

**LA COOPERACION INTERNACIONAL
COMO OBJETIVO DEL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

por **MARIANO AGUILAR BENITEZ DE LUGO**

SUMARIO

I. INTRODUCCION

II. LA COOPERACION INTERNACIONAL CONVENCIONAL

1. Extensión del ámbito geográfico de las organizaciones internacionales encargadas de la codificación del Derecho Internacional Privado
2. Apertura de la Conferencia de La Haya a Estados no miembros
3. Cooperación entre organizaciones internacionales
4. Métodos de unificación
5. Progresiva profundización en la codificación del Derecho Internacional Privado
6. Tendencia favorable a la conclusión de convenios universales o de eficacia *erga omnes*
7. Tendencia favorable a la conclusión de convenios abiertos
8. Admisión restrictiva de las reservas
9. Tendencia favorable a la aceleración de la entrada en vigor de los convenios internacionales.
10. Interpretación uniforme del Derecho Convencional
11. Tendencia favorable al empleo de calificaciones autónomas
12. Críticas a la política convencional española

III. LA COOPERACION INTERNACIONAL EN EL AMBITO DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

1. La cooperación internacional como fundamento de la aplicación del derecho extranjero

2. **La cooperación internacional y el pluralismo metodológico en el Derecho Internacional Privado**
 - A. *La norma de colisión bilateral perfecta*
 - B. *Las normas materiales del Derecho Internacional privado de inspiración internacional*
 - C. *Consideración de las normas de aplicación inmediata extranjeras*
3. **La cooperación internacional y la elección de los criterios de conexión**
 - A. *La residencia habitual como conexión intermedia*
 - B. *El «centro de vida» como conexión intermedia*
 - C. *La autonomía de la voluntad como conexión intermedia*
 - D. *Otras conexiones favorables a la cooperación internacional*
4. **La cooperación internacional en el ámbito de los problemas técnicos de aplicación de la norma de conflicto**
 - A. *La calificación*
 - B. *La cuestión previa*
 - C. *El fraude*
 - D. *El reenvío*
 - E. *El orden público*
 - F. *La aplicación del derecho extranjero*

IV. LA COOPERACION INTERNACIONAL Y LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIONES

1. **La cooperación internacional como fundamento del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras**
2. **Reacción frente a las competencias exorbitantes**
3. **La cooperación internacional en el marco de los problemas particulares de la competencia judicial internacional**
4. **Asistencia judicial internacional**
5. **La cooperación internacional en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras**

I. INTRODUCCION

El Derecho Internacional Privado se caracteriza y se individualiza como disciplina jurídica por la realidad social sobre la que opera, es decir, por el supuesto que constituye su objeto, el tráfico jurídico externo, y, en cierta medida, por el modo en que procede a regularlo. El fenómeno de la cooperación internacional está presente, tanto en la configuración del tráfico externo, como inspirando su regulación.

Entre las condiciones o presupuestos de los que depende el nacimiento y desarrollo del tráfico jurídico externo cabe distinguir un doble fenómeno de significado contrario: por un lado, un fenómeno de límites, de división política y jurídica, y, por otro, un fenómeno de relación, de comunicación, de cooperación entre los hombres y las comunidades. El Derecho Internacional Privado nace de la tensión entre unas realidades estructurales políticas y jurídicas objetivamente diferenciadas y una dinámica, una voluntad subjetivamente integradora.

El Derecho Internacional Privado requiere, como presupuesto axiológico, la existencia de una determinada actitud o comportamiento de los hombres y de los pueblos, un aliento internacionalista, un soplo de universalidad, un espíritu de ciudad abierta, en terminología bergsoniana. Es preciso el reconocimiento del pluralismo y la coexistencia de comunidades y ordenamientos jurídicos, así como la admisión del extranjero al goce de ciertos derechos. El hombre, cuando actúa, no se limita o confina al ámbito de su propia comunidad, sino que opera con proyección internacional, desbordando, trascendiendo las fronteras. Esa actuación internacional del hombre pone en contacto diferentes comunidades y ordenamientos jurídicos. El Derecho Internacional Privado, que está condicionado por el contexto que implica el sistema de Estados soberanos, no lo está menos, como diría M. Aguilar Navarro (1), por la existencia de una vida comunitaria internacional, en la que el ser humano, con sus actividades e intereses, es principal protagonista.

(1) M. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. I, Sec. Publ. Fac. Der., Madrid, 1973, p. 15.

La creciente vida de relación internacional tiene como causas la vocación internacional del ser humano, el desarrollo científico y técnico, el progreso en rapidez y seguridad de los medios de transporte y de las comunicaciones, la eclosión del turismo, los movimientos migratorios, los procesos de integración, el desarrollo del comercio internacional y el reconocimiento internacional de los derechos humanos.

Entre los factores determinantes de la posible supresión o desaparición del tráfico jurídico externo estarían la completa unificación del derecho, con la consiguiente extinción del pluralismo jurídico, la actitud de aislamiento, de insolidaridad entre los pueblos, y la negativa a aplicar el derecho extranjero.

La unificación jurídica total constituiría un factor de desaparición del tráfico jurídico externo. En el caso de existir un derecho común universalmente aplicable, de imperar un cosmopolitismo jurídico absoluto, de no mediar diferencias entre ordenamientos jurídicos, el Derecho Internacional Privado, que tiene en el pluralismo jurídico su base, dejaría de existir.

Otro factor de extinción del tráfico jurídico externo sería la actitud de incomunicación entre los pueblos. Si las distintas comunidades mantuvieran una actitud de aislamiento o separación, vivieran encerradas o replegadas sobre sí mismas, negándose a la coexistencia y a la cooperación, esa actitud de insolidaridad supondría también la quiebra del Derecho Internacional Privado.

Finalmente, la aplicación absoluta de la ley del foro supondría también la desaparición del Derecho Internacional Privado. No sería pensable su existencia si los jueces, prescindiendo de la especificidad de las relaciones internacionales, aplicasen a éstas siempre, al igual que a las relaciones puramente internas, el derecho del foro, pues el Derecho Internacional Privado supone la existencia de unos límites a la *lex fori* y el reconocimiento de un margen de extraterritorialidad de las leyes extranjeras. Esa posible aplicación del derecho extranjero constituye la razón de ser del Derecho Internacional Privado.

II. LA COOPERACION INTERNACIONAL CONVENCIONAL

1. Extensión del ámbito geográfico de las organizaciones internacionales encargadas de la codificación del Derecho Internacional Privado

Se observa un proceso de ampliación, de crecimiento de las organizaciones internacionales que operan como centros de la codificación del Derecho internacional privado: Conferencia de La Haya, CEE, Consejo de Europa...

La Conferencia de La Haya estuvo inicialmente integrada por trece Estados europeos. Ello permitió que en la sesión de apertura, el 12 de septiembre de 1893, el Ministro holandés de Asuntos Exteriores, Van Tienhoven, al dirigirse a los delegados de los Estados invitados por el Gobierno de Holanda, se refiriese a las «naciones que forman el mundo civilizado», a las que hacía coincidir con los «pueblos europeos del siglo XIX... estrechamente unidos por el amor del derecho y de la

justicia». Las nociones de «Civilización» y de «Europa» se presentaban como equivalentes. Progresivamente se ha asistido a una mayor universalización. En la IV sesión (1904) se incorporó Japón, cuya delegación haría una expresa declaración de europeísmo (se dijo que Japón era un país esencialmente europeo). El ave fénix que en 1951 renaciera de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial, como ha señalado H.U. Jessurun d'Oliveira (2), era más pequeño que su «alter ego» de 1928: diecisiete Estados en vez de veintidós. En la VIII sesión (1956) entran Grecia y Turquía, en virtud de un Acuerdo de la Conferencia con el Consejo de Europa, y los Estados Unidos envían observadores. En la IX sesión (1960) varias organizaciones internacionales (Consejo de Europa, CEE, CIEC, Instituto Internacional para la unificación del derecho privado de Roma...) estuvieron representadas por observadores. En la X sesión (1964) los Estados Unidos participan ya como Estado Miembro, incorporándose también Irlanda, así como Israel y la R.A.U., cuya común entrada marca el signo de un compromiso, el testimonio de un esfuerzo de integración y cooperación internacional. En la XI sesión (1968) se incluyen Checoslovaquia y Canadá y manda observadores Indonesia. En la XII sesión (1972) la entrada de Brasil y Argentina inicia la vinculación de la Conferencia con Iberoamérica... Como se ve, no ha cesado de aumentar el número de Estados miembros de la Conferencia, actualmente integrada por treinta y seis Estados, cuyo centro de gravedad ya no está tan claramente ubicado en Europa, habiéndose producido una notable expansión geográfica y una consiguiente universalización de la Conferencia. Universalización que ha tenido su proyección en diferentes ámbitos, como la elección de las materias objeto de estudio, métodos de unificación, planteamiento conflictual y selección de conexiones. Una proyección concreta de este fenómeno de universalización se encuentra en la equiparación del inglés al francés como idioma oficial en la redacción de convenios, á partir de la X sesión (1964), como resultado de una propuesta conjunta de las delegaciones de Francia y del Reino Unido.

La CEE, inicialmente constituida por seis Estados, ha pasado, como resultado de varias incorporaciones, a estar actualmente integrada por doce. Esa progresiva ampliación de la Comunidad ha dado lugar a sucesivas modificaciones del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con objeto de adaptarlo a las incorporaciones de nuevos Estados que se iban produciendo: el Convenio de Luxemburgo de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Convenio de Luxemburgo de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica y el Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

(2) H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA: «Universalisme ou régionalisme de la Conférence de La Haye», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 347-386.

El Consejo de Europa, como consecuencia del proceso democratizador iniciado en los países socialistas, ha efectuado un movimiento de apertura hacia al Este. En 1991 se ha producido el ingreso en el Consejo de Hungría y Checoslovaquia, en tanto que otros países (Polonia, Bulgaria, Yugoslavia y Rumania) formalmente solicitaban su integración.

2. Apertura de la Conferencia de La Haya a Estados no miembros

Una manifestación del creciente universalismo de la Conferencia se advierte en su actual tendencia a invitar a Estados no miembros a participar en sus trabajos, tanto en la revisión de convenios a los que se habían adherido, como cuando la materia objeto de estudio así lo aconseje.

La Conferencia ha invitado a Estados que no eran miembros de la misma, en primer término, a participar en la revisión de convenios a los que se había adherido. Así, el Gobierno holandés tomó la iniciativa de invitar a la XIV sesión de la Conferencia (1980) a Estados que no tenían la condición de miembros (Hungría y la URSS) para participar en los trabajos relativos a la modificación del Convenio de 1954 sobre el procedimiento civil, al que se habían adherido. La Conferencia, fundándose en el art. 40 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, declaró que tal práctica debía proseguirse en el futuro. A su vez, la XVI sesión (1988), al inscribir en el orden del día de la Conferencia la elaboración de un Convenio sobre la ley aplicable a los efectos de comercio, que habrá de implicar una revisión de los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931 sobre los conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés a la orden y cheques, justifica la apertura de la Conferencia a Estados no miembros, habida cuenta de que algunos Estados signatarios de dichos convenios no son miembros de la Conferencia.

La Conferencia, en segundo lugar, ha invitado a Estados no miembros a participar en sus trabajos cuando ello se estime necesario en razón de la materia. Así, la XIV sesión de la Conferencia (1980) admite que los Estados no miembros puedan participar en sus trabajos cuando la materia a estudiar, como ocurre con el derecho del comercio internacional, se preste, considerando que tal política de apertura serviría para facilitar el respeto del ámbito de actividad de la Conferencia por otras organizaciones internacionales, y particularmente por la UNCITRAL. Hay que señalar que el proyecto de revisión del Convenio de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales interesaba a numerosos Estados que no eran miembros de la Conferencia, en particular del tercer mundo. Finalmente, la XVI sesión de la Conferencia (1988) ha decidido inscribir en el orden del día de los futuros trabajos la elaboración de un Convenio sobre la adopción de menores procedentes del extranjero, para lo cual ha encargado al Secretario general iniciar los trabajos preliminares y convocar una Comisión especial a tal efecto en la que se estima indispensable la presencia de Estados no miembros de la Conferencia de los que proceden muchos de dichos menores, y que participarían en los trabajos de la citada Comisión a título de miembros *ad hoc*.

3. Cooperación entre organizaciones internacionales

La Conferencia de La Haya, la más antigua organización entre las que se ocupan de la unificación del Derecho Internacional Privado no es sin embargo la única. Otras instituciones comparten el objetivo de unificar el Derecho Internacional Privado, bien con carácter general, bien con relación a determinadas materias.

La coordinación de esfuerzos de la Conferencia de La Haya con otras organizaciones internacionales que persiguen la unificación jurídica, cuyo respectivo ámbito de actividades puede parcialmente coincidir, solaparse, permite evitar los inconvenientes derivados del tratamiento múltiple, fragmentario, inconexo y contradictorio de una materia y realizar economías de tiempo y energía.

En la VII sesión (1951), en el orden del día de la Comisión sobre organización se inscribió el punto relativo a la relación de la Conferencia con otras organizaciones jurídicas gubernamentales y no gubernamentales. Y en la IX sesión (1960) varias organizaciones internacionales (Consejo de Europa, CEE, CIEC, UNIDROIT...) estuvieron representadas por observadores. Al cabo de los años, la XIV sesión (1980) reconoce la importancia de establecer una coordinación entre las organizaciones que se ocupan de la unificación del derecho.

La Conferencia de La Haya concluyó un Acuerdo con el Consejo de Europa el 13 de diciembre de 1955. La celebración de ese Acuerdo había tropezado inicialmente con algunas dificultades, como la falta de correlación entre los miembros de ambas organizaciones y el temor de la Conferencia a adoptar actitudes susceptibles de ser interpretadas como políticas. Sin embargo, prevaleció la idea de la conveniencia de una cooperación para la unificación de las reglas de Derecho Internacional Privado. En virtud del Acuerdo alcanzado, la competencia en cuanto a la progresiva unificación del Derecho Internacional Privado se atribuía a la Conferencia, que podía ser requerida por el Consejo para el estudio de un problema concreto. A su vez, el Consejo recomendaría a sus miembros, en los casos apropiados, firmar o ratificar los Convenios de La Haya.

El Consejo de Europa ha realizado cierta labor de impulso de la Conferencia de La Haya, que se ha ocupado de algunas cuestiones a requerimiento de aquél. La revisión del Convenio de 17 de julio de 1905 sobre procedimiento civil se incluyó en el orden del día de la VII sesión (1951) a petición del Consejo de Europa. Asimismo, en materia de obligaciones alimenticias, el Consejo de Europa, después de haber expresado en 1968 el deseo de que todos los países miembros ratificasen los Convenios existentes, solicitó a la Conferencia estudiar las posibilidades de extender la aplicación de los Convenios de 1956 y 1958 a los cónyuges de los trabajadores emigrantes y eventualmente a otros miembros de su familia.

En ocasiones la atención de la Conferencia de La Haya y del Consejo de Europa se ha proyectado sobre unos mismos temas, de gran importancia y actualidad, que han sido objeto de regulación paralela. Ha ocurrido con la adopción, con la supresión de la exigencia de legalización en los documentos públicos extranjeros y con la sustracción internacional de menores. La regulación convencional de las materias comúnmente abordadas difiere, bien en cuanto al método, al planteamiento

conflictual o sustantivo, como ocurre con la adopción, bien en cuanto al ámbito material o a los problemas que se contemplan, como sucede con la legalización o con la sustracción internacional de menores.

La posible colaboración de la Conferencia con la CEE se suscitó a propósito de las obligaciones contractuales y delictuales. La Conferencia se planteó en su XII sesión (1972) la oportunidad de emprender estudios con relación a las reglas de conflicto en materia de obligaciones contractuales y delictuales, al haber establecido la CEE un proyecto de reglas de conflicto. Los trabajos de Bruselas en materia de responsabilidad extracontractual tuvieron presentes los de La Haya sobre accidentes de carretera o responsabilidad de los fabricantes.

La colaboración de la Conferencia de La Haya con la UNCITRAL se ha producido en materia de efectos de comercio y ventas internacionales, y, recientemente, en la XVI sesión (1988), ha sido prevista en materia de transferencias electrónicas de fondos, ley aplicable a los contratos de licencia y de transferencia de tecnología, competencia desleal y transporte multimodal.

La Conferencia, a partir de la XIII sesión (1976), se planteó la oportunidad de elaborar un Convenio sobre la ley aplicable a los efectos de comercio, teniendo especialmente en cuenta el avance de los trabajos emprendidos en el seno de la UNCITRAL. Ya en su XVI sesión (1988) acuerda inscribir, con carácter prioritario, en el orden del día de sus futuros trabajos, la elaboración de un Convenio sobre la ley aplicable a los efectos de comercio, para lo cual se encarga a la Oficina Permanente la redacción de un informe que contenga, por un lado, la revisión de los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931 destinados a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés a la orden y cheques, y, por otro lado, la exposición de los problemas específicos que la Convención de las Naciones Unidas sobre las letras de cambio internacionales y los pagarés a la orden internacionales puede plantear en materia de conflictos de leyes.

La Conferencia se abstuvo durante largo tiempo de abordar los efectos de comercio con objeto de no multiplicar los instrumentos convencionales, habida cuenta de que la mayoría de sus miembros eran parte de los Convenios de Ginebra. Diferentes razones han contribuido, sin embargo, a alterar la situación anterior, entre las que cabe señalar el incremento en el número de miembros de la Conferencia, el carácter incompleto y anticuado de los Convenios de Ginebra sobre los conflictos de leyes en materia de efectos de comercio, muchas de cuyas soluciones deberían ser objeto de revisión a la luz de la experiencia adquirida, la iniciativa llevada cabo por la UNCITRAL, y la conveniencia de lograr una coordinación de los diferentes textos.

Por lo que respecta al tema de la venta, la XIV sesión (1980) decide inscribir, con carácter prioritario, en el orden del día de los trabajos de la Conferencia la revisión del Convenio de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, decidiéndose que el Secretario general entraría en contacto con la UNCITRAL cuando el estado de sus trabajos lo hiciese oportuno. Fruto de la sesión extraordinaria celebrada en 1985, a la que fueron invitados todos los miembros de la UNCITRAL, ha sido el Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías.

La Ley uniforme sobre la venta internacional (LUVI) de 1964 adoptó la posición de que la uniformidad de las reglas materiales excluía la aplicación del Derecho Internacional Privado: los tribunales de los Estados signatarios aplicarían la LUVI incluso a los contratos que según sus propias reglas de conflicto se rigieran por la ley de un país no contratante. La exclusión de todo conflicto de leyes por la LUVI fue duramente criticada. El Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías, firmado en Viena el 11 de abril de 1980, ha supuesto el abandono de dicha posición. Este Convenio tiene por objeto la unificación de las reglas materiales, pero era necesario completarlo por otro Convenio sobre los conflictos de leyes. La cooperación debe realizarse sobre la base de una distinción, consistente en atribuir a la UNCITRAL el estudio del derecho uniforme y a la Conferencia el estudio de los conflictos de leyes. Esa coordinación de las leyes uniformes y de las reglas de conflicto es, como señala H. Batiffol (3), digna de interés. La coexistencia significa que el desarrollo del derecho uniforme, necesario, pero limitado tanto desde el punto de vista geográfico como material, deberá acompañarse del desarrollo paralelo de las reglas de conflicto convencionales.

La colaboración de la Conferencia con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha sido prevista, a partir de la XIII sesión (1976), de cara al estudio de un Convenio sobre la ley aplicable a los contratos de licencia y de transferencia de tecnología.

La colaboración con las organizaciones internacionales especializadas en materia de arbitraje se ha previsto en la XV sesión (1984), a los efectos de la posible utilización del Convenio de La Haya de 18 marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil en el marco de procedimientos de arbitraje.

A su vez, la integración existente en el ámbito de la CEE y de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELE), organizaciones internacionales que agrupan a países europeos que comparten conceptos muy próximos en el plano constitucional (separación de poderes), en el terreno jurídico (primacía del Derecho y del individuo), y en la esfera económica (economía de mercado), ha conducido al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, elaborado a partir del Convenio de Bruselas en la materia.

4. Métodos de unificación

El problema metodológico estuvo presente desde los primeros momentos de la Conferencia. Así Asser planteó ya en 1893 la cuestión acerca de si los Estados adoptarían la forma de tratados o la de las leyes nacionales uniformes. Estimó que la elección no podía hacerse de una manera absoluta y general, sino que estaría en función de la materia. La Conferencia optó por la vía del convenio internacional.

(3) H. BATIFFOL: «La quatorzieme session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, p. 247.

La universalización de la Conferencia iba a repercutir en el plano metodológico, asistiéndose a una renovación metodológica en la que, junto a la técnica del convenio internacional, tradicionalmente empleada por la Conferencia, se sugiere la posible utilización de otros métodos.

Ya en la VIII sesión (1956) los observadores americanos apuntaron la conveniencia de examinar las posibilidades ofrecidas por las leyes uniformes o las leyes modelo, argumentando fundamentalmente a partir de la estructura federal de algunos Estados. La Constitución de algunos Estados federales reserva la competencia legislativa en materia de Derecho privado a los parlamentos de los Estados federados. Así, en Estados Unidos el poder federal no se considera competente para concluir convenios de Derecho Internacional Privado, en tanto que los Estados federados, aunque incompetentes en el plano internacional, podrían aceptar una ley modelo. La técnica de elaboración de las leyes modelos es practicada con éxito en Estados Unidos por la «National Conference of Commissioners on Uniform State Laws». Por otra parte, el delegado griego Vallindas sugirió la posibilidad de un tratado conteniendo como anexo una ley uniforme de Derecho Internacional Privado. Suponía que su sistema daría satisfacción a todos los países interesados, pudiendo los que prefiriesen la conclusión de tratados seguir utilizando este procedimiento, y quedando libres los otros Estados para no adoptar más que las reglas uniformes contenidas en el anexo.

En la IX sesión (1960), el Comité restringido en materia de leyes modelo, presidido por Offerhaus, insistió en la diferencia entre ley uniforme y ley modelo. La ley uniforme está destinada a sustituir por unas nuevas reglas de conflicto las actualmente existentes en cada uno de los Estados y se presenta en una convención internacional o como anexo a ella, no pudiendo los firmantes del convenio introducir cambios en el texto de la ley uniforme así presentada. La ley modelo tiene la misma sustancia que la ley uniforme, pero no está integrada ni anexa a una convención internacional, sino que es simplemente recomendada como proyecto de ley. Se distinguieron claramente cuatro métodos de unificación: a) las convenciones internacionales basadas en la reciprocidad; b) las convenciones internacionales no basadas en la reciprocidad, cuyo objeto material es una reglamentación uniforme de aplicación general; c) las convenciones internacionales que presentan una ley uniforme en anexo (es el «sistema Vallindas»); d) la ley modelo, presentada como simple recomendación.

Finalmente, la IX sesión permaneció «convencida de la necesidad de mantener el carácter diplomático de la Conferencia, lo que implica en primer lugar la elaboración de convenios interestatales sobre la base de negociaciones y concesiones mutuas».

En el curso de la X sesión (1964), la Comisión encargada de elaborar un proyecto de convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, decidió que la materia no era apta para ser regulada mediante un tratado multilateral. La Comisión se encontró entonces ante la alternativa de elaborar un convenio modelo o acudir a un sistema intermedio entre el convenio modelo y el convenio de tipo clásico. Retuvo el sistema de la bilateralización, consistente en elaborar un tratado multilateral susceptible de ser bilateralizado.

En dicha sesión la Conferencia solicitó a la Oficina Permanente someter a los miembros, en tiempo oportuno, textos de leyes modelos en las materias reguladas por los proyectos de convenios que figuraban en el Acta final.

La XIV sesión (1980) admitió que la Conferencia, aun conservando como objetivo la elaboración de convenios internacionales, podría utilizar otros procedimientos menos rígidos, como la recomendación o la ley modelo, cuando las circunstancias lo hicieran especialmente apropiado a los efectos de una más fácil admisión y más amplia difusión de soluciones comunes.

5. Progresiva profundización en la codificación del Derecho Internacional Privado

El método seguido por la Conferencia de La Haya con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial ha consistido en la elección de temas precisos, concretos, claramente delimitados, dotados de suficiente grado de unidad y autonomía, cuya importancia práctica, por razones económicas, sociales o humanitarias, y alto índice de unificabilidad, lo hacían aconsejable. Así, la Conferencia se ha ocupado de ciertos contratos, de determinados supuestos de responsabilidad civil, de algunas cuestiones de procedimiento o derecho de familia, renunciando a abordar los contratos, la responsabilidad civil, el procedimiento o el derecho de familia en general.

Responde el método elegido a la dificultad de unificar las reglas de conflictos en ámbitos amplios, ante el constante incremento del número de Estados miembros de la Conferencia y las consiguientes divergencias entre sistemas jurídicos, especialmente en las materias más estrechamente ligadas con las convicciones morales y sociales de los pueblos. El fracaso experimentado por el Proyecto de Convenio sobre los conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de sucesiones y testamentos, adoptado en la VI sesión (1928), puso de relieve la necesidad de un cambio de rumbo.

En favor de la utilidad del método seguido aduce H. Batiffol (4) las potencialidades que encierra, el dato de que las unificaciones de reducido alcance preparan el camino a otras más amplias, constituyendo punto de cristalización en torno a los cuales la unificación se va desarrollando.

Se sintió atraída la Conferencia desde sus primeros momentos por la problemática de la persona y la familia, adoptándose Convenios sobre tutela de menores, matrimonio, y divorcio y separación de cuerpos, en 1902, y sobre efectos del matrimonio, en 1905, entre otros. La denuncia de los Convenios aprobados por algunos de los Estados que los habían suscrito y su inadecuación a las nuevas realidades, que el transcurso inexorable del tiempo y la expansión geográfica de la Conferencia habían contribuido a crear, dejaron obsoletos los referidos instrumentos convencionales. Empezó por ello la Conferencia una labor de revisión del pasado, tratando de corregirlo, de completarlo, de perfeccionarlo, preparando a su vez el futuro.

(4) H. BATIFFOL: «La quatorzième session...», *ob. cit.*, p. 243 ss.

El Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores vino a sustituir al Convenio de 12 de junio de 1902 sobre tutela de menores. A su vez, el Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios ha venido a reemplazar al Convenio de 12 de junio de 1902 sobre los conflictos de leyes en materia de matrimonio. Asimismo, el Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales suponía una revisión del Convenio de 17 de julio de 1905 relativo a los conflictos de leyes en materia de efectos del matrimonio. Finalmente, el Convenio de 1 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos sustituía al Convenio de 12 de junio de 1902 sobre conflictos de leyes y jurisdicciones en la materia.

Las obligaciones alimenticias atrajeron la atención de la Conferencia en dos momentos distintos. En la década de los 50 se elaboraron los Convenios de 24 de octubre de 1956 y de 15 de abril de 1958, relativos respectivamente a la ley aplicable y al reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores. Ya en la década de los 70, dichos Convenios fueron reemplazados por los de 2 de octubre de 1973 referentes respectivamente a la ley aplicable y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, cuyo título es claramente expresivo de la mayor amplitud con que la obligación alimenticia se regula.

En el ámbito sucesorio, el fracaso del Proyecto adoptado en la VI sesión (1928) sobre los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de sucesiones y de testamentos hizo que la Conferencia abandonara la idea de una unificación global del tema sucesorio y procediese a abordar sucesivamente diversos aspectos. Así surgieron el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, el de 2 de octubre de 1973 sobre administración internacional de sucesiones y el de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. La XVI sesión ha inscrito en el orden del día de los futuros trabajos de la Conferencia «la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de sucesiones».

La Conferencia mostró su preocupación por la materia relativa al procedimiento civil desde el comienzo de sus actividades. Ya el 14 de noviembre de 1896 se aprobó un Convenio, que sería después objeto de sucesivas modificaciones (Convenios de 17 de julio de 1905 y de 1 de marzo de 1954). La regulación de 1954 tendría su continuación y desarrollo pormenorizado en una serie de Convenios que vendrían a precisar el contenido de sus diversos capítulos. Así, el Convenio de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial supuso la modificación del capítulo I (arts.1-7) del Convenio de 1954, que hacía referencia a la comunicación de documentos judiciales y extrajudiciales. A su vez, el Convenio de 18 de marzo de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil venía a representar la modificación del capítulo II (arts.8-16) de dicho Convenio, concerniente a las comisiones rogatorias, modificación que

respondía al deseo de ampliar y flexibilizar el sistema de las comisiones rogatorias con objeto de facilitar la adhesión de Estados Unidos. Y el Convenio de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia sustituye los capítulos III a VI (arts. 17 a 26) del citado Convenio de 1954, relativos a la *cautio judicatum solvi*, defensa gratuita, expedición gratuita de copias de actas del estado civil y prisión por deudas.

En materia contractual, la imposibilidad de establecer reglas de aplicación a las obligaciones y a los contratos en general, condujo a una mayor concreción. Se aprobaron diferentes Convenios en materia de venta internacional de objetos muebles corporales: el de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a dichas ventas, y los de 15 de abril de 1958 sobre la ley aplicable a la transmisión de la propiedad y sobre la competencia del foro contractual en la citada materia. No se llegó a abordar el problema de la competencia en general, es decir, la determinación del juez competente en defecto de su designación por las partes. Posteriormente se aprobaron los Convenios de 14 de marzo de 1978, sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, y de 22 de diciembre de 1986, sobre ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías. Finalmente, la XIV sesión (1980) decidió inscribir con carácter prioritario en el orden del día de los trabajos futuros de la Conferencia la revisión del Convenio de 15 de junio de 1955 sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales.

En materia de responsabilidad extracontractual, el deseo de evitar las dificultades con que tropezaría la adopción de un Convenio sobre la ley aplicable con carácter general determinó una concreción del ámbito inicialmente previsto, lo que condujo a los Convenios de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos. La continuación de los trabajos de la Conferencia es prevista con el estudio de las cuestiones relativas a la ley aplicable a la competencia desleal y la ley aplicable en materia de seguros de responsabilidad.

La obra codificadora se realiza gradual y progresivamente. La regulación de una materia frecuentemente no tiene carácter unitario, global, sino que aparece parcelada, escindida entre diferentes textos convencionales. Son varios los criterios en virtud de los cuales la regulación de una materia puede fragmentarse o repartirse entre diferentes convenios. Un primer criterio de distribución convencional de una materia es el relativo a los problemas de Derecho internacional privado que constituyen objeto de regulación: competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. En ocasiones, en un mismo texto aparecen regulados los tres problemas, como acontece con el Convenio de 15 de noviembre de 1965 concerniente a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción. Otras veces se regulan sólo dos, como sucede con el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores o con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Puede ocurrir, finalmente, que los diferentes problemas de Derecho internacional privado se regulen,

sucesiva o simultáneamente, en diferentes textos convencionales. Así, en materia de ventas de carácter internacionales de objetos muebles corporales, el Convenio sobre la ley aplicable, concluido el 15 de junio de 1955, antecede al Convenio sobre la competencia del foro contractual, concluido el 15 de abril de 1958. En materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, el Convenio sobre la ley aplicable, concluido el 24 de octubre de 1956, precede al Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones de 15 de abril de 1958; sin embargo, son de la misma fecha, del 2 de octubre de 1973, los Convenios sobre ley aplicable y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias. Es de señalar que en la XII sesión de la Conferencia (1972) se expresó la preocupación por la competencia internacional y la ley aplicable en materia de divorcio y de separación de cuerpos, con lo que se vendría a completar el Convenio de 1 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separación de cuerpos. Y en la XVI sesión se ha previsto completar el Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, inscribiendo en el orden del día de la Conferencia la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de sucesiones.

Un segundo criterio de reparto convencional de una materia tiene carácter objetivo, hace referencia a la escisión o fragmentación de diferentes aspectos o cuestiones parciales, integrantes de una misma institución, pero susceptibles de consideración o tratamiento autónomo. En ocasiones la regulación general de una materia precede a la regulación específica de una concreta cuestión, que con relación a ella presenta un carácter conexo o complementario. Así, el Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, concluido el 15 de junio de 1955, precede al Convenio sobre la ley aplicable a la transmisión de la propiedad en ese ámbito, de 15 de abril de 1958. Asimismo, el Convenio de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil ha tenido su continuación en una serie de Convenios que con un mayor grado de concreción y detalle proceden a desarrollar el contenido de sus diversos capítulos. Otras veces, por el contrario, la regulación de aspectos sectoriales de una institución precede y prepara la elaboración de un Convenio dotado de alcance más general. Así, los Convenios de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias y de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de las sucesiones constituyen una avanzadilla del Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

Finalmente, existe un criterio de distribución de la regulación convencional de una materia que tiene un carácter eminentemente subjetivo, es el relativo a la determinación de las personas a las que se aplica el convenio, a una circunstancia personal configuradora del supuesto. Así, en tanto que los Convenios de 24 de octubre de 1956 y de 15 de abril de 1958 regulaban las obligaciones alimenticias respecto a menores, los Convenios de 2 de octubre de 1973 contemplan la obligación alimenticia con carácter general. Recientemente, en la XVI sesión de la Conferencia (1988) se acordó inscribir en el orden del día la extensión a la protección de mayores incapaces de los mecanismos del Convenio de 5 de octubre de 1961, con-

cerniente a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, así como también la elaboración de un Convenio sobre la adopción de menores procedentes del extranjero.

6. Tendencia favorable a la conclusión de convenios universales o de eficacia «erga omnes»

Existe una tendencia favorable a la conclusión de convenios universales o de eficacia «erga omnes», frente a los convenios recíprocos o de eficacia «inter partes» (5).

Los convenios recíprocos o de eficacia «inter partes» someten su aplicación a una condición de reciprocidad. Al señalar su esfera de aplicación, atienden a la distinción entre Estados contratantes y no contratantes, exigiendo que el supuesto tenga una determinada vinculación con los Estados parte o que la ley designada sea la de uno de esos Estados. La regulación convencional no sustituye a la regulación autónoma de Derecho Internacional Privado de los Estados contratantes, sino que coexiste con ella, tiene carácter paralelo, siendo posible la disociación entre Derecho internacional privado común o estatal y convencional o especial.

Los convenios de vocación universal se aplican con carácter general, sin condición de reciprocidad, en todos los supuestos y cualquiera que sea la ley aplicable. Al señalar su ámbito de aplicación, prescinden de la distinción entre Estados contratantes y no contratantes. Se aplican tanto en las relaciones con los Estados signatarios como en las relaciones con terceros Estados, con Estados que no ostentan la condición de parte, lo que dispensa al juez de la tarea de verificar el estado de ratificaciones del convenio. La regulación convencional se incorpora al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados contratantes, constituye su sistema de Derecho Internacional Privado, sustituyendo, reemplazando a la normativa estatal, autónoma, por lo que no existirá disociación entre Derecho internacional privado común o general y Derecho internacional privado convencional o especial.

Los convenios universales, al formular el supuesto de un modo general, sin reciprocidad, sin condiciones, pueden utilizar una doble técnica. Pueden, en primer término, contener una referencia expresa a la no exigencia de vinculación del supuesto con los Estados contratantes como condición para la aplicación del convenio. Así, algunos convenios prevén su aplicación cualquiera que sea la nacionalidad de las partes, es decir, aunque la nacionalidad de los interesados no sea la de un Estado contratante. Otros convenios contemplan su aplicación incluso si la nacionalidad o la residencia habitual de las partes no son las de un Estado contratante (Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, art. 2). Estima M.H. van Hoogstraten (6) que dicha redacción es ar-

(5) A. E. VON OVERBECK: «Les nouvelles conventions de La Haye sur les obligations alimentaires», *Annuaire suisse de droit international*, 1973, pp. 139-141.

(6) M. H. VAN HOOGSTRAATEN: «La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye», *R. des C.*, t. 122, 1967-III, p. 387.

caica, incompleta, y, refiriéndose al Convenio sobre forma de las disposiciones testamentarias, se pregunta por qué no se ha mencionado, al lado de la referencia a la nacionalidad del interesado, que ni el domicilio, ni la residencia habitual de los interesados, ni el lugar de confección del testamento deben encontrarse necesariamente en un Estado contratante. Una segunda técnica empleada por los convenios universales consistirá en omitir simplemente toda referencia a la exigencia de vinculación del supuesto con los Estados contratantes, técnica ésta que parece imponerse en la actualidad.

Recientemente, el Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, que en su art. 2 defiende su aplicación aunque la ley designada sea la de un Estado no contratante, en su art. 4, cuyo carácter realista e innovador ha sido ensalzado, establece que «si la ley aplicable en virtud del art. 3 fuera la de un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran, para todo o parte de la sucesión, a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado». Como señala P. Lagarde (7), se trata de resolver un conflicto de sistemas entre Estados contratantes y no contratantes, de conciliar, de organizar la coexistencia entre un sistema convencional, un conjunto unificado de reglas de conflicto, y un conjunto no unificado, pero a veces armonioso.

7. Tendencia favorable a la conclusión de convenios abiertos

Existe una tendencia favorable a la conclusión de convenios de carácter abierto, frente a los de carácter cerrado. Un proceso de apertura se advierte por lo que respecta a la determinación de los Estados que pueden firmar los Convenios o adherirse a ellos.

Por lo que respecta a la determinación de los Estados que pueden firmar los Convenios de La Haya, los Convenios aprobados antes de la XII sesión de la Conferencia establecen que quedan abiertos a la firma de los Estados representados en la sesión en que fueron concluidos, en tanto que los Convenios aprobados a partir de la mencionada sesión disponen que quedan abiertos a la firma de los Estados que fueron miembros de la Conferencia cuando se celebró la sesión en que se concluyeron. Algunos Convenios se declaran abiertos también a la firma de determinados Estados, expresamente enumerados, que no estaban representados o no eran miembros de la Conferencia en el momento de celebrarse la sesión en que se concluyeron. Así, el Convenio de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de legalización para documentos públicos extranjeros (art. 10) señala que estará abierto a la firma de los Estados representados en el noveno periodo de sesiones de la Conferencia, así como de Irlanda, Islandia, Liechtenstein y Turquía. En la misma dirección, el Convenio de 1 de febrero de 1971 sobre reconocimiento

(7) P. LAGARDE: «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 252, 257 y 258.

y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial (art. 27) dispone que estará abierto a la firma de los Estados representados en la décima sesión de la Conferencia, así como de Chipre, Islandia y Malta. En esta línea de apertura, el Convenio de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia (art. 31) se declara abierto a la firma de los Estados no miembros de la Conferencia que habían sido invitados en el momento de su preparación. Un máximo grado de apertura supone el Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías (art. 25.1.^o), al señalar que estará abierto a la firma de todos los Estados.

Por lo que respecta a la determinación de los Estados que pueden adherirse a los Convenios de La Haya, éstos, en general, admiten la posible adhesión, después de su entrada en vigor, de todos los Estados no representados o miembros de la Conferencia en el momento de celebrarse el período de sesiones en que se aprobaron.

La eficacia de la adhesión, la entrada en vigor del convenio para el Estado adherido, puede subordinarse a la ausencia de oposición por parte de un Estado que lo hubiera ratificado en un determinado plazo a partir de la notificación de la adhesión por el Ministerio de Asuntos Exteriores holandés, o a la declaración de aceptación por los Estados contratantes. La cláusula de aceptación, es decir, la exigencia de una declaración de aceptación de la adhesión, puede dificultar o retrasar la entrada en vigor del convenio para el Estado adherido, al requerir de los demás Estados una actitud activa, diligente, por lo que la pasividad, el descuido, la negligencia, afectan negativamente a la eficacia de la adhesión. En definitiva, la cláusula de aceptación introduce un factor de cierre, de hermetismo, de reciprocidad. La eficacia de la adhesión puede también limitarse a las relaciones entre el Estado adherido y los Estados contratantes que no hubieran presentado objeción en contra en el plazo establecido a partir del momento de recibir la notificación de la adhesión. La objeción no impide aquí la entrada en vigor del convenio para el Estado adherido, no tiene el valor de un veto, de un impedimento u obstáculo general, sino el más modesto alcance de reducir o limitar el ámbito de eficacia de la adhesión.

8. Admisión restrictiva de las reservas

La inclusión de una reserva en un convenio puede facilitar su más amplia aceptación, su ratificación por Estados que, por la existencias de profundas divergencias con su sistema jurídico, se resisten a la incorporación de ciertas disposiciones y difícilmente tolerarían verse vinculados por el texto convencional en su conjunto. La reserva supone una transacción, un compromiso por el que unos Estados dan satisfacción parcial a las pretensiones de otros para que consientan en aceptar el texto convencional. Representa una especie de compensación ofrecida por los países que han logrado hacer prevalecer sus puntos de vista a los defensores de las concepciones que han sido derrotadas, una concesión de la mayoría a la minoría. Comporta un cierto sacrificio de la uniformidad perseguida por el convenio en aras de su mayor expansión geográfica, siendo el precio que hay que pagar a

cambio de su difusión entre un mayor número de Estados. Asimismo la existencia de reservas contribuye a acotar los límites de intervención del orden público, pues el Estado que, teniendo la posibilidad de formular una reserva con relación a una determinada disposición del texto convencional, renuncia a hacerlo, no podrá después considerar que su aplicación conduce a un resultado incompatible con los valores o principios fundamentales de su propio ordenamiento jurídico.

Un recto entendimiento de las reservas al servicio de la cooperación internacional y de la deseable uniformidad de las soluciones reclama una admisión restringida de las reservas, una enumeración limitativa de los momentos en que pueden formularse, el favorecimiento de su posible retirada y la publicidad de las reservas y de las retiradas de las mismas.

La admisión restringida de las reservas supone que no se permitirán otras que las expresamente previstas en el convenio. La relación existente entre la reserva y el convenio puede ser de diversa índole. Son varias las situaciones en que la reserva puede encontrarse y varias las actitudes que el convenio puede adoptar al respecto. Es posible, en primer término, que una reserva haya sido expresamente prevista por el convenio. Cabe, en segundo lugar, que una determinada reserva haya sido expresamente prohibida por un convenio, bien porque las prohíba todas, bien porque prohíba las que no han sido admitidas, entre las cuales la reserva en cuestión no figura. Finalmente, puede que una reserva no haya sido admitida ni prohibida expresamente por el convenio, lo que sucede cuando éste se limita a enumerar unas reservas sin prohibir expresamente las demás o cuando guarda silencio sobre las mismas.

La mayor parte de los Convenios de La Haya concluidos a partir de la IX sesión de la Conferencia (1960), tras enumerar las reservas que podrán efectuar los Estados, puntualizan que no se admitirá ninguna otra, con lo que expresamente limitan las reservas susceptibles de ser formuladas. Una posición más radical viene representada por el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, que señala que «ninguna reserva al Convenio será admitida» (art.27).

Algunos Convenios no contienen disposición alguna sobre las reservas, guardan total silencio al respecto (Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre administración internacional de sucesiones...). La Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados dispone en su art. 19, párr. c), que cualquier Estado podrá formular una reserva en la medida en que no sea incompatible con el objeto y fin del Convenio. Estima G.A.L. Droz (8) que cualquier reserva no expresamente prevista por un Convenio de La Haya sería contraria a la intención de los negociadores e incompatible con el objeto y el fin del tratado.

(8) G. A. L. DROZ: «Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1969, pp. 386-389.

Otra manifestación del carácter restrictivo con que las reservas se admiten hace referencia a la determinación del momento en que puede formularse. Los Convenios de La Haya señalan que los Estados podrán formularlas en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a los mismos. Esa delimitación temporal, esa enumeración de momentos coincide con la efectuada en el art. 19 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Otro factor que contribuye a la uniformidad es la posibilidad de retirar las reservas formuladas. En tanto que los Convenios de La Haya elaborados en las sesiones VII (1951) y VIII (1956) de la Conferencia guardaban silencio al respecto, los Convenios aprobados con posterioridad especifican que los Estados contratantes podrán, en cualquier momento, retirar una reserva que hubieran formulado. Esta es la solución defendida también por el art. 22 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que, al admitir la posibilidad de retirar las reservas en cualquier momento, a menos que el Tratado disponga otra cosa, conduce a interpretar el silencio de los textos convencionales en un sentido favorable a dicha posibilidad. Así pues, la reserva tiene un carácter de provisionalidad, de transitoriedad, representando una etapa intermedia en el camino conducente hacia la uniformidad más plena.

También favorece la cooperación internacional la publicidad de que son objeto tanto las reservas como las retiradas de las mismas. Los Convenios aprobados a partir de la IX sesión (1960) de la Conferencia de La Haya establecen la obligación de notificar las reservas y su retirada al Ministerio de Asuntos Exteriores holandés, depositario de los Convenios, que a su vez deberá notificarlo a los Estados miembros de la Conferencia y a los que se hayan adherido al Convenio.

9. Tendencia favorable a la aceleración de la entrada en vigor de los convenios internacionales

Se aprecia una tendencia favorable a acelerar la entrada en vigor de los convenios internacionales. El Convenio de Luxemburgo de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su art. 39, así como el Convenio de Luxemburgo de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica, en su art. 15, exigían para su entrada en vigor la ratificación por los Estados miembros originarios de la Comunidad y un nuevo Estado miembro. Esa obligación de constituir bloques homogéneos explica la lentitud con que entraron en vigor los Convenios de referencia. El Convenio de Bruselas de 1968 entró en vigor el 1 de febrero de 1973 en Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda. El Convenio de 1978 sustituyó al Convenio de 1968 en las relaciones entre los seis Estados miembros originarios y Dinamarca a partir del 1 de noviembre de 1986; entre esos Estados y el Reino Unido, a partir de 1 de enero de 1987; y entre los mismos Estados e Irlanda a partir del 1 de junio de 1988. El Convenio de 1982 entró en vigor el 1 de abril de 1989 entre Grecia y los demás países excepto el Reino Unido, donde lo hizo el 1 de octubre de 1989.

La experiencia adquirida aconsejaba la utilización, en los nuevos Convenios que próximamente iban a aprobarse, de otra fórmula que contribuyese a facilitar y acelerar su entrada en vigor. Así, el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art. 61) subordina su entrada en vigor a la ratificación por dos Estados, uno de ellos miembro de las Comunidades Europeas y el otro miembro de la Asociación Europea de Libre Cambio. Se llega así, en palabras de G.A.L. Droz (9) a «una especie de bilateralización intergrupala del tratado multilateral». En el informe Jénard-Möller sobre el Convenio de Lugano (10) se señala «que se ha querido acelerar deliberadamente la entrada en vigor del Convenio», por las garantías que ofrece, agregándose que «los procedimientos de ratificación pueden ser bastante lentos, lo que tiende a retrasar la entrada en vigor de un Convenio multilateral que necesita de varias ratificaciones». En la misma línea, el Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa (art. 32.1) sólo exige para su entrada en vigor la ratificación por dos Estados, de los cuales uno será el Reino de España o la República Portuguesa. En la Declaración adjunta al Convenio se insta a los Estados a que adopten las medidas útiles para proceder a la ratificación en el plazo más breve y, si fuera posible, antes del 31 de diciembre de 1991. En definitiva, es el deseo de una pronta entrada en vigor de los Convenios, en aras de una mayor cooperación internacional, lo que aconseja la fórmula utilizada.

10. Interpretación uniforme del Derecho convencional

La cooperación internacional afecta tanto a las fuentes como a los métodos de interpretación de los convenios internacionales. Ambas cuestiones, la relativa a la autoridad competente para interpretar los tratados internacionales, y la concerniente a los modos de interpretación, están profundamente entrelazadas. Se ha señalado con acierto que no existe «ningún Derecho unificado sin interpretación uniforme, ninguna interpretación uniforme sin la autoridad vinculante de un tribunal común» (11).

Por lo que respecta a las fuentes de interpretación, la realizada por una autoridad internacional presenta la ventaja de su carácter unitario. En este sentido, el Protocolo de La Haya de 27 de marzo de 1931 confirió competencia al Tribunal Permanente de Justicia Internacional para la interpretación de los convenios de Derecho Internacional Privado. En su virtud, la Sent. del T.I.J. de 28 de noviembre

(9) G. A. L. DROZ: «La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, p. 20.

(10) Informe elaborado por P. Jenard y G. Möller sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de setiembre de 1988, *DOCE*, n.º C 189, de 28 de julio, n. 88, p. 83.

(11) J. BASEDOW: *Europäisches Zivilprozessrecht-Generalia*, en *Handbuck des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, Band I, Tübingen, 1982, p. 113.

de 1958, en el caso «Boll», a propósito de la protección de una menor holandesa residente en Suecia, resolvió un hipotético conflicto entre el Convenio de La Haya de 1902 sobre tutela de menores, que vinculaba tanto a Holanda como a Suecia, y la legislación sueca sobre protección de la infancia y de la juventud.

En el ámbito comunitario, el Protocolo de Luxemburgo de 3 de junio de 1971 atribuye competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y comercial. A su vez, los Protocolos de Bruselas de 19 de diciembre de 1988 someten al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la interpretación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable en materia de obligaciones contractuales (12). En el informe Tizzano sobre los protocolos firmados en Bruselas el 19 de diciembre de 1988 (13) se señala que «no se trata únicamente de determinar de modo genérico un centro único de interpretación; se trata, fundamentalmente, de confiar tal tarea al órgano que representa la máxima garantía de la interpretación uniforme de todo el sistema jurídico comunitario y que, por su situación institucional y por el carácter de sus funciones, puede garantizar mejor que nadie la vinculación orgánica entre los convenios y dicho sistema jurídico», aludiendo a continuación a «la tendencia a considerar los convenios y el Derecho comunitario como un complejo normativo unitario, en el sentido de que dichos convenios entran a formar parte de pleno derecho del sistema jurídico comunitario, como subsistemas pertenecientes a este último».

El Tribunal comunitario puede proceder a la interpretación de los convenios respecto de los cuales tiene atribuida competencia, a través de una doble vía: en virtud de recurso prejudicial o de recurso en interés de ley. Con los Protocolos se establece un sistema de colaboración entre los tribunales, entre el Tribunal comunitario, que interpreta el convenio, y los tribunales nacionales, que lo aplican. Incluyen los Protocolos en anexo una «declaración común» mediante la que los Estados miembros manifiestan su disposición a organizar un intercambio de información sobre las sentencias firmes dictadas en aplicación de los Convenios de Bruselas y de Roma por los órganos jurisdiccionales nacionales.

El Protocolo n.º 2 sobre la interpretación uniforme del Convenio de Lugano y las Declaraciones de los Representantes de los Gobiernos de los Estados signatarios del Convenio de Lugano miembros respectivamente de las Comunidades Europeas y de la Asociación Europea de Libre Cambio arbitran un sistema basado en el intercambio de información, un sistema que, como señala G.A.L. Droz (14), se basa, no en la jerarquía judicial, sino en la buena voluntad y la comprensión mutua.

(12) M. VIRGOS SORIANO: «La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias:C.E.E.*, 1990, n.º 61, p. 83 ss.

(13) Informe de A. Tizzano sobre los protocolos relativos a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, firmados en Bruselas el 19 de diciembre de 1988, *DOCE*, n.º C 219, de 3 de setiembre de 1990, p. 6.

(14) G. A. L. DROZ: «La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, p. 10.

Por lo que respecta a los métodos de interpretación de los convenios internacionales, debe ésta orientarse en un sentido internacionalista, en un sentido que favorezca la uniformidad, evitando las divergencias de interpretación que perjudiquen su acción unificadora. Tanto el principio de internacionalidad como el de uniformidad vienen expresamente recogidos en el Convenio de Roma de 1980, cuyo art. 18 dispone que: «A los fines de la interpretación y aplicación de las reglas... se tendrá en cuenta su carácter internacional y la oportunidad de llegar a la uniformidad...». En parecidos términos se pronuncia la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (art. 7).

11. Tendencia favorable al empleo de calificaciones autónomas

Dos son las vías defendidas para la obtención de calificaciones autónomas, propias y específicas del Derecho Internacional Privado: una estimación comparatista y una estimación funcionalista. Desde una perspectiva comparatista se insiste en la existencia de analogías entre las instituciones previstas en los diferentes ordenamientos jurídicos y en la posibilidad de extraer, mediante una reducción a común denominador o síntesis de las concepciones existentes en los diferentes países sobre esas instituciones, unas calificaciones comunes, equivalentes, generalizadas. Desde una perspectiva funcionalista se considera que lo que realmente importa es la función que una institución cumple, con independencia de la construcción técnica empleada y de los términos utilizados para bautizar esa institución.

La dificultad de realización práctica de la teoría autonomista viene motivada por la profunda relación existente entre las normas de conflicto y las normas materiales internas, generalmente integrantes de unos mismos Códigos.

En el Derecho Internacional Privado convencional se observa una mayor predisposición o proclividad al empleo de unas calificaciones propias, específicas, tendentes a evitar el surgimiento de eventuales conflictos calificatorios.

El Derecho convencional en ocasiones propugna la calificación mediante remisión a una determinada ley. Así, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (art.12) señala que «se entenderá por "menor" toda persona que tenga la calidad de tal, de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional, o la ley interna de su Estado de residencia habitual». Asimismo, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (art.1, último párr.) establece que «la cuestión de saber si el testador tenía su domicilio en un lugar determinado se regirá por la ley de este mismo lugar».

Más frecuente es el recurso en el Derecho convencional al empleo de calificaciones dotadas de autonomía. Así, el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio (art. 5) dispone que el domicilio «es el lugar en el que una persona reside habitualmente, a menos que dependa del domicilio de otra persona o de la sede de una autoridad». Se ha defendido una calificación autónoma, convencional acerca de la noción de

«menor» (15), «traslado o retención ilícitos de un menor», «derecho de custodia» y «derecho de visita» (16), «cuestiones de forma de las disposiciones testamentarias» (17), «legalización» (18), «documentos públicos» (19), «mercancías» y «ventas» (20), «trust» (21)...

En el ámbito comunitario, el T.J.C.E., a través de las diferentes decisiones dictadas en aplicación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, ha asumido, como señala J.P. Beraudo (22), una función constructiva, creadora de derecho. La calificación comunitaria permite superar las divergencias de interpretación de un mismo concepto en los sistemas jurídicos de los diferentes Estados contratantes, soslayando el enfrentamiento entre los partidarios de la calificación según la ley del foro y según la ley extranjera, conforme a la ley del juez de origen y conforme a la ley del juez requerido. Es la calificación que mejor se adapta a la aplicación de un texto comunitario, la que más conviene al deseo de una uniforme aplicación del mismo.

La calificación autónoma se obtiene a través de una doble vía: comparatista y teleológica, que, lejos de excluirse, se complementan. El recurso al método comparatista implica estudiar el significado que las nociones empleadas en el texto convencional adquieren en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, examinar los «principios generales que se deducen del conjunto de los sistemas de derecho nacionales». El empleo del método teleológico exige tener en cuenta los objetivos, los fines, el espíritu, el sistema, la economía general del Convenio, el sentido más útil entre aquéllos que puedan atribuirse a un concepto.

Expresiva de la jurisprudencia favorable al empleo de calificaciones comunitarias es la *Sent. T.J.C.E. de 14 de octubre de 1976, 29/76*, «Firma L.T.U. c. Eurocontrol» (23), al señalar que: «Conviene referirse no al derecho de uno cualquiera de los Estados afectados, sino, de una parte, a los objetivos y al sistema del Convenio, y, por otra, a los principios generales que se deducen del conjunto de los sistemas de derechos nacionales».

(15) Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, art. 1, Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, art. 1.

(16) Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, arts. 3 y 5.

(17) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, art. 5.

(18) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de legalización para documentos públicos extranjeros, art. 2; Convenio europeo sobre supresión de la legalización de documentos extendidos por agentes diplomáticos y consulares de 7 de junio de 1968, art. 1; Convenio de la CIEC n.º 17 sobre dispensa de legalización de ciertos documentos de 15 de setiembre de 1977, art. 1.

(19) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de legalización para documentos públicos extranjeros, art. 1.

(20) Convenio de La Haya de 22 de diciembre de 1986 sobre ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías, arts. 3 y 4.

(21) Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al trust y a su reconocimiento, art. 2.

(22) J. P. BERAUDO: «Convention de Brixelles du 27 septembre 1968», *Juris-Classeur de Dr. int.*, 1988, fasc. 631, n.º 9, p. 4.

(23) *Sent. T.J.C.E. de 14 de octubre de 1976, 29/76*, «L.T.U. c. Eurocontrol»: *Rec.*, 1976, p. 1.541 ss.; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 772 ss., nota G. Droz.; *J. Clunet*, 1977, p. 707, nota A. H uet.

El T.J.C.E. ha recurrido al empleo de calificaciones autónomas, comunitarias, en primer término. a efectos de la delimitación del ámbito de aplicación material del Convenio. Así lo ha hecho a propósito de la noción de «materia civil y mercantil», distinguiendo entre el derecho civil y mercantil, por un lado, y el derecho público, por otro, en base a la intervención de una autoridad pública en el ejercicio del poder público (24). Asimismo ha defendido una noción autónoma de la noción de quiebra (25).

En el ámbito de las obligaciones en materia contractual (art 5 1.º del Convenio de Bruselas), la noción de «materia contractual», es decir, la determinación de la naturaleza contractual o no contractual de una obligación, ha sido precisada por diversas sentencias (26). A su vez, la noción de «obligación» ha sido objeto de una calificación comunitaria, entendiéndose por tal, bien la «obligación contractual que sirve de base a la acción judicial» (27), bien la «obligación característica del contrato» (28).

La noción de sucursal, agencia o establecimiento (art.5.5.º del Convenio de Bruselas) ha sido progresivamente perfilada a través de diferentes sentencias (29). Una calificación autónoma de «consumidor» viene proporcionada tanto por el art. 13 del Convenio de Bruselas como por el art. 5 del Convenio de Roma de 1980, entendiéndose por tal la persona que contrata para un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional. Asimismo se ha defendido una noción autónoma de «litispendencia» (30).

12. Críticas a la política convencional española

La crítica tradicionalmente efectuada a la política convencional española ha tenido una proyección especial en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, ámbito en el que el régimen convencional de exequatur tiene un profundo significado. Comúnmente se ha insistido en la carencia de una verdadera

(24) *Sent. T.J.C.E. de 14 de octubre de 1976, 29/76*, «L.T.U. c. Eurocontrol»: *cit.*, *Sent. T.J.C.E. de 16 de diciembre de 1980, 814/79*, «Estado holandés c. Ruffer»: *Rec.*, 1980, p. 3.807 ss.; *J. Clunet*, 1982, p. 463 ss., nota J. M. Bischoff.

(25) *Sent. T.J.C.E. de 22 de febrero de 1979, 133/78*, «Gourdain c. Nadler»; *Rec.*, 1979, p. 733 ss.; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, p. 657 ss., nota Lemontey.

(26) *Rec. T.J.C.E. de 22 de marzo de 1983, 34/82*, «Martin Peters c. Z.N.A.V.»: *Rec.*, 1983, p. 987; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, p. 663 ss., nota H. Gaudemet-Tallon; *J. Clunet*, 1983, p. 834 ss.; nota A. Huet; *Sent. T.J.C.E. de 4 de marzo de 1982, 38/81*, «Effer c. Kantner»: *Rec.*, 1982, p. 825 ss.; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, p. 570ss., nota H. Gaudemet-Tallon; *J. Clunet*, 1982, p. 473 ss., nota A. Huet.

(27) *Sent. T.J.C.E. de 6 de octubre de 1976, 14/76*, «De Bloos c. Bouyer»: *Rec.*, 1976, p. 1.497 ss.; *J. Clunet*, 1977, p. 719 ss., nota J. M. Bischoff.

(28) *Sent. T.J.C.E. de 26 de mayo de 1982, 133/87*, «Ivenel c. Schwab»; *Rec.*, 1982, p. 1.891 ss.; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, p. 120 ss., nota H. Gaudemet-Tallon; *J. Clunet*, 1982, p. 948 ss., nota A. Huet.

(29) *Sent. T.J.C.E. de 22 de noviembre de 1978, 33/78*, «Somafer c. Saar-Ferngas»: *Rec.*, 1978, p. 2.183 ss.; *J. Clunet*, 1979, p. 672 ss., nota A. Huet; *Sent. T.J.C.E. de 18 de marzo de 1981, 139/80*, «Blanckaert et Willems c. Trost»: *Rec.*, 1981, p. 819 ss.; *J. Clunet*, 1982, p. 479 ss., nota J. M. Bischoff; *Sent. T.J.C.E. de 9 de diciembre de 1987, 218/86*, «Schotte c. Parfums Rothschild»: *La Ley. Com. eur.*, 274-CE; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, p. 737 ss., nota G. Droz; *J. Clunet*, 1988, p. 544 ss., nota J. M. Bischoff.

(30) *Sent. T.J.C.E. de 8 de diciembre de 1987, 144/86*, «Gubisch Maschinenfabrik c. Palumbo»: *La Ley. Com. Eur.*, 262-CE; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, p. 374 ss., nota H. Gaudemet-Tallon; *J. Clunet*, 1988, p. 537 ss., nota A. Huet.

política convencional española, de un programa, de una planificación, de unos objetivos diplomáticos claros, precisos, en el carácter irreflexivo, accidental, de una política realizada a impulso, a remolque de ajenas iniciativas (31). Esta crítica histórica se ha centrado en el reducido número de convenios concluidos o ratificados por España, en el excesivo lapso de tiempo que media entre unos y otros, en la inadecuada selección de los Estados con los que se han concertado y en el carácter heterogéneo de su contenido. La validez de esa crítica alcanza hasta 1969, fecha en que el Convenio con Francia sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras inicia una nueva época, caracterizada por la celebración de un mayor número de convenios internacionales, menos distantes en el tiempo, con países más próximos, y más homogéneos en su contenido, así como por la creciente ratificación de convenios multilaterales.

Actualmente, la crítica se vierte sobre algunos extremos de la política convencional seguida por nuestro país. Se señala, en primer término, la existencia de disfuncionalidades en el cumplimiento de los requisitos internos e internacionales exigidos para la aplicación de los textos convencionales. Así, el Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, ratificado por España el 2 de julio de 1973, se publicó en el BOE el 12 de noviembre de dicho año, dos días después de que se produjera su entrada en vigor para nuestro país, a tenor de las propias disposiciones del Convenio. Aprecia al respecto P. Domínguez Lozano (32) «una clara ausencia de coordinación entre la fecha de entrada en vigor del Convenio conforme a su propia normativa y la formalización de los requisitos internos que el ordenamiento español exige para la aplicación del texto internacional».

Se ha señalado, en segundo lugar, la vinculación de España por convenios de carácter parcialmente contradictorio. Así, España es parte tanto del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil como de los Convenios que posteriormente han ido desarrollando y perfeccionando el contenido de sus diferentes capítulos. Asimismo, España se halla vinculada por los Convenios de La Haya de 24 de octubre de 1956 y de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, el primero de los cuales es de aplicación recíproca, «inter partes», en tanto que el segundo es de aplicación universal, «erga omnes». La dualidad de regímenes convencionales constituye un obstáculo a la deseable unidad de soluciones en el interior de un mismo sistema, a la regulación unitaria de una identidad de supuestos. Por esa razón se ha recomendado proceder a la denuncia del Convenio de 1956 frente a los Estados respecto de los cuales España se mantiene vinculada por él en lugar de por el más reciente de 1973 (33).

(31) A. REMIRO BROTONS: *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 48-49.

(32) P. DOMÍNGUEZ LOZANO: «La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el Derecho internacional privado español», *R.E.D.I.*, 1989, p. 434.

(33) P. DOMÍNGUEZ LOZANO: «La determinación de la ley aplicable...», *ob. cit.*, pp. 480 y 484; id.: *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, obra de varios autores, vol. II, Oviedo, 1990, p. 289.

Finalmente, es de subrayar la existencia de contradicciones entre la normativa española y la normativa convencional en ciertas materias, como obligaciones contractuales, alimentos... La necesaria adecuación o ajuste entre el Derecho internacional privado estatal y convencional fue puesta de manifiesto en diversas ocasiones en el transcurso del proceso de reforma del Tít. Prel. del C.C. Así, el Proyecto de Ley de Bases para la mencionada reforma, remitido por el Gobierno a las Cortes, en su base 5.^a disponía que «se regularán expresamente las obligaciones, dando entrada a los criterios predominantes en las Conferencias y Convenios internacionales coincidentes con la doctrina y la jurisprudencia patria». Por su parte, el Dictamen emitido por el Consejo de Estado señaló, con relación a la determinación de la ley aplicable en materia de prestación de alimentos, que su regulación habría de hacerse ponderando los Tratados y Conferencias internacionales. Sin embargo, esa aspiración dista de haberse plenamente cumplido. Por lo que respecta a las obligaciones contractuales, la normativa española difiere de la normativa convencional en cuanto al alcance, más restrictivo e incompleto, con que se formula el principio de la autonomía de la voluntad, exigiéndose la designación expresa de la ley aplicable, la existencia de alguna conexión de la ley designada con el negocio de que se trate, y guardando silencio acerca de la posible modificabilidad en la designación de la ley aplicable, así como también se aparta de la normativa convencional en cuanto a las conexiones subsidiarias elegidas en defecto de la autonomía de la voluntad de las partes, por el carácter rígido, formalista de los criterios utilizados, por el protagonismo concedido a las conexiones personales, así como por la admisión como conexión de cierre de la constituida por el lugar de celebración del contrato. Y en materia de obligaciones alimenticias, la norma de colisión española, que no ha permanecido ajena, insensible, a los trabajos de La Haya, se aparta, sin embargo, del modelo convencional al alterar el orden de conexiones establecido, viniendo a conceder primacía a la ley de la nacionalidad común sobre la ley de la residencia habitual del alimentista.

III. LA COOPERACION INTERNACIONAL EN EL AMBITO DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

1. La cooperación internacional como fundamento de la aplicación del derecho extranjero

El Derecho Internacional Privado supone la existencia de unos límites a la aplicación territorial del derecho, el reconocimiento de un marco de extraterritorialidad. Esa limitación del ámbito de aplicación del derecho material interno del foro, esa posible remisión al derecho de otro país, a un derecho extranjero, es lo que constituye la esencia de nuestra disciplina.

¿Cuáles son las razones que explican ese movimiento de limitación, de negación del derecho propio, y de consiguiente presencia y penetración del derecho

ajeno dentro de los confines territoriales del Estado cuyos tribunales tienen competencia para conocer del supuesto de tráfico jurídico externo objeto de controversia? ¿Son razones jurídicas o más bien políticas las tenidas en cuenta por nuestros tribunales para explicar ese proceso de apertura hacia el exterior, esa recepción de otro derecho?

La antigua e importante *Sent. T.S. de 6 de noviembre de 1867* considera que «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 derecho internacional privado que tiene el carácter de consuetudinario...». Años más tarde, la *Sent. T.S. de 13 de enero de 1885* alude «a la observancia de las leyes personales, que en nada afectan a la soberanía de cada país, y que deben guardarse, no en concepto de extranjeras, y por consiguiente destituidas de la fuerza de obligar, sino por conveniencia de las diversas naciones, que sin perder nada de su independencia, van estableciendo así un derecho común beneficioso a todas». Por las mismas fechas, estima la *Sent. T.S. de 27 de marzo de 1885* que «el principio jurídico que se alega..., según el cual las leyes no son extraterritoriales, careciendo de poder un país para imponerlas a otro, no merece el concepto de tal...». Más recientemente, la *Sent. T.S. de 5 de abril de 1966* considera que «si se llevara a sus últimas consecuencias el principio de la soberanía territorial del Estado, nunca surgiría la posibilidad de aplicar en él leyes promulgadas por otros Estados, o de ejecutar o dar eficacia a sentencias no dictadas por sus Tribunales; más como esto se opone a las exigencias de la realidad y vendría a suprimir el comercio jurídico internacional y las relaciones jurídicas entre súbditos de distintos países, surgió la necesidad de permitir que el extranjero no sea sustraído a sus propias leyes en determinadas materias».

El examen de la jurisprudencia nos muestra que la aplicación de las leyes extranjeras, así como el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, se ha contemplado en relación con el principio de la soberanía territorial del Estado, una relación de compatibilidad no exenta de tensiones. En apoyo de la extraterritorialidad se han invocado primordialmente razones de naturaleza práctica, política, cuales son las relativas a la conveniencia de las naciones; la evitación de los males que necesariamente surgirían de no admitir los efectos de las leyes extranjeras; la guarda de las leyes personales, no en concepto de extranjeras, y por consiguiente destituidas de la fuerza de obligar; el establecimiento de un derecho común beneficioso a todas las naciones... Esa constante referencia al carácter conveniente, beneficioso, de la aplicación del derecho extranjero envuelve reminiscencias de la vieja noción de la «*comitas gentium*». Junto a las mencionadas razones, se han esgrimido otras más netamente jurídicas, al aludirse a las exigencias de la realidad; al comercio jurídico internacional y a las relaciones jurídicas entre súbditos de distintos países; a la necesidad de permitir que el extranjero no sea sustraído a sus propias leyes en determinadas materias... El razonamiento jurídico y el político, lejos de excluirse o anularse, se complementan y perfeccionan.

2. La cooperación internacional y el pluralismo metodológico en Derecho Internacional Privado

La crítica de que viene últimamente siendo objeto el método clásico, savigniano, el procedimiento de remisión o atribución, reviste distintos niveles o grados de intensidad, según vaya dirigida frente al exclusivismo, al protagonismo o a la simple pervivencia o mantenimiento de dicho método. Pero entre la santificación del método savigniano y el definitivo adiós a Savigny es posible una posición de compromiso. Hoy son pocos quienes se atreven a discutir la necesaria subsistencia de ese método, como lo son también quienes defienden su carácter exclusivo y excluyente. Frente al método único se defiende un pluralismo metodológico, una pluralidad de técnicas y de tipos normativos, lo que no implica desconocer la importancia esencial que corresponde al procedimiento de atribución. A este respecto, J. A. Carrillo Salcedo (34) incluye entre las manifestaciones de la renovación del particularismo en la reglamentación de los conflictos de leyes tres corrientes de ideas (las leyes de aplicación inmediata, las reglas materiales de Derecho Internacional Privado y la tendencia a la aplicación generalizada de la *lex fori*) que someten a discusión el papel de la regla de conflicto y de la ley extranjera, y que quieren despojar a la regla de conflicto bilateral no sólo de su exclusividad sino incluso de su primacía, reduciéndola al rango de un procedimiento de reglamentación entre otros, secundario, e incluso residual.

A. La norma de colisión bilateral perfecta

El método de remisión, a través de su más genuina y lograda representación, la norma de colisión bilateral perfecta, que permite el reparto o distribución equitativa, homogénea, de competencias entre los ordenamientos jurídicos en presencia, responde o se acomoda a la acción inspiradora de determinados principios cuya importancia ha sido destacada por la doctrina: los principios de la bilateralidad y de la posibilidad de internacionalización de las reglas de conflicto (35); el principio de la armonía internacional de soluciones o del mínimo de conflictos internacionales (36); el principio de la equivalencia o igualdad de trato entre los distintos ordenamientos jurídicos, entre la ley del foro y la ley extranjera (37); la idea de coordinación o cooperación entre los sistemas jurídicos de los diferentes Estados (38)...

(34) J. A. CARRILLO SALCEDO: «Le renouveau du particularisme en Droit international privé», *R. des C.*, t. 160, 1978-II, pp. 181-264.

(35) P. G. VALLINDAS: «Les principes de la bilatéralité et de la possibilité d'internationalisation des règles de Droit international privé», *Rev. hell. dr. int.*, 1948, pp. 239-335.

(36) W. WENGLER: «General Principles of Private International Law», *R. des C.*, t. 104, 1961-III, esp. p. 354 ss.; id.: «Les principes généraux du Droit international privé et leurs conflits», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1952, pp. 595-662, y 1953, pp. 37-60.

(37) W. WENGLER: «Les conflits de lois et le principe d'égalité», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 202-231 y 503-527; E. VITTA: «Il principio dell'eguaglianza tra "Lex fori" e Diritto straniero», Milán, 1964.

(38) H. BATIFFOL: «Le pluralisme de méthodes en Droit international privé», *R. des C.*, t. 139, 1973-II, p. 75 ss.; J. A. CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 1983, p. 181 ss.

La utilización de normas bilaterales perfectas ha sido recomendada por el IDI en sendas resoluciones aprobadas en sus sesiones celebradas en Siena en 1952 y en Santiago de Compostela en 1989. En su resolución aprobada en Siena en 1952, favorable a la utilización de normas bilaterales perfectas, señala el IDI que las normas de conflicto deben, con carácter general, utilizar criterios susceptibles de internacionalización, es decir, especialmente susceptibles de ser adoptados por convenios internacionales, de modo que se eviten soluciones discordantes de un mismo caso concreto en diferentes países. En la misma línea, la resolución adoptada en Santiago de Compostela en 1989 sobre la igualdad de tratamiento entre la ley del foro y la ley extranjera, considera que la armonía de las decisiones constituye uno de los objetivos que los Estados deben perseguir en el establecimiento y la aplicación de sus reglas de conflicto.

B. *Las normas materiales de Derecho Internacional Privado de inspiración internacional*

Sirven a la cooperación internacional las normas materiales de Derecho Internacional Privado de origen internacional así como las que, siendo de origen interno, persiguen un objetivo internacional.

Las normas materiales de Derecho Internacional Privado de origen internacional pueden ser creadas por los Estados (Leyes uniformes y convenciones unificadoras) o por los miembros que participan en el comercio internacional (Lex Mercatoria).

La idea de una unificación jurídica geográficamente universal y materialmente exhaustiva es utópica. Una uniformidad concebida en términos tan absolutos no resulta posible, ni es tampoco deseable. Los convenios sobre unificación presentan límites geográficos y materiales. Límites geográficos, por cuanto que el número de Estados miembros será limitado, pudiendo surgir conflictos de leyes con Estados que no hayan suscrito el convenio. Límites materiales, por cuanto que, dentro de la materia contemplada, sólo se regulan ciertos aspectos, quedando sin regular cuestiones respecto de las que podrán también suscitarse conflictos de leyes.

Las normas materiales de Derecho Internacional Privado de inspiración internacional tratan de armonizar las soluciones de diferentes sistemas jurídicos, de consagrar un cierto grado de homogeneidad jurídica, en tanto que las de inspiración interna defienden los propios intereses o proyectan al plano internacional los criterios del ordenamiento del foro, sin atender a las soluciones previstas por otros ordenamientos.

Existe una cierta correlación entre la clasificación de las normas materiales de Derecho Internacional Privado por su origen y por su inspiración, en el sentido de que una norma de origen internacional responderá a un propósito internacional, en tanto que una norma de origen interno normalmente responderá a una inspiración interna. Pero esa correlación no siempre tiene lugar, no es automática, y a veces acontece que los Estados, unilateralmente, aisladamente, se proponen una meta internacional, acercando el propio derecho al que rige en otros países.

C. Consideración de las normas de aplicación inmediata extranjeras

La aplicación o toma en consideración de las normas imperativas extranjeras se fundamenta en la aspiración hacia la armonía internacional de soluciones; la superación del carácter relativo, diverso y contradictorio de las distintas normativas estatales; el respeto hacia los intereses y los objetivos de política legislativa de los demás Estados y la colaboración con ellos en la satisfacción de los que sean comunes, compartidos; la conciliación de diversos intervencionismos o dirigismos estatales; la pretensión de dotar de efectividad, de realismo, las soluciones que se adopten, garantizando la seguridad de las transacciones. En opinión de J. A. Carrillo Salcedo (39), la toma en consideración de las normas de aplicación inmediata extranjeras implica una perspectiva internacionalista del problema, un unilateralismo no nacionalista sino abierto al universalismo jurídico y a las exigencias de la colaboración internacional.

La cooperación que permite atender a las normas imperativas extranjeras se ha realizado por la vía convencional, mediante la elaboración de convenios internacionales sobre materias específicas. En el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la aplicación de las normas imperativas extranjeras ha sido prevista por el Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación (art. 16) y por el Convenio de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al trust y a su reconocimiento (art. 16). Sin embargo, el Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías (art. 17) alude a las disposiciones imperativas de la ley del foro pero no a las de la ley extranjera (40). En el ámbito comunitario, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 7) contempla la posible eficacia de las disposiciones imperativas extranjeras. A su vez, el Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional (art. 8.2.b.) prevé la toma en consideración de las normas sobre control de cambios mantenidas o establecidas de conformidad con el texto convencional. También el Convenio de la UNESCO de 1970 sobre la importación, exportación y transferencias ilícitas de bienes culturales (art. 3) atiende a las normas de protección del patrimonio cultural de los Estados parte.

De los referidos textos convencionales se desprende que la toma en consideración de las normas imperativas o de policía extranjera está sometida a unas condiciones. Se requiere, en primer término, la existencia de una vinculación estrecha,

(39) J. A. CARRILLO SALCEDO: «Le renouveau...», *ob. cit.*, p. 223.

(40) Y. LOUSSOUARN: «La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, p. 271 ss., esp. pp. 295-296) estima paradójico dar de lado la cuestión de las leyes de policía extranjeras y tratar de las leyes de policía del foro cuando el 95% de las ventas internacionales contienen una cláusula compromisoria, por lo que los litigios a los que dan lugar se someten a árbitros. Estima que la corriente de «desnacionalización» del arbitraje internacional implica el rechazo de todo concepto de foro y la transformación de todas las leyes de policía en leyes de policía extranjeras. De las discusiones habidas, tanto en las Comisiones especiales como en la sesión extraordinaria de la Conferencia, se desprende que, ante el silencio del Convenio, los jueces tienen la facultad de tener en cuenta las leyes de policía extranjeras cuando se invocan como elementos de hecho constitutivos de la fuerza mayor.

efectiva, entre la situación y el derecho extranjero. Asimismo se precisa, en segundo lugar, que la norma extranjera tenga una vocación de aplicación extraterritorial, entienda ser imperativamente aplicada con independencia de cual sea la ley rectora del contrato. Para juzgar acerca de la toma en consideración de las disposiciones imperativas del derecho extranjero se valorará su naturaleza y objeto, así como las consecuencias resultantes de su aplicación o inaplicación.

La posible toma en consideración de las normas de aplicación inmediata extranjeras al margen de la vía convencional ha suscitado hondas controversias.

No plantea problemas la aplicación de las normas de policía contractual extranjeras pertenecientes a la ley rectora del contenido del contrato («lex causae», «lex contractus»), a tenor de lo dispuesto en la norma de conflicto del art. 10.5.º del C.C., salvo que entren en contradicción con las normas de semejante naturaleza del foro.

Las normas imperativas extranjeras pertenecientes a la ley del lugar de cumplimiento o ejecución del contrato («lex loci executionis») también son objeto de consideración. La norma de conflicto del art. 10.10.º del C.C., tras señalar que la ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción, agrega que «se aplicará la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa». Así pues, algunos aspectos de la ejecución del contrato se someten a la ley del lugar de su cumplimiento, con independencia de cual sea la ley rectora del contrato. La conexión representada por el lugar de ejecución del contrato es una conexión realista, dotada de efectividad, que goza de una poderosa fuerza atractiva. La determinación del ámbito o alcance de la norma es susceptible de recibir una doble interpretación, restrictiva y extensiva. La interpretación restrictiva se basa en la consideración de la norma como una «muy matizada salvedad» a la aplicación de la ley rectora del contrato, según expresión de la E. de M. del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. Conforme a la interpretación extensiva, la referencia a las disposiciones relativas a las «modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa» permite incluir todas las normas materiales que organizan el comercio exterior de un Estado (control de cambios, licencias de exportación o importación...) (41).

La doctrina ha puesto de manifiesto la dificultad existente para tomar en consideración las normas imperativas, de policía, extranjeras pertenecientes a un ordenamiento jurídico ajeno al rector del contrato, sin la existencia de una regla conflictual que imponga al juez español la obligación de hacerlo (42).

(41) E. PÉREZ VERA Y M. GUZMAN ZAPATER: *Derecho Internacional Privado*, obra de varios autores, II, UNED, 2.ª ed. rev., 1990, p. 274.

(42) M. DE ANGULO RODRÍGUEZ: «Comentario al art. 10.5.º del C.C.», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 528; A. REMIRO BROTONS: «Comentario al art. 10.5.º del C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. I, Edersa, 1978, pp. 314-315; E. PÉREZ VERA Y M. GUZMÁN ZAPATER: *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 274.

La posibilidad de tomar en consideración las normas imperativas de un ordenamiento ajeno al regulador del contrato, en base a la reciprocidad y prescindiendo de la regla de conflicto del foro, tropieza con dificultades prácticas evidentes (43).

Se ha acudido también a la vía del orden público, considerando contrarios al mismo los contratos que tienen por objeto la violación de un derecho extranjero, la realización de actos prohibidos, ilegales en el país extranjero correspondiente al lugar de su ejecución (p.e., los contratos de contrabando, de importación o exportación en un país extranjero de un objeto de tráfico prohibido por las disposiciones del mismo) (44).

Se ha propugnado, finalmente, el recurso a las normas imperativas de un tercer país a partir de la consideración de la existencia y los efectos de esas normas como «dato», como elemento del supuesto de hecho que se subsume en la correspondiente «regla de decisión» de la ley del contrato (45).

La toma en consideración de las disposiciones imperativas del derecho extranjero ha sido prevista por algunos sistemas de Derecho Internacional Privado, como la Ley federal suiza sobre el Derecho Internacional Privado de 1987 (art. 18).

3. La cooperación internacional y la elección de los criterios de conexión

La cooperación internacional aconseja la elección por la norma de conflicto de conexiones intermedias, conciliadoras, de compromiso, que permitan superar el antagonismo entre criterios tradicionalmente opuestos, tendiendo puentes en la tarea de unificación internacional y aproximación entre sistemas jurídicos (residencia habitual, centro de vida, «*professio juris*»), o el uso de conexiones alternativas, en aras de un resultado favorable a la validez de actos y situaciones jurídicas, o la apreciación casuística de las circunstancias del caso concreto, con la consiguiente aplicación de la ley más estrechamente vinculada al supuesto.

A. *La residencia habitual como conexión intermedia*

La discusión entre los partidarios de la nacionalidad y del domicilio ha abandonado el perfil de enfrentamiento que antes tuvo, viniendo a discurrir por los senderos de una mayor moderación y compromiso. Los autores parecen conscientes de que todo absolutismo debe ser desterrado y que las ventajas y los inconvenientes que acompañan a una y otra noción son relativas y se contraponen. Así, pudo

(43) En opinión de M. ANGULO RODRÍGUEZ («Comentario al art. 10.5.º del C.C.», *ob. cit.*, p. 528), «el alto grado de especulación y complejidad que esta posibilidad reviste permite conjeturar su escasa viabilidad ante los tribunales españoles». Igualmente para A. Remiro Brotons («Comentario al art. 10.5.º del C.C.», *ob. cit.*, pp. 314-315) constituye un argumento demasiado sutil y alambicado lo que pronostica que no encontrará en un futuro inmediato juez dispuesto a endosarlo.

(44) M. VIRGOS SORIANO: *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, obra de varios autores, II, Oviedo, 1990, pp. 454-455; E. PÉREZ VERA Y M. GUZMAN ZAPATER: *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 274.

(45) M. VIRGOS SORIANO: *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 456.

afirmar muy gráficamente N. Bentwich (46) que «la nacionalidad proporciona una ley previsible, pero frecuentemente inapropiada en materia de estatuto personal; en tanto que el domicilio proporcionaría una ley apropiada, pero frecuentemente imprevisible».

Recientemente, la resolución adoptada por el IDI en su sesión de El Cairo, en 1987, sobre «La dualidad de los principios de nacionalidad y de domicilio en Derecho Internacional Privado», señala «el carácter relativo de las ventajas y de los inconvenientes de cada uno de estos criterios y la inoportunidad de preconizar la adopción de una regla de conflicto fundada exclusivamente sobre uno de los dos» y considera útil «formular principios que permitan suscitar una cierta armonización de las reglas de conflicto en vigor en los diferentes Estados».

Como conexión intermedia, superadora del antagonismo entre nacionalidad y domicilio, tradicionalmente en pugna, y, por ello, favorecedora de la cooperación internacional, se defiende la constituida por la «residencia habitual». Es ésta una conexión que propicia la aproximación, el acercamiento entre sistemas, que responde a una necesidad especialmente sentida, la de tender puentes, en la tarea de la codificación internacional, entre los países continentales, defensores de la nacionalidad, y los anglosajones, partidarios del domicilio, cuya firme presencia y creciente protagonismo obliga a efectuar concesiones a los países que inicialmente constituyeron la Conferencia de la Haya.

En favor de la conexión representada por la residencia habitual se alega el carácter no jurídico, sino fáctico, real, de dicha noción, así como el carácter flexible, vago, exento de rigidez. Hace referencia la residencia habitual a la efectiva integración de la persona en una comunidad, en un medio humano y social con el que se siente solidario y comprometido. En este sentido, L. I. De Winter (47) se ha referido al «domicilio social» como criterio de localización.

Históricamente, la noción de domicilio fue acogida por la Conferencia de La Haya inicialmente con preferencia a la de residencia habitual, que había sido, no obstante, utilizada por el Convenio de 1896 sobre procedimiento civil y que se impuso a partir de la VIII sesión (1956).

Por lo que respecta al sistema español, en el marco del proceso de reforma del Tít. Prel. del C.C., el Consejo de Estado en su Dictamen estimó conveniente introducir, con carácter general, la conexión «residencia habitual» como subsidiaria de la nacionalidad, considerando que los trabajos de La Haya y la más autorizada corriente doctrinal se inclinan a preferir esta conexión por diversos motivos, entre los cuales señala que la misma ha permitido a los trabajos de codificación y unificación internacionales tender un puente entre los sistemas continentales y los anglosajones.

(46) N. BENTWICH: «Recent developments of the principle of domicile in English law», *R. des C.*, t. 87, 1955-I, pp. 117-190.

(47) L. I. DE WINTER: «Il domicilio sociale come criterio di collegamento in diritto internazionale privato», *Diritto Internazionale*, 1963, pp. 233-246; id.: «Nationality or Domicile? The present state of affairs», *R. des C.*, t. 128, 1969-III, pp. 349-503.

La dificultad de definir el domicilio, por su carácter acusadamente jurídico, se ha resuelto en diferentes direcciones. Una vía ha consistido en referir la noción de domicilio a la de residencia habitual, produciéndose una identificación y confusión entre ambos conceptos. Así, el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio, que mantiene el concepto de domicilio, lo conceptúa como «el lugar donde una persona reside habitualmente, a menos que dependa del de otra persona o de la sede de una autoridad» (art. 5). Señala M. H. van Hoogstraten (48) que esta disposición contribuyó a hacer inaceptable el Convenio en el Reino Unido, por el carácter inconciliable de esa definición. Otra vía fue la seguida por el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que enunciaba el domicilio y la residencia habitual del testador como conexiones distintas, estableciendo que «la cuestión de saber si el testador tenía un domicilio en un lugar determinado se regirá por la ley de este mismo lugar» (art. 1). De la confusión entre domicilio y residencia habitual se ha pasado a la separación e independencia entre ambas nociones. Por último, el Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 sobre reconocimiento de los divorcios y separaciones de cuerpos, establece que cuando la competencia en dicha materia pueda estar fundada en el Estado de origen en el domicilio, la expresión «residencia habitual» en el art. 2 «comprenderá el domicilio en el sentido en que dicho término es admitido en ese Estado» (art. 3). Se dota aquí a la residencia habitual de un amplio sentido, comprensivo del domicilio, entendido como subespecie del concepto genérico de residencia habitual.

B. *El «centro de vida» como conexión intermedia*

El término «centro de vida» («centre-vie») sirve para indicar la comunidad en cuyo seno el interesado, desde el punto de vista geográfico, ha constituido el centro de su vida (49).

El sentido del concepto «centro de vida» ha experimentado una evolución con el transcurso del tiempo. En un primer momento la «residencia habitual» y el «centro de vida» se utilizan como términos equivalentes, intercambiables, explicándose cada uno de ellos por referencia al otro. Las dos nociones vienen a expresar, a describir una situación de hecho, permitiendo evitar los inconvenientes de que adolece la noción de domicilio cuando su carácter legal, formalista, lo aleja de la realidad.

En un momento posterior la «residencia habitual» y el «centro de vida» dejan de ser conceptos idénticos, tienden a independizarse. La residencia habitual ya no es suficiente por sí sola para expresar el centro de vida. El compromiso que se busca ya no es el de la nacionalidad y el domicilio, que podía realizarse a través de

(48) M. H. VAN HOOGRATEN: «La codification...», *ob. cit.*, pp. 357-358.

(49) M. H. VAN HOOGRATEN: «La codification...», *ob. cit.*, p. 355.

la residencia habitual, sino entre la nacionalidad y la misma residencia habitual, como conexión que ha desplazado al domicilio, compromiso que puede alcanzarse mediante una noción del centro de vida que aparece ahora desligada de la residencia habitual, con la que antes se confundía. En opinión de P. Lagarde (50), la noción del centro de vida constituye una concreta aplicación de la idea más general de proximidad.

Una manifestación del compromiso que se busca se encuentra en el Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, un Convenio que gravita o pivota sobre la idea de un equilibrio entre nacionalidad y residencia habitual, procediendo a distinguir diversas situaciones que pueden darse. El centro de vida viene expresado, en primer término, por la concordancia entre la nacionalidad y la residencia habitual del difunto (art. 3.1.º). Dicha hipótesis había sido ya prevista por G.A.L. Droz en una comunicación presentada el 24 de marzo de 1969 ante el Comité francés de Derecho Internacional Privado (51). La concreción de la idea del centro de vida ofrece más dificultades cuando falta la concordancia entre nacionalidad y residencia habitual del de cujus, procediéndose a distinguir dos situaciones atendiendo a que la duración de la residencia habitual sea superior o inferior a cinco años.

C. *La autonomía de la voluntad como conexión intermedia*

La autonomía de la voluntad, como conexión conciliadora entre conexiones objetivas enfrentadas, es defendida en diferentes sectores del Derecho Internacional Privado. Así, la resolución aprobada por el IDI en El Cairo, en 1987, sobre «La dualidad de los principios de nacionalidad y de domicilio en derecho internacional privado», recomienda admitir la opción de los cónyuges o del testador, dentro de los límites establecidos por su ley nacional y por la ley de su domicilio, en materia de regímenes matrimoniales, de efectos personales del matrimonio, de divorcio y separación de cuerpos, así como en materia sucesoria.

En el ámbito de los efectos del matrimonio la acción limitada de la autonomía de la voluntad es admitida en diferentes textos. Así, el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales establece que los esposos pueden, antes o después de la celebración de su matrimonio, someter su régimen a la ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, o a la ley del lugar de situación de los inmuebles en lo concernientes a éstos. En el sistema español, el vigente art. 9. 2.º del C.C. señala que los efectos del matrimonio, en defecto de la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, se regirán «por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración

(50) P. LAGARDE: «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, p. 254.

(51) G. A. L. DROZ: «La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles», *Travaux du Comité français de dr. int. pr.*, 1966-69, p. 319 ss.

del matrimonio». El criterio de la autonomía de la voluntad es generosamente admitido, concediendo a las partes la facultad de elegir entre un amplio catálogo de conexiones. Actúa así la autonomía de la voluntad como factor de aproximación entre las distintas conexiones personales (nacionalidad, residencia habitual) y entre las distintas concreciones personales de las conexiones en presencia (marido, mujer).

En materia sucesoria la acción limitada de la autonomía de la voluntad ha sido también admitida en diversas ocasiones. La resolución aprobada por el IDI en su sesión de Niza de 1967 sobre «La sucesión testamentaria en derecho internacional privado» recomienda que «la validez intrínseca y los efectos de las disposiciones testamentarias se sometan a la ley sucesoria, con la reserva de que el testador pueda optar entre su ley nacional y la ley de su domicilio» (punto 2). En sus observaciones al proyecto de resolución afirmaba H. Batiffol (52) que esa solución «presentaría la ventaja de contribuir a atenuar los inconvenientes resultantes de la división del mundo contemporáneo entre el domicilio y la nacionalidad», constituyendo «un factor favorable a la unidad de las soluciones a pesar de la diversidad de los sistemas jurídicos». A su vez, el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte admite la posible opción entre la ley nacional y la ley de la residencia habitual de la persona, susceptibles de concretarse en un posible doble momento, el de la designación de la ley aplicable o el del fallecimiento, opción que ha parecido a algunos excesivamente amplia, en tanto que otros la juzgan insuficiente, por no aceptar la posible remisión a la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles. Es de señalar que la admisión limitada de la autonomía de la voluntad ofrece, entre otras ventajas, la de contribuir a fomentar la cooperación internacional, al permitir resolver los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio (53).

En materia de bienes en tránsito, la regla del art. 10.1 del C.C. consagra un compromiso entre las dos conexiones en presencia, la del lugar de destino, acogida por la Comisión General de Codificación a propuesta de A. Bercovitz, y la del lugar de expedición, propiciada por el Consejo de Estado. Dicho compromiso se articula mediante la acción de la voluntad de las partes. En ese binomio corresponde a la ley del lugar de expedición el papel de regla de aplicación general y a la ley del lugar de destino el de excepción, una especie de concesión realizada por los partidarios del criterio dominante a los enemigos del mismo. La búsqueda de una síntesis equilibrada ofrece la ventaja de la flexibilidad, del acuerdo, evitando el total predominio, la imposición absoluta de un criterio sobre el otro. El compromiso entre lugar de expedición y de destino es, en definitiva, el compromiso entre los intereses en presencia, los del remitente y los del destinatario.

(52) H. BATIFFOL: *Annuaire de l'I.D.I.*, 1967, n.º 52, t. 1, p. 553.

(53) A. E. VON OVERBECK: «La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», *Liber amicorum baron Louis Frédéricq*, Gand, 1965, p. 1.085.

D. *Otras conexiones favorables a la cooperación internacional*

Crecientemente se recurre al empleo de conexiones alternativas, que tienden progresivamente a desbordar su ámbito tradicional, el constituido por las formas de los actos jurídicos, para extenderse a otras materias, como las integrantes del derecho de familia (efectos del matrimonio, filiación) y derecho sucesorio, donde habían sido más escasamente utilizadas. Están inspiradas las conexiones alternativas por el deseo de favorecer la validez de un acto o negocio jurídico, aplicándose la ley más liberal, menos exigente, la que presenta un contenido más favorable (principio del «favor negotii», «favor testamenti», «favor filii»...). Suponen una actitud neutral, un esfuerzo conciliador entre criterios de conexión opuestos, entre conexiones personales y territoriales, entre diferentes concreciones de la conexión personal (nacionalidad, domicilio, residencia habitual), y entre los intereses de las distintas personas intervinientes en una relación jurídica (el marido y la mujer; los padres y los hijos...).

También favorece la cooperación internacional la aplicación subsidiaria de la ley más estrechamente vinculada con el supuesto, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, que son apreciadas, no de una manera aislada, sino globalmente, en su conjunto, lo que permite evitar tanto la opción legislativa en favor de una u otra de las conexiones en presencia como el fácil recurso a la ley del foro.

4. **La cooperación internacional en el ámbito de los problemas técnicos de aplicación de la norma de conflicto**

Se asiste al progresivo abandono de planteamientos formalistas, conceptualistas, dogmáticos, y a la búsqueda de otros de carácter funcionalista, pragmático, teleológicos y axiológicos. El Derecho Internacional Privado discurre por una zona templada, moderada, superadora de radicalismos, de antagonismos. Se propugnan soluciones flexibles, eclécticas, de síntesis, marcadas por el signo de la cooperación, del comercio, no impuestas por la concepción nacionalista o internacionalista adoptada como punto de partida por la doctrina, sino determinadas en función de unos valores o resultados que se estiman dignos de protección.

A. *La calificación*

El problema calificadorio fue inicialmente utilizado como argumento dentro del gran debate doctrinal que enfrentó a los nacionalistas e internacionalistas. Posteriormente se ha asistido a un desbordamiento, a una progresiva superación del dilema, apareciendo una serie de actitudes intermedias. Los propios autores que inicialmente habían defendido la teoría de la calificación por la «lex fori» admitie-

ron ciertas excepciones en favor de la «lex causae» (54) o la conveniencia de armonizar la calificación extranjera con la del foro (55).

Desde un punto de vista lógico, aunque no histórico, el proceso de superación del tradicional enfrentamiento entre las calificaciones de la ley foro y de la ley extranjera admite diversas gradaciones, no fácilmente perceptibles. Hay que destacar en primer término, un creciente abandono de las calificaciones estrictas de la ley del foro, un ensanchamiento o ampliación de las mismas, con objeto de que dentro de ellas puedan encontrar más fácil acomodo o cobijo instituciones previstas por una ley extranjera que sólo en líneas generales responden a la concepción que acerca de ellas se ha formado el foro o que incluso son desconocidas por éste. Se parte de la consideración de que los conceptos del derecho material del foro, pensados para el tráfico jurídico interno, resultan del todo estrechos, insuficientes, cuando se trata de hacerlos valer para una realidad que les desborda, que les sobrepasa, por lo que su proyección al tráfico jurídico externo no puede efectuarse sin las necesarias adaptaciones. Se busca, en segundo lugar, una cooperación entre las calificaciones de la «lex fori» y de la «lex causae», a través de diversas fórmulas, como la intervención sucesiva de una y otra en el doble momento del proceso calificador, o bien la intervención simultánea, coordinación o acoplamiento de ambas. Se preconiza, en tercer lugar, la cooperación entre leyes extranjeras, entre leyes ajenas al foro, aceptando la calificación coincidentemente propuesta por las leyes concurrentes en la regulación del supuesto. Un último paso supone el abandono tanto de la ley del foro como de la ley extranjera, en aras de unas calificaciones autónomas, superadoras del particularismo conceptual.

B. La cuestión previa

Domina hoy el convencimiento de que las dos grandes soluciones defendidas por la doctrina (la aplicación de la norma de conflicto de la «lex fori» o de la «lex causae») tienen valor relativo. No existe una solución general, sino compartida, y de lo que se trata es de determinar los supuestos de aplicación de una y de otra. Cualquiera que sea el principio que se adopte, deberá ser matizado mediante las oportunas excepciones.

Como criterios de referencia para adoptar una u otra solución hay que mencionar la armonía de las soluciones, tanto interna como internacional; la consecución de determinados objetivos (principio del «favor validitatis»); la conveniencia de proteger la continuidad de ciertas situaciones jurídicas, consistentes en una condición o cualidad de la persona, fuente generadora de derechos subjetivos; el grado de internacionalización de las relaciones jurídicas, de proximidad o alejamiento de la cuestión previa con el ordenamiento jurídico del foro.

(54) En este sentido, E. BARTIN («De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois», *Journ. dr. int.*, 1897, pp. 225-255, 466-495 y 722-728), en materia de bienes y de obligaciones contractuales, respectivamente sometidas a la «lex rei sitae» y al criterio de la autonomía de la voluntad.

(55) F. KAHN («Gesetzeskollisionen. Ein Betrag zur Lehre des internationalen Privatrechts», *Iherings Jahrbücher*, 1891, pp. 1-145) distinguió entre calificaciones conmensurables e inconmensurables.

C. *El fraude*

La norma evadida es, tanto la norma material que impide alcanzar el resultado jurídico perseguido por el sujeto que defrauda, como la norma de conflicto que, atendiendo a la protección de determinados valores o intereses, ha designado a esa norma como competente.

En favor de la internacionalización de la sanción del fraude se argumenta la necesidad de evitar que el territorio del Estado en cuyo nombre el juez administra justicia se convierta en una especie de santuario del fraude internacional, así como la necesidad de evitar la desnaturalización de las normas de conflicto y contribuir a la coordinación de los sistemas jurídicos. La sanción del fraude a la ley extranjera, si se generalizase, contribuiría a su vez a eliminar el fraude a la ley del foro.

D. *El reenvío*

El gran debate doctrinal sobre el reenvío ha superado el carácter de enfrentamiento radical entre partidarios y adversarios del mismo, para venir a discurrir por la senda de un mayor compromiso en que los autores, conscientes de que el reenvío no puede ser aceptado o rechazado en términos absolutos, se muestran dispuestos a hacer concesiones, entendiendo que, cualquiera que sea el principio de que se parta, debe ir acompañado de las correspondientes excepciones, lo que contribuye a una solución equilibrada, ecléctica.

La aceptación del reenvío suele venir condicionada por unos factores que atañen al grado o dirección en que se admite, al ámbito material en que opera y a los valores o resultados que se defienden. Cabe, en suma, hablar de un condicionamiento nacionalista, que debe ser superado, y un condicionamiento material y otro axiológico, que deben ser cuidadosamente atendidos.

Existe una tendencia a superar el condicionamiento nacionalista, la solución favorable al reenvío de retorno, en beneficio de una solución no discriminatoria entre los distintos grados o modalidades de aceptación del reenvío.

Un condicionamiento ampliamente admitido es el relativo al ámbito material, a la determinación de las materias respecto de las cuales se pretende que el reenvío sea operativo y aquellas otras en que resulta excluido y no puede jugar. Existe una tendencia a ver en el estatuto personal y sucesorio su terreno predilecto de actuación. Así, P. Louis Lucas (56) distingue los casos en que la llamada al derecho extranjero se verifica preferentemente atendiendo a su vocación (estatuto personal, sucesiones) o a su contenido (contrato, régimen de bienes...), existiendo una mayor proclividad a la aceptación del reenvío en los primeros supuestos que en los segundos. A veces la doctrina ha abordado el problema del reenvío, más que desde la óptica de la materia, desde la perspectiva de las conexiones, si bien se trata de dos visiones estrechamente emparentadas, pues a determinada materia correspon-

(56) P. LOUIS LUCAS: «Vue simplifiée du renvoi», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 1 ss.

derán ciertas conexiones, o, dicho de otra manera, la elección de las conexiones se corresponde con la naturaleza del supuesto. En esta dirección, P.H. Neuhaus (57) distingue entre conexiones amigas (*Renvoi-freundliche*) y conexiones enemigas del reenvío (*Renvoi-feindliche*).

Con creciente vigor se defiende un planteamiento axiológico, teleológico, en el que la admisión del reenvío se contempla o valora en función de la obtención de determinados resultados. Sería el reenvío un expediente, un instrumento, un medio de política legislativa, que permite alcanzar un resultado justo, una solución satisfactoria, una consecuencia beneficiosa en el caso concreto. Entre los objetivos propuestos destaca el de la armonía internacional de soluciones; la coordinación entre la norma de conflicto del foro y la norma de conflicto extranjera; el principio del favor negotii; el principio de efectividad o del «orden jurídico más fuerte»...

E. El orden público

Como señala la *Res. D.G.R.N. de 6 de abril de 1979*, «en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente». Una concepción restrictiva del orden público podría articularse a través de distintas vías. Consistiría la primera en la exigencia de un cierto grado de contradicción entre los ordenamientos jurídicos como requisito para la intervención del orden público. Una segunda vía vendría representada por la graduación de la intervención del orden público en atención al distinto momento de la vida de una relación jurídica, el de la constitución o el de la eficacia, en que se produce su contacto con el foro (doctrinas del efecto atenuado del orden público y de la «inlandsbeziehung»). Aquí lo que se valora es, no sólo el grado de contradicción entre ordenamientos jurídicos, sino el grado de vinculación del supuesto con el foro. La tercera vía viene dada por la especificación del orden público, atendiendo a las distintas y concretas normas que componen un ordenamiento jurídico (teoría del efecto eliminatorio del orden público). En definitiva, la contradicción del derecho extranjero con el foro, al ser apreciada por el juez, puede cuantificarse o medirse (exigencia de incompatibilidad manifiesta), puede graduarse temporalmente (en los diferentes momentos de la vida de una relación jurídica) y puede especificarse o singularizarse (frente a ciertas normas entre las integrantes de un ordenamiento jurídico).

F. La aplicación del derecho extranjero

La tesis de la aplicación judicial del derecho extranjero de oficio se apoya en diversos argumentos: en primer término, la naturaleza jurídica del derecho extranjero; en segundo lugar, la imperatividad de la norma de conflicto, con independencia de que conduzca a la aplicación del derecho material del foro o de uno extranjero; en ter-

(57) P. H. NEUHAUS: *Die Grundlagen des internationalen Privatrechts*, Tübingen, 1962, p. 184 ss.

cer lugar, la inseguridad jurídica a que conduce el que casos idénticos puedan ser diversamente resueltos en un mismo país en función de que las partes hayan procedido o no a instar la aplicación del derecho extranjero; en cuarto lugar, el favorecimiento del fraude y la posible mala fe de los litigantes si se hiciese depender la aplicación del derecho extranjero de su alegación y prueba por las partes; y, finalmente, la posibilidad de superar las dificultades prácticas que se oponen a la aplicación «ex officio iudicis» de la ley extranjera mediante diferentes modalidades de auxilio judicial.

Existe un afán por superar la contradicción entre las tesis que respectivamente defienden la aplicación judicial del derecho extranjero de oficio o en virtud de su previa alegación y prueba por las partes, mediante la colaboración entre el juez y las partes en orden a la investigación de su contenido.

IV. LA COOPERACION INTERNACIONAL Y LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIONES

1. La cooperación internacional como fundamento del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

La creación de un espacio judicial europeo es el trasunto de la integración política, económica y jurídica de los Estados, y sirve para desarrollar y robustecer la cooperación ya existente. La libertad de circulación judicial es el complemento imprescindible de otras libertades.

El art. 220 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituyó la CEE establece que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea entablarían entre sí, siempre que fuera necesario, negociaciones, a fin de asegurar, en favor de sus nacionales, entre otros extremos, «la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales».

Posteriormente, la Comisión de las Comunidades Europeas, en una nota dirigida a los Estados miembros el 22 de octubre de 1959, manifestaba que «un verdadero mercado interior entre los seis Estados no será realidad más que si una protección jurídica suficiente es garantizada», agregando que «la protección jurídica y, por tanto la seguridad jurídica en el Mercado común están esencialmente en función de la adopción entre los Estados miembros de una solución satisfactoria en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales». El Comité de expertos que se nombró estimó que, en el seno de la CEE, un convenio de reglas de competencia directa, mediante la adopción de reglas comunes de competencia, permite una armonización más acentuada de las legislaciones, presenta una seguridad jurídica mayor, evita las discriminaciones y sirve para facilitar lo que es, en definitiva, el fin perseguido, «la libre circulación de las sentencias» (58).

(58) P. JÉNARD: «Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *J.O.C.E.*, n.º C, 59, de 5 de marzo de 1979, p. 7.

El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 significó, en palabras de J. L. Iglesias Buhigues y M. Desantes Real (59), «un éxito político y un avance inestimable en el proceso de unificación europea». Consideran estos autores que sería inútil «pretender la creación de un mercado común fundamentado en la libre competencia y en la libertad de movimiento y establecimiento si debido a anacrónicas y chauvinistas reglas de competencia pudieran darse decisiones contradictorias sobre un mismo hecho y se impidiera la libre circulación de sentencias, esencial a toda actividad comercial».

La adhesión del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda a la Comunidad motivó la modificación del Convenio de Bruselas mediante el Convenio de Luxemburgo de 9 de octubre de 1978, que, en opinión de J. L. Iglesias Buhigues y M. Desantes Real (60), constituyó «uno de los primeros éxitos en el —para no pocos quimérico— intento de aproximación e interrelación entre los sistemas continental y anglosajón».

Con el Acta Unica Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, se dió un paso muy importante en el camino conducente a la unión europea, al proponerse como objetivo el establecimiento, antes del 31 de diciembre de 1992, de un mercado interior que incluya la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

El Convenio de Lugano entre los Estados de la CEE y de la AELC responde al nivel de integración existente entre los mismos, pues, como señala el informe Jénard-Möller (61), dichas Organizaciones internacionales agrupan a países europeos que comparten conceptos muy próximos en el plano constitucional (separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial), en el ámbito jurídico (primacía del derecho y del individuo), y en el terreno económico (economía de mercado). Son Estados que comparten el objetivo de un espacio económico europeo dinámico y homogéneo, plasmado en la declaración de Luxemburgo de 9 de abril de 1984.

El avance hacia la «libre circulación de decisiones» tiene, en opinión de A. Borrás Rodríguez (62), una manifestación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades, referente, primero, al ámbito material de aplicación del Convenio; posteriormente, a las normas de competencia (arts. 5, 17 y 18, especialmente), y, por último, a los problemas de ejecución.

La jurisprudencia española ha examinado el problema del reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, al igual que el de la aplicación de las leyes extranjeras, en relación con el principio de la soberanía territorial del Estado, una relación de compatibilidad no exenta de tensiones. En apoyo de la

(59) J. L. IGLESIAS BUIGUES Y M. DESANTES REAL: «La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea», *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, obra dirigida por E. García de Enterría, J. D. González Campos y S. Muñoz Machado, t. III, Madrid, Cívitas, 1986, pp. 711-712.

(60) J. L. IGLESIAS BUIGUES Y M. DESANTES REAL: «La quinta libertad...», *ob. cit.*, p. 713.

(61) Informe de P. Jénard y G. Moller sobre el Convenio de Lugano de 16 de setiembre de 1988, *ob. cit.*, pp. 61-63.

(62) A. BORRAS RODRÍGUEZ: «Competencia judicial y ejecución de decisiones en la Comunidad Económica Europea», *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, p. 259.

extraterritorialidad de la eficacia de las decisiones extranjeras se han invocado razones de naturaleza práctica o política, junto a otras más netamente jurídicas. Entre las razones prácticas se han esgrimido las relativas a «la general conveniencia de facilitar las relaciones de los nacionales con los extranjeros» (*Auto T.S. de 21 de marzo de 1935*), «razones de política internacional y de mutuo auxilio entre los países» (*Auto T.S. de 16 de octubre de 1961*) y «razones de orden práctico, como la reciprocidad» (*Auto T.S. de 5 de noviembre de 1969*). Entre las razones más acusadamente jurídicas se ha aludido a los «principios de universalidad de la justicia y de solidaridad entre los pueblos civilizados» (*Auto T.S. de 21 de marzo de 1935*), a «las exigencias de la realidad» y «el comercio jurídico internacional y las relaciones jurídicas entre súbditos de distintos países» (*Sent. T.S. de 5 de abril de 1966*). El razonamiento político y el jurídico se utilizan complementariamente. La idea de conveniencia y la idea de necesidad, lejos de anularse, se apoyan y se perfeccionan. La doctrina invoca en apoyo de la eficacia en el foro de las sentencias extranjeras la coexistencia de sistemas jurídicos, la cooperación internacional, la armonía internacional de soluciones, el comercio jurídico internacional, el reposo judicial de cuestiones ya litigadas...

2. Reacción frente a las competencias exorbitantes

Una distinción establecida por la doctrina, con relación a los foros o criterios de competencia, es la que se produce entre competencias normales, usuales o apropiadas, por un lado, y competencias exorbitantes, inapropiadas, excesivas o excepcionales, por otro (63).

Un criterio de competencia judicial internacional exorbitante es el que atribuye a los propios tribunales un volumen desmesurado, anormal, de competencia, reflejando los intereses, los objetivos de política legislativa y la concepción sobre la función judicial del Estado del foro, en una clara demostración de «imperialismo jurisdiccional».

Por lo que respecta a los criterios de diferenciación entre ambos tipos de competencia, uno de los que se han utilizado, de carácter fáctico, cuantitativo, es el concerniente al grado de generalidad de su aceptación. Un foro normal es el generalmente admitido por las legislaciones de los Estados o por los convenios internacionales para una determinada categoría de litigios, en tanto que un foro exorbitante es el admitido solamente por un reducido número de legislaciones estatales o de convenios internacionales. Otro criterio utilizado, de carácter axiológico, valorativo, es decir, cualitativo, y, por ello, marcadamente subjetivo, es el que atiende a las nociones de justicia natural, de lo razonable (64).

(63) K. N. NADELMANN: «Jurisdictionally Improper Fora», *Legal essays in honour of H.E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 321 ss.; L. I. DE WINTER: «Excessive Jurisdiction in Private International Law», *I.C.L.Q.*, 1968, p. 706 ss.

(64) K. N. NADELMANN: «Jurisdictionally...», *ob. cit.*; C. N. FRAGISTAS: «Les compétences exorbitantes dans les travaux de la Conférence de Droit international privé de La Haye», *Rev. roumaine des sciences sociales*, 1968, p. 195 ss.

El verdadero criterio diferenciador entre las competencias normales y exorbitantes está en la apreciación de que son objeto por parte de los demás Estados, en la reacción que suscitan, al concederse o denegarse la ejecución de las sentencias. La reacción frente a las competencias exorbitantes puede producirse con carácter unilateral, por los Estados aislada o singularmente considerados, o colectivamente, mediante convenios internacionales (65). Dicha reacción consistiría en denegar el reconocimiento de las sentencias dictadas por un tribunal cuya competencia se fundó en un criterio considerado exorbitante.

La enumeración de las competencias exorbitantes efectuada por los Convenios de Bruselas y de Lugano en su correspondiente art. 3 tiene un carácter simplemente indicativo y no exhaustivo (66).

Es de destacar que ni el Convenio de Bruselas ni el de Lugano incluyen entre las reglas de competencia mencionadas como exorbitantes ninguna española. Así, en el Informe Desantes, Almeida y Jénard (67) se señala que «los artículos 21 y 25 de la Ley Orgánica española del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 que rigen la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia civil y social están directamente inspirados en el Convenio de Bruselas, aunque redactados unilateralmente. Cabe pues advertir que no existen en España dichas reglas exorbitantes». A propósito de la adhesión española, exclama G.A.L. Droz (68): «Honor a España que está siempre ausente de la lista».

3. La cooperación internacional en el marco de los problemas particulares de la competencia judicial internacional

Tanto la doctrina favorable como la doctrina contraria a la admisión de la «derogatio fori», de la excepción de la litispendencia internacional y del control de oficio de la competencia judicial internacional, han invocado en defensa de sus respectivas posiciones, junto a argumentos dotados de alcance general, otros de carácter más específico, concretamente referidos a cada una de las cuestiones particulares objeto de mención.

Argumentos generalmente invocados por la doctrina contraria a la admisión de la «derogatio fori», de la excepción de litispendencia internacional y del control

(65) Protocolo adicional al Convenio de La Haya, de 1 de febrero de 1971, sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, n.º 4; Convenios de Bruselas y de Lugano, art. 3.

(66) Informe elaborado por M. Almeida Cruz, M. Desantes Real y P. Jénard sobre el 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 las 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 y de Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, firmado en San Sebastián el 26 de mayo de 1989, *DOCE*, n.º C 189, de 28 de julio de 1990, p. 43.

(67) Informe de M. ALMEIDA CRUZ, M. DESANTES REAL Y P. JÉNARD, *ob. cit.*, p. 43.

(68) G. A. L. DROZ: «La Convention de San Sebastián...», *ob. cit.*, p. 3.

de oficio de la competencia judicial internacional han sido los siguientes: en primer término, se han utilizado los viejos presupuestos dogmáticos relativos a la vinculación de la jurisdicción con la soberanía del Estado (la jurisdicción como expresión de la soberanía, como función estatal); el carácter pleno, exclusivo, indeclinable o inderogable de la competencia de la jurisdicción nacional, en base a una interpretación extensiva y abusiva del art. 51 de la LEC, que consagraba una especie de «imperialismo jurisdiccional»; y la naturaleza pública, imperativa, indisponible de las normas rectoras de la competencia judicial internacional, de la colisión jurisdiccional entre tribunales españoles y extranjeros, si bien este último argumento ha sido utilizado a favor del control de oficio de la competencia judicial internacional. En segundo lugar, se alude a la relevancia del silencio del legislador español que, pudiendo haber regulado esos problemas en la LOPJ, no lo ha hecho, lo que permite considerar que conserva su vigencia la solución anteriormente defendida por la jurisprudencia. Finalmente, se subraya la fuerza atractiva de la jurisdicción nacional y el carácter restrictivo con que deben interpretarse los límites o excepciones a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles conforme a los criterios de atribución legalmente establecidos.

Argumentos genéricamente invocados por la doctrina favorable a la admisión de la «derogatio fori», de la excepción de litispendencia internacional y del control de oficio de la competencia judicial internacional han sido los siguientes: en primer término, la superación de los viejos presupuestos dogmáticos en materia de competencia judicial internacional. En segundo lugar, la irrelevancia del silencio del legislador, que, lejos de tener un carácter deliberado y consciente, podría explicarse por otras consideraciones, como el olvido o la rutina, o, en el caso de la «derogatio fori», por el carácter unilateral de las normas estatales de competencia judicial internacional. Finalmente, se destaca el carácter concurrente o facultativo de los foros de competencia judicial internacional enunciados en el art. 22 de la LOPJ, excepción hecha de los de carácter exclusivo establecidos en su apartado 1.º.

Como argumentos específicos en contra de la excepción de litispendencia internacional se han manejado las siguientes: en primer término, la ausencia de analogía entre la litispendencia interna y la litispendencia internacional, entre la situación de dualidad de procesos ante los tribunales del foro o ante éstos y los extranjeros. En segundo lugar, se menciona la ausencia del efecto de cosa juzgada de la sentencia extranjera, la cual no puede producirse sin el exequatur, cuyo otorgamiento resulta difícil de prever, por ser diversas y de compleja apreciación las circunstancias que lo condicionan.

Los argumentos específicamente utilizados en favor de la excepción de litispendencia internacional han sido, entre otros, los que a continuación se señalan: primeramente, se invocan razones prácticas en relación con la economía procesal (economía de procedimiento, de tiempo y de gastos judiciales) y con la conveniencia de evitar la contrariedad entre decisiones dictadas por jueces de diferentes Estados, en aras de la armonía internacional. En segundo lugar, se arguye la posible consideración de la decisión extranjera como susceptible de ser reconocida y eje-

cutada en el foro, en el Estado en que se invoca la excepción. Finalmente, se argumenta la posibilidad de suspender temporalmente el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda, suspensión que puede hacerse, bien por un «plazo razonable», como señala la Ley federal suiza de Derecho Internacional Privado de 1987 (art.9), bien por un determinado plazo, en evitación de los problemas de apreciación a que una referencia genérica, indeterminada, pudiera dar lugar, aludiendo el C.C. peruano de 1984 (art. 2.206) a un plazo que no exceda de tres meses.

Como argumentos específicos en favor de la admisión del control de oficio de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles se han invocado, entre otros, básicamente los siguientes: en primer término, la consideración de la jurisdicción, de la competencia judicial internacional de los tribunales nacionales como presupuesto del proceso, como un «prius» o condición para que los jueces puedan ejercer la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En segundo lugar, se señala que el llamamiento o remisión del art. 117.3 de la Constitución a los «Jueces y Tribunales determinados» por las leyes ha de entenderse efectuado al art. 22 de la LOPJ. En tercer lugar, se menciona la improcedencia de extrapolar al ámbito de la competencia judicial internacional la regla del art. 74 de la LEC sobre la imposibilidad de promover de oficio la cuestión de la competencia por razón del territorio. Finalmente, se indica la posibilidad de acudir al art. 74 de la LEC en cuanto permite promover de oficio la cuestión de incompetencia por razón de la materia, considerando que la competencia judicial internacional atañe no a la competencia por razón del territorio sino por la materia, sobre la base de contraponer la indisponibilidad de la competencia judicial internacional y de la competencia objetiva a la disponibilidad de la competencia territorial.

La jurisprudencia, que tradicionalmente ha mantenido una postura clara e inequívocamente contraria a la admisión de la «derogatio fori», de la excepción de litispendencia internacional y del control «ex officio iudicis» de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, ha experimentado a partir de la entrada en vigor de la LOPJ algunos signos de vacilación, que permiten albergar la esperanza de una próxima renovación de unas posiciones que ya no aparecen tan firme y monóticamente asentadas. Así, la jurisprudencia, que tradicionalmente ha negado a la voluntad de las partes virtualidad o relevancia para sustraerse a la competencia de los tribunales nacionales, sometiéndose a los extranjeros, y que ha insistido en esa línea en el *Auto Aud. Territ. de Bilbao de 22 de noviembre de 1985*, *Sent. Aud. Territ. de Oviedo de 6 de julio de 1988* y *Sents. T.S. (Sala 1.ª) de 30 de abril y de 18 de junio de 1990*, sin embargo ha admitido la declinatoria basada en la sumisión a tribunales extranjeros en la *Sent. Aud. Territ. de Palma de Mallorca de 13 de octubre de 1988*, e, implícitamente, en la *Sent. T.S. de 19 de diciembre de 1985* y *Sent. Aud. Territ. de Cataluña (Sala 3.ª) de 24 de marzo de 1987*. La excepción de litispendencia internacional ha sido rechazada por las *Sents. Aud. Territ. de Bilbao de 22 de noviembre de 1985* y de *Oviedo de 6 de julio de 1988*, pero admitida por la *Sent. Aud. Prov. de Valencia (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 1989*, e, implícitamente, por la *Sent. T.S. de 18 de junio de 1990*. Por último, el

control y consiguiente declaración de oficio de la incompetencia de la jurisdicción española han sido defendidos por la *Sent. J.P.I. núm. 5 de Gijón de 15 de abril de 1986* y *J.P.I. núm. 2 de Avilés de 12 de marzo de 1987*.

En la doctrina española se aprecia una tendencia muy generalizada a admitir la «*derogatio fori*», la excepción de litispendencia internacional (69) y el control de oficio de la competencia judicial internacional (70).

En ocasiones la doctrina sostiene una concepción intermedia, consistente en no admitir o rechazar una determinada solución con carácter general, sino parcialmente, señalando los supuestos y los límites de su admisión. Así, se ha propugnado una admisión parcial, limitada, del control de oficio de la competencia judicial internacional de los tribunales nacionales. Atendiendo al diferente grado de amplitud con que se preconiza el control, cabe hablar de una concepción restrictiva y otra extensiva. Existe una concepción restrictiva, reductora de la admisión del control, que lo circunscribe al supuesto relativo a la exigencia de respeto a las competencias exclusivas, supuesto admitido por el art. 19 de los Convenios de Bruselas y Lugano (71). Hay también una concepción extensiva, partidaria de ampliar el control a otros supuestos distintos del concerniente a las competencias exclusivas. Así, M. A. Amores Conradi (72) extiende el control a los supuestos de contratos de consumo y seguro y al de ausencia de comparecencia o rebeldía del demandado, supuesto éste último que se encuentra recogido en el art. 20 de los Convenios de Bruselas y de Lugano. Asimismo, la doctrina se ha pronunciado a favor de la admisibilidad de la «*derogatio fori*» dentro de ciertos límites. A su vez, la admisión de la «*prorogatio fori*», es decir, de la atribución de competencia a los tribunales españoles, no está exenta de limitaciones. Un primer límite viene representado por el necesario respeto a las competencias exclusivas de otros Estados, a partir de una bilateralización de los criterios sentados en el ap. 1.º del art. 22 de la LOPJ. Un segundo límite haría referencia a la exigencia de una vinculación del supuesto con el foro elegido, de una conexión con la esfera personal o territorial del ordenamiento jurídico español, que permita considerar razonable, no arbitraria, la elección efectuada (73). Otro posible límite vendría dado por la calificación de determinados foros como foros de protección (74).

(69) M. DESANTES REAL: «La litispendencia internacional: consideraciones sobre su regulación convencional y futura aplicación en España», *Justicia*, 1983, pp. 845-870; P. RODRÍGUEZ MATEOS: «La litispendencia internacional: una interpretación autónoma del art. 21, del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968», *La Ley. Com. eur.*, 1988-I, pp. 63-73.

(70) E. DÍAZ RUIZ: «Jurisdicción española y contratos de financiación internacional», *La Ley*, 1986-II, pp. 1.078-1.093; S. ALVAREZ GONZÁLEZ: Nota en *R.E.D.I.*, 1987, pp. 179-183; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 335-356.

(71) J. MARINA MARTÍNEZ PARDO: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 19 de diciembre de 1985», *La Ley*, 1986-II, pp. 496-506; J. M. ESPINAR VICENTE: *Derecho Procesal Civil Internacional*, La Ley, Madrid, 1988, pp. 66-67.

(72) M. A. AMORES CONRADI: «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: Art. 22 LOPJ», *R.E.D.I.*, 1989, pp. 152-153.

(73) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: *Derecho Internacional Privado*, obra de varios autores, t. I, UNED, 3.ª ed., 1990, p. 291; J. M. ESPINAR VICENTE: *Derecho Procesal...*, *ob. cit.*, p. 37.

(74) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso...*, *ob. cit.*, p. 343.

4. Asistencia judicial internacional

No existe una verdadera costumbre internacional que imponga o establezca la obligación de prestar asistencia judicial internacional. Ciertamente se da el elemento objetivo, fáctico, material de la costumbre, pues existe una práctica generalizada y constante de realización de actos de auxilio judicial internacional por parte de los Estados. Pero falta el elemento subjetivo, la «*opinio iuris sive necessitatis*», la convicción, el sentimiento de obligatoriedad de una determinada norma de conducta o comportamiento y la conciencia de que el incumplimiento de esa obligación, de ese deber, puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado infractor.

Constituye la prestación de asistencia judicial internacional por los Estados un acto discrecional que se basa en la mutua utilidad, conveniencia o interés de los mismos, en el deseo de obtener un trato recíproco, en la necesidad práctica de realizar determinadas actuaciones procesales (notificaciones, citaciones, emplazamientos, diligencias probatorias) fuera de los límites territoriales de la propia jurisdicción, en el ámbito territorial de otro Estado.

La conclusión de numerosos convenios bilaterales y multilaterales sobre asistencia judicial internacional viene a consagrar, a sancionar diplomáticamente una práctica, un uso judicial; supone un proceso de conversión, de transformación, de un acto discrecional en una obligación jurídica, de una reciprocidad fáctica o jurisprudencial en una reciprocidad diplomática o convencional.

Por lo que respecta al régimen convencional, España ha ratificado diversos Convenios de La Haya sobre asistencia judicial internacional: el Convenio de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil, el Convenio de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, el Convenio de 18 de marzo de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, y el Convenio de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia. Asimismo España es parte de la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975.

La evolución del Derecho convencional en la materia, el progresivo perfeccionamiento de los sucesivos convenios internacionales, aparece inspirado, presidido por unos objetivos. Se persigue la simplificación, rapidez y eficacia del procedimiento, al tiempo que la garantía de los derechos procesales del demandado. Así, el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales responde al deseo de «crear los medios necesarios para que los documentos judiciales y extrajudiciales que deben ser objeto de notificación o traslado en el extranjero sean conocidos por sus destinatarios en tiempo oportuno» y al interés en «mejorar a tal fin la asistencia judicial, simplificando y acelerando el procedimiento». A su vez, el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero obedece al deseo de «facilitar la remisión y ejecución de comisiones rogatorias y promover la concordancia entre los diferentes métodos que los

mismos utilizan a estos efectos» y de «acrecentar la eficacia de la cooperación judicial mutua en materia civil o mercantil».

El objetivo de simplificación, celeridad y efectividad se persigue mediante el establecimiento de un sistema basado en el funcionamiento de unas Autoridades Centrales, cuya designación o nombramiento corresponderá realizar a cada Estado contratante. En el supuesto del Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación (art. 2), la autoridad central asumirá la función de recibir las peticiones de notificación o traslado procedentes de otro Estado contratante y de darles curso ulterior. En el caso del Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre obtención de pruebas (art. 2), la autoridad central se encargará de recibir las comisiones rogatorias expedidas por una autoridad judicial de otro Estado contratante y de remitirlas a la autoridad competente para su ejecución. Y en la hipótesis del Convenio de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia (art. 3), la autoridad central se encargará de recibir las solicitudes de asistencia judicial que le sean presentadas de conformidad con el Convenio y de darles curso. España ha designado como autoridad central a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Es de señalar que el mecanismo de las autoridades centrales no constituye un obstáculo que impida la utilización de otras posibles vías (así, la comunicación por la vía consular o diplomática o incluso la comunicación directa entre las autoridades estatales respectivas).

El objetivo relativo a las garantías de defensa del destinatario de la notificación o traslado en el supuesto de no comparecencia del demandado se persigue en el Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación mediante unas medidas que hacen referencia al aplazamiento de la decisión judicial (art. 15) y a la posible dispensa de la preclusión resultante de la expiración de los plazos del recurso a efectos de la interposición de recursos contra la resolución que se haya dictado (art. 16).

El régimen español de derecho común se halla básicamente constituido por los arts. 276 a 278 de la LOPJ y por el art. 300 de la LEC, aplicables en defecto de convenio.

La solicitud de asistencia judicial internacional por los tribunales españoles aparece regulada en el art. 276 de la LOPJ y en el art. 300 de la LEC. Con arreglo al art. 276 de la LOPJ, las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las autoridades competentes del Estado requerido, por la vía consular o diplomática, o directamente si así lo prevén los Tratados internacionales. El art. 300 de la LEC (redactado conforme a la ley 34/1984, de 6 de agosto) faculta al Jefe de la Oficina Consular, o en su caso, al Jefe de la Misión Diplomática de la correspondiente demarcación para ejecutar las diligencias dirigidas a un demandado español residente en el extranjero, siempre que a ello no se opongan las leyes del país de residencia.

La prestación de asistencia judicial por los juzgados y tribunales españoles a las autoridades judiciales extranjeras que lo soliciten, se efectuará, en defecto de convenio, en razón de reciprocidad (art. 277 de la LOPJ). La asistencia judicial podrá prestarse no sólo si se acredita la existencia de reciprocidad, sino también si se

ofrece ésta por la autoridad judicial extranjera requirente (art. 278.1 de la LOPJ). La determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente corresponderá al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia (art. 278.2 de la LOPJ).

Si se acredita la existencia de reciprocidad o se ofrece ésta por la autoridad judicial extranjera requirente, la prestación de asistencia por los juzgados y tribunales españoles sólo podrá denegarse en los cuatro supuestos que el art. 278.1 de la LOPJ enumera: 1.º) Cuando el proceso de que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española; 2.º) Cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida. En tal caso, ésta remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, informando de ello a la autoridad requirente; 3.º) Cuando la comunicación que contenga la solicitud de cooperación no reúna los requisitos de autenticidad suficiente o se halle redactada en idioma que no sea el castellano; 4.º) Cuando el objeto de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público español.

El grado de conformidad con el Derecho convencional de las causas de denegación del auxilio judicial internacional enumeradas en el art. 278.1 de la LOPJ difiere. La exigencia relativa al orden público (apartado 4.º) se corresponde con la efectuada por la Convención interamericana de Panamá de 30 de enero de 1975 (art. 17) y, con distinta formulación, con la referencia al carácter atentatorio a la soberanía o seguridad del Estado requerido hecha por los Convenios de La Haya de 1 de marzo de 1954 (art. 11), de 15 de noviembre de 1965 (art. 13), y de 18 de marzo de 1970 (art. 12). La exigencia relativa a las atribuciones del Poder Judicial (apartado 2.º del art. 278 de la LOPJ) es compartida por los mencionados Convenios de La Haya de 1954 y de 1970. Y la exigencia concerniente a la autenticidad del documento (apartado 3.º) sólo es recogida por el Convenio de 1954.

La exigencia relativa al control de la competencia judicial (apartado 1.º) está en abierta contradicción con el Derecho convencional vinculante para España. Los Convenios de La Haya de 15 de noviembre de 1965 (art. 13) y de 18 de marzo de 1970 (art. 12) establecen que no es posible la denegación del cumplimiento de la petición por el solo motivo de que la ley del Estado requerido reivindique una competencia judicial exclusiva en el asunto de que se trate. Asimismo la Convención de Panamá de 30 de enero de 1975 (art. 9) considera compatibles el cumplimiento del exhorto y la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera, al disponer que «el cumplimiento del exhorto no significa el reconocimiento de la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la decisión que se dictare». Por lo que respecta a la posición de la doctrina, A.L. CALVO CARAVACA (75) se ha referido a la paradoja que supone exigir el requisito del control de la competencia judicial en el ámbito de la asistencia judicial internacional y no en el que constituye su marco habitual, el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras. Alega, en pri-

(75) A. L. CALVO CARAVACA: *Derecho Internacional Privado*, obra de varios autores, t. I, UNED, 3.ª ed., 1990, p. 317.

mer término, que el auxilio judicial internacional es un acto de menor entidad que la homologación de una sentencia extranjera; en segundo lugar, el interés en que la justicia, aunque sea extranjera, sea exactamente impartida; y, finalmente, que la prestación de asistencia no impide denegar el exequatur si la decisión extranjera carece de las condiciones de regularidad exigidas.

5. La cooperación internacional en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

La cooperación internacional en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras aconseja adoptar una posición claramente aperturista en torno a una serie de cuestiones: defender una concepción amplia, funcional, de la decisión o resolución judicial, con independencia de la denominación que recibiere en los distintos ordenamientos jurídicos; defender el reconocimiento automático, de pleno derecho, de las decisiones extranjeras, limitando las causas de su posible denegación y prohibiendo su revisión en cuanto al fondo; admitir el reconocimiento incidental; suprimir o reducir el control de la competencia legislativa; restringir el control de la competencia judicial del tribunal de origen; sostener la vinculación del tribunal requerido por las constataciones de hecho en que hubiere fundado su competencia el tribunal de origen; admitir la posible concesión del exequatur parcial; suprimir la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros y flexibilizar el requisito de su traducción; establecer un procedimiento de exequatur simplificado y rápido; conceder el beneficio de asistencia judicial gratuita en el Estado requerido al solicitante de la ejecución que hubiera disfrutado del mismo en el Estado de origen...

El reconocimiento de las decisiones extranjeras con carácter automático, de pleno derecho, viene establecido como principio por los Convenios de Bruselas y de Lugano (art. 26). A diferencia de otros textos legales y convencionales, tales Convenios, lejos de enumerar las condiciones del reconocimiento, enuncian las causas de su denegación. Dichas causas de denegación son limitadas con objeto de garantizar, en lo posible, la libre circulación de decisiones judiciales. El carácter limitativo de los casos de denegación del reconocimiento entraña una presunción favorable a la regularidad de la decisión extranjera, de modo tal que el reconocimiento constituye la regla, correspondiendo a la denegación el papel de excepción. La consideración de la denegación del reconocimiento como excepción produce una inversión de la carga de la prueba, incumbiendo a la parte que pretende la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera acreditar la existencia de las causas en que basa o fundamenta su pretensión jurídica.

La revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera queda expresamente prohibida en diversos convenios internacionales. Esa prohibición constituye, en palabras de J. P. Beraudo (76), «la piedra angular de las disposiciones sobre el

(76) J. P. BERAUDO: «Convention de Bruxelles...», *ob. cit.*, fasc. 633, primer cuadernillo, n.º 72 p. 24.

reconocimiento y la ejecución», sin la cual las reglas restrictivas enunciadas en los arts. 27 y 28 del Convenio de Bruselas «serían fácilmente desbordadas y se convertirían en inútiles».

Conviene admitir el reconocimiento incidental (77), es decir, el que puede realizar el juez o tribunal de instancia en el curso de un proceso en el que, con carácter prejudicial, incidentalmente, se plantea la cuestión de la eficacia de una sentencia extranjera. En su favor cabe invocar la buena fe, el castigo del dolo, la conveniencia de no perjudicar al litigante que ha vencido en el proceso extranjero y de no favorecer al que allí ha sido derrotado, así como la consideración de la sentencia extranjera como justa causa de acción judicial.

La exigencia del control de la competencia legislativa puede ser suprimida o, al menos, atenuada (78). La restricción puede producirse a través de distintos cauces: en primer término, en razón del ámbito material en que el control es operativo (estado y capacidad de las personas...); en segundo lugar, en atención a los criterios de conexión utilizados (la Resolución adoptada por el IDI en su sesión de El Cairo, en 1987, sobre «La dualidad de los principios de nacionalidad y de domicilio en derecho internacional privado», recomienda no exigir el control con relación a las decisiones dictadas por referencia a la ley nacional o a la ley del domicilio; en tercer lugar, a través de la noción de la equivalencia de los resultados derivados de la aplicación de una ley distinta de la designada competente por el Derecho Internacional Privado del Estado requerido, con lo que el control, inicialmente formal, experimenta luego un correctivo material; y, finalmente, otorgando al control carácter facultativo, concibiéndolo como facultad de la que podrá hacer uso el juez del exequatur y no como obligación a la que estuviere sometido. La admisión de un control parcial, limitado, de la competencia legislativa supone una excepción, también limitada, al principio de la prohibición de fiscalización por el juez requerido de la ley aplicada por el juez de origen.

El control de la competencia judicial del tribunal de origen tiene por objeto salvaguardar las competencias exclusivas del foro requerido, a la vez que rechazar las competencias exorbitantes del foro de origen. Se trata de exigir una conexión razonable, una vinculación real del tribunal extranjero con el caso. Pero ese control, que es legítimo, puede, en aras de la cooperación internacional, experimentar una modificación desde diferentes puntos de vista (79). Cabe, en primer término, reducir, limitar el control a un determinado ámbito material, señalando expresamente las materias en que sería operativo, como hacen los Convenios de Bruselas y Lugano (art. 28.1.^º). Es posible, en segundo lugar, atribuir carácter facultativo, no imperativo, al control, entendiéndolo como una posibilidad que se ofrece al tribunal requerido y no como una obligación que se le impone. Existe, en tercer lugar, la posibilidad de unificar los criterios de control por vía convencional, estableciendo

(77) Convenios de Bruselas y de Lugano, art. 26.

(78) Convenios de Bruselas y de Lugano, art. 27.4.^º.

(79) A. L. CALVO CARAVACA: *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Tecnos, Madrid, 1986.

una lista o catálogo de conexiones atributivas de competencia a los tribunales de origen. Cabe, por último, suavizar o flexibilizar los criterios de competencia judicial internacional del Estado requerido, cuya bilateralización, lejos de tener carácter automático, absoluto, experimentaría un correctivo, que permitiría admitir la competencia del tribunal de origen fundada en criterios objetivos, razonables, que impliquen una proximidad o vinculación del supuesto con el tribunal, aunque no coincidan exactamente, con los del Estado requerido, estimando que no se agota en éstos el catálogo de conexiones racionalmente admisibles.

La vinculación del tribunal requerido, al apreciar la competencia del tribunal de origen, por las constataciones de hecho en que éste la hubiera fundado, que es generalmente admitida en el Derecho convencional (80), tiende a evitar el recurso a maniobras dilatorias.

La ejecución parcial de las decisiones extranjeras, generalmente admitida en el derecho convencional (81), está sometida a unas condiciones: por un lado, el carácter dissociable, separable, de las pretensiones de la demanda sobre las que se hubiere pronunciado la decisión extranjera, y, por otro lado, la imposibilidad de conceder el exequatur total de ésta o la propia solicitud del interesado.

La supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros viene establecida en numerosos convenios internacionales. Refiriéndose a ellos, A. Remiro Brotons (82) escribe que responden «a una nueva inteligencia de la cooperación internacional, atenta a los sensibles progresos habidos en el sector de las comunicaciones y de la información». Razones de economía procesal (ahorro de tiempo y de gastos), contribuyen a suprimir la exigencia de un requisito acusadamente formalista, ritual, no adecuado a la nueva realidad social, y totalmente innecesario.

La exigencia de la traducción de los documentos extranjeros puede ser flexibilizada a través de distintas vías. Cabe, en primer término, atribuir a su exigencia carácter dispensable, de modo tal que la posible dispensa por la autoridad judicial constituirá una excepción a la regla de aplicación general representada por la necesidad de la traducción. Es posible, en segundo lugar, atribuir a la exigencia carácter excepcional, siendo entonces su posible requerimiento por la autoridad judicial la excepción a la regla de su no necesidad. Existe, finalmente, la posibilidad de admitir la traducción privada, no oficial, y de ampliar la enumeración de las personas que pueden certificar la conformidad de la traducción. En definitiva, se percibe hoy una evolución de la traducción obligatoria, imperativa, a la traducción facultativa, dispositiva; un tránsito de su consideración como regla susceptible de ser dispensada a su estimación como excepción que puede ser exigida, así como un paso de la traducción oficial a la traducción privada, de acuerdo con un planteamiento no formalista o ritual, sino funcionalista o instrumental.

(80) Convenios de Bruselas y de Lugano, art. 28.

(81) Convenios de Bruselas y de Lugano, art. 42.

(82) A. REMIRO BROTONS: *Ejecución...*, *ob. cit.*, p. 290.

