados en la forma local en el territorio de uno de los Estados contratantes se registrarán exclusivamente por la ley interna de ese Estado⁸¹. Además, de acuerdo con el art. 1 del Convenio de Nueva York de 20 de diciembre de 1962 relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. No obstante, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad

⁸¹. El art. 5º de este Convenio prevé, no obstante, que cuando la ley de uno de los Estados contratantes impusiera la celebración religiosa del matrimonio, los agentes diplomáticos o consulares de los demás Estados contratantes podrán, si su ley les autorizase a ello, celebrar el matrimonio en tal Estado, a condición de que al menos uno de los esposos fuere súbdito del Estado que hubiere designado al agente diplomático o consular y que ninguno de los esposos poseyere la nacionalidad del país de celebración. Las publicaciones previas al matrimonio se registrarán entonces exclusivamente por la ley interna del país que hubiera designado al agente diplomático o consular.

competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

La ley aplicable a los efectos del matrimonio se rige por los párrafos 2º y 3º del art. 9 Cc y no queda afectada por el régimen convencional. Téngase en cuenta que el art. 1.2º b) del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales excluye de su ámbito de aplicación los regímenes matrimoniales, así como los derechos y deberes derivados de las relaciones de familia, de parentesco, del matrimonio o afinidad. Lo mismo ocurre con la ley aplicable a la separación, al divorcio (art. 107.1º Cc), a la filiación y a las relaciones parternofiliales (art. 9.4º Cc) si bien en este último caso han de tenerse en cuenta las normas materiales contenidas en los arts. 18 y 27.2º y 3º del Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño. Y, en lo que se refiere a la adopción las normas del art. 9.5º Cc están completadas por las normas especiales contenidas en el art. 21 del Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño y en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

26. Por descontado, el régimen de los alimentos entre parientes es uno de los sectores del DIPr más afectado por el Derecho convencional. En concreto, el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias constituye un texto de aplicación universal (art. 3) que abarca las obligaciones alimenticias derivadas de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, comprendidas las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo (art. 1), con lo cual sustituye completamente lo dispuesto en el art. 9.7º Cc. Únicamente no se aplicará el Convenio en las relaciones con Bélgica, Austria y Liechtenstein, al hallarse obligada España, en relación con esos tres Estados, por el Convenio de La Haya sobre la misma materia de 1956⁸². En cuanto al pago de los alimentos a menores por parte de los padres u

⁸². No obstante, las reglas conflictuales previstas en los arts. 4 a 6 del Convenio sufren ciertos límites. Entre ellos, destaca la reserva prevista en el art. 15, en relación con el art. 24, que ha sido formulada por España, de forma que las autoridades españolas aplicarán la ley española cuando acreedor y deudor tenga nacionalidad española y el deudor tenga en España su residencia habitual. Por otra parte, en las relaciones alimenticias entre parientes por vía colateral o por afinidad, el deudor podrá oponerse a la pretensión del acreedor sobre la base de que no existe tal obligación en su ley nacional común o, a falta de nacionalidad común, en la ley interna de la residencia habitual del deudor (art. 7). A su vez, la ley aplicada al divorcio regirá las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados y la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, en el Estado contratante en

otras personas que tengan su responsabilidad, debe tomarse en consideración el art. 24.4º del Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño. Con carácter más general, se halla en vigor para España el instrumento de cooperación internacional constituido por el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero. Debe tenerse en cuenta, además, que el art. 1.2º b) del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales excluye de su ámbito de aplicación los derechos y deberes derivados de relaciones de parentesco, así como las obligaciones de dar alimentos respecto a los hijos no matrimoniales.

27. También el régimen de la sucesión por causa de muerte, regulado por el art. 9.8º Cc registra una incidencia importante del DIPr convencional, toda vez que la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias se determina conforme al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que por su eficacia universal (art. 6), así como por su ámbito de aplicación material (arts. 2, 3 y 5) sustituye lo dispuesto sobre el particular en los arts. 11, 732 y 733 Cc⁸³. En el ámbito de la cooperación internacional entre autoridades, debe señalarse la vigencia en España del Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972 y los arts. 33 a 43 del Convenio consular entre España y el Reino Unido de 30 de mayo de 1961. No debe olvidarse que el art. 1.2º b) del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones contractuales relativas a los testamentos y sucesiones.

que el divorcio haya sido declarado o reconocido, regla que se aplica asimismo a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación del matrimonio (art. 8). Finalmente, el derecho de una institución pública a obtener el reembolso de la prestación suministrada al acreedor se regirá por la misma ley a que la institución esté sujeta (art. 9).

⁸³. De conformidad con el art. 1.1º del Convenio, una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la ley interna: a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o b) de la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o c) del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o e) respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados. No obstante, el Convenio no se opone a las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en las normas de conflicto del Convenio (art. 3).

28. El capítulo de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales registra un protagonismo tan relevante del DIPr convencional que ha tenido la virtud de convertir en residuales las normas de conflicto del Cc. Por lo que respecta a las primeras. Las reglas generales de nuestro sistema, se incluyen en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dentro de su ámbito de aplicación material (art. 1), y dado su carácter universal (art.2). También las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, se rigen por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales sustituyendo la regulación del art. 10.6º Cc. El Convenio excluye, sin embargo, de su ámbito de aplicación una serie de modalidades contractuales tales como las obligaciones cambiarias, los acuerdos de elección de foro, constitución de *trust*, etc (art. 1.2º). Para estos supuestos y sin perjuicio de la aplicación de disposiciones de carácter específico, sigue vigente la antigua reglamentación general contenida en el art. 10 Cc. Asimismo, dichas disposiciones generales rigen los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma (art. 17), que para España tuvo lugar el 1 de setiembre de 1993. Las modalidades contractuales excluidas del Convenio se rigen, asimismo, en cuanto a la forma por el art. 11 Cc. El Convenio de Roma excluye de su ámbito de aplicación ciertas cuestiones que siguen reguladas por el DIPr autónomo. En primer lugar, la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar (que se determina, en todo caso, conforme al art. 10.11º Cc), o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica; en segundo lugar, las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable; en tercer lugar, los convenios de arbitraje y de elección de foro.

Los contratos de compraventa internacional de mercancías siguen, no obstante, las reglas materiales especiales contenidas en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, cuya aplicación procede, con carácter general, cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes y a) esos Estados sean Estados contratantes, o b) cuando las normas de DIPr prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Una mayor precisión del ámbito de aplicación de este Convenio se encuentra en las disposiciones de sus arts. 1 a 6. El Convenio esta en vigor para una treintena de Estados, entre ellos España.

29. Ciertamente el art. 10.9º.I Cc contiene una norma general para determinar la ley aplicable a las obligaciones no contractuales; no obstante las excepciones a la misma incluidas en Convenios internacionales reducen hasta límites insospechados su margen de aplicación. Así, para los accidentes de circulación por carretera y la responsabilidad derivada de los mismos, en la medida en que se hallen comprendidos en el ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (ámbito de aplicación material que viene determinado por lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 13 del Convenio), el Convenio sustituye por completo lo dispuesto en el art. 10.9º Cc, dada su eficacia universal (art. 11). De igual modo, para la responsabilidad por los daños producidos por un producto, en la medida en que se halle comprendida en el ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos (ámbito de aplicación material que viene determinado, para España, por lo dispuesto en los arts. 1, 2, 3, 13 y 16.2º del Convenio), el Convenio sustituye por completo lo dispuesto en el art. 10.9º Cc, dada su eficacia universal y *erga omnes* (art. 11). Junto a estos dos importantes supuestos es preciso tener presentes las normas materiales especiales contenidas en los siguientes textos internacionales: Convenio de Bruselas de 23 de setiembre de 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje; Convenio de Roma de 7 de octubre de 1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras; Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia nuclear; Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos. Asimismo, en el ámbito del Derecho marítimo, conviene destacar los Convenios de Bruselas de 25 de agosto de 1924 y 10 de octubre de 1957, así como el Convenio de Londres de 19 de noviembre de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo.

30. El sector de los derechos reales al contrario del que acabamos de examinar mantiene con carácter general la norma del DIPr autónomo (art. 10.1º Cc), sobre todo en los que respecta a los denominados “bienes corporales”, aunque también se percibe cierta incidencia del DIPr convencional en lo relativo al régimen de los bienes culturales por obra del Convenio de la UNESCO sobre medidas que deben adoptarse para prohibir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecho en París el 17 de diciembre de 1970. Se registra, sin embargo, una excepción importante en orden a los derechos de

propiedad intelectual e industrial pues el art. 10.4º Cc afirma que se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte. En tal sentido ofrece un interés especial para el operador jurídico el denominado “Derecho unionista” que presiden el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de setiembre de 1886 y el Convenio universal sobre derechos de autor de Ginebra de 5 de setiembre de 1952 y sus modificaciones sucesivas. Asimismo, en materia de propiedad industrial deben retenerse numerosos textos convencionales, en particular: Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967; Tratado de Washington de cooperación en materia de patentes de 19 de junio de 1970, enmendado el 2 de octubre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984; Convenio de Munich sobre concesión de patentes europeas de 5 de octubre de 1973; Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas de 14 de abril de 1891, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. El Convenio de Luxemburgo de 1989 sobre patente comunitaria no está aún en vigor.

C) Proyección en los denominados “problemas de aplicación”

31. El operador jurídico debe tener muy presente que la sede legal, autónoma o convencional, de la norma reguladora condiciona la solución de los denominados problemas generales de aplicación. De esta suerte, como regla general debe afirmarse que las soluciones que ofrece el art. 12 Cc son aplicables exclusivamente para la puesta en marcha del proyecto de reglamentación previsto en la normas de conflictos del DIPr autónomo español. Si la norma pertinente para la solución del caso concreto descansa en un Convenio internacional, los problemas de aplicación deberán resolverse a través de las propias soluciones previstas en el Convenio.

32. Un primer ejemplo viene dado con la institución del reenvío. Es cierto que la solución del art. 12.2.º Cc es la general del sistema autónomo de DIPr, pero no la única en nuestro ordenamiento. Al margen de las soluciones ofrecidas por los arts. 98 y 162 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaría y del Cheque, fruto de una preocupante descoordinación del legislador español, debemos de hacernos eco de que la aplicación del reenvío puede y debe ser descartada, en muchos casos, en la aplicación de las normas de conflicto de origen convencional. En algunos textos, dicha exclusión es expresa, en línea con la reciente evolución del DIPr y con la

tendencia a eliminar el reenvío en el ámbito patrimonial. Así, el Convenio de Roma de 1980 excluye cualquier posibilidad de reenvío al establecer su art. 15 que cuando sus normas prescriban “la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de DIPr”. Pero, además, en muchos textos convencionales es implícita la aplicación del Derecho material extranjero, con exclusión de las normas de DIPr. Ello es patente en relación con el art. 4 del Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que se refiere a la “ley interna”, de la residencia habitual del acreedor de alimentos. Esta consecuencia es perfectamente evidente cuando, como ocurre en el ejemplo citado, las normas de conflicto convencionales persiguen un fin u orientación material de protección del interés de una de las partes, que quedaría conculcado si los sistemas internos articularan un reenvío capaz de desviar hacia otra ley, en especial a la ley del foro, la regulación del supuesto, en detrimento de la ley designada por la conexión y reduciendo al vacío el contenido del propio régimen convencional.

Supuestos similares de exclusión del reenvío en textos convencionales que obligan a España se encuentran, por ejemplo, en el art. 4 en relación con el art. 10 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos; art. 3 en relación con el art. 10 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y art. 1 en relación con el art. 7 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. En todos estos textos, idéntica referencia al Derecho “interno” entendido como Derecho “material”, junto a la exclusión de otros supuestos de inaplicación de la norma designada distintos a la excepción de orden público abogan por una exclusión del reenvío cuando las normas convencionales sean de aplicación. En contrapartida, existen convenios que explícitamente recogen el reenvío (art. 43.1º del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 para regular las diferencias relativas a las inversiones entre Estados y particulares nacionales de otro Estado), o, implícitamente, contemplan una remisión integral a la ley aplicable, incluidas las normas de DIPr (Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y apellidos).

33. Un segundo ejemplo se observa en la notable diferencia existente entre DIPr autónomo y DIPr convencional en orden a la regulación del orden público y, en concreto, respecto a su nota de excepcionalidad. En efecto, la ley o la decisión extranjera ha de implicar una contradicción “manifiesta” con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera referencia de contenido.

Es cierto que el art. 12.3º Cc no incluye la expresión “manifiestamente incompatible”, pero la participación de España en un importante número de Convenios de DIPr (principalmente de la Conferencia de La Haya y de la CIEC), que incorporan esta cláusula⁸⁴. Ello muestra una evidente descoordinación entre el legislador interno a la hora de construir el sistema de DIPr autónomo y de adherirse a los textos de carácter internacional.

Cuando en numerosos Convenios de DIPr la noción de orden público se había restringido el legislador se mantuvo, incomprensiblemente, en una acepción radical y rígida que debe ser revisada si el sistema español quiere adaptarse a las modernas exigencias del tráfico externo. Afortunadamente, esta tendencia reductora del alcance del orden público es manifiesta en la doctrina registral, con afirmaciones tales como la de que: “... en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra de la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente”. Indudablemente se trata de una aportación procedentes del DIPr convencional que ha ejercido una sana proyección en nuestro DIPr autónomo.

34. Por último, un tercer ejemplo lo ofrece la diversidad de soluciones en torno a la remisión efectuada a un sistema plurilegislativo. En efecto, la solución prevista

⁸⁴. Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 de setiembre de 1980, art. 4: “La ley indicada en el presente Convenio solamente podrá dejar de aplicarse si fuera manifiestamente incompatible con el orden público”; Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, art. 16: “Las disposiciones del presente Convenio sólo podrán no tenerse en cuenta en los Estados contratantes cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público”; Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, art. 11.1º: “La aplicación de la ley designada por el Convenio podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público”; Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, art. 7: “No podrá eludirse la aplicación de cualquiera de las leyes declaradas competentes por el presente Convenio más que si es manifiestamente incompatible con el orden público”; Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya e 4 de mayo de 1971, art. 10: “La aplicación de alguna de las leyes cuya competencia declara el presente Convenio no podrá ser rechazada salvo que sea manifiestamente contraria al orden público”; Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, art. 10: “Sólo podrá dejarse de aplicar alguna de las legislaciones declaradas competentes cuando fuere manifiestamente incompatible con el orden público”; Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, art. 16: “No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

en el art. 12.5º Cc queda desplazada en determinadas materias, por existir normas específicas en algunos convenios internacionales. Centrándonos en los Convenios que están en vigor para España, nos encontramos con supuestos tanto de remisión directa o indirecta, como de remisión mixta. La remisión directa, como técnica para resolver el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, se contempla en el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, y en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos. En ambos casos, el sistema de remisión directa es perfectamente apropiado a la naturaleza de la materia regulada, dado que excluye la posibilidad de conflictos interpersonales, ciñéndose, obviamente, a la eventualidad de remisión a un sistema plurilegislativo de base territorial⁸⁵.

La técnica de la remisión indirecta se utiliza, en contrapartida, en el art. 16 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, al prever que “cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal - como pueden ser los supuestos en los que se hace referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común -, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor de dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados”. A diferencia del art. 12.5º Cc, el Convenio prevé una solución de cierre, aunque peca asimismo de una rigidez y formalismo poco compatible con la orientación material de las normas de conflicto prevista en el mismo texto convencional.

Finalmente, la remisión mixta en la solución por la que opta el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de disposiciones testamentarias. Su art. 1 prevé, en su primer párrafo, la validez formal del testamento conforme a cualquiera de las siguientes conexiones, que actúan alternativamente: ley del lugar del otorgamiento; ley de la nacionalidad, del

⁸⁵. El primero de los Convenios citados establece en su art. 12 que “cualquier unidad territorial que forme parte de un Estado con sistema jurídico no unificado se considerará como un Estado a los efectos de la aplicación de los arts. 2 a 11, cuando tenga su propio sistema jurídico en lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual en materia de accidentes de circulación por carretera”. La fórmula del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos es similar. Interesa destacar que, aunque aún no haya entrado en vigor para España, el Convenio (CEE) de Roma de 10 de marzo de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que constituirá en un futuro muy próximo nuestro sistema conflictual sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, prevé en su art. 19 una cláusula de remisión directa de contenido prácticamente idéntico a las de los convenios de La Haya mencionados.

domicilio o del lugar de residencia habitual del testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento; o ley del lugar en que están situados, respecto a los bienes inmuebles. Dicho precepto efectúa, con carácter general, una remisión directa, no a la ley de un Estado, sino a la ley territorial interna de dicho Estado a que conduzca la conexión territorial: lugar del otorgamiento, domicilio, residencia habitual o situación del inmueble. Ello se desprende, en primer lugar, del tenor literal del precepto, que en ningún caso se refiere a la ley de un Estado, sino a la “ley interna del lugar” correspondiente, aunque ésta es una locución cuyo principal objetivo era obviar el funcionamiento del reenvío. Pero, sobre todo, se infiere de una interpretación lógica de la cláusula a la remisión a un sistema plurilegislativo contenida en el párrafo segundo, que se refiere únicamente a la remisión operada a un sistema plurilegislativo a partir de la conexión nacionalidad, obviamente por entenderse que, en otro caso, la remisión directa permite una concreta localización territorial de la ley interna aplicable dentro del sistema plurilegislativo. En efecto, conforme a lo dicho, la remisión directa es una solución adecuada si la conexión permite una localización territorial, pero es inviable en el caso de que dicha conexión sea la nacionalidad. A tal efecto, el art. 1.II del Convenio incorpora una norma de aplicación consistente en que “a los fines del presente Convenio, si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistema, y en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen este sistema”, es decir, incorpora un sistema de remisión indirecta.

IV. Problemas derivados de las cláusulas de remisión

1. Convenios de DIPr de aplicación universal

35. Una de las notas dominantes del vigente régimen convencional consiste en la posibilidad de que el tratado de DIPr ofrezca una vocación de aplicación universal o *erga omnes*. En estos supuestos la solución convencional desplaza a la interna incluso respecto de Estados no signatarios del Convenio, y sin que deba mediar condición alguna de reciprocidad. Debe valorarse el alcance de la modificación operada por el tratado pues en el supuesto de un Convenio “cerrado” o de ámbito territorial restringido, la modificación del DIPr autónomo sólo tendrá un alcance parcial; mientras que, en el caso de un convenio abierto, o de alcance

universal, su incorporación en el orden interno producirá una modificación de carácter general de la norma de DIPr. Así ocurre, por ejemplo, respecto al art. 9.7º Cc español en relación con lo dispuesto en el art. 3 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 cuando dispone que “La ley designada por el Convenio se aplica con independencia de cualquier condición de reciprocidad, incluso si se trata de la ley de un Estado no contratante”. Se trata de una disposición con eficacia *erga omnes* cuya consecuencia inmediata es la sustitución de la norma del DIPr autónomo, concretamente, del referido art. 9.7º Cc⁸⁶.

Mas lo importante es que no se trata de un caso aislado, como demuestra un somero recorrido por el DIPr convencional más reciente procedente de distintos foros de codificación internacional. Así, en lo que respecta al Derecho aplicable, el Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 de setiembre de 1980 establece en su art. 2 que “La ley indicada en el presente Convenio se aplicará incluso aunque se trate de la ley de un Estado no contratante”⁸⁷, cláusula que se reitera en los arts. 11, respectivamente, del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 de mayo de 1971⁸⁸ y del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, de 2 de octubre de 1973⁸⁹ y en el art.

⁸⁶. Se trata, como ha apuntado P. Domínguez Lozano, de un ejemplo sumamente ilustrativo al respecto (Cf. “La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el Derecho internacional privado español”, *REDI.*, vol. XLI, 1989, pp. 433-485).

⁸⁷. *BOE*, 19-XII-89. De acuerdo a su art. 1.1º “los nombres y apellidos de una persona se determinarán por la ley del Estado del cual dicha persona sea nacional. Sólo a este efecto, las situaciones de que dependan los nombres y apellidos se apreciarán según la ley de dicho Estado”. Dicha norma sustituye al Derecho internacional privado autónomo anterior a la entrada en vigor del Convenio que era la general del art. 9.1º Cc. Además debe recordarse que, como hemos señalado con anterioridad, el Convenio no sólo presta atención a las denominadas “normas reguladoras”, sino que se extiende a las “normas de aplicación”; en concreto su art. 4 restringe el ámbito del orden público contenido en el art. 12.3º Cc al añadir la expresión, mucho más restrictiva de “manifiestamente contrario” (Vid. J.C. Fernández Rozas, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado, op. cit.*, pp. 70-75).

⁸⁸. *BOE*, 4-XI-87 y 24-XII-87. También con “normas de aplicación” distintas del Derecho internacional privado autónomo en lo que respecta al orden público (art. 10) y a la remisión a un sistema plurilegislativo (arts. 12 a 14). Cf. M.A. Amores Conradi, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado..., op. cit.*, pp. 306-308.

⁸⁹. *BOE*, 25-I-89. Con “normas de aplicación” idénticas a las indicadas en la nota anterior. Cf. M.A. Amores Conradi, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado, op. cit.*, pp. 308-309.

2 (“Carácter universal”) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980⁹⁰.

36. Por otra parte, es bien conocido que una cláusula similar se incluye en Convenios de distinto alcance, como es el caso de la opción española respecto al art. I.3º del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958⁹¹. La primera nota relevante es que el Convenio posee para nuestro país un carácter universal en el sentido de que se aplica a las sentencias arbitrales procedentes de “todos” los países con independencia de que éstos sean o no, a su vez, partes del Convenio. Ciertamente, y con el objeto de asegurar el mayor número de Estados Parte, el art. I.3º establece que “todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente”; no obstante, los cauces previstos para tal declaración eran el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión del Convenio (art. X.1º) y al no haberla realizado nuestro país, aceptó la aplicación con carácter *erga omnes* del Convenio. Este extremo, por lo demás, ha sido expresamente confirmado por la jurisprudencia española⁹², lo cual no debe hacer olvidar la inmensa participación de los Estados en este instrumento internacional y la plural procedencia de éstos. En definitiva, que resulta irrelevante a los efectos de la aplicación del Convenio, que el país del demandante o el país donde se haya pronunciado el laudo no sean partes del mismo.

2. Limitación de las técnicas de “incorporación por referencia”

37. En la práctica comparada se observa una fuerte interacción entre fuentes internacionales e internas a través de las técnicas de incorporación unilateral de reglamentaciones convencionales, particularmente de convenios *erga omnes*, por parte de la normativa interna. Se trata de una técnica muy utilizada en el sector del

⁹⁰. BOE, 19-VII-93. Este Convenio afecta decisivamente a lo dispuesto en el art. 10.8º C.c. (“interés nacional”) de conformidad con su art. 11, incluye la cláusula “manifiestamente incompatible con el orden público” en su art. 16, y establece un régimen específico en su art. 19 para los “sistemas no unificados”.

⁹¹. BOE, 11-VII-77.

⁹². ATS (Sala 1ª) de 6 octubre 1983, .CLJC, 1983, núm. 497, RCEA, vol. I, 1984, pp. 193-195, RGD, 1984, pp. 733-734, Yearb. Comm. Arb’n., vol. XI, 1986, p. 530 y nota de A. Borrás, R.E.D.I., vol. XXXVI, 1984, pp. 660-663.

Derecho de los tratados, pese a no estar regulada en el Convenio de Viena de 1969, consistente aquí en “una sustitución de la regulación material por una remisión global a la regulación contenida en otro convenio internacional”⁹³; y que debe distinguirse de la mera incorporación de conceptos contenidos en otro Convenio internacional o de las denominadas “técnicas de bilateralización a partir de un convenio multilateral” que preside el sector del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras⁹⁴. Asimismo, la incorporación por referencia preside las cláusulas negociales en determinadas modalidades de contratación internacional con el objeto de someter el contrato al Derecho de un país determinado, a usos y prácticas internacionales e, incluso, a un Convenio internacional del que no son parte los Estados implicados en el contrato⁹⁵.

La incorporación puede efectuarse “por referencia” en el texto de la ley al texto que se quiere asumir, como si se tratase de normas de origen exclusivamente interno⁹⁶. Esta técnica ha comenzado a emplearse con fortuna por nuestro legislador a propósito de la L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor, en cuyo art. 25.2º incorpora “por referencia” las disposiciones sobre cooperación entre autoridades del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Dicha incorporación produce el efecto particular de extender la aplicación de ciertas disposiciones del Convenio con carácter universal, pese a que su ámbito de aplicación en el espacio se circunscribe a los Estados parte. Incluso, existen

⁹³. Cf. M^ºP. Andrés Sáenz de Santa María, “La incorporación por referencia en el Derecho de los tratados”, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, p. 38.

⁹⁴. Con carácter general *Vid.* P. Jenard, “Une technique originale. La bilateralisation de conventions bilaterales”, *Rev. belge dr. int.*, 1966, pp. 386-395 y con relación a los tratados sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, *Vid.* T. Treves, “Il meccanismo della 'bilateralizzazione' e gli effetti obbligatori della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere”, *L'efficacia delle sentenze straniere nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della CEE*, Pádua, 1969, pp. 281-290 y J.D. González Campos, “El Convenio entre España y Francia...”, *loc. cit.*, pp. 943-944.

⁹⁵. *Vid.* M. Virgós Soriano, en J.D. González Campos, *DIPr. Parte especial*, 5ª ed. rev., Madrid, Eurolex, 1993, pp. 206-208. En la jurisprudencia española la posibilidad de incorporación de un Convenio por vía contractual se recoge en la STS (Sala 1ª) de 21 de junio de 1980.

⁹⁶. Es una técnica que por el momento no ha utilizado el legislador español en lo que concierne al DIPr, pero que es muy frecuente en otros círculos jurídicos. Así, la Ley federal suiza sobre DIPr de 1987, junto a la cláusula general del art. 1.2º, el art. 49 incorpora el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 1973, y el art. 134 hace lo propio con el Convenio de La Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 1971 (*Vid.* A. Bucher, “La LDIP et les Conventions internationales”, *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 265-278).

precedentes en España de incorporación de otros textos internacionales de DIPr por vía convencional, como la realizada en su día por el art. 7.2º del Convenio de establecimiento hispano-alemán de 1970 al Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1954 respecto a la caución de arraigo en juicio⁹⁷.

38. Mas existe otra alternativa, denominada “incorporación material”, que consiste en transcribir íntegramente el texto internacional en el texto legal interno en cuestión⁹⁸. Estamos ante una técnica legislativa que, como se ha indicado, conduce inexorablemente a la unificación del DIPr, y permite adoptar las soluciones especializadas de textos internacionales, con independencia de si están en vigor, sin que por ello el Estado quede obligado internacionalmente. No obstante, su eficacia aún no ha sido probada y ofrece serias reticencias doctrinales a pesar de su aparente bondad. Veamos a continuación un supuesto concreto donde los problemas de la remisión genérica a los tratados internacionales y la incorporación por referencia o material de los mismos juegan un papel relevante: el aportado por la LA de 1988 en relación con el régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

39. Ya hemos apuntado que en este sector existe una situación de prevalencia del régimen convencional que se refleja con nitidez en el art. 56.1º LA al establecer que los “laudos arbitrales extranjeros serán ejecutados en España de conformidad con los Tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la presente Ley”. Se trata, como también se ha señalado, de una técnica normativa utilizada por el legislador español en sectores ampliamente afectados por el fenómeno de la cooperación internacional con base en tratados caracterizada por su carácter didáctico. Precisamente esta es la situación concreta que se produce en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales pues el Convenio de Nueva York de 1958 posee un carácter universal, y como tal, sustituye al Derecho interno; ello al margen de los problemas de su relación con otros Convenios que se examinarán oportunamente. Esta especial situación convierte en criticable la redacción del precepto referido que si

⁹⁷. Vid. Auto Aud. Territ. de Barcelona de 29 de junio de 1978, *RGD*, 1979, pp. 569-570 y nota de J.D. González Campos, *REDI*, vol. XXXIII, 1981, p. 658 y J.C. Fernández Rozas, “El exequátur de las condenas en costas y gastos del juicio”, *RCEA*, vol. I, 1984, p. 101.

⁹⁸. Es la opción seguida por el legislador alemán en la Ley de DIPr de 1986. Vid. desde la perspectiva doctrinal, Matscher/Siehr/Delbrück, *Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen -Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption*, Heidelberg, 1986.

bien es correcta como cláusula de estilo, no es oportuna en función de los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país y, en concreto, en función del carácter *erga omnes* que posee en Convenio de Nueva York de 1958. Dos vías de solución hubiesen sido más oportunas.

La primera de ellas, consistiría en haber silenciado la Ley 36/1988 toda referencia al régimen del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, con lo cual se mantenía el sistema convencional puro y simple, complementado por los arts. 955 a 958 LEC. De esta forma se daba continuidad a la abundante jurisprudencia en la materia posterior al año 1981 y se mantenía una cierta correspondencia con el Derecho de los países que habían aceptado el carácter *erga omnes* del Convenio de Nueva York⁹⁹. La segunda, mucho más correcta, debiera haberse limitado a reducir todo el Título IX a un solo precepto con un texto aproximado del siguiente tenor : “El reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras se regirá por el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras”¹⁰⁰. Las ventajas de esta redacción son evidentes. En primer término, se hubiera adoptado un procedimiento acorde a una técnica cada vez más generalizada en el Derecho comparado, esto es, la “incorporación por referencia” de Convenios internacionales a la legislación interna, cuando éstos hayan probado su eficacia e integren a un grupo muy numerosos de Estados; ventajas que han sido puestas de manifiesto por la doctrina alemana más reciente; el ejemplo más significativo en la materia que nos ocupa es la del art. 194 de la Ley federal suiza sobre DIPr de 18 de diciembre de 1987, cuya redacción fue aprovechada para extender universalmente la aplicación del Convenio¹⁰¹. En segundo lugar, la referencia expresa al Convenio,

⁹⁹. Aunque sin justificación expresa esta posición fue mantenida en la Enmienda núm. 28 del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos (BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II, núm. 220 (a), 12 julio 1988, p. 27).

¹⁰⁰. En esta misma línea la Enmienda núm. 36 al Proyecto de Ley de Arbitraje del G.P. Vasco proponía la incorporación pura y simple al Convenio de Nueva York a través del siguiente texto “Los laudos arbitrales extranjeros serán ejecutados en España de conformidad con el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 10 de junio de 1958” (BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, núm. 69-5, 17 de marzo de 1988, pp. 28-29).

¹⁰¹. Pese a que el Convenio de Nueva York de 1958 no tiene efectos *erga omnes* para el Derecho suizo, porque este país interpuso oportunamente una reserva en virtud de la cual sólo era de aplicación a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de los Estados contratantes, el art. 194 de la Ley sobre el D.I.Pr. de 1987 establece que “*La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*”. Es decir que la eventual desconfianza que surgía de la reserva fue eliminada por la Ley de 1987, que confirmó la aplicación universal de los preceptos de dicho Convenio; o, si se quiere, que a través de dicha Ley la primitiva

hubiera servido de importante argumento a la hora de solventar los eventuales problemas que suscita la interacción de los regímenes convencionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en los que participa España.

Por el contrario el Título IX, y en concreto el art. 56.1º LA, utiliza un sistema mixto que pudiera justificarse si en el momento de incorporarse al Convenio de Nueva York nuestro país hubiese formulado la oportuna declaración para restringir su ámbito de aplicación a las decisiones procedentes de los Estados Parte. De haberlo hecho contaríamos, como en otras muchas materias, con una pluralidad de regímenes: convencional y común (por más que este último ofrecería un carácter residual en función del elevado número de Estados Parte en el Convenio), lo que justificaría plenamente la presencia de los arts. 58 y 59 L.A. Sin embargo, al guardar silencio en el momento oportuno, fijado por el propio art. I.3º del Convenio de Nueva York, la dualidad de regímenes no es factible, por lo que el contenido de los referidos preceptos resulta superfluo. Es de lamentar que el legislador no haya reparado en este dato y que por un mimetismo con ciertas Leyes de arbitraje recientes de los países de nuestro entorno haya adoptado una técnica dual: tratados y, en su defecto, “la presente Ley”. Grave error sin duda porque los países que lo adoptan formularon en su día la oportuna declaración que permitía tal opción¹⁰². En las condiciones en que España se obligó al Convenio no tiene objeto el establecimiento de un régimen común de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, como sí lo tiene en los países que expresaron la referida declaración; también lo tiene en aquellos Estados que poseen una

reserva fue retirada (Cf. A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1988, p. 134; M. Blessing, “The New International Arbitration Law in Switzerland. A Significant Step Towards Liberalism”, *J. Int'l Arb.*, vol. 5, 1988, pp. 78-79; P.-Y. Tschanz, “Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international”, *RDAI*, núm. 4, 1988, pp. 449-450).

¹⁰². De ahí que tengan plena justificación los arts. 1498 ss. del Código de Procedimiento Civil francés, según la redacción efectuada por el Decreto nº 81-500, de 12 de mayo de 1981 (*RCEA*, vol. I, 1984, pp. 229-230; *Vid.* P. Bellet y E. Mezger, “L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, pp. 611 ss., esp. pp. 636 ss.; W.L. Craig, W.W. Park y J. Paulsson, “French Codification of a Legal Framework for International Commercial Arbitration: the Decree of May 12, 1981”, *Yearbook C.A.*, vol. VII, 1982, pp. 407 ss., esp. 413-415; J.L. Delvolvé, *Arbitration in France. The French Law of National and International Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1982; Ph. Fouchard, “L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981”, *Journ. dr. int.*, t. 109, 1982, pp. 374-420; J. Robert, “L'arbitrage en matière internationale. Commentaire du décret nº 81-500 du 12 mai 1981”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1981, pp. 209-216). Otro ejemplo reciente, se justifica en el hecho de la existencia de la referida declaración: redacción de los arts. 1076 ss. efectuada por la Ley holandesa de arbitraje de 1986 (*RCEA*, vol. V, 1988-89, pp. 417 ss. con notas de P. Sanders y A. J. van den Berg).

particular estructura federal, lo que obliga al establecimiento de unas normas específicas¹⁰³ y, como es lógico, en los países que no son parte en el régimen convencional, que si desean no quedar al margen del arbitraje comercial internacional deben de insertar un régimen *ad hoc* en materia de exequátur de laudos arbitrales.

Mas este error se acrecienta por el particularismo adoptado en la confección del, inviable en la práctica, régimen común. En buena lógica, y aunque sólo fuese a efectos didácticos, podía haberse reproducido el texto íntegro del Convenio de Nueva York y así evitar futuros problemas. O, en la misma dirección y con la misma finalidad, podía haberse incorporado lo dispuesto en los arts. 35 y 36 de la Ley modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, que coinciden en la práctica con los arts. IV. y V de dicho Convenio. Es más, de persistir el legislador en su afán particularista, tenía la posibilidad de establecer un régimen más favorable y, de esta suerte, aplicarlo sobre la base del art. VII.1º del Convenio¹⁰⁴. Al no seguir ninguna de estas vías el legislador ha incluido unos preceptos en el art. 59 LA que deben considerarse letra muerta¹⁰⁵. Se trata de una solución marcadamente heterodoxa que, en un vano intento de conciliar las normas del Convenio de 1958 con las de la LEC¹⁰⁶ y por un

¹⁰³. Aunque Canadá no efectuó la oportuna reserva de reciprocidad, hubo adecuar las previsiones del Convenio de Nueva York a su estructura compleja. A ello responde, por ejemplo, el Título II (arts. 948 ss.) del Libro VII modificados en 1986 con ocasión de la adhesión al Convenio (RCEA, vol. IV, 1987, pp. 231-236; Vid. A. Prujiner, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *Rev. arb.*, 1987, pp. 425-449).

¹⁰⁴. Técnica utilizada por el legislador holandés en el art. 1076.1º de la Ley de 1986, según el cual: "... si un tratado aplicable autoriza a una parte a que se ampare en las leyes del país en el que se pretende el reconocimiento y la ejecución, el laudo arbitral dictado en un Estado extranjero podrá reconocerse y se podrá pretender su ejecución en los Países Bajos" sobre la base de un régimen más favorable, según los comentaristas, que el del Convenio de Nueva York. En este punto se ha afirmado con razón que interpretado "*ad pedem litterae*, podría creerse que el sistema español de reconocimiento de laudos arbitrales es más favorable que el previsto en el Convenio de Nueva York y que, por consiguiente, debería aplicarse en lugar de éste; sin embargo, de los trabajos parlamentarios de elaboración del texto, no parece en modo alguno que ésta haya sido la intención de nuestro legislador" (Cf. A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 150). Un análisis comparativo entre el art. 59 L.A y el art. V del Convenio de Nueva York se encuentra en F. Pantaleón, "Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje", *La Ley. Revista Semanal de Legislación*, núm. 10, 1989, p. 58-59.

¹⁰⁵. En la misma dirección Vid. J. Serra Callejo, "El control por el Tribunal Constitucional de la 'irrazonabilidad' de las resoluciones judiciales", *La Ley*, núm. 2408, 1990, p. 4.

¹⁰⁶. Cf. C.A. Esplugues Mota, "Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros", *RCEA*, vol. V, 1988-89, p. 156.

mimetismo a un Derecho comparado que no era la referencia exacta, ha conseguido un resultado normativo altamente reprochable.

V. Problemas de aplicación de los tratados internacionales de DIPr por los jueces españoles

1. Evolución de la práctica

40. Configurado el sistema español de DIPr como de “base legal”, el valor que debe otorgarse a la jurisprudencia es bastante más reducido que el existente en otros sistemas que poseen una base marcadamente consuetudinaria. En cualquier caso, y en función de la modernidad de la mayor parte de las normas vigentes, no puede negarse el papel relevante de la jurisprudencia en función de lo dispuesto en el art. 1.6º Cc, donde figura como uno de los que L. Díez Picazo califica de “principios de autointegración del sistema”. Partiendo de la contemplación de esta “fuente”, deben tenerse en cuenta dos datos. En primer término, que ésta ha modelado en buena medida muchos sistemas positivos, sobre todo, los de filiación anglosajona; y, en lo que respecta al sistema español anterior a las reformas de 1974 y de 1985 no pueden olvidarse una serie de extremos. De un lado, el carácter incompleto de las normas de DIPr, formuladas en un particular momento histórico de aislacionismo político y de dependencia económica extranjera, que era igualmente patente en el ámbito del Derecho aplicable y en el del Derecho judicial internacional (carácter unilateral del art. 9 Cc, competencia exorbitante del art. 51 LEC...). De otro lado, que sectores clave como el de la aplicación judicial del Derecho extranjero o el de la competencia judicial internacional, sobre todo en materia laboral, contaron, en ausencia de norma expresa, e incluso en ocasiones al margen del rigor de una norma genérica y obsoleta, con un importante desarrollo merced a la doctrina de nuestros Tribunales de justicia.

Acaso sea el sector de la aplicación judicial del Derecho extranjero el que se caracterizó por la dimensión jurisprudencial más acusada en ausencia de norma expresa. Téngase en cuenta que, con independencia de la formulación bilateral o no de nuestras primeras normas de DIPr éstas daban lugar a una generosa llamada del Derecho extranjero, cuya consideración procesal en España ofrecía numerosos problemas que no contaban con solución positiva. Fue aquí donde la jurisprudencia (con soluciones más o menos acertadas) ofreció toda su relevancia, no sólo en cuanto a la inducción de los principios generales del régimen de la aplicación procesal del Derecho extranjero, sino en cuanto a la concreción de las reglas

judiciales aplicables. Por ejemplo, la exigencia del dictamen de dos jurisconsultos extranjeros para que el Derecho extranjero desplegara su eficacia en el foro español. En definitiva, en este sector se puso claramente de manifiesto la complejidad de los supuestos planteados y la función creadora del juez.

41. Señalada la relevancia de la jurisprudencia desde una perspectiva general, la contemplación de la labor realizada por nuestros Tribunales de Justicia ofrece en materia de DIPr luces y sombras, aunque éstas últimas sean la nota dominante. La ausencia de nuestro país de la comunidad internacional durante un largo período histórico, en el que, precisamente, se formaron diversas generaciones de juristas que han desempeñado hasta la fecha altos cargos en la magistratura, condujo a una desconfianza, cuando no a una hostilidad manifiesta por el juez español, hacia todo lo exterior: los Tratados internacionales y, más manifiestamente, la aplicación del Derecho extranjero y el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. Dos son las etapas que podemos señalar a grandes rasgos en la evolución de la jurisprudencia española, marcando el tránsito entre ellas el proceso de cambio político acaecido a partir del año 1976. La jurisprudencia anterior ha sido paradigmática de un sistema judicial autárquico y defensor de valores inexistentes en otros círculos jurídicos. Ello ha hecho que nuestra jurisprudencia haya ocupado un lugar preferente en la atención de la doctrina extranjera, en orden a lo que no debiera ser una aplicación coherente de las normas de DIPr. Fallos tales como los de los asuntos “Ferriol c. Ferriol”¹⁰⁷ o “Benedicto c. Barquero”¹⁰⁸ son ilustrativos de la crítica vertida. Tal situación dio lugar a una jurisprudencia peculiar que no se corresponde con las más próximas, como podrían ser la italiana o la francesa, que, curiosamente constituían el objeto preferente de estudio de los especialistas españoles. Peculiaridad cuyas notas distintivas se centran en una acción desmesurada del orden público, tanto en el plano del Derecho aplicable como en el del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, que llegó a constituir en determinados períodos la regla de base del sistema y no la excepción, y en el imperialismo jurisdiccional de los Tribunales españoles para conocer de todos los

¹⁰⁷. STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 1960, *CLJC*, octubre 1960, nº 555 y nota de E. Pecourt, *Jurisprudencia sistematizada y comentada*, vol. I, Pamplona, Eunsa, 1976, pp. 43 ss.; J.A. Pastor Ridruejo, “Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia del T.S. de 10 de octubre de 1960”, *Temis*, nº 10, 1961, pp. 103 ss.; L. Díez Picazo, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. III, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 194-196.

¹⁰⁸. STS (Sala 1ª) de 6 de abril de 1966, *CLJC*, abril 1966, nº 261 y nota de J.D. González Campos, *REDI*, vol. XX, 1967, pp. 307 ss.; *Vid.* J.A. Carrillo Salcedo, *DIPr*, 2ª de., Madrid, Tecnos, 1976, pp. 58-59, 79-80 y 274-275.

supuestos del tráfico privado externo, ignorante de la práctica de los países de nuestro entorno, basada en la cooperación internacional.

El cambio político y la transición subsiguiente encontró un reflejo directo en la doctrina de nuestros Tribunales de Justicia, que alternaron una jurisprudencia progresista con otra sumamente retrógrada y obstruccionista de los aires de libertad y de democracia que llegaban a nuestro país. Decisiones tales como la STS (Sala 1ª) de 22 de noviembre de 1977¹⁰⁹, que admitió la validez de un matrimonio civil siendo uno de los cónyuges divorciado de anterior matrimonio civil, fundamentada en el profundo cambio social experimentado en nuestro país, contrasta con la Sent. T.S (Sala 1ª) de 18 de diciembre de 1981¹¹⁰ que evitó aplicar retroactivamente el nuevo sistema matrimonial derivado de la Constitución, decretando la nulidad de un matrimonio civil contraído en Estados Unidos en 1940, por no mediar la prueba de acatolicidad exigida por la legislación entonces vigente.

La jurisprudencia actual se caracteriza por un cierto nivel de coherencia, sobre todo en determinados sectores, como el relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, donde, tras varios años de controvertida doctrina, se ha dado paso a un conjunto de decisiones de mero expediente. Sin embargo, el sector del Derecho aplicable sigue mostrando la peculiaridad apuntada en relación con la jurisprudencia comparada. En concreto, el juego de los denominados “problemas generales” contemplados en el art. 12 Cc es prácticamente inexistente, como la aplicación real del Derecho extranjero, que también constituye la excepción, y no la regla. Esta situación parece cambiar en virtud de la obra de la “jurisprudencia menor”, realizada a cargo de jueces pertenecientes a las nuevas generaciones de la magistratura española. La contemplación de un abultado número de decisiones en este sector permite vislumbrar en un futuro inmediato un cambio sustancial en la doctrina de nuestros Tribunales de Justicia en materia de DIPr que, hoy por hoy, refleja un cierto alejamiento de lo que es habitual en la jurisprudencia de los países de nuestro entorno. La complejidad que por su propia naturaleza presentan las cuestiones de DIPr exige una cierta especialización de la judicatura, que permita manejar con la soltura suficiente un conjunto de categorías y técnicas no siempre fáciles de articular. Lo obsoleto de los programas de oposiciones es suficientemente elocuente al respecto pese a que en los últimos años se ha avanzado mucho frente a lo que ocurre con los respectivos a otros concursos a cuerpos de funcionarios del Estado que siguen anclados en el DIPr de principios de siglo.

¹⁰⁹. *CLJC*, noviembre-diciembre, 1977, n° 386.

¹¹⁰. *RAJ*, 1981, n° 5372 y nota de J.D. González Campos, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 514-519.

42. Al lado de estos problemas se encuentran los derivados de las “relaciones de sistemas”, en concreto, los de aplicación de los tratados internacionales de DIPr por nuestros Tribunales y autoridades¹¹¹. Hasta la fecha se ha podido hablar con razón de una evidente y manifiesta inaplicación¹¹², justificada en su día por razones claramente ideológicas y expresada en un recelo de nuestra jurisprudencia hacia todo lo proveniente del exterior. Ciertamente, el periodo histórico que concluyó a finales de los años setenta no era propicio para la plena aplicación del DIPr convencional; debe tenerse en cuenta que en aquellos años dominaba en España una importante reticencia hacia la eficacia directa y hacia la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico interno, que no sólo era explícita en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, sino en amplios sectores doctrinales, que incluso llegaban a otorgar un carácter puramente “cultural” a este tipo de instrumentos¹¹³. De ahí nuestra insistencia en la necesidad de una cláusula general de remisión a tratados internacionales en el Capítulo IV del Título Preliminar del Cc.

Igualmente, al lado de la clara y simple inaplicación de los tratados internacionales en el ámbito propio del DIPr se registraba también una práctica, desgraciadamente bastante extendida, de incompleta o incorrecta aplicación de estos instrumentos. Dicha práctica, que no tenía el carácter doloso de la anterior, acaso estuvo justificada en la inexperiencia de nuestros Tribunales en tales menesteres, y en la responsabilidad de los docentes de la época que omitían la explicación de esta materia, y por la inexistencia de repertorios de Convenios completos y puestos al día, sobre todo, en lo que respecta al ámbito de los Estados parte y a los problemas de la aplicación en el tiempo. En este punto es totalmente imprescindible una correcta utilización de las “cláusulas finales” de los Convenios

¹¹¹. Dentro de la doctrina extranjera *Vid.* P. Lagarde, “La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux: son appréciation par le juge interne”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 25 ss.; A. von Overbeck, “L'application par le juge interne des conventions de droit international privé”, *R. des C.*, t. 132 (1971-I), pp. 1-106.

¹¹². La “cifra negra” a la que se ha referido A. Remiro Brotóns (*Cf.* “La aplicación de los tratados internacionales en el Derecho español, *La Ley*, 17 diciembre 1982, pp. 1 ss.).

¹¹³. Un reflejo de esta actitud se reflejó en la STS (Sala 2ª) de 5 de enero de 1965 al considerar las normas internacionales como “meras opiniones de tratadistas de Derecho internacional, que por muy respetables que sean, no son preceptos de carácter sustantivo o procesal” (*Vid.* las observaciones de J.D. González Campos, *REDI*, vol. XIX, 1966, pp. 550-559); o, con carácter más significativo, la STS (Sala 3ª) de 14 de noviembre de 1974 no tuvo ningún reparo en afirmar que los tratados internacionales “... no tenían con arreglo a la ley española el carácter de fuente directa del ordenamiento jurídico” (*RAJ*, 1974, nº 4361).

antes de la aplicación de sus normas materiales¹¹⁴, un control veraz de los Estados parte y un estudio detallado del alcance de las reservas y de las declaraciones interpretativas. Se trata de una labor no exenta de dificultades, que obliga a un conocimiento previo del Derecho de los tratados y en la que son instrumentos de consulta imprescindible las Resoluciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la aplicación del art. 32 del R. Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales¹¹⁵.

Pero no todo ha de ser negativo, sin olvidar que también los tribunales de los países de nuestro entorno ignoran en ocasiones el mecanismo convencional con evidentes perjuicios para la parte española¹¹⁶. La situación descrita está

¹¹⁴. Es de lamentar, en tal sentido, que numerosos repertorios españoles de materias propias del tráfico privado externo omitan dichas cláusulas, pues hacen inservible el contenido material de los Convenios.

¹¹⁵. Dichas Resoluciones, que se publican en el *BOE* generalmente cada cuatro meses, parten de una clasificación-tipo de los tratados multilaterales, cuyas rúbricas más importantes para el DIPr son la "E" (tratados jurídicos) y, dentro de esta, la "E.C." (Derecho civil e internacional privado), la "G" (marítimos) y la "H" (aéreos), que incluyen, estas últimas, un apartado "C" que recoge los aspectos propios del Derecho privado. Cada Resolución informa, de acuerdo con el art. 32, sobre la participación de otros Estados en aquellos tratados multilaterales en los que España sea parte, con inclusión, en su caso, de las reservas formuladas por esos Estados y de las objeciones a las mismas hechas por España; la retirada de las reservas y cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España.

¹¹⁶ La práctica es, a este respecto, abundante, mas acaso hable por todos el asunto "Suárez Nieto c. Bastier", abordado por la Sent. Trib. *Grande Instance* de Toulouse de 5 de junio de 1984 en un supuesto de guarda de menores, derivada de un divorcio entre una española y un francés. El Tribunal, con evidente desconfianza hacia la parte española, y desconociendo sus argumentos, concedió la guarda al padre, y a la madre el derecho de visita que incluía los períodos de vacaciones, con la prohibición expresa de trasladar a sus hijos fuera de Francia sin la autorización del padre. Tal prohibición fue impugnada por la madre ante la Juez de Asuntos Matrimoniales, toda vez que al ser España y Francia partes del Convenio de Luxemburgo de 1980, la devolución de los menores, aunque estuvieran en España, quedaba garantizada. Sin embargo, la existencia del mecanismo convencional no fue considerada suficiente, exigiéndose a la madre para levantar la prohibición la presentación de una decisión española que reconociese sentencia de divorcio francesa (exequátur). Este requisito, aparentemente aséptico, no lo era tanto en la práctica, toda vez que los trámites del exequátur en España duran con mucha fortuna más de un año y el resultado es incierto cuando existe por el medio una decisión de divorcio. En definitiva, la posibilidad de que la madre consiguiese trasladar los hijos a España, donde residía, se demoró por más de cuatro años con el consiguiente desarraigo de sus hijos. El mecanismo de la cooperación no funcionó en este caso, pues en el fondo de las decisiones francesas estuvo presente la consideración de "civilización parcialmente diferenciada" que existe en

discurriendo en los últimos tiempos por unos derroteros muy distintos. Y ello con base en lo que hemos calificado de “euforia internacionalista” en la actuación de los Tribunales de justicia españoles, coetánea con una etapa de incorporación masiva de España a tratados internacionales. Frente a una auténtica hostilidad, en unos casos, o a un solapamiento consciente, en otros, (que muchas veces trataba de obviar un desconocimiento manifiesto de las complejas normas sobre aplicación de los tratados) de los textos internacionales que obligaban a España y que eran de pertinente aplicación, se observa ahora una actitud radicalmente distinta, que en el ámbito concreto del DIPr se hace explícita en numerosos fallos.

De la situación anterior habla por sí sola la inaplicación sistemática por parte de los jueces españoles, de los Convenios sobre arbitraje comercial internacional y, en concreto, del Convenio de Nueva York de 1958, que habiendo entrado en vigor en 1977 fue totalmente relegado pese a ser la norma de pertinente aplicación en el reconocimiento y ejecución de la mayor parte de los laudos arbitrales procedentes del extranjero. Ello explica, sin duda, que, nuestra participación en el régimen convencional ginebrino, surgido de la Sociedad de las Naciones, no tuviese una traducción en la práctica, pese a que el Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 24 de setiembre de 1923 perfilaba un inequívoco modelo de arbitraje comercial internacional y a que el Convenio de Ginebra sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 26 de setiembre de 1927 incluía un régimen de reconocimiento y ejecución de laudos muy detallado y no muy diferente, en términos generales, al del Convenio de Nueva York de 1958. No se trata de que dichos Convenios pronto quedasen sobrepasados por las necesidades del tráfico, sino de que nuestros Tribunales prácticamente los ignoraron cuando no procedieron a aplicarlos a través de una inadmisibile interpretación restrictiva. Baste observar la sencilla estadística: sólo cuatro Autos del T.S. reconocieron y ejecutaron laudos extranjeros en base al mencionado régimen ginebrino¹¹⁷. La

nuestro país respecto de Francia (Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., p. 56).

¹¹⁷. Las decisiones pronunciadas en virtud del Convenio de Ginebra de 1927 fueron las siguientes: ATS (Sala 1ª) de 16 mayo 1936, B. Mª Cremades, *Panorámica*, pp. 214-218; ATS (Sala 1ª) 5 julio 1956, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 383-385; ATS (Sala 1ª) 27 noviembre 1958, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 389-390; ATS (Sala 1ª) 4 marzo 1964, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 405-408; ATS (Sala 1ª) 14 marzo 1964, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 408-409; ATS (Sala 1ª) 4 mayo 1965, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 410-411; ATS (Sala 1ª) 12 noviembre 1965, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 416-417; ATS (Sala 1ª) de 22 octubre 1970, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 443-444; ATS (Sala 1ª) de 13 mayo 1971, *Ejecución*, pp. 447-448; ATS (Sala 1ª) de 28 mayo 1971, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 449-450; ATS (Sala 1ª) de 6 abril 1972, *Ejecución*, pp. 454-455; ATS (Sala 1ª) de 5 julio 1973, J. Mª Chillón Medina y J.F.

situación quedaría alterada cuando un Magistrado del T.S. se decidió al normal cumplimiento de la legalidad vigente, “descubriendo” la existencia del Convenio de Nueva York, y su pertinente aplicación a un caso concreto; nos referimos al ATS (Sala 1ª) de 11 de febrero de 1981¹¹⁸.

Esta euforia internacionalista ha llegado a situaciones diametralmente opuestas a la práctica anterior. En concreto, la Sent. Aud. Territ. de Palma de Mallorca de 13 de octubre de 1988 recurrió al Convenio de Bruselas de 1968 como *ratio scripta* intentando solucionar un problema que la LOPJ y en particular su art. 22 no había previsto expresamente. Y de esta suerte utilizó el art. 17 de este texto convencional como criterio orientativo pese a no ser aplicable al caso¹¹⁹ en función de la separación existente en orden a la aplicación e interpretación de las normas entre el DIPr autónomo y el DIPr convencional.

Asimismo, dos decisiones recientes del T.S. hacen referencia a un hasta ahora desconocido Convenio hispano-venezolano de reconocimiento y ejecución de sentencias, que sirve de fundamento jurídico a sendos autos de concesión del

Merino Merchán, *Tratado*, pp. 626-628; ATS (Sala 1ª) de 4 julio 1975, A. Remiro Brotons, *Ejecución*, pp. 373-376.

¹¹⁸. En él se discutía si el laudo arbitral dictado por un árbitro de Londres en un litigio entre una empresa finlandesa y otra española podía ser ejecutado en España a través de los cauces de expresado Convenio, a lo que accedió el T.S. pese a que la parte española alegaba numerosos motivos en contra. La simplicidad de la solución y la parquedad del fallo no deben desmerecer la trascendencia del referido Auto: se había reconocido la primacía del régimen convencional. Ello permitió que pocos meses después se confirmara la línea expresada, al admitirse el exequátur de un laudo dictado por una institución arbitral extranjera, la “Federación del Comercio de Café” de Londres. Como es bien sabido, la Ley de Arbitrajes Privados de 1953 (vigente hasta la L.A. 36/1988) prohibía taxativamente el arbitraje institucional; en consecuencia, la jurisprudencia de nuestro T.S. reputaba contrario al orden público la ejecución de laudos arbitrales extranjeros procedentes de dichas instituciones. Ahora bien, el Convenio de Nueva York ignoraba tal prohibición permitiendo el exequátur de tales laudos. Fue esta última la solución que prevaleció en el ATS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 1981 a través de una respuesta contundente. De acuerdo con el T.S. de entender nucleada en el orden público la Ley de 1953 y, por tanto, aplicable la excepción del art. 954 LEC, quedaría lo dispuesto en los Convenios internacionales en letra muerta, “... ya que bastaría al comerciante español no cooperar en la designación de los árbitros para evitar la futura ejecución de la sentencia” (*CLJC*, 1981, nº 353 bis ; *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 159 ss y nota de M. Fernández Fernández y comentarios de M. Virgós Soriano, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 503-505 y de J.F. Merino Merchán, *Bol. Asoc. Esp. Arb.*, nº 5, 1982, pp. 35-39). Consecuentemente, a partir de esta decisión del T.S. la Ley de 1953 no pudo ser esgrimida en contra de un arbitraje extranjero desarrollado al margen de la misma. Era el primer paso hacia la incorporación de nuestro país en los mecanismos del arbitraje comercial internacional. Mas nótese que tuvieron que transcurrir cinco años para que el T.S. se decidiese a aplicar un Convenio en vigor. Hoy el Convenio de Nueva York es el texto habitualmente utilizado por el T.S. en esta materia.

¹¹⁹. *RGD*, núms. 532-533, 1989, pp. 745-746; *REDI*, 1989-119-Pr y nota de A. Borrás.

exequátur (Autos T.S. (Sala 1ª) de 20 de febrero de 1989¹²⁰ y de 21 de febrero de 1991¹²¹). No se incluye en la lista de Convenios bilaterales porque, aunque parezca increíble, parece que dicho Convenio no existe realmente. Del mismo modo, alguna decisión del T.S. ha aplicado por desliz el Convenio entre España y Suiza a una decisión procedente de Suecia (ATS (Sala 1ª) de 9 de mayo de 1972¹²²). Asimismo, puede observarse la utilización de un típico Convenio de establecimiento para justificar innecesariamente la reciprocidad diplomática en un procedimiento de exequátur¹²³.

2. Problemas de delimitación normativa

A) DIPr convencional y DIPr autónomo

43. La pluralidad de ámbitos de producción jurídica que caracteriza al sistema español de DIPr produce con frecuencia situaciones en que un mismo supuesto se halle regulado, a un tiempo, por una norma de DIPr autónomo y por una norma de origen convencional. Tal sería el caso, anteriormente señalado, de una obligación de alimentos regulada por el art. 9.7º Cc y por el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. La delimitación normativa, y la consiguiente acotación de la normativa aplicable, plantea una cuestión de Derecho

¹²⁰. Resulta sorprendente la alusión a un inexistente Convenio hispano-venezolano sobre reconocimiento y ejecución de decisiones; máxime por ser Venezuela el tercer país de procedencia del mayor número de solicitudes de exequátur y existir una abundante práctica del T.S. en la que se ha aplicado el régimen de condiciones: “Procede la ejecución en España de la sentencia pronunciada el 17 de noviembre de 1953 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial de la República de Venezuela, sobre divorcio de ..., y cumpliendo cuantos requisitos exige el Convenio con Venezuela, para el reconocimiento de las resoluciones judiciales de los respectivos países, procede acceder al exequátur solicitado” (*REDI, 1991-23-Pr*).

¹²¹ *REDI, 1997-87-Pr*.

¹²². A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, p. 457.

¹²³. “Teniendo en cuenta que está fuera de duda la competencia del Tribunal que originó la sentencia de cuyo reconocimiento se trata, toda vez que los Juzgados y Tribunales españoles la tienen para conocer en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio (art. 22, 3º LOPJ) y que el Tratado de establecimiento con la R.F. de Alemania de 23 de abril de 1970..., en sus arts. 4 y 7 establece que “los nacionales de cada parte, disfrutarán en el territorio de la otra de protección y seguridad y podrán ejercitar sus derechos y llevar a cabo su defensa ante cualquier Órgano Judicial o Administrativo, en las mismas condiciones que los nacionales”... es de llegar a la conclusión de que procede otorgar el cumplimiento en España de la sentencia extranjera a que se hace referencia...” (ATS de 15 de enero de 1988, inédito).

internacional público y Derecho constitucional clásica: el lugar que ocupa el Tratado en el sistema de fuentes diseñado por la Constitución, y sus relaciones¹²⁴.

La delimitación puede resolverse, a través del criterio de jerarquía normativa, entendiendo que los arts. 95 y 96.1º C.E. atribuyen al Tratado un carácter supralegal, lo que implica plantear las relaciones del tratado respecto de la Ley interna en términos de validez-derogación. A partir de aquí, la Ley, como disposición jerárquicamente inferior, quedaría derogada o anulada por el Tratado, tanto si éste es anterior como si es posterior a aquélla. Así, el art. 9.7º Cc habría quedado derogado por la posterior ratificación por España del Convenio de La Haya de 1973, merced a que, por su carácter *erga omnes* sustituye completamente a la disposición interna. Pero también los arts. 56 a 59 LA de 1988, aunque posteriores a la ratificación por España del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, serían nulas desde su promulgación, al contradecir un tratado anterior que las desplaza íntegramente y que es superior en término de jerarquía. Esta posición burdamente atribuida a la doctrina internacionalista española, por una lectura precipitada, superficial e incompleta de algunas obras, ofrece una visión rigorista y maximalista, en términos de nulidad de las disposiciones contrarias, de la lectura jerárquica de la relación de la relación tratado-ley. Se trata de una simplificación pues reduce a un planteamiento unitario toda una serie de rigurosos planteamientos doctrinales de muy diversa condición, basados en la contemplación directa de la práctica tanto de los tribunales españoles como extranjeros.

¹²⁴. Dentro de la abundante bibliografía existente en España sobre las denominadas "relaciones de sistemas", interesa destacar las siguientes: J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y M.P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho internacional público*, 5ª ed., Madrid, SPFDUCM, 1992, pp. 240 ss; J. A. Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 158-161; A. Remiro Brotóns, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 403-407; L.I. Sánchez Rodríguez, "Los tratados internacionales como fuente del ordenamiento jurídico español", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1984, pp. 135-189; A. Mangas Martín, "Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español", *Cuadernos de Derecho Judicial...*, *op. cit.*, pp. 9-37; C. Escobar Hernández, "La aplicación de los tratados internacionales en España", *ibid.*, pp. 39-90; J.L. Requejo Pagés, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; J. Rodríguez Zapata, "Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: La Constitución española", *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. III, Madrid, IEF, 1979, pp. 1737-1770; *id.*, "Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad", *REDA*, nº 30, 1981, pp. 471 ss.; *id.*, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 187 ss.; J.R. de Verda Beamonte, "La posición jerárquica del tratado internacional en el sistema de fuentes del Derecho español", *RGD*, nº 591, 1993, pp. 11302 ss.

Por eso, sin tener en cuenta esta importante matización, un sector doctrinal combate esa supuesta posición maximalista afirmando que tanto la Ley como el Tratado se sitúan en el mismo orden de jerarquía formal (rango de Ley) y sus relaciones se explicarían en términos no de validez-derogación, sino de eficacia-aplicabilidad. En clave constitucional, según esta posición, las relaciones entre el Tratado y la Ley se explicarían por la particular resistencia del Tratado frente a la ley impuesta por los arts. 95 y 96.1º CE. Las leyes anteriores quedan derogadas por el Tratado, como ley posterior, esto es, en base a criterios de validez, dado que ambos son leyes y basta con aplicar el criterio según el cual la ley posterior deroga a la anterior¹²⁵. Así, en nuestro ejemplo, el art. 9.7º Cc habría quedado definitivamente derogado por el Convenio de La Haya, y tal situación no variaría si, llegado el caso, el Convenio se denunciase y perdiera su vigencia. Sin embargo, las leyes posteriores no pueden derogar al Tratado, dada su resistencia pasiva otorgada por la Constitución, pero no por ello son nulas, sino que el Tratado prevalece sobre ellas en virtud de criterios de eficacia o aplicación. En el ejemplo, los preceptos indicados de la Ley de Arbitraje no serían de aplicación, pero no habrían sido derogados; si, llegado el caso, se denunciara el Convenio de Nueva York, tales preceptos recobrarían aplicabilidad, al no haber perdido nunca validez o vigencia. El criterio de prevalencia se acomoda asimismo a otros casos de relación entre la ley interna y el Tratado en que existe además una relación de especialidad, como ocurre, por ejemplo, entre el art. 10.9º Cc español (obligaciones extracontractuales) y el Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, en que el Tratado actúa, además, como ley especial.

No han faltado tampoco teorías que defiendan que las relaciones entre el Tratado y la Ley son en todo caso relaciones de aplicabilidad, por lo que el Tratado, sea anterior o posterior, siempre sustituye, pero nunca deroga a las Leyes internas. Sin pretender inmiscuirnos en una cuestión ajena a nuestra especialidad, creemos más sólida, la posición que propugna ante todo y sobre todo la aplicación preferente (o el desplazamiento en la aplicación) del Tratado respecto de la Ley contraria y nunca, desde luego, la nulidad a ultranza. Esta lectura atenuada de la relación jerárquica, que coincide por otra parte con la concepción más generalizada del concepto homólogo de primacía en el ámbito del Derecho comunitario es, además, la sustentada mayoritariamente, no sólo desde la mejor doctrina

¹²⁵. Cf. J.L. Requejo Pagés, "Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el Ordenamiento español", *REDC*, nº 34, 1992, pp. 41 ss., siguiendo muy de cerca el planteamiento de I. de Otto y Pardo, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.

internacionalista sino la acogida con carácter general por nuestra jurisprudencia¹²⁶ y ello en razón de que “la jerarquía tiene una virtualidad para el juez ordinario: le ofrece una respuesta directa e inmediatamente operativa”¹²⁷.

44. Las relaciones entre el Tratado y la Ley no se agotan, sin embargo, en la cuestión primordial de la delimitación. La riqueza de estas relaciones plantea otras posibilidades. Entre ellas, una de las más relevantes para el DIPr español se refiere a las técnicas de remisión de los convenios internacionales al Derecho interno. Un buen ejemplo lo ofrece el Convenio de Bruselas de 27 de setiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. Como es bien sabido, una de las cuestiones fundamentales del sector de la competencia judicial internacional consistirá en delimitar en qué casos son de aplicación las disposiciones del Convenio y cuándo las previstas en la LOPJ. Sin embargo, *stricto sensu*, dentro de su ámbito de materias, el Convenio de Bruselas resulta aplicable siempre, puesto que su ámbito de aplicación espacial es absoluto: se aplica tanto cuando el domicilio del demandado está dentro del territorio de la Unión Europea (arts. 2 y 3), como cuando se halla domiciliado fuera (art. 4). Sin embargo, en este último caso, por remisión del propio Convenio, resultan de aplicación las disposiciones internas de las legislaciones estatales. Pero, en tal caso, tales disposiciones -en el caso español las previstas en la LOPJ- no son de aplicación porque en virtud de la delimitación resulte inaplicable el Convenio de Bruselas,

¹²⁶. Dentro de la crónica de jurisprudencia española de Derecho internacional público de la *REDI*, que dirige M^ºP. Andrés Sáenz de Santa María, se encuentran numerosos precedentes que avalan esta tesis. Baste citar, junto a la STS (Sala 1^ª) de 22 de mayo de 1989, que inauguraba las páginas de este estudio, la STS (Sala 1^ª) de 18 de junio de 1991 que, a propósito de la adhesión de España al Convenio de Ginebra de 1956 referente al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, y una vez publicado tal instrumento en el *BOE* entendió que este último “claro es que, de conformidad con lo prevenido en el art. 96 CE, forma parte del ordenamiento interno español, como asimismo reconoce el n^º 5 del art. 1 Cc, y en consecuencia ha quedado incardinado en el principio de jerarquía normativa sancionado en el n^º 3 del art. 9 de la referida Constitución, determinando en consecuencia que las normas del mencionado Convenio, en cuanto es significativo de una norma especial y específica, tienen carácter prevalente en su aplicación” (*RAJ*, 1991, n^º 4520 ; *REDI-1992-3* y nota de J. González Vega). Atinadamente este autor valora el fallo al entender que la mención al carácter prevalente en la aplicación del tratado refuerza “la naturaleza pragmática del pronunciamiento judicial, pues a todas luces no es la jerarquía el fundamento último de la decisión sino el principio de aplicación preferente el que sirve al juzgador para desplazar la aplicación del Derecho nacional en beneficio del convencional”.

¹²⁷. Cf. J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y M^ª P. Andrés Sáenz de Santa María, *op. cit.*, p. 244.

sino, al contrario, porque, en aplicación del citado Convenio, se produce la remisión a las normas estatales.

B) Compatibilidad entre Convenios¹²⁸

45. El creciente desarrollo de la codificación internacional viene generando en los últimos tiempos frecuentes supuestos de colisión entre Convenios¹²⁹. Este hecho se produce por diversos factores. En primer término, por coincidir las materias propias de convenios bilaterales y multilaterales (es el caso del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras). En segundo lugar, porque dentro de un mismo foro codificador se produce una revisión de convenios anteriores (hipótesis que suscitan los sucesivos Convenios de La Haya sobre asistencia judicial internacional, alimentos o protección de menores)¹³⁰. En tercer

¹²⁸. En la doctrina española *Vid.* S. Alvarez González, “Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr”, *REDI*, vol. XLV, 1993, p. 39-62.

¹²⁹. *Vid.* F. Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, t. I, París, Pédone, 1976, pp. 282 ss. ; B. Dutoit y F. Majoros, “Le laciis....”, *loc. cit.*, pp. 565-596.

¹³⁰. En este sector es muy frecuente la confusión del Convenio adecuado cuando se aborda una cuestión de Derecho procesal civil internacional, pues no sólo nos encontramos aquí con que España ha sido y es parte de una serie de tratados multilaterales de carácter general surgidos de la Conferencia de La Haya de DIPr, todos ellos sucesivos y concernientes a una misma materia (de 1896, de 1904 y de 1954), sino que dichos instrumentos se complementan con otros tratados, también multilaterales y emanados de la misma institución, sobre aspectos concretos del procedimiento civil: notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales (1965), obtención de pruebas en el extranjero (1970), facilidades para el acceso internacional a la justicia (1980) y que existe un tercer grupo de convenios, esta vez de carácter bilateral y complementario de los generales (nuestro país tiene suscritos instrumentos de este tipo con Austria, Checoslovaquia, Francia e Italia). Ante tal cúmulo de normas es preciso precisar en cada caso concreto, cual es la aplicable a una determinada relación bilateral. El camino más seguro es partir del Convenio general de 1954 por su carácter completo y más reciente; luego estudiar si el país con el cual la relación jurídica está conectado, y naturalmente España, poseen un Convenio bilateral o ambos son parte de algún tratado sobre aspectos concretos del procedimiento civil. Si ocurre esto se estaría a lo dispuesto en este último caso, sino será de aplicación en referido Convenio de 1954. Ahora bien, si el país con el cual el supuesto de hecho está conectado no es parte del Convenio de 1954, será necesario verificar si es parte del de 1904 (en cuyo caso se aplicaría éste) o, por último del de 1896 (que sería el último en entrar en juego). Sólo una vez agotada esta compleja vía convencional podrá acudir al denominado “sistema común” (arts. 276 a 278 LOPJ y arts. 300, 354, 657, 1400.2º LEC). Ante tal complejidad en el proceso de identificación de la norma convencional pertinente en el marco del Derecho procesal civil internacional (aunque podrían citarse muchos más como el de la responsabilidad civil o el del Derecho marítimo internacional), no es extraño que la jurisprudencia española cometa reiteradas incorrecciones pese a que nos movamos en un sector claramente incluido en la máxima *iura novit*

lugar, por tratarse de materias que son objeto de codificación internacional en distintos foros (cuyo ejemplo más claro son los Convenios relativos a los contratos internacionales de N.U., Unión Europea, UNIDROIT, etc...). Finalmente, no puede olvidarse que a menudo se suscitan falsos conflictos de convenios por una defectuosa interpretación de sus respectivos ámbitos de aplicación¹³¹.

Existen, por tanto, muy variadas materias (arbitraje, compraventa internacional, tutela, alimentos, Derecho cambiario, procedimiento civil, reconocimiento y ejecución de decisiones, etc...), donde se solapan y suceden tratados internacionales bilaterales y multilaterales. Los problemas de delimitación entre convenios salen a la luz en mayor número cada día en la jurisprudencia interna de cualquier Estado y los riesgos inherentes a la delimitación entre Convenios son múltiples y van desde la posibilidad misma de ignorar la existencia de textos internacionales cada vez más numerosos, hasta la propia dificultad que, en ocasiones, entraña la labor de delimitación entre Convenios. Dichas dificultades han propiciado la inclusión en los mismos textos convencionales de las denominadas “cláusulas de compatibilidad de Tratados” que ofrecen un alcance muy distinto desde la pretensión de eliminar cualquier conflicto en el futuro respecto a la vigencia de los tratados anteriores¹³², hasta la aplicación del principio de la ley más favorable¹³³, pasando por situaciones

curia. Así, por citar un ejemplo, en la Sent. Aud. Territ. de Madrid de 23 de mayo de 1983, y en relación con la eventual exención de una caución de arraigo en juicio exigida a unos holadesees, se aplicó el Convenio de la Haya de 17 de julio de 1905, pese a que este había sido sustituido por el Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 y a que España era parte de este último desde 1961 y los Países Bajos desde 1959 (*RGD*, 1982, pp. 266-267).

¹³¹. Así, S. Álvarez González utiliza el ejemplo que suministra la Sent. *OGH* (Austria) de 10 de diciembre de 1980. En ella se planteó la cuestión de la calificación de la categoría “medidas de protección” (*Schutzmassnahmen*) o “medidas encaminadas a proteger” la persona o bienes del menor, presente en el art. 1 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores. Al considerar -erróneamente- dentro de las mismas las demandas alimenticias se provocó un falso conflicto con los Convenios de La Haya sobre ley aplicable a los alimentos (Cf. “Cláusulas de compatibilidad...”, *loc. cit.*, p. 42).

¹³². Así, el art. 29 del Convenio de La Haya de 1954 establece que “El presente Convenio sustituirá en las relaciones entre los Estados que lo hayan ratificado, el Convenio de procedimiento civil, firmado en La Haya el 17 de julio de 1905”.

¹³³. El art. 8 del Convenio de La Haya de 1961 sobre legalizaciones dispone que “Cuando dos o más Estados contratantes exista un tratado, convenio o acuerdo que contenga disposiciones que sometan la certificación de una firma, sello o timbre a ciertas formalidades, el presente convenio sólo anulará dichas disposiciones si tales formalidades son más rigurosas que las prevenidas en los arts. 3º y 4º”.

de mayor complejidad en función de los intereses en presencia¹³⁴ o generando una incertidumbre y, por ende, una libertad de obrar para el juez que, en definitiva, será quien elija a su leal saber y entender cual es el texto convencional aplicable al caso¹³⁵. En estos últimos casos el tenor de la cláusula encuentra cierta justificación en una técnica codificadora de “huida hacia adelante”, para evitar que se paralicen las negociaciones, y no en la solución definitiva de eventuales problemas en presencia.

46. Las cláusulas de compatibilidad no se producen, sin embargo, en todos los tramados convencionales; y aun cuando existen, se muestran insuficientes para resolver todos los problemas. De ahí que se hayan aducido soluciones de carácter

¹³⁴. El Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías de 30 de octubre de 1985 ofrece variados ejemplos de cláusulas de compatibilidad con otros Tratados en una materia caracterizada por un importante tramado convencional. Se trata de un texto en cuya negociación se tuvo muy presentes algunos antecedentes, tales como el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero que también contiene cláusulas expresas de compatibilidad con otros textos internacionales. Así, con un carácter particular, la cláusula de excepción en favor de la ley más estrechamente vinculada, contenida en el art. 8.3º, no actuará, como prevé el art. 8.5º, respecto de las cuestiones reguladas en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre venta internacional de mercancías, si, en el momento de la perfección del contrato, vendedor y comprador tenían sus establecimientos respectivos en Estados diferentes, ambos parte en el citado Convenio. Con un alcance más amplio, el art. 23 del Convenio declara que el convenio no menoscaba la aplicación del citado convenio de Viena, ni la del Convenio de Nueva York de 14 de julio de 1974 sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercancías (ni tampoco la del Protocolo de 11 de abril de 1980 que modifica este último). El art. 28 especifica, por otra parte, la entrada en vigor del texto convencional para todo Estado parte en el Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de bienes muebles corporales de 15 de junio de 1955, que queda, en consecuencia, reemplazado por el texto de 1985. Finalmente, con un carácter mucho más general, el art. 22 del Convenio establece que éste no prevalecerá sobre otros convenios o acuerdos internacionales presentes o futuros que contengan disposiciones sobre la ley aplicable a la compraventa, siempre que dicho instrumento sólo sea aplicable si el vendedor y el comprador tuviesen su establecimiento en Estados parte del convenio de La Haya de 1985. Tampoco prevalecerá este último sobre otro texto internacional al que se adhiera un Estado parte, y relativo a la determinación de la ley aplicable a una categoría particular de venta que entre en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1985. Como se aprecia, las cláusulas de compatibilidad ofrecen muchas y variadas posibilidades.

¹³⁵. Tras la rúbrica de “Relaciones con otros convenios”, el art. 21 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone que “El presente Convenio no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a ser parte”. Y con una intención similar se pronuncia el art. 15 del Convenio de La Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y el art. 15 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos.

general, de muy distinto signo. En unos casos se busca la eficacia óptima o el Convenio más favorable para proceder a delimitar convenios destinados a la protección de una parte débil o a la consecución de la validez o reconocimiento de un determinado acto o decisión y, en otros supuestos la solución viene dada por la regla de la especialidad de la materia¹³⁶. Ello al margen de los problemas intertemporales a los que nos referiremos en un apartado autónomo. Veamos el juego de las cláusulas de compatibilidad en relación con dos textos internacionales de extraordinaria relevancia para el operador jurídico: el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

47. La variedad de “tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno” en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (art. 56.1º LA) obliga a realizar unas consideraciones en torno a la identificación del concreto régimen convencional a una solución concreta. Para ello deben distinguirse distintas situaciones en presencia tomando como punto de partida el instrumento de base: el Convenio de Nueva York de 1958. La primera se refiere a la situación del régimen convencional ginebrino; la segunda a la interacción existente entre dicho instrumento respecto de los Convenios bilaterales suscritos por España en la materia, tanto con anterioridad como con posterioridad al Convenio; por último, a las relaciones existentes entre el Convenio de Nueva York de 1958 y el Convenio de Ginebra de 1961.

Desde el momento de su entrada en vigor el Convenio de Nueva York de 1958 sustituye el régimen establecido en Ginebra por el Protocolo de 1923 y el Convenio de 1927. De acuerdo con su art. VII.2º dichos instrumentos “dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos”¹³⁷. Por su parte, la interacción entre el Convenio de Nueva York y los Convenios bilaterales se regula en el art. VII.1º al entender éste que las disposiciones del Convenio no afectarán la validez de los acuerdos “...bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las

¹³⁶ Cf. B. Dutoit y F. Majoros, “Le lacis...”, *loc. cit.*, pp. 577-585.

¹³⁷ Como ha puesto de relieve A. Remiro Brotóns, el Convenio de Nueva York tiene la virtud de ampliar el ámbito de aplicación a la vez que “matiza y pule las condiciones de las que se hace depender el reconocimiento y ejecución del laudo, liberaliza su apreciación por la autoridad judicial competente y desplaza el peso de la carga probatoria del solicitante del exequátur al demandado. En virtud de todo ello, más decisiones y más fácilmente debían desplegar sus efectos en el extranjero” (Cf. *Ejecución ...*, *op. cit.*, p. 17).

sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiere tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación a los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”. Lo dispuesto en este precepto se enmarca dentro de la regla de la “eficacia máxima”, en virtud de la cual en caso de discrepancia entre lo dispuesto en distintos Convenios, la preferencia corresponde a aquél que posea unos presupuestos de reconocimiento y de ejecución más liberales o a aquel que incluya un procedimiento más simplificado¹³⁸. En realidad y el Convenio de Nueva York suele ser en términos generales mucho más beneficioso que los instrumentos internacionales suscritos por España, salvo aspectos muy concretos que habrá de desentrañar el operador jurídico en cada caso particular.

48. Un rico elenco de cláusulas de compatibilidad lo ofrece el Convenio de Bruselas de 1968. Habida cuenta de que la competencia judicial internacional es objeto asimismo de otros Convenios internacionales, resultaba de utilidad la introducción de reglas de compatibilidad con otros textos, cuestión a la que dedica el Convenio su Título VII (arts. 55 a 59), operativo tanto en materia de competencia judicial como de reconocimiento y ejecución de decisiones. Centrándonos en las relaciones con otros Convenios en el primero de los sectores citados, conviene distinguir entre las relaciones del Convenio de Bruselas con otros Convenios internacionales en materias especiales, por un lado, y con convenios generales de competencia judicial internacional, de otro.

Atendiendo a los criterios generales del Derecho internacional, el Convenio de Bruselas ha previsto la aplicación preferente de los Convenios sobre competencia judicial internacional en materias específicas entre Estados contratantes (art. 57). Más arriba se ha hecho referencia a algunos de dichos Convenios en vigor para España. El Convenio de Bruselas sólo exige la aplicación del art. 20 del mismo, es decir, el control de oficio de la competencia por parte del juez, en caso de incomparecencia del demandado, y la suspensión del procedimiento en caso de que no se acredite que el demandado ha podido recibir la cédula de emplazamiento o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado

¹³⁸. En la construcción de esta regla ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la norma general relativa a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia contenida en el art. 30 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969. *Vid.* las consideraciones generales sobre el mismo de F. Majoros, *Les conventions internationales...*, *op. cit.*, pp. 401-426. En particular, por lo que respecta a la materia que examinamos *Vid.* A. Remiro Brotóns, “Reconnaissance...”, *loc. cit.*, pp. 272 ss.

toda diligencia a tal fin [art. 57.2 a)]. Pero ello no significa que el Convenio de Bruselas no pueda dejar de regular ciertas otras cuestiones, si son omitidas por el convenio particular¹³⁹.

La compatibilidad del Convenio de Bruselas con otros textos internacionales que aborden con carácter general la cuestión de la competencia judicial internacional exige diferenciar a su vez entre otros convenios intra o extracomunitarios. Por un lado, el Convenio de Bruselas prevalece sobre los Convenios bilaterales entre Estados contratantes que contengan disposiciones generales sobre competencia judicial internacional (arts. 55 y 56), supuesto que no afecta al sistema español. El criterio de prevalencia del Convenio de Bruselas se extiende asimismo a los Convenios generales extracomunitarios. Por otra parte, el éxito del Convenio de Bruselas ha sido sin duda uno de los factores esenciales a la hora de animar a los Estados miembros de la EFTA a concluir con los de la Comunidad un Convenio paralelo, el Convenio de Lugano. Este texto, redactado a partir del de Bruselas, ha sido ya concluido y firmado por buena parte de los Estados miembros de la EFTA y de la Comunidad Europea (aunque no por España). En particular, el Convenio de Bruselas se aplica preferentemente por aquellos Estados que tengan suscrito, además, el Convenio de Lugano (art. 54.ter.1 del Convenio de Lugano). El Convenio de Lugano presenta también una característica que puede resultar en un futuro ciertamente ventajosa; y es que, a diferencia del Convenio de Bruselas que es cerrado (sólo pueden devenir parte en el mismo los Estados miembros de las Comunidades Europeas), el de Lugano tiene prevista la posibilidad de que otros Estados se adhieran al mismo previa invitación. De esta suerte, aunque ha sido concebido en principio con una extensión determinada (los Estados miembros de las Comunidades y los miembros de la EFTA), su “previsible actuación favorable” ha determinado la inclusión de esta cláusula que puede procurar en su día una ampliación de su virtualidad.

49. Los auténticos problemas de delimitación se plantean, sin embargo, dentro del régimen convencional. Es posible que una misma decisión, por ejemplo de alimentos, caiga al mismo tiempo bajo el ámbito de aplicación de convenios multilaterales generales (Convenio de Bruselas de 1968), convenios multilaterales especiales (Convenios de La Haya de 15 de abril de 1958 y de 2 de octubre de

¹³⁹. Así, la Sent. TJCE de 6 de diciembre de 1994 (Asunto C-406/92: *Tatry/Rataj*) estimó que, cuando un Convenio especial contiene determinadas reglas de competencia, pero no incluye ninguna disposición sobre la litispendencia y la conexidad, se aplican los arts. 21 y 22 del Convenio de Bruselas, que contienen las normas relativas a tales cuestiones.

1973) y convenios bilaterales (Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983). La dificultad estriba en determinar qué régimen de reconocimiento en España ha de seguir una decisión de alimentos dictada en Alemania. La tarea de realizar una delimitación completa entre todos los convenios de reconocimiento desborda, con mucho, las pretensiones del presente estudio. Pero sí conviene recordar algunos de los criterios generales operativos: toma en consideración de la regla de especialidad material; acción decisiva de las cláusulas de compatibilidad entre Tratados (arts. 55 a 59 del Convenio de Bruselas de 1968); aplicación de la regla relativa a los “tratados sucesivos concernientes a una misma materia” prevista en el art. 30.2º del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados¹⁴⁰ y, de forma muy especial, la aplicación del Convenio más favorable. Esta última regla de delimitación es particularmente operativa en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones, toda vez que la *ratio* de los instrumentos convencionales es favorecer el reconocimiento (*favor executionis*); de ahí que algunos textos convencionales hayan previsto expresamente una excepción a su aplicación en favor, no sólo de otros convenios, sino del propio régimen común del Estado requerido, cuando éste sea más favorable al reconocimiento.

3. Problemas de carácter intertemporal

50. La sucesión en el tiempo de normas de conflicto derivadas de la entrada en vigor de un tratado incluye los supuestos de sucesión en el tiempo de una norma de conflicto legislativa por otra de igual naturaleza, pero contenida en un tratado internacional, y la sucesión de dos normas de conflicto contenidas en tratados. La segunda, si bien nos conduce a un problema clásico del Derecho de los tratados (tratados sucesivos concernientes a la misma materia), ofrece interesantes facetas en relación con el DIPr. En esencia nos hallamos ante dos problemas generales: las relaciones entre Derecho convencional y Derecho interno y la aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia¹⁴¹. La complejidad de dichas cuestiones y la metodología propia del Derecho internacional público necesaria

¹⁴⁰. Dicho precepto admite expresamente la hipótesis de la compatibilidad por medio del juego de las “cláusulas de relación” (Cf. J.D. González Campos, LI. Sánchez Rodríguez y Mª P. Andrés Sáenz de Santa María, *op. cit.*, p. 264).

¹⁴¹. Sobre el particular *Vid.* con carácter general la obra de P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et règles en droit international public*, Paris, 1970 y los siguientes trabajos: D. Bindschedler-Robert, “De la rétroactivité en droit international public”, *Hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, pp. 184-200; E. McWhinney, “The Time Dimension in International Law. Historical Relativism and Intertemporal Law”, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, 1984, pp. 179-199.

para resolverlas obliga a un estudio pormenorizado, que nos limitamos simplemente a apuntar. Quede constancia, sin embargo, que la práctica de los Convenios que obligan a nuestro país en el ámbito del DIPr ofrece una diversidad manifiesta y una clara tendencia al principio de especialización. Sin ánimo de exhaustividad, se imponen unas consideraciones muy breves sobre ambas cuestiones.

51. En cuanto a la primera, que se vincula al ámbito de aplicación espacial de los tratados internacionales, debe valorarse el alcance de la modificación operada por el tratado en cuestión pues en el supuesto de un Convenio “cerrado” o de ámbito territorial restringido, la modificación del DIPr autónomo sólo tendrá un alcance parcial; mientras que, en el caso de un convenio abierto o de alcance universal, su incorporación en el orden interno producirá una modificación de carácter general de la norma de DIPr. Un ejemplo característico viene dado por la incorporación de España al Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en cuyo art. 3 se dispone que “La ley designada por el Convenio se aplica con independencia de cualquier condición de reciprocidad, incluso si se trata de la ley de un Estado no contratante”. Se trata, como se ha señalado, de una disposición con eficacia *erga omnes* cuya consecuencia inmediata es la sustitución de la norma del DIPr autónomo, concretamente, el art. 9.7ª Cc¹⁴². Con independencia de la precisión anterior, la solución general al problema no es otra que la irretroactividad de la *lex posterior* incluida en el convenio; son las normas generales del ordenamiento internacional (art. 30 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados) o las disposiciones transitorias insertas en el concreto convenio internacional las que ofrezcan la respuesta adecuada¹⁴³.

52. Respecto a la cuestión relativa a la sucesión en el tiempo de convenios internacionales de DIPr, con carácter general debe estarse a lo dispuesto en el referido art. 30 del Convenio de Viena de 1969 y, de esta suerte, precisaremos el Convenio aplicable al caso concreto. Con posterioridad será menester acudir a las disposiciones transitorias de este último que, en principio, incluirán la

¹⁴². Vid. este problema con mayor amplitud en J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 149-151.

¹⁴³. Al comprobarse la incompatibilidad de la conexión del art. 9.10º C.c. con la contenida en el art. 12.1º del Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados el Gobierno español formuló una reserva en cuanto a la aplicación del citado precepto. Por esta vía, en materia de estatuto personal de los refugiados no cabe plantearse ningún problema intertemporal en la dimensión ahora examinada.

irretroactividad a menos que las partes no dispongan otra cosa¹⁴⁴. Como ejemplo concreto cabe referirse a la aplicación temporal del Convenio de Bruselas de 1968. Esta se regula con carácter general en su art. 54.1º, si bien existen algunas otras reglas especiales. El criterio de aplicabilidad temporal de las normas de competencia judicial del Convenio se cifra en su vigencia respecto de las acciones ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio¹⁴⁵. Debe tenerse presente, en todo caso, la regla de base de la irretroactividad, salvo disposición en contrario, que se contiene en el art. 28 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados.

VI. ¿Un retorno al modelo de DIPr autónomo?

53. Tras la euforia internacionalista de la última década el operador jurídico español experimenta una cierta incomodidad. El proceso de codificación internacional del DIPr se ha desbordado convirtiendo en “aprendices de brujos” a ciertos funcionarios que, al amparo de un determinado clima favorable y de un poco efectivo control parlamentario, han conducido a nuestro país a asumir un excesivo volumen de compromisos internacionales. Y, al mismo tiempo, han impuesto a los jueces y tribunales españoles una innecesaria complicación a la hora de aplicar e interpretar las ya de por sí complejas normas reguladoras del tráfico privado externo. Se trata esta de una dura crítica que es preciso matizar convenientemente.

En primer lugar el sector de la cooperación internacional en su sentido más amplio, a través de los contactos periódicos entre las autoridades implicadas, ha demostrado las bondades de una reglamentación convencional. Bondades que sólo serán efectivas si detrás de un compromiso internacional se cuenta con la necesaria dotación presupuestaria que permita a nuestro país cumplir fielmente con las

¹⁴⁴. Por ejemplo, el art. 17 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 establece que: “El Convenio se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado”.

¹⁴⁵. La STJCE 13 de noviembre de 1979 (Asunto 25/79: *Sanicentral*) ha interpretado el art. 54.1º del Convenio, en relación con el art. 17 (sumisión expresa) en el sentido de que, en las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio, las cláusulas atributivas de jurisdicción, estipuladas en contratos de trabajo concluidos con anterioridad a dicha entrada en vigor, deben ser consideradas válidas, incluso en el caso en que hubiesen sido consideradas nulas según las normas nacionales vigentes en el momento de conclusión del contrato”.

obligaciones asumidas y si se cuenta con un desarrollo normativo interno que facilite la labor del juez cuando se vea implicado en estos menesteres. No basta con incorporarse a un Convenio de la importancia, por ejemplo, del de Bruselas de 1968 si no se preparan unas disposiciones de aplicación que cambien la inercia anterior; el ejemplo suministrado por la deficiente práctica de aplicación de este instrumento por nuestros Tribunales contrasta con una normativa previsor, como la que se contiene en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y, en concreto, con la redacción por ella otorgada a los arts. 1901 a 1909 LEC para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980.

Mayores dificultades suscitan los convenios relativos a la ley aplicable. Su especialización y carácter sofisticado suele ir acompañado por complejos compromisos entre sus redactores que el aplicador no tiene por qué conocer ni asumir. El convenio internacional no resulta muchas veces el remedio para resolver los problemas concretos, pese a su evidente apoyo doctrinal hasta tiempos recientes. En la medida en que el Convenio sea el resultado de esfuerzos académicos desconectados de la realidad su destino es su inaplicación por el operador jurídico, que despliega, a este efecto, una extraordinaria imaginación. Y por más que un texto convencional sea la consecuencia de miles de páginas procedentes de estudiosos, si no cumple su función originaria todo el trabajo anterior carece de sentido. Este peligro de ineficacia ocurre con frecuencia y ha sido agudamente denunciado¹⁴⁶. Tras el periodo de incorporación de los Estados firmantes viene otra fase mucho más angustiosa para el codificador cual es la de la aplicación efectiva de su labor por parte de los Tribunales de justicia. Porque el convenio internacional no resulta muchas veces el remedio para resolver los problemas concretos, pese a su evidente apoyo doctrinal hasta tiempos recientes. Con ocasión del centenario de la Conferencia de La Haya de DIPr tuvimos oportunidad de observar su aplicación práctica por los jueces españoles¹⁴⁷, que no es muy distinta de la seguida por los jueces de los países de nuestro entorno¹⁴⁸ y que está determinada muy sectorialmente, con un protagonismo casi absoluto de los convenios de asistencia judicial internacional.

¹⁴⁶. Cf. B. Oppetit, "Le droit international privé...", *loc. cit.*, p. 424.

¹⁴⁷. Vid. nuestra recopilación, "Jurisprudencia española de DIPr en aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 203-247.

¹⁴⁸. Vid. los distintos volúmenes del repertorio publicado por M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye, leur application par les juges nationaux*, Leyden Sijthoff (a partir de 1976).

54. El panorama de los países de nuestro entorno ofrece una extraordinaria dispersión, pero es útil para una reflexión fructífera. Frente a un modelo de codificación global, como se ha seguido en Suiza o en Italia y, con perfiles propios, en Alemania, existen países como Francia, donde el papel de una jurisprudencia creativa tiende a suplir las deficiencias de las normas de DIPr autónomo. Pero sí existe una nota común, cual es la interacción entre el fenómeno de la codificación interna del DIPr y la masiva recepción de tratados. Dicha interacción ofrece, sin embargo, variados modelos que han sido sistematizados con acierto por F. Lettieri¹⁴⁹. Partiendo de la inexistencia de un modelo donde esté vigente una codificación de DIPr autónomo en estado puro, pueden observarse modelos de codificación que se caracterizan por la existencia de una remisión global (Austria) o de remisiones parciales (España) a los Convenios internacionales que presiden el sistema, planteando problemas similares a los que hemos descrito en las páginas anteriores. Por último, van apareciendo modelos de “incorporación” de Convenios que pueden resumirse en tres grandes grupos: Recepción de soluciones convencionales en las leyes nacionales, que es una técnica específica de los sistemas denominados “dualistas”; remisión a Convenios internacionales que se incorporan “por referencia”, que es un sistema seguido en las más recientes codificaciones (*Hinweis-Methode*) y, por último la “incorporación literal” (*Kopier-Methode*), que ha sido seguido en la Ley de DIPr alemana de 1986.

Cada una de estas técnicas ofrece inconvenientes, sin embargo la adoptada por el legislador español es la más imperfecta pues obliga al operador jurídico y, señaladamente, al juez a introducirse en toda la vorágine del Derecho de los tratados debiendo resolver en cada caso concreto problemas de naturaleza tan dispar como los de su jerarquía, el ámbito de aplicación y la interpretación de los convenios. Y ello conduce a una inseguridad jurídica inadmisibles en un Estado de Derecho.

Es cierto que en los últimos tiempos asistimos a un proceso de “descodificación” y que tal proceso es particularmente significativo en el DIPr, donde el “valor justicia” ha contado con un papel relevante frente al Derecho material. Pero la actual situación no puede mantenerse. Si la aplicación de las normas de DIPr es ya de por sí suficientemente compleja, introducir con carácter previo para la solución de un caso concreto complejos ejercicios de identificación normativa y de interpretación del Derecho de los tratados no parece lo más prudente. La práctica española que hemos incorporado en las páginas anteriores

¹⁴⁹. Cf. F. Lettieri, “Sul coordinamento fra codificazione del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali”, *Riv. dir. int.*, vol. LXX, 1987, pp. 323-325.

habla por sí sola. No se trata de volver al pasado, ni tampoco proceder a complicados cuerpos legales desconectados con la realidad. El Borrador de Anteproyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional es un buen ejemplo para no seguir. Siendo los primeros en criticar los trabajos codificadores “de profesores” por su eventual inoperancia, la lectura de iniciativas como la descrita nos conduce a un peligro mucho mayor. Al del “practicista” soberbio que se cree el centro del Universo y que construye un sistema jurídico tan complicado que sólo él puede interpretar, aplicar y explicar. En España existen sobrados y significativos ejemplos de esta tendencia. Acaso el más destacado sea el de la normativa sobre el Registro Civil, que permite una total anarquía en cada Juzgado, sólo resuelta por la oportuna Resolución del Alto Organismo Directivo que es quien, en definitiva, “detenta” el poder: la norma queda devorada por la práctica pretoriana. Pero existen otros sectores donde también el personalismo del funcionario concreto condiciona la normación, aplicación y explicación de las normas: el régimen de control de cambios, la asistencia judicial internacional, etc.

Para evitar esos peligros resulta aconsejable volver la vista al DIPr autónomo y construir un modelo de gran sencillez, en el que el DIPr convencional se incorpore moderadamente, no al simple albedrío del funcionario de turno con el poder de enviar a un Parlamento complaciente los expedientes de una serie de convenios firmados por España, pero que no se acomodan a las necesidades de nuestro país. Sólo así, se revitalizarán los esfuerzos de la codificación internacional y, en definitiva, podremos dar una respuesta justa a los problemas del tráfico privado externo del siglo que se avecina.