

TEMA I.– EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I.–*Presupuestos y objeto del Derecho internacional privado.*

1. Presupuestos del Derecho internacional privado.–

a) Fraccionamiento del mundo jurídico a nivel mundial.– Erróneo identificar ordenamiento jurídico con ordenamiento estatal.– Existencia de ordenamientos plurilegislativos.

– Institucionalización jurídica de las confesiones religiosas.

– Órganos judiciales y administrativos internos, con criterios dispares en su interpretación.– Especial interés interpretación homogénea del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

b) Los hombres no desarrollan su actividad en una misma esfera jurídica.– Se multiplican las relaciones privadas por encima de las fronteras jurídicas (medios de comunicación, turismo, movimientos migratorios, etc.).

c) Dato de tipo técnico–jurídico: dificultades que plantea la aplicación automática de los ordenamientos estatales a las relaciones que se desarrollan en conexión con varios sistemas jurídicos = justificación existencia derecho interno. priv.

2. Objeto del Derecho internac. priv.: Los supuestos del tráfico jurídico externo.

No basta la presencia accidental o accesorio de un elemento extranjero para que pueda calificarse a una relación o situación como de tráfico jurídico externo. Ello sólo generará una presunción que podrá confirmarse o rechazarse tras un examen (siempre relativo, pues habrá de hacerse desde la óptica de un determinado sistema jurídico.). Examen siempre actual (posibles transformaciones en el tiempo de las relaciones).

Naturaleza de la relación considerada (compra por francés de botella vino en España)

La acción de la autonomía de la voluntad de los particulares no basta para internacionalizar una relación interna.

II.–*Contenido y problemas del Dº Internac. Privado*

1.– Introducción

Teorías doctrinales sobre los problemas de los que debe ocuparse esta disciplina:

– **Concepción estricta:** (doctrina alemana) El derecho interno. priv. se reduce a la determinación del Derecho aplicable a las relaciones jurídico–privadas internacionales.

– **Concepciones intermedias:** 1.– Doctrina anglosajona. El problema de la elección del Derecho aplicable exige la determinación previa de qué Tribunales poseen la competencia judicial internacional.– 2.– Doctrina de los antiguos países socialistas del Este de Europa. Matiza la concepción estricta, atendiendo al estudio del Derecho de extranjería y al Derecho del comercio internacional.

– **Concepción amplia o francesa:** (dominante también en la doctrina española) . Derecho Int. Priv. ha de

ocuparse de la nacionalidad y de la extranjería, así como de la dimensión judicial del tráfico externo y de los problemas que se derivan de la conexión del supuesto con varios ordenamientos jurídicos (problema de la designación de la ley aplicable).

2.- Contenido y problemas

a) Nacionalidad.– Vínculo que determina la pertenencia a la población de un Estado. Normas que regulan su adquisición, necesariamente unilaterales. Normas directas que atribuyen a determinadas circunstancias, consecuencias en materia de nacionalidad.

Su regulación, salvo algunas disposiciones concretas (art. 11-2º y 3º) en los arts. 17 a 26 del Código Civil.

También le corresponde el estudio del domicilio, residencia o vecindad civil.

b) Derecho de extranjería.– Normas directas y unilaterales. En cuanto a unilaterales, tener en cuenta el desarrollo de la normativa internacional en cuanto a protección derechos humanos, en lo que respecta al disfrute por los extranjeros de ciertos derechos básicos de la persona.

– Constitución (art. 13); Código Civil (art. 27), Código de Comercio / (art. 15); Ley 5/84 derecho de asilo y condición de refugiado; ley 7/85 derechos y libertades extranjeros en España.

c) Derecho aplicable al tráfico jurídico externo (conflicto de leyes); Constitución (art. 149-1) competencia exclusiva al Estado, frente a las comunidades, para legislar sobre conflictos de leyes (ha de entenderse también referida a los conflictos internacionales).

d) Garantías jurisdiccionales de los dchos. privados en las relaciones internacionales:

– 1) Precisar la competencia judicial internacional de los Tribunales de un Estado (L.O.P.J. arts. 21 a 25 y Convenio de Bruselas de 27/9/1968).

– 2) Peculiaridades de la presencia de un elemento extranjero en el proceso. Especialmente, estudio de la asistencia judicial internacional entre Tribunales de diferentes Estados.

– 3) Problemática planteada por el reconocimiento y ejecución en un Estado de las decisiones dictadas por Tribunal extranjero. (Ley de Enjuiciamiento Civil).

– Tener en cuenta también los problemas similares que surgen en el denominado conflicto de autoridades.

3.- Planteamiento de los problemas en el proceso de aplicación

Ante cualquier cuestión, suscitada en relación con un supuesto de tráfico externo, lo prioritario es la determinación del foro desde el que la misma se contempla. Foro se utiliza aquí en un sentido amplio; se trata de la determinación del ordenamiento desde cuya perspectiva va a analizarse, incluso prospectivamente, el régimen jurídico del tema debatido.

La distinción entre foro (*forum*) o Tribunal competente y Derecho aplicable (*ius*) constituye una idea clave de nuestra disciplina.

La necesidad de admitir que los propios Tribunales apliquen en ocasiones un Derecho extranjero, además de presentarse como una constante histórica en el Derecho comparado, responde a exigencias de justicia y seguridad.

En cuanto a la entrada en funcionamiento de las normas rectoras del proceso con elemento extranjero, sólo es posible cuando formalmente el tema debatido conduzca a un litigio ante los Tribunales de Justicia.

Según el Profesor Carrillo Salcedo, existe un mayor margen de opción al demandante en lo referente al forum (reglas de competencia judicial) y menor en las reglas de competencia legislativa (ius).

III *Orígenes y líneas fundamentales de la evolución del D° I. Privado.*

1.– Introducción

La historia del derecho internac. priv. puede ser entendida como la sucesión de diversos tipos históricos, cada uno de los cuales constituye una reglamentación particular del fenómeno global del tráfico jurídico externo.

2.– Los orígenes del D° Internac. privado

La primera reflexión científica sobre esta rama del derecho se puede situar en la llamada recepción del derecho romano, en la obra de glosadores y comentaristas de los siglos XII–XIV.

Con anterioridad, tras la caída del imperio romano, se conoce la aplicación al tráfico externo de dos de los grandes principios históricos del Derecho int. priv. (la personalidad y la territorialidad de las leyes). Personalidad del siglo V al IX. El instrumento que permitió su operatividad fue la *professio legis*, o declaración del individuo de cual era su ley personal.

Desde finales del siglo IX el principio de la territorialidad va imponiéndose progresivamente y, cuando se consolida el feudalismo, había desplazado en gran medida al de la personalidad. No obstante, este último pervive en lo referente a la existencia de un juez natural de la persona (el de su domicilio).

3. Líneas fundamentales de evolución del D° Internac. Privado.

- Florecimiento de las ciudades Estado, con un diverso e innegable grado de autonomía, que en el plano jurídico se refleja en la existencia de un Derecho propio, los estatutos.
- Desarrollo del comercio entre estos entes autónomos; intenso tráfico jurídico; celebración de convenios entre las ciudades–estado para regularlo.
- Recepción y descubrimiento del Derecho común.

Superación de la identificación entre forum e ius, entre Tribunal competente y ley aplicable, sobre la base de respuestas inspiradas en el Corpus iuris, en el ius commune.

Una primera excepción al juez natural se consagra para los supuestos en que el extranjero actúe como demandante. Más tarde, por el hecho de contratar en otra ciudad, el extranjero se convierte en *subditus ratione contractus* y puede ser demandado en dicha comunidad.

Segundo paso esencial, distinción entre normas reguladoras del proceso y las aplicables para resolver el fondo del litigio. Normas procesales siempre las de la *lex fori*.

IV. *Naturaleza y concepto del D° Internac. Privado*

1. Naturaleza del D° Internac. Privado

Una referencia a la sociedad internacional, como marco en el que se proyectan las distintas regulaciones

estatales del tráfico jurídico externo, nos proporciona una de las claves del fundamento de esta disciplina, en aquellas de sus normas que reclaman la aplicación de un Derecho extranjero o posibilitan la ejecución de decisiones dictadas por Tribunales extranjeros. Esta colaboración entre ordenamientos, ha de verse como una manifestación en el ámbito del Derecho del deber de cooperar de los Estados.

El apelativo de internacional a nuestra disciplina se justifica en la realidad que intenta regular, esa actividad de los particulares que se conecta con más de un ordenamiento jurídico; una actividad que por realizarse por encima de las fronteras nos sitúa en un medio transnacional.

CARRILLO SALCEDO: El derecho inter. priv. se esfuerza en llevar a cabo una función supranacional con medios predominantemente internos, estatales.

En cuanto a la caracterización de privado, sólo resulta correcta si la referimos a sus destinatarios. Visión finalista que insiste una vez más en el objeto de una rama del Derecho que, al intentar ordenar el tráfico jurídico externo, de lo que se ocupa es de las relaciones o situaciones internacionales o transnacionales de los individuos.

2. Concepto del Dº. Internac. Privado

Puede definirse como la rama del Derecho que, en cada sistema jurídico, regula aquellas relaciones o situaciones de los particulares que, en su formación o evolución, no agotan sus efectos en una sola esfera jurídica, al conectarse a través de algún elemento relevante, con otros ordenamientos.

TEMA II.– EL SISTEMA ESPAÑOL DE Dº INTERN. PRIV.. FORMACIÓN HISTÓRICA Y FUENTES.

I.La formación histórica del sistema

1. Evolución del sistema hasta la Constitución de 1978.

A) Consolidación del sistema en el último tercio del siglo XIX.

La aparición en el siglo XIX de una nueva ordenación jurídica para regular el tráfico jurídico externo es un fenómeno tardío. Hasta la Revolución de 1868 subsiste el fuero de extranjería (jurisdicción especial). En el plano del derecho aplicable la primera disposición relevante es el Real Decreto de 1851 sobre condiciones de validez en España de los actos y contratos celebrados en el extranjero.

Primeros elementos relevantes para la construcción de un nuevo sistema de Dº Int. Priv. fueron los sucesivos proyectos de Código Civil (no entraron en vigor); desarrollo mediante algunas disposiciones en leyes especiales (Hipotecaria 1861, de Matrimonio y Rg. Civil 1870, Propiedad Intelec. 1879, etc.) y preceptos Ley Enj. Civil 1885 y Ley Poder judicial 1870. Sólo se consolida bajo régimen político Constitución 1876 mediante Código Civil 1889 y Ley de Enj. Civil 1885.

El resultado no fue enteramente satisfactorio debido en parte al juicio negativo que merecen los preceptos del C.C.: soluciones excesivamente personalistas, carácter principialista de sus normas y existencia de lagunas de reglamentación.

B) La reforma del título preliminar del C.C. de 1974.

Tres aspectos destacados de la evolución del sistema esp. de Dº Int. Pr.: Ley de 1954 introduce la doble nacionalidad; desde 1948 la jurisprudenc. del T.S. atribuye un volumen excesivo de competenc. jud. intern. a los Juz. y Trib. españoles; en el ámbito del derecho aplicable se potencia la confesionalidad en el Derecho

internac. privado matrimonial y se publica el Decreto 1836/74 que da nueva redacción a los arts. 8 a 16 del Título Preliminar del C.C. Reforma criticable por las soluciones adoptadas (acusado personalismo que atribuye un extenso ámbito de aplicación a la ley nacional).

2. Desarrollo posterior.

A) Ampliación y actualización del sistema.

Tras la Constitución 1978 considerable ampliación y modernización del sistema en virtud de 3 procesos generales:

a) Modificación de normas de D° intern. priv. de fuente estatal para incorporar los valores jurídicos de la Constitución; mayor atención legislador regulación relaciones económicas y mercantiles.

– En materia de nacionalidad, primera reforma arts. 17–26 C.C. en 1982; nueva reforma mismos preceptos en 1990.

– En materia de extranjería desarrollo legislativo art. 13 Constitución se lleva a cabo por la Ley Org. 7/85 sobre derechos y libertades extranjeros en España.

– En el ámbito de la tutela judicial de los dchos.: , la L.O.P.J. 6/85, ha aportado una ordenación legal de nueva planta en el sector de la competenc. judicial internac. de los Juzg. y Tribun. españoles (arts. 21 a 25), y ha establecido el régimen gral. en el sector del auxilio o cooperac. judic. intern. (arts. 276 a 278). Ley de Arbitraje 36/88 introduce normas de D° Int. Priv. en esta materia, así como régimen general sobre reconocim. y ejecuci. en España de laudos arbitrales extranjeros.– No obstante, aún no se cuenta con una Ley Concursal, ni se ha producido la deseable reforma general de la LEC.

– En relación con las normas para determinar el derecho aplicable a los supuestos de tráfico externo (o resolver los conflictos de leyes según expresión del art. 149.1.8 CE) el desarrollo del sistema en este sector se ha producido bien al compás de las sucesivas reformas del Código Civil, bien por el cauce de distintas leyes especiales.

En el primer caso, las reformas del C.C. en el período 1981–1996 han afectado exclusivamente al sector del D° Int. Priv. de la familia (forma celebr. matrim.; adopción; no discriminac. razón sexo; en ámbito conflictos internos nueva regulación vecindad civil)

En cuanto al desarrollo normativo por el cauce de las leyes especiales, cabe citar: Ley 19/85 Cambiaria y del Cheque; Ley Propiedad Intelectual; Ley de Patentes y Ley de Marcas; reforma del derecho de sociedades, etc., etc.

b) Normas de D° Int. Priv. contenidas en Tratados o Convenios internacionales.

– Convenios multilaterales de D° Int. Priv. elaborados por la Cª La Haya (en la que España ha participado desde su inicio); Convenios elaborados por la Comisión Internac. del Estado Civil, organismo que agrupa a un número más reducido de Estados europeos; Convenios elaborados por el Consejo de Europa sobre materias de D° Int. Priv. ; Adhesión de España al Convenio interamericano de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias y al de 1979 sobre prueba e información del derecho extranjero.

– Tratados bilaterales, cabe citar los convenios relativos al reconoc. y ejecuc. de decisiones extranjeras suscritos con Alemania 1983, Austria 1985, Checosl. 1987 y México, Israel y Brasil 1989; asimismo convenios de asistencia judicial internac. con Rusia, China, Bulgaria y Marruecos.

c) Incorporación al orden. español del Dº. comunitario, originario y derivado, tras el ingreso de España en las Comunidades europeas en 1986. Tres consecuencias:

– Modificación de las normas de fuente estatal, dada la primacía del Derecho comunitario, en ciertos sectores del Dº. Int. Priv. , especialmente en el de la extranjería. (así ocurre, en efecto, en virtud de la libre circulación de mercancías, servicios y capitales y también de trabajadores) . Inclusión en el Tratado de la Unión Europea de 1992 de la noción ciudadanía europea.

– Adhesión de España a convenios intern. adoptados por los Estados miembros, de conformidad con las previsiones del Acta relativas a las condiciones de adhesión de 1985 (Conv. Bruselas 27/9/1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; suscripción convenio paralelo con otros estados europeos miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio: Lugano 1988

– En la dimensión del derecho aplicable, España ha ratificado en 1993 el Conve. de Roma 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que sustituye a los arts. 10.5 y 10.6 del C.C., en las materias comprendidas dentro de su ámbito de aplicación.

–Reglamentos y directivas de las Instituciones comunitarias. Se trata de una tercera vía para la creación de normas de D.I.P., el llamado Derecho Inter. Priv. institucional. (Reglamentos en el sector de la seguridad social; directivas respecto del derecho aplicable a los contratos de seguro distintos del de vida, etc.).

B) Configuración actual del sistema: las tres subestructuras normativas básicas.

En el Dº español coexisten tanto normas de fuente interna como normas de fuente internac. o comunitaria. Dando un paso más y en atención a las relaciones de tráfico externo que regulan y a las normas básicas que presiden un específico grupo normativo se pueden contemplar tres subestructuras normativas: GENERAL, COMUNITARIA E INTERNA.

a) La GENERAL comprende el conjunto de normas de DIP destinadas regular, con carácter general, las relaciones de tráfico externo entre España y otros Estados. Constituye el Ius Commune aplicable a dichas relaciones. Norma básica la Constitución, y en particular el principio de apertura del orden. español a otros sistemas jurídicos. Se integran aquí tanto normas de fuente estatal (LOPJ, LEC, CC) como normas establecidas por tratados o convenios intern. incorporados al ord. español..

b) La COMUNITARIA integrada por las normas de Dº comunitario aplicables a las relaciones entre particulares, que se establecen en el ámbito de la Cdad. Eur. Normas básicas son: Tratados constitutivos y comprende además los convenios concertados por los Estados Miembros de la C.E. en materia de DIP así como los reglamentos y directivas.

c) La INTERNA surge por la coexistencia de diversos ordenamientos en España y las relaciones que se establecen entre personas sujetas a Derechos distintos. Norma básica: la Constitución, en particular el art. 149.1.8.

II. *Las fuentes del sistema español de DIP.*

1. Las fuentes internas.

A) Introducción y caracterización del sistema.

La ley, la costumbre y los ppios. gales. dcho. son también fuentes en cuanto a la creación del DIP. De otro lado, el ord. español se fundamenta, entre otros ppios. básicos en un Estado de Derecho, en los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, que como es obvio también proyectan su virtualidad sobre el sistema

español de DIP.

El sistema español de DIP es un sistema de base legal, no de base judicial. La creación del Derecho en esta materia corresponde al legislador.. Consecuencias:

a) Al establecer las normas de DIP el legislador español goza de una amplia libertad, sólo limitada por la Constitución. Respetando la exigencia Constitucional de certeza y seguridad puede elegir normas rígidas o normas flexibles. El sistema español de DIP contiene normas con un cúmulo de puntos de conexión de carácter alternativo para favorecer la validez de un acto o negocio jurídico (ej.: art. 11.1 C.C. o Conven. Haya 1961 s/ conflictos de leyes en materia de forma de las disp. testam.) y también contiene normas localizadoras de carácter flexible (ej.: art. 4 Conv. Roma 1980 s/ ley aplicable a obligac. contract. , pues en defecto de elección por las partes de la ley aplic., habrá de estarse a aquella ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato).

b) Los org. jurisdiccionales y las Autoridades españolas han de seleccionar, interpretar y finalmente aplicar al caso la norma de DIP establecida por el legislador, no se hallan facultados para crear el derecho aplicable y elaborar una respuesta judicial *ad hoc* al caso planteado.

c) El proceso de aplicación de las normas de DIP entraña una cierta peculiaridad en cuanto a la exigencia de seguridad jurídica (caso de reenvío, orden público, etc.) pues el juez puede que deba aplicar al caso una solución distinta de la establecida por el legislador en la norma de DIP. Aunque ello no entraña merma de seguridad pues el art. 12 del C.C. establece soluciones para resolver dichos problemas y, por tanto, el resultado final alcanzado por el juez en cada caso posee un fundamento legal.

B) Relevancia de la Constitución para el sistema español de DIP.

– La Constitución de 1978 ocupa una posición de primacía respecto al resto del ordenamiento jurídico español.

– Principio jurídico esencial para el DIP, que puede inducirse tanto del Preámbulo como en su articulado, es el de la apertura del ordenamiento español a otros orden. jurídicos. En cuanto criterio hermenéutico implica que no sólo los org. jurisd. españoles dispensan una tutela judicial efectiva de los derechos (litigar en otro país, reconocer sentencias extranjeras, etc.).

– En el ámbito formal, la Constitución ha prescrito que la creación de normas de DIP (o normas para resolver los conflictos de leyes) corresponde exclusivamente al legislador estatal. En el ámbito sustantivo, los valores y principios de la Constituc. han de informar la creación de normas de DIP. (Una norma preconstitucional no conforme con los valores de la Const. adolecerá de inconstitucionalidad sobrevenida; el legislador ha de modificar aquellos preceptos preconstitucionales contrarios a la constitución, con independencia de su inconstitucionalidad sobrevenida)

– En el ámbito del derecho aplicable, el orden público habrá de operar negativamente, excluyendo la aplicación en España del Derecho extranjero designado por una norma de conflicto española si el contenido material de ese orden. es contrario a los dchos. y libertades fundam. reconocidos por la Constituc. Otro tanto ocurrirá, frente a una sentencia extranjera, si en el proceso en otro Estado se ha producido una indefensión del demandado, o no ha existido igualdad de armas.

C) Las fuentes del art. 1.1 del CC y el sistema español de DIP.

– Respecto de la ley, ha de tenerse presente que la mayor parte de las normas de DIP español, por forma parte de textos que poseen rango de ley (CC LEC LOPJ), poseen dicho rango y, para su eventual modificación operará la reserva de ley. Ello no excluye su desarrollo reglamentario ni tampoco el recurso a normas de rango

inferior.

– La costumbre únicamente opera en defecto de ley aplicable, lo que limita su relevancia como fuente del DIP dada la amplitud de las normas con rango de ley. Sólo puede operar mediante la creación de normas materiales especiales reguladoras del tráfico externo (*lex mercatoria*).

2 El problema de las lagunas y la autointegración del sistema español de DIP.

A) Introducción

– En realidad no existen lagunas *jurídicas*, dado que el orden. en su conjunto siempre podrá aportar una respuesta, sino sólo simples lagunas *legales* o carencia de normas que contemplen el supuesto concreto. El art. 1.7 CC dispone que los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan y atenerse al sistema de fuentes establecido lo que implica que, en defecto de ley o costumbre, habrá de estarse a los ppios. gales. dcho. a los que se les reconoce carácter informador del ordenamiento. Y junto a esta vía de autointegración del sistema, cabe recurrir aún a otras dos: jurisprudencia o doctrina legal del T.S. que complementará el ord. jurídico y la analogía.

– En las normas unilaterales el legislador regula ciertamente una determinada materia, aunque lo hace con un alcance sólo parcial, atendiendo a aquella parte del supuesto de tráfico externo que, por ofrecer una mayor conexión con el ord. español, ha de quedar regida por la ley española. En estos casos no cabe hablar de laguna legal en sentido propio, sino de laguna deliberada o impropia. (ej.: regulación de la competenc. jud. intern. del art. 22 LOPJ, es parcial, sólo contempla los supuestos de los que puede conocer el órgano judicial español.)– En cambio, existe verdadera laguna legal si el legislador no contempla enteramente un supuesto. (ej.: nulidad del matrimonio. art. 107 no determina ley aplicable).

B) Función de los principios generales del Derecho

– En cuanto expresión de valores jurídicos materiales gramte. aceptados, informan todo el ordenamiento jurídico, o sólo un particular sector del mismo. No obstante la doctrina, es preciso preguntarse si la existencia de unos ppios. de DIP es o no evidente y si han sido reconocidos como verdaderos ppios. por la jurisprudencia.

– Mayor interés presentan las referencias del T.S. a los principios estructurales del sistema español de DIP, ppios. positivos que determinan y justifican una determinada regulación legal. En particular, el ppio. de nacionalidad. Con alcance más limitado, estos ppios. pueden facilitar la labor del juez en los casos de laguna legal.

C) Función de la jurisprudencia.

– Según el art. 1.6. CC la jurisprudencia no constituye una verdadera fuente, sino un cauce adicional para la autointegración del orden. Sin embargo, de un lado, la posición del T.S. en cuanto órgano jurisdiccional superior en todos los ordenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, y de otro el ámbito del recurso de casación, que también puede interponerse por infracción de la jurisprudencia, ponen de relieve la importancia de la jurisprudencia.

– En relación con el DIP la jurisprudencia ha tenido tres funciones:

INTEGRADORA.– En la determinación de la competencia judicial internac. de los Trib. españoles según los arts. 51 y 70 de LEC, a partir de ciertas decisiones iniciales, la jurisprudencia del TS interpretó las citadas normas procesales desde el presupuesto gral. de una plenitud jurisdiccional de nuestros Tribunales.

MODIFICATIVA.– En sents. de 1919 y 1929, a partir de una interpretación de los arts. 42, 100 y 101 CC se restringió la validez del matrimonio civil de los españoles en el extranjero al excluir el celebrado de conformidad a la ley local, imponiendo la celebración ante Cónsul y por tanto, ante la ley española.

SOLUCIONA LAGUNA LEGAL.– Por ejemplo, antes del actual art. 12.6 CC, en el caso del régimen procesal del Derecho extranjero, las decisiones del T.S. perfilaron la naturaleza, el alcance y la carga de la prueba, así como los medios para probar su vigencia, contenido y aplicación al caso.

3. Las fuentes internacionales.

A) Las normas consuetudinarias internacionales

– Antes del CC 1889 varios pronunciamientos del TS consideraron que el DIP era un conjunto de normas consuetudinarias internacionales. Estos pronunciamientos desaparecen, salvo excepciones, tras la consolidación del sistema español de DIP por obra de los grandes cuerpos legales del último tercio siglo XX. Hoy se admite que únicamente en los casos, muy reducidos, en los que figura como demandado un Estado, y debido a la llamada inmunidad jurisdiccional de los mismos establecida por el D. Int. Público, el juez se verá obligado aplicar la costumbre internacional.

B) Las normas convencionales internacionales: recepción y jerarquía.

– La recepción de los tratados y convenios de DIP en el ord. español tiene lugar mediante su publicación en el BOE. Sólo los tratados publicados podrán ser invocados.

– Tras pasar a formar parte del ord. español, los tratados ocupan una posición jerárquica inferior a la Constitución y superior a la ley. Dos consecuencias: 1) Primacía de las normas de DIP contenidas en un tratado sobre las normas de fuente estatal anterior y 2) la norma interna posterior al tratado no modifica ni deroga la norma de DIP convencional anterior

– Deben ser aplicadas de oficio por los Jueces y Tribunales españoles. La violación o aplicación indebida de las normas de DIP convencional puede ser combatida por el cauce del recurso de casación (1692.4 LEC).

C) Las normas convencionales: problemas de aplicación.

– Un tratado que contiene normas de DIP sólo es aplicable, en principio, en las relaciones entre Estados que son Partes en el mismo.

– Ha de determinarse si las normas del tratado regulan, *ratione materiae*, la cuestión sometida al Juez o Autoridad española.. En el caso de los tratados multilaterales ha de tenerse presente que el ámbito material de las obligaciones asumidas por los Estados partes puede no ser idéntico, en atención a las reservas formuladas. (Respecto Conv. La Haya de DIP, tener en cta. el carácter unilateral o bilateral de la reserva.

– Existencia de tratados sucesivos relativos a una misma materia. Exigencia determinar cuál es el aplicable al caso. Cláusulas regulación en el mismo tratado. Si no es así, Convenio de Viena 1969 sobre Derecho tratados.

– En cuanto a las relaciones de las normas convencionales de DIP con la norma de fuente estatal que regula la misma materia, cabe estimar que la norma interna opera como *ius generalis* y la convencional como *ius specialis* en la materia regulada por ambas. No obstante, en aquellos convenios internacionales cuyas normas son aplicables a todos los supuestos de tráfico externo y no sólo a los casos vinculados con los Estados partes, una vez recibidos en el ordenamiento español tienen primacía sobre la norma estatal y el Juez deberá aplicar la norma convencional en lugar de la estatal. (ej.: Conv. La Haya 1956 y 1973 sobre alimentos, sustituyen art. 9.7 CC)

– La interpretación de las normas contenidas en un tratado internacional ha de hacerse siguiendo las reglas de interpretación de los tratados (Conv. Viena 1969) y no las reglas del ord. de cada Estado. Dada la tendencia a la unificación del derecho internacional, el juez deberá tener en cuenta las interpretaciones dadas por otros Estados.

– Respecto el Convenio de Bruselas 1968 sobre competenc. jud. y reconocim. y ejecuc. de decisiones, así como al Conv. de Roma 1980 sobre ley aplica. oblig. contrac., la uniformidad en la interpretación se asegura mediante la intervención del Tribunal de Justicia de las Cdades. europeas, al que el juez nacional puede recurrir solicitando la interpretación de sus disposiciones.

TEMA III: LOS CONFLICTOS INTERNOS EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DIP.

I. Introducción: los conflictos internos

1. Presupuestos Generales.

A) Los Estados plurilegislativos.

Los diferentes orden. estatales pueden ser encuadrados en dos grandes grupos en atención al ° de uniformidad de sus normas: *unitarios* y *complejos*. Los primeros poseen un único sistema de fuentes de producción jurídica y una sola org. judic. . Los segundos se caracterizan por la coexistencia dentro de un mismo ord. estatal de diversos sistemas jurídicos autónomos; es el caso de los Estados plurilegislativos.

B) Los conflictos internos.

En los Estados plurilegislativos no existe uniformidad sino una posible diversidad de respuestas jurídicas respecto a una misma materia (en todos los sectores del Derecho o sólo en algunos). En España hasta la Constitución de 1978 la diversidad sólo ha existido en materia de legislación civil.

Esta diversidad puede dar lugar a una eventual contradicción de las respuestas jurídicas en los ord. internos existentes.

2. Clasificación de supuestos y diversidad de soluciones.

El ámbito de vigencia de los ord. coexistentes en un Estado pluri. puede ser bien espacial o bien personal. Distinguir dos grupos de conflictos internos: *interterritoriales* e *interpersonales*.

Interterritoriales se producen entre ordenamientos que poseen un determinado ámbito de vigencia espacial (interfederales, interregionales, interprovinciales).

Interpersonales se suscitan entre ord. cuyo ámbito de vigencia dentro del Estado es exclusivamente personal, por ser aplicables a los componentes de las distintas cdades. de base étnica o religiosa que integran dicho Estado.

Incluso dentro de los dos grupos anteriores tampoco existe homogeneidad de uno a otro Estado plurilegislativo. La diversidad legislativa de cada Estado puede extender los conflictos también a problemas propios de la dimensión judicial del DIP, si existen diferentes organizaciones judiciales.

II. Los conflictos internos en el ordenamiento español.

1. La dimensión tradicional: los conflictos derivados de la coexistencia de diferentes Derechos civiles en España.

A) El art. 149.1.8ª de la Constitución como norma básica.

La coexistencia de diferentes Dchos. civiles en España se remonta a la Edad Media, aunque la pervivencia de un Decho. civil propio entra en crisis en los Reinos de Aragón tras los Decretos de Nueva Planta (1704 y 1711).

Hoy la norma básica es el art. 149.1.8 de la Constitución que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil. Con una importante excepción ... corresponde a las Cdades. Autón. la conservación, modificación y desarrollo (..) de los Dchos. civiles forales o especiales allí donde existan.

B) Alcance de la diversidad en materia de legislación civil.

Problemas interpretativos del art. 149; a) No concretar a que Cdades. se extiende la garantía constitucional. Serán aquellas Cdades. en que existía un Derecho civil especial en el momento de aprobarse la Constitución. La garantía se extiende también a las instituciones civiles de carácter consuetudinario.

b) La competencia de las Cdades. en materia de Dº civil se circunscribe a la conservación, modificación y desarrollo de los ord. civiles forales o especiales existentes en su territorio. Para evitar problemas, en lo que se refiere al desarrollo, ha introducido una import. limitación al exigir que el desarrollo legislativo por las Cdades. Aut. se limite a la actualización o innovación de los contenidos de la Compilación, según los ppios., informadores peculiares del Dº foral.

c) Los distintos ord. civiles coexistentes en España poseen un ámbito de vigencia territorial, por lo que los conflictos internos que puedan existir serán conflictos interterritoriales. De otro lado, al existir una única organización judicial, los conflictos sólo se suscitan respecto al derecho aplicable a las relaciones civiles (conflictos de leyes), excluyéndose los problemas propios de la dimensión judicial del DIP.

C) La reglamentación de los conflictos internos en el ámbito del Derecho civil.

El art. 149.1.8 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado para dictar normas para resolver los conflictos de leyes, tanto internacionales como internos.

Al reglamentar los conflictos entre los ord. civiles coexistentes, el legislador dispone de una amplia libertad de configuración normativa, sólo sujeta a los límites de la Constitución. Según sents. existe una paridad entre los Dchos. forales y entre ellos y el Dº civil y el legislador debe garantizar su aplicación indistinta. Debe preservar también la certeza estableciendo cláusulas de cierre que permitan determinar cuál es el Derecho aplicable.

D) Las soluciones gales. del art. 16.1 CC.

A pesar de la libertad que la Constituc. otorga al legislador para regular los conflictos internos con normas específicas, tradicionalmente ha venido remitiéndose en todo o en parte a las normas de DIP que regulan los conflictos internacionales. El art. 16.1 CC dispone los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV.... Pero establece dos particularidades: a) la ley personal del interesado se determinará, no mediante la nacionalidad, sino mediante una conexión propia de los conflictos internos, la vecindad civil. b) En los conflictos de calificaciones, el reenvío y el orden público, se excluye que el juez aplique en los conflictos internos lo dispuesto para dichos problemas en los apartados 1,2 y 3 del art. 12 CC.

Además de las dos anteriores, existen otras particularidades implícitas, en atención al contenido y finalidad de algunas de las normas incluidas en el Capítulo IV.

2.La vecindad civil.

Dado que los conflictos internos derivados de la coexistencia de diferentes dchos. civiles en España se suscitan en torno a aquellas materias regidas por la ley personal del interesado (según art. 9.1 CC), es importante el punto de conexión que establezca el legislador para determinar cuál es la ley personal.

Según el art. 14.1, CC la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. (noción que expresa tanto la vinculación de la persona a uno de los Dchos. civiles vigentes en territorio nacional, como la dependencia personal respecto de una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta dentro del territorio donde exista un determinado D° civil, foral o especial. (ej. Derecho civil de Baleares, con especialidades para las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera).

Al constituir una noción jurídica, el legislador establece un régimen legal de adquisición, conservación y pérdida (arts. 14 y 15 CC).

3.Los conflictos internos: la nueva dimensión del Derecho autonómico.

A) Primer presupuesto: la diversidad normativa y sus límites.

Las Cdades. Autón. gozan de una autonomía de naturaleza política. Tienen potestad para legislar en ciertas materias con el alcance que les confiere el reparto competencial entre cada Cdad. y el Estado según la Constitución y el Estatuto de Autonomía. Ahora bien, al margen de la competencia del art. 149.1.8 de la Constitución, las competencias de las Cdades. se caracterizan por constituir el ejercicio de potestades administrativas de reglamentación o autorización así como de sanción de las infracciones, esto es potestades que se ejercen en el ámbito de las relaciones jurídico públicas.

Mencionarse que la competencia del legislador autonómico en la regulación de las relaciones económicas se halla constitucionalmente limitada por el ppio. de la unidad del orden económico nacional

B) Segundo presupuesto: la territorialidad del Derecho autonómico.

El territorio de una Cdad. Autónoma, delimitado en el respectivo Estatuto, constituye el ámbito espacial de ejercicio de las competencias autonómicas. Territorialidad del D° autonómico.

El legislador autonómico sólo ha de reglamentar aquellos supuestos que están vinculados, en atención a ciertas circunstancias relevantes de los mismos, con el territorio de la propia Cdad.

Eficacia: las consecuencias jurídicas previstas han de producirse *ad intra* de la Cdad. No obstante, es posible que también se produzcan ciertas consecuencias jurídicas de la norma autonómica *ad extra*, en atención a alguna circunstancia del supuesto regulado.

C) Conflictos derivados de la delimitación y de los efectos extraterritoriales de las normas.

La necesidad de circunscribir la regulación autonómica a aquellos supuestos de hecho vinculados con su territorio requiere la adopción de una norma unilateral. Pero para expresar la conexión del supuesto concreto con el territorio el legislador utiliza una o más circunstancias (referidas a los sujetos, a la actividad en que intervienen o a la situación de un bien) de hecho o de derecho, que actúan como puntos de conexión.

Los puntos de conexión han de establecer una vinculación razonable del supuesto con el territorio, sin exceder de éste, pues en otro caso se crearía un conflicto, al quedar sometido el sujeto o la actividad regulada a normas distintas. Conflicto que se resuelve declarando la no conformidad de los puntos de conexión con la constitución, en cuanto lesionan la territorialidad de las competencias autonómicas.

De todos modos es posible que dos legisladores autonómicos al regular una misma materia no utilicen los mismos puntos de conexión y, en tal caso, la divergencia también puede producir un conflicto de leyes, bien positivo (ambos regulan los mismos hechos) bien negativo (ninguno de ellos los regula).

En cuanto a la eficacia extraterritorial de las normas autonómicas, ésta no produce un efecto directo más allá del territorio de la Cdad. que las cita. En cambio si cabe reconocer efectos secundarios.

TEMA IV: LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRÁFICO EXTERNO

Según J.D. González Campos las normas del sistema de DIP pueden clasificarse en torno a tres criterios: según la función que desempeñan, según su origen normativo y según el proced. técnico de reglamentación seguido.

a) Regulación del tráfico externo y aplicación de las normas reguladoras.– Por la función que tiene podemos distinguir normas reguladoras (dan respuesta concreta a las situaciones de tráfico externo; ej.: arts. 9 a 11 CC) y normas de aplicación (solucionar los problemas que surjan en su aplicación; ej.: art. 12 CC).

b) Regulación por el legislador estatal y regulación internacional.– Según su origen, entre normas del DIP autónomo (legislador estatal) y normas de DIP convencional (Tratado internac.) o normas de DIP institucional (actos con efic. normativa emanados de Org. Internac.).

c) Según los procedimientos técnicos de reglamentación.– Pueden reducirse a tres los métodos de regulación del tráfico externo. UNILATERAL: Toma como punto de partida las normas del D° interno, analiza su contenido y finalidad y de ahí intenta deducir su ámbito de aplicación. Fue el método utilizado por la doctrina estatutaria. MULTILATERAL: La atención se centra en la situación o relación a regular. Atendiendo a las conexiones personales o territoriales que la situación o relación tenga con los ord. jurídicos en presencia, se atribuye su regulación a aquél cuya conexión sea más significativa (por medio de normas de conflicto) y sus normas serán aplicadas por nuestros jueces (ej.: art. 9.8 CC).

Los dos primeros métodos parten de soluciones existentes para los supuestos meramente internos. Una tercera posibilidad es establecer para los supuestos internacionales soluciones distintas a las aplicables en D° interno. (el primer ejemplo histórico lo encontraríamos en el *ius gentium*). Desde la perspectiva de los ord. estatales, este método no es substitutivo sino complementario de los otros dos.(ejemplo actual: normas incorporadas en ntro. ord. por el Conv. Viena 1980 s/compraventa intern. de mercad.)

II.Las normas y principios de regulación del sistema de DIP.

1. Normas de extensión y normas materiales autolimitadas (unilaterales).

Se trata de normas unilaterales mediante las cuales el legislador determina la esfera de aplicación de su propio ord. También llamadas de extensión (normas que fijan el alcance personal y territorial de un ord.)

Cuando la norma contenga al mismo tiempo la regulación sustantiva y el indicador espacial no hablaremos de normas de extensión en el espacio del D° material, sino de *normas materiales autolimitadas*. Las normas de extensión serían normas incompletas en cuanto las consecuencias jurídicas solo se reciben en necesaria combinación con otras normas del mismo ord. Sin embargo, no debe darse mucho importancia a la denominación de las normas y sí al método de reglamentación seguido.

Estructura de estas normas: a) supuesto de hecho constituido por ciertas relaciones o situac. jur., vinculado a través de ciertos criterios de conexión con la esfera personal o territorial del propio ord. o con ambas y que presenta un factor de internacionalidad que lo conecta también con un ord. extranjero (ej. trab. españ. contratados en España que prestan servicios en el extranjero).

b) Consecuencia jurídica constituida bien por el mandato de aplicación del propio ord. o del sector normativo al que se refiere, o bien la respuesta material concreta dispuesta en la propia norma.

2. Normas de conflicto multilaterales.

Las más características del DIP. No regulan directamente las situaciones de la vida internacional, sino que determinan el ord. jurídico nacional al cual se atribuye la regulación del supuesto, ord. que deberá aplicar el Juez español. Operan de forma indirecta remitiendo la regulación del supuesto a uno de los ord. nacionales conectados con el caso. (ej. arts. 9.8, 10.7, 10.9 etc CC). Técnica formulada por Savigny. Las normas de conflicto toman como punto de partida la relación o situación enjuiciada para después atribuir su regulación, mediante un criterio de conexión, a uno de los ord. vinculados con el supuesto.

Estructura de estas normas.— dos partes: a) Supuesto de hecho indica el objeto de la regulación, la materia regulada, que contiene un factor de internacionalidad y que viene definido por el legislador mediante conceptos o categorías jurídicas (las donaciones, las obligaciones no contractuales, etc.), aludiendo a hechos, actos, relaciones o situaciones de las partes, o a derechos subjetivos.

b) La consecuencia jurídica consiste en el mandato de aplicación de un determinado ord. jur. que será el que nos ofrezca la concreta reglamentación de los dchos. y deberes de las partes. El punto de conexión opera aquí como el criterio de identificación del Dº material aplicable, del cual se extraerá después la norma que regule la relación.

Los criterios de conexión consisten tradicionalmente en circunstancias inherentes al supuesto a regular y que expresan un vínculo entre ese supuesto y un Ord. jur. determinado. Pueden ser personales o subjetivos (nacionalidad, domicilio o resid. habit.) o materiales u objetivos (lugar de celebración contrato, de ejecución de una obligación, situación de un bien, etc.). Por otra parte, frente a los criterios de conexión tradicionales de carácter cerrado y relativamente fáciles de aplicar (nacionalidad, domicilio) va cobrando fuerza en los sistemas de DIP modernos el recurso a nociones o conceptos indeterminados (vínculos más estrechos o relación más significativa) que precisan ser individualizados en cada ocasión mediante un proceso de valoración.

Atendiendo a la posibilidad de modificación en el tiempo pueden distinguirse los criterios de conexión mutables (residencia hab. nacionalidad) y los crit. inmutables (lugar de situación de un inmueble, lugar realiza. un acto). Los primeros plantean la dificultad de precisar el momento temporal en que deben ser considerados, cuestión que el legislador debe determinar (así, art. 9.8 CC se toma en consideración la nacionalidad del causante en el momento de su fallecim.)

En atención al número de criterios de conexión que contengan, las normas de conflicto pueden clasificarse en nomras simples (un único criterio) y compuestas (varias conexiones); en este último caso hay que distinguir la relación en que se encuentran esos criterios entre sí. Tres supuestos:

— *Conexiones jerarquizadas*, cuando el legislador establece dos o más conexiones que sólo pueden ir entrando progresivamente en juego una detrás de la otra, sin que pueda alterarse el orden previsto por el legislador. Si opera la segunda porque no puede operar la primera serán subsidiarias. Cuando la circunstancia para pasar de la primera a la segunda no sea la imposibilidad de concretar la primera serán sucesivas o en cascada.

— *Conexiones alternativas* cuando cualquiera de las conexiones puede operar vis a vis de las demás, puesto que no hay una conexión principal, sino que todas están en el mismo plano.

— *Conexiones cumulativas* cuando la norma utiliza dos conexiones que deben operar al mismo tiempo, de modo que aplican normas de dos ord. distintos simultáneamente. Se utilizan para dificultar el resultado

jurídico pretendido. Por regla general cuando se quiere facilitar un resultado el legislador emplea criterios de conexión alternativos y cuando pretende dificultarlos establece un cúmulo limitativo.

3. Normas materiales imperativamente aplicables a supuestos de tráfico externo o normas de aplicación necesaria.

Cada Estado es, en principio, libre para organizar el orden económico y social que desea dentro de su territorio y adoptar decisiones de política económica y social que estime convenientes. El método de reglamentación que siguen es unilateral, pero dada la importancia de las mismas la doctrina y la jurisprudencia han procurado agruparlas como una categoría especial de normas, aunque sin ponerse de acuerdo en la terminología: normas de aplicación necesaria, de aplicación inmediata, leyes de policía, normas de orden público, etc.. Quedan típicamente comprendidas en esta categoría todas aquellas normas de intervención estatal que sirven una finalidad jurídico-pública o un interés gral. localizable en el Estado que las cita. En nuestro sistema hay una norma, el art. 8.1 CC, que advierte al aplicador del Dº de la existencia de estas normas que, por su importancia prevalecen sobre cualquier remisión conflictual a un Dº extranjero.

Algunas veces el legislador explicitará el ámbito de aplicación que desea dar a esa norma. En otros ocasiones no lo manifestará, pero a pesar de ello no pueden quedar sin aplicación, por lo que será necesario deducirlo directamente de la finalidad de estas normas.

Ej.: La ley de Defensa de la Competencia de 1989 es directamente aplicable por sus propios términos siempre que el contrato afecte de modo directo al mercado español, con independencia de la ley nacional que rija ese contrato concreto. Otro ejemplo en el Dº de familia, las normas de protección de la infancia que resultan aplicables con independencia de que los menores sean nacionales o extranjeros y con independencia de que el estatuto familiar se rija por el Dº nacional o por un Dº extranjero.

Estructura de estas normas. a) un supuesto de hecho constituido por ciertas relaciones o situaciones conectadas con la esfera personal o territorial del ord. propio.

b) consecuencia jurídica que consiste en la imputación directa, basada en la naturaleza de imperativa aplicación que el legislador atribuye a su regulación, de la respuesta jurídica prevista en la propia norma.

4. Normas materiales especiales para supuestos de tráfico externo.

Ofrecen una regulación directa en el propio ord. a los problemas de tráfico jurídico externo, y se caracterizan por dar una regulación que es especial porque un determinado supuesto recibe, en atención a su carácter internacional, una respuesta distinta de la que se da a un supuesto semejante de tráfico jurídico interno en ese mismo ordenamiento (Conv. 1980 s/comprav. internac. de mercad. sólo es aplicable a contratos internacion. a pesar de integrarse en el Ord. español). En la jurisprudencia francesa encontramos la cláusula oro que durante una época fueron utilizadas en los contratos para garantizar la estabilidad del precio prometido.

Estructura de estas normas. Dos elementos característicos: a) un supuesto de hecho que contiene un factor de internacionalidad cuya existencia determina que el legislador adopte para regularlo una norma especial en su ordenamiento.

b) Una consecuencia jurídica propia y específica para ese supuesto, contenida en la propia norma, que es distinta, sustancialmente, de la dispuesta por el mismo legislador para las situaciones de tráfico interno.

Este tipo de normas es importante en el ámbito del comercio internacional (transporte, compraventa, etc.). Se pueden ordenar en dos grupos: 1) Las contenidas en un tratado internacional (normas de DIP material convencional) y 2) Las normas del que se ha denominado Derecho espontáneo o nueva lex mercatoria (conjunto de prácticas uniformes de los actores del comercio internacional y cuya cristalización en normas se

produciría por la vía del arbitraje comercial internacional. Por otra parte, en el Dº español, siempre que reúnan los requisitos configuradores de un uso jurídico (art. 1.3, párr. 2 del C.c.) constituirán verdaderas normas materiales especiales de DIP.

5. Los principios del DIP.

Clasificados en dos grupos:

1º) *Principios estructurales o sistemáticos* del DIP, integrados por aquellos criterios jurídicos directivos de los que no es posible extraer directamente resoluciones, pero que informan a partir de ciertos valores jurídicos el contenido de un sector de normas del DIP. Este carácter lo poseen los ppios. de personalidad y territorialidad del Dº., que encuentran expresión tanto en el sector del Dº. aplicable, como de la nacionalidad y asimismo en el sector de la tutela judicial de los Dchos., del Dº. procesal. Se trata de ppios. abiertos.

2º) *Ppios. de regulación o ppios. en forma de norma jurídica*, que ofrecen ya una respuesta jurídica inmediata para regular situaciones de la vida privada internacional. Ppios. que se condensan en una regla directamente aplicable. Se diferencian de las normas generales en que les corresponde una destacada importancia en el conjunto de la regulación, pues expresan una línea directiva del sistema de DIP. (ej.: contratos: autonomía de la voluntad art. 10.5 Cc).

Pueden ser utilizados como elementos interpretativos del sistema de DIP en caso de laguna legal o en caso de dificultades de aplicación de las normas. Dada su importancia es preciso esclarecer también el orden en que deben actuar. En el sistema español de DIP ocupa un lugar predominante en el ámbito de las materias de estado civil el ppio. de la personalidad del Dcho. (la ley de la cdad. cultural y política del individuo debe regir su vida jurídica), que en el sector del derecho aplicable se manifiesta en la aplicación de la ley personal a un gran número de materias.

III. *Aspectos generales de la regulac. jurídica del tráfico exteRno.*

1. Utilización de los distintos procedimientos y normas de regulación.

Preciso realizar varias observaciones para comprender mejor el esquema normativo que acabamos de analizar.

A) Relatividad de las categorías empleadas. (tres puntos de vista)

a) Savigny señaló en su momento que el procedimiento de regulación por extensión en el espacio de las normas del foro y el procedimiento de regulación mediante localización del supuesto en un ordenamiento nacional (normas de extensión y normas de conflicto, respectivamente) eran intercambiables en ciertas ocasiones en que sólo se distinguían por el punto de partida, pero no por el resultado final. La aplicación analógica de normas unilaterales entrañaba lo que la doctrina ha calificado como bilateralización de la norma, esto es, la conversión de una norma unilateral de extensión en una norma de conflicto multilateral. La aplicación analógica de una norma exige una valoración de los supuestos que asegure que concurren aquellos aspectos y circunst. que son decisivos en la regulación legal. Debe limitarse esta técnica de bilateralización a aquellas normas unilaterales que enuncian una solución de valor gral. para la regulación del tráfico externo, cuando venga exigido por un vacío legal.

b) Una norma puede presentar rasgos caracterizadores de varias de las categorías normativas analizadas. El que una norma de DIP sea calificada como normas material especial o norma material imperativa no significa que se aplique sin más a cualquier situación internacional. Un presupuesto general de aplicabilidad de las normas es que exista una conexión o vinculación entre la situación enjuiciada y la ley que se pretende aplicar. También respecto a estos dos tipos de normas. Así la mayoría de las normas materiales especiales contenidas en Tratado Internacionl fijan expresamente su ámbito de aplicación en el espacio. A su vez, las normas

materiales imperativas sólo se aplicarán en aquellos casos que presenten ciertos contactos con el foro que hagan su aplicación obligada para preservar los objetivos de la norma.

En la anterior clasificación se combinan dos criterios distintos. En unos casos se toma como dato relevante el contenido de la norma. En otros casos se fija en la técnica conforme a la cual el legislador fija el ámbito de aplicación de sus normas, ya sea expresamente (normas de extensión y normas de conflicto) o implícitamente, en atención al bien jurídico protegido (normas materiales imperativas de aplicación directa).

c) En ocasiones el propio legislador combina los procedimientos de reglamentación. Unavinculación se puede lograr no sólo *directamente* (exigiendo en la propia norma, explícita o implícitamente alguna conexión entre la situación y el ord. del foro) sino también *indirectamente*, bien por la conexión derivada del hecho de que los Trib. locales sean competentes para juzgar el supuesto, bien haciendo depender la aplicación de la norma material del juego previo de una norma de conflicto del foro.

B) Desarrollo del sistema de DIP en atención a la materia regulada.

a) Las normas materiales especiales de origen internac. han sido empleadas preferentemente para regular sectores del tráfico comercial internacional (compraventa, transportes, arbitraje). Las normas directas de carácter imperativo se utilizan para canalizar la acción interventora del Estado, ya adopten los rasgos de normas materiales especiales, normas especialmente condicionadas o normas materiales imperativas. Las normas de conflicto regulan el D° aplicable a los sectores tradicionales del D° privado (persona, familia, sucesiones, responsabilidad civil). De cualquier modo, cuando el legislador quiere conseguir un resultado concreto acude, con independencia de otra consideración, a la técnica normativa que cree que asegura mejor su realización.

b) De otra parte, el sistema de DIP sufre un cierto retraso codificador, respecto de los avances del D° material interno. con lo que se pone en peligro la adecuada coordinación entre ambos. Esta coordinación se restablece con frecuencia mediante la consideración de algunas de las nuevas normas como normas materiales imperativas.

2. Intereses en presencia y objetivos de política legislativa en la regulación del tráfico externo.

a) Para lograr una recta inteligencia de la norma que garantice su correcta aplicación, hay que partir de la situación regulada. Quien analiza y aplica las normas debe conocer qué intereses hay en juego en la situación que se pretende regular, cuáles ha tomado en consideración el legislador y finalmente, cuál ha sido el decisivo para la solución del supuesto. Es preciso operar con una clasificación provisional de estos intereses: intereses de las partes (fácil información del D°, vinculación con el mismo); intereses del tráfico (fácil constitución de relaciones jurídicas válidas y su continuidad a través fronteras); intereses del ordenamiento (simplicidad y facilidad de aplicación); e intereses del Estado (en ver realizados sus objetivos de política legislativa de dirección). PÉREZ VERA añade los intereses de la Cdad. Internacional..

Ejemplo: En relación con una sucesión *mortis causae* vinculada con diferentes países, siguientes intereses en presencia: Intereses de la colectividad o del Estado, intereses del de *cuius*, intereses de la familia.

Ahora bien, interesa no sólo la identificación de los intereses, sino también la valoración que el sistema jurídico hace de cada uno de ellos. Para ello hay que analizar los *objetivos de política legislativa*. Con carácter general, en las normas de cualquier sistema de DIP, la elección de un criterio de conexión es una verdadera decisión de política legislativa. Así, en las normas de conflicto nos encontramos con que a través del punto de conexión elegido por el legislador se transmite un objetivo de política legislativa (ej.: art. 9.8 Cc, conexión nacionalidad del causante, se justifica en atención a la concepción paternalista de la herencia en ntro. sistema)

b) Los objetivos de política legislativa explican también la técnica de fraccionamiento que el legislador puede

seguir al determinar el D° aplicable a una relación jurídica internacional, descomponiendo sus distintos elementos y licalizando su regulación en ord. eventualmente distintos.(ej.: contrato –venta– el art. 10.5 Cc señala d° aplicable al contrato, pero la capacidad para contratar se regirá por la ley nacional de cada contratante –art. 9,1 Cc–; a su vez la forma se regirá por at. 11 Cc, mientras que las modalidades de ejecución prestación –art. 10.10 Cc– por la ley del país donde se lleven a cabo; la transmisión de la propiedad se regulará por la ley de la situación del bien en el momento de la transmisión –art. 10.1 Cc). Hay que tener en cta. que las normas del Cc en materia de contratos han sido desplazadas por las normas del Conv. Roma 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Ahora bien, la técnica de fraccionamiento presenta también inconvenientes. De ahí la doble tendencia de los sistemas de DIP a fraccionar, por una parte, la regulación en varias normas, procurando, por otra parte, sin perjuicio de aquellos objetivos, la unidad del D° aplicable en la medida de lo posible.

c) Con la evaluación de los intereses en presencia y la atención a los objetivos de política legislativa no se trata de modificar la norma, sino de fijar con precisión el alcance de la ley a la luz de las valoraciones que encierra. Intereses y objetivos sirven de guía en la interpretación y aplicación de las normas, así como en su creación y desarrollo.

3. Seguridad jurídica y justicia del resultado.

Una regulación adecuada del DIP sólo resulta de la interacción de los dos componentes básicos de la idea de justicia, certeza y estabilidad, por un lado, y por otro la promoción y realización de los valores y propósitos aceptados por la comunidad.

a) La *seguridad jurídica* posee dos sentidos principales. En sentido objetivo significa previsibilidad de la respuesta jurídica mediante la formulación de reglas claras y precisas. En sentido subjetivo garantiza la estabilidad del disfrute de una situación o de un derecho subjetivo, de modo que su modificación o pérdida no ocurra sin el consentimiento de su titular. Seguridad significa, pues, certeza jurídica en la respuesta de la norma y continuidad al garantizar la estabilidad de lo dispuesto. Este segundo aspecto es más difícil de conseguir en las situaciones internacionales, a consecuencia de la parcelación del mundo en sistemas jurídicos distintos.

Para conseguir una completa seguridad en DIP sería necesaria una armonía internacional de soluciones. Esta armonización va desde la cooperación internacional para la elaboración de nuevas normas mediante la celebración de Tratados internacionales hasta la recepción de decisiones extranjeras.

b) El Derecho sirve también para promover ciertos valores o defender determinados intereses vinculados con su idea de justicia. Si la norma de conflicto tiende a localizar y aplicar el derecho más próximo al supuesto, aquél con el que tenga mayor contacto, la norma material tiene como objetivo lograr un resultado adecuado en términos de justicia material. Ahora bien, en ocasiones un objetivo material puede condicionar directamente la localización, como ocurre cuando el legislador introduce expresamente en la norma de conflicto el resultado material que se pretende conseguir, de modo que se aplique aquel derecho que se aproxime más a una cierta solución. La doctrina denomina a estas normas normas de conflicto de carácter sustancial. Ejemplo de ellas sería el art. 9.7 Cc garantizando la obtención de alimentos entre parientes.

c) El objetivo de lograr un resultado adecuado, sea en término de localización o de justicia material, conciliándolo a la vez con un alto grado de seguridad jurídica, es uno de los problemas del DIP. El desfase codificador del DIP es una primera fuente de inseguridad, ya que por vía de interpretación existe la posibilidad de introducir reglas unilaterales. Debe recomendarse a los jueces que procuren no apartarse de las normas expresas, salvo cuando ello sea clara e indubitativamente exigido por la finalidad de la regla, motivando su decisión.

En principio, en cuanto a seguridad jurídica, parecería más adecuado el sistema de reglas rígidas o fijas, que mediante normas flexibles cuya concreción exija del juez juicios de valor. Ahora bien, en el sistema español, orientado hacia el valor seguridad, basado en normas rígidas, la generalidad con que aparecen formuladas sus normas de DIPr, mas cercanas a principios que a verdaderas normas, hace que el necesario proceso de concreción y adaptación al caso concreto relativice esa aparente certeza jurídica. Sin embargo la rigidez de las formulas empleadas deja poco espacio para la interpretación, por lo que los Tribunales, para flexibilizar sus respuestas buscando un resultado adecuado, recurren con frecuencia a las normas de aplicación del sistema de DIPr. (orden público, calificación, etc.) para de algún modo escapar a las soluciones aportadas por las normas reguladoras.

El DIPr. de nuestro entorno ha evolucionado prestando mas atención al equilibrio entre el resultado adecuado y la seguridad jurídica. Para conseguir el primer objetivo se amplía el catálogo de normas del sistema. También se flexibilizan sus respuestas permitiendo a los interesados decidir el derecho aplicable o bien dando entrada en la propia norma a un margen de valoración por el juez mediante el empleo de nociones abiertas. El valor de la seguridad jurídica se atiende haciendo operar las nociones abiertas o conceptos indeterminados que utilizan esas normas, no directamente como solución, sino como vía de corrección de una solución más rígida que se toma como punto de partida. (ejm.: las donaciones se registrarán por la ley nacional donante. No obstante, si del conjunto de las circunst. se dedujera que la situación presenta vínculos mas estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país). Desde la perspectiva de la seguridad de realización, se observa también en los sistemas modernos de DIP una tendencia a establecer mecanismos muy abiertos de reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero y a fortalecer los cauces de la cooperación con otros sistemas jurídicos.

I. Introducción.

1. Los presupuestos generales.

El legislador estatal establece normas de DIP para regular supuestos de tráfico externo. Una vez establecidas, su aplicación puede dar lugar a diferentes problemas jurídicos específicos de esta materia que también requieren soluciones por parte del legislador estatal mediante las llamadas normas de aplicación del sistema de DIPr en contraposición a las primeras, las normas reguladoras del tráfico externo.(ej.: art. 12 Cc contiene normas de aplicación de los arts. 8 al 11).

Hay que partir de tres presupuestos previos: conocer el órgano ante el que puede suscitarse una cuestión de tráfico externo, el sistema de DIPr. que ha de ser aplicado por el encargado de resolver la cuestión y la eficacia gral. de las normas de dicho sistema. Presupuestos examinados en el presente tema.

2. El proceso de aplicación y sus problemas.

Una vez conocido el juez o autoridad estatal competente, y en función de ello cuál es el sistema de DIPr. aplicable, para obtener una respuesta a la cuestión planteada la primera tarea del operador jurídico es la de encuadrar dicha cuestión en el marco de una de las normas reguladoras de DIPr. O sea, seleccionar, dentro de dichas normas, aquélla que deba darnos la respuesta.

Son necesarias para ello varias operaciones de interpretación: 1) Precisar el ámbito material de la norma, para saber si la cuestión queda comprendida en su supuesto de hecho. 2) Determinar su ámbito espacial de aplicación, si es preciso. Y 3) Determinar su ámbito de aplicación temporal.

A partir de aquí el proceso de aplicación de la norma reguladora puede adquirir mayor complejidad, dado que el DIPr. utiliza diversos tipos de normas para regular el tráfico externo: directas e indirectas. Ciertos problemas de aplicación son comunes a estas dos clase de normas, mientras que otros en cambio, son específicos de las normas de conflicto multilaterales.

Problemas comunes: conflicto de calificaciones; cuestión previa o designado preliminar y fraude de ley.

Problemas particulares de la norma de conflicto: de un lado los derivados de la remisión a un Derecho extranjero – designación de un sistema plurilegislativo y reenvío –; de otro lado, los relativos al Dº. material extranjero que ha de aplicarse: Alegación y prueba en el proceso, la excepción llamada de orden público y el posible ajuste o adaptación entre dos normas materiales pertenecientes a ord. distintos.

II. *Los órganos a quienes corresponde aplicar el DIPr.*

1. Introducción

Según el art. 1.7 del Cc esta tarea corresponde en primer lugar a los Jueces y Tribunales. Pero el art. 12.6 del mismo Código alude a la aplicación también por las autoridades españolas. En el primer caso sería aplicación judicial de las normas y en el segundo aplicación extrajudicial.

De otra parte, la aplicación del DIPr. no se agota con la intervención de los Juzgados, Tribunales y autoridades. Los particulares o sus consejeros jurídicos también aplican prospectivamente las normas reguladoras del tráfico externo. También los particulares someten la decisión de una controversia jurídica a un árbitro.

2. Aplicación por los jueces y autoridades estatales.

A) La aplicación judicial de las normas.

Como vimos en el tema anterior, las decisiones de los Juzgados y Trib. y, en particular, la jurisprudencia del T.S. constituyen uno de los cauces de integración del sistema.

En la aplicación judicial del DIPr., los órganos más relevantes son los Juz. y Trib. del orden civil, así como los del orden laboral, pues ante ellos se suscitan la mayor parte de los litigios del tráfico externo.

De otro lado, la aplicación del DIPr. por órganos judiciales también puede tener lugar al margen del proceso, dentro del ámbito de la llamada jurisdicción voluntaria, mediante autorizaciones, aprobaciones u homologaciones de ciertos actos o negocios jurídicos de Derecho privado. (Ej.: adopción).

En el orden penal, la aplicación de las normas de DIPr. por el juez español puede suscitarse tanto si se cuestiona la competencia judicial internacional del mismo como si es preciso determinar cuál es el ámbito de la ley española en el espacio. También puede plantearse con el carácter de cuestión prejudicial de Dº. Civil, determinante del fallo.

En el orden contencioso-administrativo, ciertos problemas de extranjería pueden constituir el objeto principal del recurso. En los restantes supuestos, la cuestión del DIPr. sólo posee un carácter incidental.

En cuanto a la eventual intervención del Tribunal Constitucional, por el cauce del recurso de amparo, en el que se determina si ha existido una violación de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53 de la constitución, sí pueden estar presentes, de forma indirecta, problemas de DIPr.

B) Aplicación extrajudicial de las normas.

En el ámbito de la nacionalidad, la intervención del Ministerio de Justicia respecto de la adquisición (arts. 21 a 23 Cc) o recuperación de la nacionalidad española (art. 26), así como la pérdida de la misma (arts. 24 y 25 Cc).

En el ámbito de la extranjería, son autoridades administrativas las intervinientes en materia de entrada, residencia y expulsión de extranjeros del territorio nacional, así como el régimen de autorizaciones para realizar actividades laborales.

De otra parte, ciertas normas de DIPr. tienen como destinatarios a autoridades administrativas. Art. 91 del Regl. Reg. Civil respecto a la actuación del Encargado en las cuestiones de estado de la persona; el art. 36 del Regl. Hipotecario en relación con la actuación del Encargado del Reg. de la Prop., relativa a la inscripción de títulos sobre bienes inmuebles, etc.

3. Aplicación sin intervención de una autoridad estatal.

En la práctica diaria, los propios particulares o sus consejeros jurídicos, aplican el DIPr. con finalidad meramente prospectiva. Es decir, para conocer la respuesta que ofrecen uno o más sistemas estatales de DIPr. a una concreta situación de la vida privada internacional.

En la aplicación prospectiva del DIPr. se dan tres fases o tareas.

1ª) El operador jurídico ha de determinar la jurisdicción o jurisdicciones estatales que, según las respectivas normas de competencia judicial internac., pueden conocer sobre la posible controversia entre las partes o juzgar sobre la validez del acto o negocio jurídico.

2ª) Conocidos los Tribunales competentes, podrá determinarse cual es el sistema estatal de DIPr. que ha de aplicar cada uno de ellos (que no es otro que el del propio ord. del Tribunal). Y en atención a lo dispuesto en sus normas reguladoras, podremos conocer cual es el Derecho material que declaran aplicable.

3ª) Si el análisis ha conducido a la competencia de un Trib. extranjero, sólo resta determinar cuáles son en aquel Estado las vías más apropiadas para la ejecución de la Sentencia que puede dictarse o, si ha de ejecutarse en España, cuáles son las condiciones o presupuestos a los que el ord. español subordina dicha ejecución.

En la aplicación prospectiva del DIPr. pueden intervenir consideraciones adicionales basadas en el análisis económico o en la simple oportunidad, en el caso de que se determine la competencia tanto de un Tribunal extranjero como de un Trib. español.

III. *El sistema de Derecho Internacional privado aplicable.*

1. La solución general

Dado que la reglamentación del tráfico jurídico externo se lleva a cabo por los legisladores estatales, estableciendo cada uno su propio sistema, en la actual Cdad. internacional (más de 160 Estados) existen una pluralidad de sistemas estatales de DIPr.

Si ante el Juez de un determinado Estado se suscita una cuestión jurídica de tráfico externo, cabe que el mismo se pregunte cuál, de entre los sistemas existentes, le es aplicable. Pero si se tienen en cuenta los ppios. de exclusividad y plenitud del ord. estatal, la respuesta es clara: el Juez debe aplicar el sistema de DIPr. del foro. (art. 12.6 Cc)

2. Alcance de la exclusividad.

Si el Juez sólo ha de aplicar las normas del propio sistema de DIPr., en sentido negativo supone que debe prescindir para la solución del caso de las normas reguladoras del tráfico externo de otros sistemas estatales de DIPr.

Ahora bien, esta exclusividad, en el caso del Dº aplicable o conflicto de leyes, puede ir acompañada de ciertas excepciones establecidas por las normas de aplicación del sistema. El legislador puede determinar, p. ej., que una vez aplicada por el Juez la propia norma de conflicto multilateral, si ésta designa un ord. extranjero habrá de tener en cta. la ulterior remisión que llevan a cabo las normas de conflicto sobre la misma materia del sistema extranjero. Lo que puede conducir al llamado reenvío de retorno en cuanto al dcho. material aplicable al caso. (Ver. art. 12.2º Cc)

Asímismo, la norma de conflicto del foro puede remitir al Dº de un Estado plurilegislativo (en que coexisten diferentes ord. jur.). Supuesto en el que el concreto ord. interno aplicable al caso se determinará según la legislación de dicho Estado, incluidas sus normas de DIPr., como dispone el art. 12.5 Cc.

IV. Imperatividad de las normas reguladoras.

1. Introducción.

A) Normas imperativas y dispositivas.

El art. 9.1 de la Constitución establece que los poderes públicos y los particulares están sujetos a la Constitución y al resto del ord. jur. En el proceso de aplicación este ppio. conlleva el deber de los órg. estatales de resolver los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes (art. 1.7 Cc), y también la obligación para el juez o autoridad pública de aplicar de oficio las normas. *Iura novit curia*.

Sin embargo, el ord. jur. también permite que, dentro de ciertos límites, los particulares puedan proceder a la exclusión voluntaria de la ley aplicable, así como a la renuncia de los derechos en ella establecidos (art. 6.2 Cc). Ciertas normas del ord., sin perder su obligatoriedad, poseen carácter dispositivo para los particulares. Mientras que otras tienen carácter imperativo en atención a la materia regulada (art. 6.3 Cc). Cabe preguntarse si las normas del sistema español de DIPr. son meramente dispositivas o imperativas.

B) El problema en el ámbito del DIPr.

Examinando los distintos sectores del DIPr., la primera conclusión es que la imperatividad se predica de las normas que regulan la nacionalidad española (arts. 17 a 26 Cc) así como de las que determinan los dchos, y deberes de los extranjeros en España y la eficacia en ntro. ord. de Sentencias extranjeras (arts. 951 a 954 LEC). En los tres casos se trata de normas de DIPr. directas o materiales, por contener la propia norma la consecuencia jurídica prevista por el legisl.

En el ámbito de la competencia judicial internac., las normas que determinan los supuestos en los que los Juz. y Trib. españoles pueden conocer de un litigio de tráfico externo (arts. 21 a 25 LOPJ) son, en ppio., imperativas o de orden público. Pero ello hay que matizarlo puesto que, salvo que se trate de foros de carácter exclusivo (art. 22.1 LOPJ), las partes pueden someter el litigio a un Tribu. extranjero o a un árbitro pese a ser competente el juez español. Lo que entraña una *derogatio fori*, reconocida por el propio ord. español al dar luego eficacia a la sentencia que dicte el Trib. extranjero.

En el sector del dcho. aplicable o conflicto de leyes, en ciertas materias las normas de DIPr. reconocen, en mayor o menor medida, la autonomía de la voluntad de los particulares respecto al Dº aplicable, pues les permite elegir el ord. que ha de regir un acto o negocio jurídico (compárese art. 9.3 Cc y art. 3 Conv. Roma 1980).

De manera que el carácter dispositivo o imperativo sólo se suscita respecto de las restantes normas, aquéllas en que el legislador determina, en atención a ciertos criterios de localización, el ord. que ha de ser aplicado por el juez para resolver el caso. Normas multilaterales que sólo serían dispositivas si los interesados pudieran excluir el Dº extranjero designado por la norma de conflicto en atención a dichos criterios, sometiendo

voluntariamente al D° material del foro. (Ejemplos sentencia TS: divorcio cónyuges finlandeses residentes en España...; y sentenc. Trib. Casación francés: divorcio dos españoles en Francia.).

2. El art. 12.6. párrafo 1° del Código Civil.

A) La solución del sistema español de DIPr.

Los Trib. y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español. Según la exposición de motivos del Decreto 1836/74 de reform. del Tít. Prel. del C.c., el art. 12 pone de manifiesto el carácter de *ius cogens* de dichas normas y, de ahí, su aplicación *ex officio*. Dicho mandato (del art. 12) opera tanto en la aplicación judicial como extrajudicial de las normas reguladoras del tráfico externo. Aunque el párrafo mencionado haga referencia únicamente a las normas de conflicto, no hay que poner en duda su imperatividad respecto de las normas directas existentes tanto en el sector del D° aplicable como en otros sectores (norm. de nacionalidad, extranjería y reconoc. y ejecuc. sentencias).

Mencionar también que la imperatividad se predica de la normas de conflicto española, sin distinguir si la materia regulada por la norma posee un carácter imperativo (estado civil persona, relaciones dcho. familia, etc.) o simplemente dispositivo (derecho patrimonial). Esto pone de relieve que la imperatividad de la norma tiene como finalidad esencial salvaguardar la regulación del problema de tráfico que ha establecido el legislador y no el carácter del sector del D° material a que se refiere la norma de conflicto.

B) Justificación y límites de la imperatividad de la norma de conflicto.

La imperatividad de la norma de conflicto española se justifica, en primer lugar, por salvaguardar el carácter objetivo de la regulación que el legislador ha establecido tras ponderar los intereses en presencia. También se ha puesto de relieve que la imperatividad, además, garantiza la igualdad en la aplicación de la ley.

En segundo lugar, hay que tener en cta. que el carácter dispositivo de las normas de conflicto no garantiza una solución justa del tráfico externo, sino sólo aquella que es más conveniente a los interesados.

La imperatividad de las normas de DIPr. sólo pueden tener un límite en el proceso de aplicación por los órg. estatales: que las circunstancias del litigio no permitan conocer que nos encontramos ante una situación de tráfico externo. Lo que constituye una cuestión de hecho pese a estar vinculada en su solución a otra, de carácter jurídico: los poderes atribuidos al órg. estatal para poder determinar, mediante actos de instrucción los elementos relevantes del litigio.

En el proceso civil el juez está habilitado por el art. 340 de la LEC para adoptar diligencias para mejor proveer. Apreciación que en esta materia puede ser necesaria, al menos, en dos casos: 1) para poder estimar si se encuentra o no ante un supuesto de tráfico externo y 2) para concretar el punto de conexión o factor de localización de una norma de conflicto, cuando éste es de naturaleza fáctica.

TEMA VI. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DIPr. (Y)

I. Determinación del ámbito de aplicac. temporal de las normas DIPr.

Todo ordenamiento está sujeto a cambios, y por tanto, toda norma tiene límites temporales. En el DIPr., cuya razón de ser estriba en el pluralismo jurídico, estos cambios pueden producirse en cualquiera de los ord. en presencia, y pueden dar lugar al menos a dos problemas de D° transitorio: cambio de las normas de DIPr. de la *lex fori* y cambio en el D° extranjero aplicable por la norma de conflicto del foro.

Otro problema radicalmente distinto, pero que también afecta al factor tiempo, es el llamado conflicto móvil, que consiste en fijar el momento en que opera la determinación del factor de conexión cuando éste es variable

(cambio nacionalidad, desplazam. bien mueble, etc.).

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

Las normas de DIPr. del foro, materiales y de conflicto, están sujetas a cambio, y por lo tanto, pueden plantear problemas de derecho transitorio. Al igual que cualquier otra norma de ntro. derecho, este problema está afectado por la Constitución de 1978.

La Constitución tiene, según reiterada jurisprud. constituc., valor normativo inmediato, al mismo tiempo que fuerza a la interpretación de todo el ord. jur. a la luz de sus ppios. ordenadores. En cierto sentido, la misma promulgación de la Constitución supone un cambio normativo, por obra del intérprete, en todas aquellas normas de nuestro ord. que sean contrarias a ella y en particular a su art.14.

La solución que da nuestro derecho, tanto en cuanto a las normas de conflicto como a las materiales de DIPr., es su sometimiento a las normas gales. transito. del foro. Solución discutida, durante casi un siglo, en cto. a la norma de conflicto. Se han defendido dos tesis diferentes:

1) *Tesis de la retroactividad* (buscando eludir el dcho. transit. del foro) ha defendido de una parte, su carácter de normas sobre la competencia legislativa en que plasma un interés público del Estado, y de otra su carácter de normas formales, no aptas para crear derechos subjetivos de los particulares que deban ser respetados por el nuevo ord. jur.

2) *Tesis intermedia* que propugna un derecho transitorio propio de las normas de conflicto, en cuya virtud se aplicaría siempre el nuevo sistema a las relaciones que no hubieran tenido contacto previo con la *lex fori*. Sería de desear que en caso de haber tenido contacto con el foro, la nueva norma de conflicto no se aplicara cuando trajera consigo una reglamentación diferente a la de la derogada norma de confl.

En la línea de pensamiento señalada en último lugar, hay que distinguir entre situaciones instantáneas o perfectamente localizadas en un tiempo en el que se agotan sus efectos jurídicos –en cuyo caso la irretroactividad es plausible– y la reglamentación de los efectos jurídicos sucesivos unidos a una situación duradera o permanente, supuesto en el cual, la regla gral. de dcho. transit. conduciría a la aplicación directa de la nueva ley a los efectos que se realicen después de su entrada en vigor.

Ahora bien, tal aplicación puede implicar una alteración grave en las legítimas expectativas de los particulares que normalmente aspiran a que un Dº único rija sus relaciones. Parece razonable que, en su aplicación a las normas de conflicto, los ppios. gral. del dcho. transit. sean corregidos recurriendo a consideraciones como la armonía internacional de decisiones, el favor negotii, la atención a posibles dchos, adquiridos, equivalencia de resultados, etc.

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

Se llama conflicto móvill al problema planteado por un cambio en las circunstancias que sirven para precisar o concretar el punto de conexión de una norma de conflicto, de tal manera que una situación dada quede sucesivamente sometida a dos sistemas jurídicos diferentes. Ese cambio puede ser consecuencia de la voluntad fraudulenta de las partes (sancionado con el fraude a la ley), o bien consecuencia de un cambio real (nacionalidad, residencia, etc.). Es a este último supuesto al que se refiere el conflicto móvil

Soluciones doctrinales: 1) *Aplicación del dcho. transit. del foro*. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que mientras que en el conflicto móvil dos derechos siguen en vigor en sus respectivos ord., en el cambio de normas del foro uno de ellos ha sido sustituido por el otro.

2) *Teoría de los derechos adquiridos*. Pero su aplicación resulta incierta, ya que resulta difícil determinar la

extensión en que debería ser respetado el viejo derecho por la nueva legislación aplicable.

3) Aplicación de la última ley declarada competente. Ello conduce en la práctica a resultados muy parecidos a los alcanzados por la primera de las tesis expuestas.

En las tres soluciones propuestas, lo importante es atender a la naturaleza de la relación y a la distinción entre validez del acto y la continuidad y el carácter de sus efectos.

Así pues, el conflicto móvil ha de resolverse atendiendo a una interpretación de la norma de conflicto. La mejor solución es la preventiva: que sea la misma norma de conflicto la que establezca las posibles consecuencias de la alteración de la concreción en el tiempo del o de los puntos de conexión que incorpora.

Por lo que se refiere a nuestro sistema jurídico, la lectura del Título preliminar del C.c. muestra que ésta fue una de las preocupaciones del legislador español en 1974 (Ej.: art. 9.1,2,5,7,8 y 1o.1)

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

Ante una modificación del D° material extranjero, la solución gral. está en la aplicación de las normas transitorias del ord. reclamado. Solución no contemplada por nuestro DIPr. de forma expresa, pero el respeto a la integridad del D° extranjero parece implicarla.

Excepciones: 1) Cuando no pueda conocerse el alcance y contenido de la regla transitoria extranjera; 2) Cuando las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, hayan incorporado el contrato disposiciones extranjeras, que seguirán siendo ley del contrato, pese a las transformaciones que hayan podido sufrir en el D° del que fueron extraídas; 3) Cuando el D° transitorio de la *lex causae* sea manifiestamente contrario al orden público del foro; y 4) Supuesto en que la situación litigiosa ha roto su vinculación con el ord. jur. extranjero antes de su modificación legislativa. En todos estos casos, la solución más generalmente admitida sería el estar al D° transit. de la *lex fori*.

II. *Determinación del ámbito de aplicación material de las normas del DIPr.*

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

En el ámbito del derecho interno, el proceso por el cual procede el juez a la elección de la normativa rectora del litigio es en muchas ocasiones inconsciente y automático. Ahora bien, en el DIPr. se pueden plantear problemas específicos.

1) El primer problema sería la dificultad de introducir en los supuestos de las normas de conflicto de un ord. concreto situaciones configuradas en un sistema de D° extranjero. Es decir, conceptos e instituciones nacidos y conformados de acuerdo con otro Derecho, que o bien son desconocidos para el D° español (*trust*, *leasing*) o bien el mismo nombre tiene contenidos diferentes (diferentes efectos adopción). En primer lugar el juez ha de proceder a conocer el significado de estas instituciones o conceptos. Después ha de preguntarse cuál de sus normas de conflicto es aplicable, teniendo en cta. la naturaleza jurídica que en el ord. del foro tienen instituciones o conceptos ya analizados; sólo en ese momento podrá determinar si el supuesto de una u otro norma del foro ha de enmarcar la institución extranjera que, precisamente por aparecer inserta en una relación jurídica de tráfico externo, aspira a producir ciertos efectos en el foro.

2) Los supuestos de las normas de conflicto no son gralmte. fácticos, sino normativos; por ello, la calificación recae sobre conceptos jurídicos no sobre hechos, y además sobre conceptos jurídicos que pueden ser extranjeros y estos supuestos son generalmente muy amplios. Esta amplitud de los supuestos conlleva dificultades de interpretación mayores, ya que pueden solaparse unos con otros. En ocasiones, para paliar esa dificultad se pueden introducir en el mismo supuesto instituciones que no existen en el ord. al que pertenece la

norma (ej.: art. 9.8 pactos sucesorios). Pero salvo casos muy determinados, las instituciones extranjeras no se recogen en los supuestos de las normas, por lo que la interpretación es necesaria.

El hecho de que en los supuestos de tráfico externo haya varios ord. jur. en juego, hizo surgir la duda en la doctrina de a cuál de ellos correspondería calificar el objeto del litigio, y es que si la calificación es divergente, también lo será la norma de conflicto elegida y el resultado material alcanzado (Ej.: litigio s/ pacto sucesorio, calificación distinta por D° extranjero y D° español).

Hoy nadie discute que esta labor de calificación ha de realizarla el juez interpretando el supuesto de la norma de conflicto, atendiendo a los objetivos de política legislativa que ésta persigue, determinando su contenido a través de sus propias categorías jurídicas y acudiendo a las vías de integración previstas en su propio ord., sin tener en cuenta las instituciones tal como existen en otros sistemas jur. Solución acogida en nro. art. 12.1: La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre conforme a la ley española.

2. La determinación del punto de conexión.

La determinación del punto de conexión es el segundo paso del proceso de aplicación de la norma de conflicto. Una vez elegida la norma de DIPr. aplicable, es necesario proceder a la concreción del punto de conexión que, en el caso de las normas de conflicto, nos conducirá al ord. jur. concreto que ha de ser aplicado.

Tradicionalmente se ha distinguido entre puntos de conexión fácticos (lugar situac. inmueble) y puntos de conexión jurídicos (nacionalidad, domicilio). Es en los segundos donde pueden surgir problemas, bien porque los ord. en presencia den distintos significados al concepto jurídico utilizado como punto de conexión, bien porque la concreción del mismo plantea especiales dificultades (ej. lugar celebrac. contrato). La doctrina mayoritaria está de acuerdo en que es un problema de interpretación de la norma de conflicto que ha de ser resuelto por el sistema a que dicha norma pertenece. La excepción sería la conexión nacionalidad que habrá de ser resuelta por las leyes del Estado en cuestión.

Otra dificultad puede surgir en el caso de puntos de conexión plurales. P. ej. una persona tiene dos nacionalidades. Se estudiará en los conflictos de nacionalidad.

Finalmente, en el supuesto de puntos de conexión abiertos o flexibles (conceptos indeterminados como relación más significativa o conexión más íntima) la dificultad radica para el juez en encontrar en cada caso la interpretación correcta.

3. El conflicto de calificaciones.

Una vez elegida la norma de conflicto y determinado el punto de conexión, nos encontramos ante la legislación que ha sido designada como la más adecuada para resolver el problema planteado. Ahora bien, también dentro de ese D° es necesario individualizar las reglas aplicables al supuesto. Aquí surge el llamado conflicto de calificaciones, en este caso la calificación de la norma reclamada. ¿Ha de procederse a una calificación de la norma material extranjera para saber a qué categoría jurídica pertenece en su propio orde. (calif. según *lex causae*) o simplemente aplicamos al supuesto las disposiciones extranjeras a las que nos remite la norma de conflicto sin interesarnos en qué categoría están clasificadas? (Ej.: Sent. 1882 alemana sobre prescripción efecto de comercio emitido en EEUU; la prescripción en EEUU no pertenecía a la categoría de las obligaciones sino como límite procesal al ejercicio de la acción).

La primera calificación (del supuesto) y la segunda (de la norma) están íntimamente ligadas, de forma que si aceptamos la calificación *fori* para la primera, el elegir la calificación *causae* para la segunda lleva, bien a un laguna de leyes a aplicar, bien a un cúmulo de las mismas.

Por ello, generalmente, se puede considerar que el Trib. una vez elegida la norma de conflicto y, por tanto, el

ord. aplicable, ya no ha de preocuparse de la categoría jurídica a que pertenece la norma reclamada.

El D° español no aporta respuesta clara, aunque parte de la doctrina piensa que el art. 12.1. contempla también esta segunda fase del proceso.

III. *El fraude a las normas de Derecho Internacional privado.*

1. La noción fraude y su alcance en DIPr.

También el DIPr. se vé afectado por el problema del fraude de ley como actuación que tiende a la realización de un acto jurídicamente regular para eludir la aplicación de determinados preceptos legales. (art. 6.4 Cc). Quizá el DIPr., por su propio objeto, es campo apropiado para su aparición. Se trata de jugar con dos o mas ord. jur. para evadir las normas imperativas de uno de ellos situándose al amparo del que resulta más favorable.

Figura no recogida por muchas legislaciones, se trata más bien de una creación jurisprudencial con distinto tratamiento según el país. Es poco frecuente. Única vía para sancionar conductas en las que la alteración de situaciones o hechos jur. ha creado tal apariencia de legitimidad que es necesario justificar de algún modo la no aplicación del D° en principio aplicable.

Puede aparecer en cualquiera de los sectores de esta disciplina.

a) En el área del D° aplicable. Utilización de una norma de conflicto para eludir el ord. normalmente aplicable: Alteración maliciosa por alguna de las partes de la situac. jur. o de hecho utilizada por la norma de conflicto como punto de conexión, de tal manera que el reclamo de la norma se hace a un D° distinto de aquel que hubiera sido aplicable (art. 12.4Cc). Más frecuente en los conflictos internos.

Este tipo de fraude sólo se concibe respecto de aquellas n. de confl. que utilicen conexiones susceptibles de ser modificadas materialmente por las partes (nacional., domicilio, etc.).

El art. 12.4 ha quedado obsoleto al no recoger nada más que el fraude a la norma material imperativa española. El art. 6.4 recoge ya el fraude a la n. de conf. y el fraude a la norma extranjera, además de su sanción.

b) El fraude a las normas de nacionalidad. Tanto en su adquisición como en la pérdida o recuperación de la nac. española. El Cc sanciona expresamente (art. 24) el fraude en su adquisición. El supuesto más propenso al fraude es el de la adquisición de la nac. esp. por residencia en España de un año si se casa con español o española. La conducta fraudulenta sería la celebración del matrimonio (si no se aceptan las consecue. esenciales de esta institución). La norma de cobertura sería el art. 22 Cc y el ord. defraudado el español.

En muchos casos se acudirá al fraude en este sector cuando con la adquisición o pérdida de la naci. españ. se pretende que le sean o no de aplicación normas cuya condición de aplicabilidad es la nacionalidad, de tal modo que el fraude a las normas de la nacion. sería instrumental.

c) El fraude a las normas de extranjería suele realizarse a través del fraude a las normas de nacionalidad, y con la finalidad de evitar la aplicación de las primeras. (Adquirir la nacion. para evitar la expulsión).

d) El fraude más común es a las normas procesales de competencia (Cambio resid. a otro país para conseguir divorcio mutuo consent.) En este tipo de supuestos no es necesario acudir a la figura del fraude, basta con el control, bien de la competencia del Trib. extranj, bien, en algunos sistemas, de la ley que éste aplicó, impidiendo su reconocimiento en el foro.

2. La sanción del fraude a las normas de DIPr.

a) En el área del D° aplicable la sanción consistirá en la aplicación del D° que se ha intentado eludir mediante la manipulación del punto de conexión. En el caso de adquisición de una nacion. extranjera, ésta será inoponible, inoponibilidad que se traducirá desde la óptica del foro defraudado, en una prórroga de la aplicabilidad de su propio ord. Este tipo de fraude recibe sanción en el D° español a través del art. 6.4 Cc.

b) En el caso de fraude a las normas de nacionalidad, el art. 25 Cc sancionará con su pérdida a los que por sentencia firme (..) fueren declarados incurso en falsedad, ocultación o fraude en su adquisición. Sanción extensiva al caso de recuperación o pérdida fraudulenta.

Si el anterior fraude fuese instrumental, se le aplicarían las normas que trató de eludir mediante la nacionalidad o se le dejarían de aplicar las mismas si ésta fue su pretensión. Misma sanción normas de extranjería.

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

IV. La cuestión preliminar en las relaciones jurídicas complejas.

En el proceso de aplicación del D° puede suceder que la cuestión litigiosa que se presenta ante el juez no pueda resolverse sin examinar antes otra cuestión, que constituye una condición de aplicación de la norma. En el DIPr. el tema puede plantear dificultades y en algunos casos dos problemas distintos: 1) Elección del sistema de DIPr. que ha de ser aplicado a la cuestión incidental (cuestión previa en sentido estricto) y 2) Posible armonización de los distintos dchos. materiales a los que puedan verse sometidas las diferentes cuestiones del supuesto, problema común a todas las cuestiones prejud. del DIPr.

1. Las cuestiones prejudiciales en el DIPr. y el problema de la cuestión previa.

El primero de los problemas planteados sería: juez enfrentado a una cuestión tráfico externo y una vez determinada norma material extranj. aplicable, encuentra en ella un categoría jurídica que ha de ser determinada, ya que constituye condición de aplicación de la norma reclamada. Esta categoría, por sí misma, conforma un supuesto de tráfr. externo.. El juez ha aplicado a la cuestión principal la norma de conflicto del foro, pero para resolver la cuestión previa se encuentra ante la duda de decidir a qué sistema de DIPr. ha de referirse: al del foro o al del ord. que rige la cuestión principal.

Para poder hablar de cuestión previa en DIPr. son necesarias tres condiciones: 1) La cuestión principal, de acuerdo con la norma de conflicto del foro, ha de ser sometida a un D° extranjero. 2) Para que exista la duda sobre el sistema de D° internac. a elegir, la cuestión previa ha de ser resuelta, según el sistema de DIPr. del foro, por un Derecho distinto a aquel que es aplicable a la cuestión principal. 3) La solución material al problema ha de ser distinta, según la aplicación de uno u otro Derecho. Ej.: francés casado con nacional española; art. 9.8 envía a sistema francés y éste llama a suceder a esposa; hermanos fallecido niegan validez matrimonio.

Los partidarios de la cuestión previa (aplicación del sistema de DIPr. del ord. reclamado para la cuestión principal) alegan que la remisión que la norma de conflicto hace al D° extranjero es a su totalidad; que tratándose la cuestión previa de un incidente a la aplicación de la norma extranjera, es el D° extranjero el llamado a solucionarla; y, más importante, que esta teoría lleva a obtener una armonía internacional de soluciones.

En contra de esta teoría se argumenta su relativismo, pues dependiendo de cuál sea la cuestión principal y de qué ley se aplique, la cuestión previa será solucionada de una manera o de otra. Terminado el proceso, la parte

desfavorecida podrá instar un nuevo proceso relativo únicamente a la cuestión previa, que al no ser objeto de la demanda, no goza de la eficacia de cosa juzgada.— También se argumenta que la obligación que existe en muchos sistemas jur. (por ej. el nuestro) de aplicar de oficio la norma de conflicto del foro, parece debe extenderse a cualquiera de las cuestiones suscitadas en el juicio.

La teoría de la cuestión previa ha sido raramente seguida por la jurisprudencia. Sin embargo, aplicada con discernimiento ha permitido respetar derechos adquiridos al amparo de otros sistemas.

En el Dº positivo español, esta teoría ha sido siempre desconocida.

2. Las cuestiones prejudiciales y la necesaria armonización de distintos dchos. materiales.

Una vez seleccionado el sistema de DIPr. que ha de regir la cuestión previa, surge otro problema (común a toda cuestión prejudicial de DIPr.) siempre que la categoría jurídica o el concepto que es condición de aplicación de una norma material, aunque ésta sea la del foro, haya de determinarse conforme a otro derecho. Este problema es el de la integración en la norma material aplicable del concepto que es condición de aplicación de la misma y que ha sido configurado por un ord. distinto. Hay áreas, denominadas por el prof. González Campos de validez, que no admiten armonización ninguna: una sentencia de divorcio simplemente es o no es válida. En otras áreas, denominadas de ajuste, sí es posible proceder a una armonización entre los dos dchos.

Respecto al problema de la cuestión prejudicial de DIPr. en Dº español no existe doctrina ni jurisprudencia suficiente para dar respuesta clara al problema.

TEMA VII. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DIPR.

I. Introducción

En este tema nos vamos a ocupar de los problemas específicos que plantea la aplicación de la norma de conflicto, teniendo presentes los siguientes datos: 1) Los problemas a que nos hemos referido en el tema anterior, se han planteado inicialmente en la jurisprudencia y a partir de los casos resueltos con una u otra técnica, se formula la construcción doctrinal con independencia de que exista o no regulación específica en los sistemas de DIPr. y 2) Su actual enfoque se halla fuertemente condicionado, tanto por las concepciones contemporáneas en torno a la norma de conflicto (tema IV), como por el recurso a otras técnicas normativas en la resolución de las cuestiones de tráfico jurídico externo.

En todo caso, cuando una norma de conflicto declara aplicable un ord. jur. extranj. a un supuesto concreto, pueden plantearse varias cuestiones: 1)Cuál sea el alcance de la referencia al dcho. extranjero (reenvío y remisión a un sist. plurilegislativo); 2) Dificultad de armonizar la norma extranjera con el dcho. del foro (adaptación y orden público); y 3) Las exigencias técnicas específicas que en cada ordenamiento tiene la invocación y prueba del dcho. extranjero.

II. El reenvío

Constituye uno de los problemas clásicos de la norma de conflicto. Para hacer una somera exposición del problema nos referiremos a dos de los casos planteados recientemente ante nuestros Tribunales. En ambos se trataba del otorgamiento de testamento por extranjeros en España. Impugnado el mismo nuestra norma 9.8 designaba la ley nacional del causante. Identificado el ord. (extranjero) su norma de conflicto vigente señalaba como punto de conexión el último domicilio del causante, que volvía a remitir al ord. español.

El testamento era eficaz conforme al dcho. material extranjero (que consagraba un sistema de libre disposición y por ello la posibilidad de desheredar a los hijos en favor de un segundo cónyuge), y sin embargo, nulo

conforme al dcho. español.

1. Presupuestos, clases y función del reenvío.

La dificultad surge al individualizar la consecuencia jurídica de la norma de conflicto (es decir, la respuesta material en el marco de un ordenamiento extranjero).

A) Presupuestos

1) Es necesario que la remisión realizada por la norma de conflicto del foro se entienda hecha al derecho extranjero globalmente, incluidas también sus normas de conflicto; 2) Que para una misma materia el legislador del foro y el extranjero hayan previsto distintas conexiones y 3) Como consecuencia, al tratar de individualizar la respuesta material, el juez se halla en ppio. ante un conflicto negativo en el que ninguno de los ord. parece tener vocación de aplicación. Ni la norma de confl. del foro localiza la situación bajo el ámbito de su ord., ni la norma de confl. extranj. considera competen. al propio dcho. material, sino que remite a otro ord..

B) Clases.

La última idea nos conduce a las clases de reenvío.

1) *Reenvío de retorno o de primer grado* cuando la norma de confl. extr. remite la cuestión al dcho. material del foro.

2) *Reenvío de segundo grado* que se dará cada vez que el ord. designado por la n. de confl.

del foro, localice la cuestión bajo el ámbito de un tercer ord., distinto de los anteriores.

C) Función del reenvío.

Triple función: 1) Pretende facilitar el reconocimiento de sentencias. A través de este expediente se trataría de lograr la armonía internacional de soluciones (esto es, que el juez del foro resuelva tal y como lo haría el juez del ord. designado por la n. de conf.)

2) Es un expediente que cumple una función de flexibilización de la norma de conflicto. Una conexión rígida, como la nacionalidad, puede ser flexibilizada por el exp. de reenvío y con ello facilitar la localización.

3) Modificada la localización, qué duda cabe que puede contribuir a la realización de la justicia en un caso concreto.

2. La solución del DIPr. español.

A) El artículo 12.2 del Código Civil.

Con anterioridad a 1974 no existía una solución clara al respecto al no haber norma de DIPr. que específicamente regulara el problema. Con la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974 se introdujo una disposición específica en sede del art. 12.2, que no ha solucionado totalmente el problema debido a los defectos de que adolece: La remisión al derecho extranj. se entenderá hecha a su *ley material*, sin tener en cta. el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. De ello se deriva una jurisprudencia escasa, vacilante y contradictoria.

B) El tratamiento del reenvío por la jurisprudencia española.

A partir de la reforma de 1974 la actitud de los jueces y Trib. españoles se puede resumir en la sent. A.P. Badajoz 11-7-95 en la que se confiesa la complejidad y dificultad de estas cuestiones de naturaleza de DIPr., y en la que optó por no resolver la cuestión de reenvío, para aceptar la excepción de litisconsorcio activo necesario.

Siendo el ámbito de las sucesiones (9.8 Cc) aquel respecto del que mayor número de casos se han dado en la práctica española, se ha venido aceptando el reenvío de retorno sobre la base de que el art. 9.8 impone el principio de *universalidad en la transmisión* de los bienes de modo que la totalidad de la masa hereditaria en principio debe quedar sujeta a una ley única (nacional del causante).

Hay que tener en cta. también que la norma de conflicto de muchos sistemas extranjeros somete la sucesión de los b. inmuebles a la ley del lugar de situación y la de los muebles a la ley del último domicilio del causante, con lo que en muchos supuestos lleva a admitir el reenvío de retorno, y con ello, el dcho. civil español.

En la actualidad, superando la polémica en torno al carácter absoluto del ppio. de universalidad de la transmisión, o su posible fragmentación, el T.S. en su sent. 15-11-96 se orienta hacia una localización centrada en la proyección de los valores materiales (libertad de testar del sistema norteamericano y, por otra parte, rechazo del reenvío a partir de la idea de universalidad de la transmisión, presente en ntro. ord.)

3. Situación actual en el tratamiento del reenvío.

A) La delimitación del ámbito de aplicación del art. 12.2 del Código Civil.

La aceptación del reenvío debería realizarse teniendo en cta. su función como elemento de flexibilización de la localización llevada a cabo por la n. de conf.. De tal modo, su exclusión sería necesaria en el DIPr. español en los siguientes sectores:

— En ámbitos donde opera como conexión principal la AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD (ej.: el contrato). Ello explica su exclusión radical del ámbito del Conv. Roma 1980 obligaciones contractuales. También sería rechazable en el marco de la validez testamentaria.

— Respecto a n. de conf. que utilicen como criterio de conexión el de los VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS, acompañado o no de una cláusula de excepción. En ntro. sistema el único exponente de esta técnica de reglamentación ha entrado vía art. 4 del Conv. Roma 1980, como conexión gral. subsidiaria.

— También cuando consideraciones de política sustantiva hayan desembocado en normas con varias CONEXIONES SUBSIDIARIAS, en función de un resultado material. (ej.: art. 9.7 Cc alimentos, hoy sustituido por Conv. Haya 1973. El objetivo de favorecer la obtención de alimentos lleva en ambos casos a incluir varias conexiones)

— En cuanto al rechazo del reenvío en n. de confl. con varias CONEXIONES ALTERNATIVAS, ha de ser matizado. Si la norma de confl. establece un número muy limitado de conexiones alternativas para lograr el objetivo material, el reenvío puede facilitar la realización del objetivo material perseguido por la n. de confl.

— El reenvío se limita o se excluye en buen número de CONVENIOS INTERNACIONALES en los que España es parte. Al formar parte de ntro. ord., en el proceso abierto en España se debe actuar frente al reenvío como indique el texto convencional, descartando el art. 12.2. Esto afecta hoy a un gran número de materias: Adopción, tutela y protecc. menores, alimentos, obligaciones contractuales, etc.— Sólo en los últimos tiempos se detecta una tímida readmisión del reenvío de segundo grado para los supuestos que queden localizados fuera de los Estados parte en el texto convencional.

B) Las condiciones de aplicación del artículo 12.2 del Código Civil.

- 1) En primer lugar hay que descartar su carácter general y automático, incluso afirmar su carácter excepcional y proyectado su ámbito material de aplicación sobre ciertas materias vinculadas con el estatuto personal y las sucesiones.
- 2) Insistir en la relación de funcionalidad entre el reenvío y la n. de confl. de que se trate. Como dice la Ley alemana de DIPr. el reenvío se acepta en la medida en que no vaya contra el sentido de la norma de conflicto.
- 3) Debe operar de manera subordinada dentro de los límites que impone la autonomía de la voluntad (Relevante en materia de sucesión testada).
- 4) Según Pérez Voituriez la respuesta a la cuestión del rechazo o aceptación del reenvío debería desenvolverse dentro de la idea de búsqueda de la vinculación más estrecha de la situación con uno de los ord. implicados.

III. *La remisión a un sistema plurilegislativo.*

La base del Estado plurilegislativo puede ser *territorial* (coexistencia de dos o más unidades territoriales con competencia normativa atribuida para dictar normas en materia de Dº privado, ej. España). El origen del Estado pluri. puede radicar también en razones de índole personal, étnica o religiosa (Para nosotros la Iglesia Católica, con competencia para establecer normas referentes a la institución matrimonial).

La pluralidad legislativa dentro de un mismo Estado no afecta por igual a todas las materias. Se da una mayor incidencia del fenómeno plurilegis. en el derecho de familia y sucesiones.

1. Tipos de conflicto y tipos de remisión.

A) Tipos de conflicto.

Según sea la ordenación del Estad. pluril. al que remita la n. de confl. española nos enfrentaremos a un tipo u otro de conflicto. Conflictos interterritoriales aquellos que tienen lugar como consecuencia de la coexistencia de varias legislaciones dentro de un mismo Estado. Se entienden como conflictos interpersonales los provocados por la pertenencia de la persona a una etnia o religión con potestad para dictar normas susceptibles de afectar a personas o relaciones de derecho privado. Una variante serían los llamados conflictos ocultos o de civilización resultantes de la inmigración incesante de personas procedentes de países de culturas lejanas a la occidental, conformando en los países de ntro. entorno lo que se denomina *sociedad multicultural*.

B) Tipos de remisión.

La respuesta a estos conflictos se halla condicionada por el tipo de remisión que un concreto sistema de DIPr. prevea. Cabe distinguir:

- 1) *Sistema de remisión indirecta.* Sistema clásico. La remisión de la n. de conf. del foro se entiende hecha a la n. de conflictos internos del ord. extranjero designado. Es preciso que en el ord. extranjero exista una norma que resuelva los conflictos internos (similar a ntro. art. 16 Cc); no sirve cuando la norma no existe o no puede inducirse.
- 2) *Sistema de remisión directa.* Sistema moderno. Se designa la unidad legislativa concreta dentro del Estado pluril. Se articula a partir de conexiones territoriales (ej. ley de resid. habitual, domicilio, etc.) de modo que la norma no designaría en puridad el ord. de un Estado sino la ley de una unidad territorial dentro del Estado.
- 3) *Sistema de remisión mixto.* En ocasiones el sistema de remisión indirecta aparece acompañado de conexiones de cierre (resid. hab., ley estrech. vinculada) con el fin de hacer posible la precisión de la respuesta material en casos de inexistencia o imposible averiguación de la norma extranjera rectora de los conflictos

internos.

2. La solución del DIPr. español.

A) El artículo 12.5 del Código civil.

La solución del art. 12.5 responde al esquema del sistema de remisión indirecta en términos absolutos al disponer: Cuando una norma de conflicto remita a la legisl. de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado. Aspectos criticables: 1) Ámbito de aplicación muy amplio; no distingue entre conflictos interpersonales o interterritoriales. Por otra parte, opera con independencia de que la conexión escogida por la n. de conf. reguladora sea la nacionalidad o cualquier otra.

2) Al sistema le falta una conexión de cierre. Ello dificulta la concreción del derecho aplicable en los conflictos interpersonales y deja sin respuesta los casos en los que en el ord. reclamado no exista una norma de conflictos internos.

— En respuesta a los supuestos de conflictos interpersonales, Sánchez Lorenzo y A. Borrás proponen la aplicación de los vínculos más estrechos o la ley más estrechamente vinculada con la persona o situación.

— En los casos en que no exista o no pueda probarse la norma de confl. internos extranjera el derecho positivo posibilita la aplicación de la unidad legislativa donde el interesado tenga la *residencia habitual* en virtud del carácter supletorio general del art. 9.10 del C.c.

B) El tratamiento de la remisión a un sistema plurilegis. por la jurisprudencia española.

Panorama desolador. La escasa jurisprudencia permanece vinculada a la línea jurisprudencial anterior a la reforma de 1974, basada en un sistema de remisión directa, precisamente en una materia (sucesiones) respecto de la que mejor opera el sistema de remisión indirecta del art. 12.5.

3. La delimitación del ámbito de aplicación del art. 12.5 del Código Civil.

¿Cuál es el ámbito real de aplicación de esta disposición una vez incorporados Conv. internac. que, conteniendo normas específicas para este problema y siendo de eficacia *erga omnes* desplazan por ello a normas de conflicto y modifican la solución del art. 12.5

— El sistema de remisión directa es utilizado por el Conv. de Roma 1980 (ley aplicable obligaciones contract.).

— El sistema de remisión mixta es original de los Conv. elaborados en el seno de la Conf. de La Haya para la unificación del DIPr. Se organiza atendiendo primero a las n. de conf. internos designadas y sólo en ausencia de éstas, aplicando la ley que presente los vínculos más estrechos con la institución regulada.

Hay que tener en cta. también que el problema del Estado plurilegis. se puede suscitar también en los casos de remisión ad intra por reenvío de retorno. No hay que olvidar que España constituye un exponente claro de Estado plurilegislativo y que los Conv. internac. en vigor deberán ser consultados cuando se trate de decidir cuál de entre las distintas unidades legislativas coexistentes dentro de ntro. territorio es aplicable.

IV. *La adaptación.*

1. Planteamiento del problema.

Ante relaciones jurídicas complejas el juez se ve obligado a coordinar el contenido de dos o más leyes materiales pertenecientes a ord. distintos. (ejem. típico: dchos. del cónyuge superviviente condicionado por el régimen económico del matrimonio que regirá la liquidación del régimen de bienes.)

Resulta claro que los supuestos de inadaptación pueden darse en la dimensión interna del sistema, como consecuencia de la vinculación de una relac. jur. con dos o más unidad. legisl.

2. La técnica de adaptación.

1) Puede ser una *técnica de prevención* de las dificultades señaladas, cuando aparece recogida en una norma de derecho positivo formulada como n. de confl. (art. 9.8 dchos cónyuge superviviente: sujetos a la ley del régimen ec.matr. , pero a salvo las legítimas de los descend. que se rigen por la ley de la sucesión)

2) Utilizar una norma material para ajustar el contenido de las leyes y así eliminar la falta de coordinación existente (prevista en el art. 16.2 ap. 1º y 3º para la viudedad aragonesa).

3) Dada la cantidad y variedad de supuestos de inadaptación que pueden darse los sistemas de DIPr. no dan una respuesta global. La adaptación aparece como una *técnica de solución* y es al juez a quien corresponde proceder a la armonización, bien procediendo a una aplicación distributiva de las distin. leyes materiales, bien a su armonización en la búsqueda de una solución materialmente justa en el caso concreto.

V. *El orden público.*

1. Concepto, contenido, caracteres y efectos

A) Concepto.

Conjunto de normas y ppios. que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales a cuya tutela atiende de una manera especial cada ord. jur. concreto.

En el DIPr. opera tanto en la dimensión del derecho aplicable como en la del reconocimiento de sentencias. En el primero impidiendo la aplicación del dº extranj. reclamado por la n. de conf. En el segundo negando eficacia a la sentencia extranj. contraria a ntros. ppios. fundament.

Es preciso distinguir la cláusula de orden público de las llamadas normas imperativas o de aplicación inmediata que expresan también valores fundament. pero : 1) Operan en la fase de determinación del dº aplicable, siendo de aplicac. inmed. por su contenido material; 2) al ser de aplicación inmediata, impiden la consulta y aplicación del dº extranj. ; 3) son de origen legal, en tanto que la cláusula de orden público es activada por el juez en cada caso concreto. Con respecto a la distinción anterior, la práctica española revela en ocasiones una cierta confusión.

B) Contenido.

La cláusula de orden público defiende unos valores que hay que concretar. Hoy hay que atenerse a la Constitución que es el texto que fija el marco de la legalidad.

1) Los dchos. fundam. reconocidos por el Cap. 1º Tít. I.: Tutela jud. efectiva (24); igualdad (14); honor e intim. pers. y fam. (18; libert. relig. (16). Dchos. fundam. todos ellos de protección fuerte (posibilidad recurso de amparo en el ámbito interno).

2) Controvertida la inclusión de los recogidos en el Cap. 3º De los ppios. rectores de la política social y económ. , protección de los hijos (39.2.3). A veces la jurisprudenc. ha ido demasiado lejos en su invocación

(ej.: denegac. inscrip. adopción constituída en Suiza por abuelos españoles respecto de un nieto, por vulner. prohibic. art. 175.3 Cc).

3) Por último, dado que el orden público es consustancial a todo ord. jur., es claro que las Autoridades y jueces españoles deben defender el orden público comunitario. Libertades básicas consagradas por el Tratado de la Cdad. Europea (Mercaderías, trabajadores, dcho. de establecimiento, dcho de la competencia, libre prestación de servicios).

C) Caracteres.

1) *Temporalidad*. Es obvio que el contenido de esta noción es variable en el tiempo. El orden público ha de aplicarse siempre con su contenido actual.

2) *Excepcionalidad*. El recurso a la cláusula de orden público ha de ser entendido restrictivamente.

3) *Relatividad*. El orden público no es un concepto absoluto sino que debe ser apreciado en cada caso concreto.

D) Efectos.

Si el derecho extranj. se declara contrario al orden público del foro parecería casi inevitable la aplicación sustitutiva del dcho. del foro. El dcho. material español sustituye al dcho. designado por la n. de conf., aun cuando esta competencia residual de la ley del foro no tenga apoyo en el dcho. positivo español.

No obstante, aveces, será preciso descender al caso para decidir si, ante la vulneración del orden público español, el efecto debe ser la articulación por el juez de una solución *ad hoc* para el caso concreto.

2. La solución del Derecho internac. privado español.

A) El art. 12.3 del Código civil.

Esta norma procede de la reforma de 1974 y se sustenta sobre una práctica jurisprudenc. sólidamente asentada sobre la noción de orden público, particularmente en materias de estat. pers.

Art. 12.3 En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

La norma refleja imprecisión en cuanto a posibles condic. de aplicación suplementarias tendentes a concretar el orden público.

B) El tratamiento jurisprudencial.

Innumerables sentencias antes Constituci. 1978 utilizan el correctivo del orden público (funda. cuestiones vinculadas con matrim. y su disoluc.) A raíz Constituc. y antes ley 30/81 de divorcio, las Res. DGRN 1979 y 1981 afirman que el matrimonio contraído con persona extranjera *divorciada según su ley personal* no estaba vedado por el orden público.

Actualmente situación radicalmente distinta hasta el punto de que se ha pretendido incluir el divorcio como contenido del orden público español. Fuera de este ámbito, *el nombre de las personas físicas, ciertas prohibiciones para adoptar vigentes en ntro. ord., e incluso el dcho. constitucional a la propiedad privada*, son motivos que han servido a la jurisprud. para impedir la aplicación del dcho. extranj. reclamado por nuestras n. de confl. o la eficacia en España de una decisión judicial extranjera.

3. Situación actual en el tratamiento de orden público.

En un mundo cada vez más interdependiente, la activación del orden público parece contraria a la idea de cooperación. Por ello se propugnan mecanismos tendentes a su reducción, en base a los siguientes argumentos:

- 1) Por razón de la materia, el campo más propicio es el de las materias sujetas al estatuto personal. En el sistema español de DIPr., al quedar sujetas esencialmente a la ley nacional, con frecuencia colocan las situaciones a resolver bajo el ámbito de leyes extranjeras. Sin embargo, aparecen nuevos problemas derivados de la inmigración a los que nro. legisl. no ha dado resp. específic.
- 2) Siguen faltando criterios doctrinales y/o positivos que marquen el ámbito de aplicación de la Constitución. De ahí la potencialidad del orden público en orden a descartar dchos. extranj. que vulneren los dchos. fundam. Por ello la vinculación territorial de la situación con el ord. español puede servir como elemento reductor de la cláusula gral. de orden público prevista por art. 12.3
- 3) Todavía se puede reducir la aplicación de la cláusula de orden público si en el momento de aplicar el derecho cada juez verifica que la aplicación del derecho extranjero al caso concreto conduce a un resultado muy diferente al que se hubiera establecido de haber aplicado directam. la ley del foro.
- 4) Hoy los textos más recientes de DIPr. comparado tienden a restringir el alcance de la cláusula gral. de orden público precisando lo más nitidamente posible ciertas condiciones de aplicación.

VI. La aplicación judicial del Derecho extranjero.

1. Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero: el art. 16.6.2 del Código Civil.

A) La posición del Derecho extranjero en el foro.

En función de la naturaleza que se atribuya al dcho. extranjero, se obliga más o menos a las autoridades judiciales a contribuir al establecimiento de su contenido.

- 1) *Equiparación del dcho. extranj. al dcho. del foro* en cuyo caso el juez nacional está obligado (*iura novit curia*) a aplicar el dcho. extranj. designado por su n. de conf. tal y como lo estaría respecto de su propio dcho. Solución extendida en los sistemas de dcho. comparado.
- 2) *Equiparación del dcho. extranj. al tratamiento de los hechos*, de modo que la centralización de la carga de la prueba recae sobre la parte que lo invoca o pretende hacerlo valer en su pretensión. Solución casi constante en la jurisprudencia española.
- 3) *Soluciones intermedias* en las que el dcho. extranjero es considerado como Derecho, aunque extranjero. Ello implica que las partes alegan y prueban el dcho. extranj. al tiempo que pueden cooperar con el juez en el establecimiento de su contenido..

B) La solución del art. 12.6.2. del Código Civil.

La persona que invoque el Dcho. extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.

Solución que nos sitúa ante un sistema del tercer tipo (intermedia). La carga de la prueba recae sobre la parte que lo invoca, y la intervención judicial se concibe con alcance facultativo. Sistema de colaboración entre juez

y partes. La alegación del dcho. designado por la n. de conf. es sólo facultativa para el juez y complementaria. Una interpretación más flexible de la norma propone la aplicación de oficio del dcho. extranjero.

Según lo previsto en la propia norma y en el art. 8 Cc, el establecimiento del contenido del dcho. extranjero deberá desarrollarse dentro de los medios de prueba previsto en la ley española.

!) *Objeto* de la prueba es el contenido o existencia del dcho. extranj., así como su vigencia e incluso su constitucionalidad.

2) *Medios* de prueba son los admitidos en la ley española (art. 12.6.2) y cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas. (documental –que puede consistir en certifi. expedidas por la Secretaría Gral. Técnica del Mº Just. o por diplomáticos o cónsules españoles acreditados en el país cuyo ord. se reclama o por diplomáticos o cónsules del país acreditados en España– y pericial –consistente en el dictámen de dos juriconsultos extranjeros del país cuyo Derecho se pretende probar).

De otro lado, la intervención judicial en la determinac. del contenido del dº extranj. se posibilita, de una parte, por vía de las *diligencias para mejor proveer* (art. 340 LEC) y de otra parte, por el entramado convencional que posibilita el conocim. del dº extranj. A destacar el Conv. Londres 1968 s/ información dº extranj. y su protocolo en los que los Estados parte se comprometen a designar un órgano de recepción de las peticiones, que en España se centraliza en la Secret. Gral. Téc. Mº Just. En el mismo plano, la Conv. interam. s/ prueba e informac. acerca del dº extranj. , Montevideo 1979, en donde se prevé la designación de una Autoridad Central que en España es la Direcc. Gral. de Codificac. y Cooperación Jurídica internacional del Mº de Just.

3) *Momento* de la prueba: al tiempo de las demás, con ciertas precisiones. Cabe un término extraord. de prueba (art. 555 LEC) si alguna tuviere que ejecutarse fuera del territ. nal. En relación con las diligencias para mejor proveer (art. 340 LEC) permiten la intervención judicial concluidas las fases de alegación y prueba pero antes de pronunciar el fallo. Por último, lo normal será que la prueba se practique *en instancia*, si bien se ha admitido *en apelación* (art. 862.2 LEC).

4) *Efectos derivados de la imposible aplicación del dº extranj.* Causas determinantes: a) pasividad total parte interesada; b) indagación pero imposible conocim. del dº extranj. o c) legula legal en el ord. de refª. El legislador nada ha previsto para estos casos. En los casos de inactividad, el juez tiene en cierto modo la obligación de averiguar el dº extraj. designado por la n. de conf. española. En los demás casos cabe:

A) Desestimación de la demanda que halla su fundamento último en la considerac.fáctica del dº extranj. Solución hoy incompatible con el art. 24 de la Const. (dcho. acceso a la just.) e incongruente también con los arts. 22 y sig. de la LOPJ (oblig. de los Trib españoles de pronunciarse sobre el tema planteado).

B) Aplicación sustitutiva del dº del foro dada la vocación subsidiaria gral. que la ley española *quae lex fori* posee en el proceso abierto antes los Trib. españ. Posición gralmte. adoptada por ntra. jurisprud. (no obstante, en relación con el sistema español, la inexistencia de una legislac. civil única condiciona esta solución).

C) En un estudio reciente se argumenta en contra de la solución anterior. Si lo que busca la n. de conf. al designar un ord. competente es establece la mayor proximidad entre la materia regulada y el dcho. designado a partir de la conexión, la aplicación de la ley del foro en los casos de laguna legal o imposible conocimiento del dº extranj., chocaría con esa función. De ahí la propuesta de la búsqueda de un tercer Derecho mediante la utilización de los criterios de conexión subsid. de la propia n. de conf. . Sólo si estas remisiones hacen inviable la aplicación del dº extranj. , se acudiría subsid. a la *lex fori*. Solución que no acepta la doctrina más reciente.

2. El Derecho extranjero ante el recurso de casación.

La viabilidad del recurso de casación ante el T.S. por infracc. del dº extranj., también está condicionada por la caracterización, fáctica o procesal, que se adopte en torno a la naturaleza del dº extranjero.

La ley 10/92 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal deja el tema abierto por lo que la viabilidad del recurso de casación puede ser planteada:

1) Sobre la base del actual art. 1692-4º, por incorporación incorrecta del dº al caso (error jurídico). Según la opinión de algunos autores, dicha disposición no impide pero tampoco regula, no acepta ni prohíbe la posibilidad del recurso por infracción de norma extranjera.

2) El actual art. 1692.3º señala como motivo de casación: el quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras...que rigen los actos y garantías procesales..., siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. Para Garcimartin los supuestos de *indefensión* se concretan en dos casos: a) si el recurrente vio denegado el recib. de las pruebas *relativas al dº extranjero*; b) si la aplicación del dº extranj. ha supuesto una modificación, inesperada para las partes, de los términos en que se planteó el debate procesal. El recurrente debe haber solicitado la subsanación de la falta, en ambos casos.

PARTE ESPECIAL

DERECHO DE LA NACIONALIDAD

TEMA VIII. DERECHO DE LA NACIONALIDAD (Y)

I.Introducción. Concepto y función de la nacionalidad en el DIPr.

A) El concepto de nacionalidad tien un carácter multívoco. Hay que mantener la distinción entre nacionalidad de hecho y de derecho o, entre la acepción política o sociológica de la nac.

Desde el punto de vista sociológico, la nac. implica una mentalidad, creada por la confluencia de uno o varios factores (raza, lengua, religión, etc.) con los que, no obst., no se identifica demasiado.

Desde una perspectiva jurídica, la noción de nac. sólo puede establecerse en relación con un Estado. La nacionalidad de Dº se configura como el vínculo existente entre la organización estatal y el individuo que permite identificarle como miembro de su población.

Aunque el término juríd. de nac. surge en relación con las personas físicas, por extensión, se utiliza también para designar la especial relación de un Estado con determinadas pers. jurídicas y con ciertas cosas (buques, aeronaves) de gran importancia en la vida econ. de un país.

B) Dado que la nac. sólo puede afirmarse respecto de un Estado, su naturaleza jurídica estará condicionada por la noción de Estado que se defienda. Las visiones contractualistas han sido desplazadas por una noción funcional que parte de la idea del Estado como expresión jurídica de la cdad. Los requisitos para su atribución y pérdida y el procedimiento a seguir los fija unilateralmente cada Estado.

C) Además de vínculo político, la nac. se configura como una cualidad, como un status de la persona, al que resultan aplicables todas las reglas gcales. del estado civil (eficac. gral., indisponibilidad, etc.). Cualidad de nacional que es presupuesto de dchos. y obligaciones.

En los ord. jur.que, como el español, utilizan la nac. como frecuente punto de conexión del sistema conflictual, la concreción de cuál sea la nac. que ha de ser tenida en cta. se configura como un auténtico prius en el proceso de aplicación de las n. de conf. consideradas.

II. Características Generales del dcho. español de la nacionalidad.

A) La nacionalidad española se halla contemplada actualmente en el art. 11 de la Constituc. y en los arst. 17 a 26 del Cc. La const. se limita a establecer que la nac. española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley y se regula posteriormente en leyes civiles. El carácter público o privado de la nacionalidad no deriva del lugar de su tratam. jur.

El vigente Dº español de la nacionalidad continúa estando fuertemente condicionado por el hecho de que, durante siglos, España fue un país de emigración. De ahí el vigor con que se afirma el ppio. del ius sanguinis como criterio de atribución de la nac. española. La ley de 1982 llevó a sus ultimas consecuencias la virtualidad del pral. criterio de atribución de nuestra nac. al equiparar a tal efecto la filiación materna a la paterna y conceder la capacidad nacionalizadora a la adopción.

Si bien el criterio del ius soli (nacido en territorio nacional) se ha utilizado de forma residual, desde la reforma de 1982 se ha visto considerablemente reforzado.

B) Abandona la regulación actual de la nac. el ppio. inspirador de la unidad jurídica de la familia. Desde 1982 desaparece toda referencia a la incidencia del matrimonio con extranjero sobre la nacionalidad.

La nac. de los menores sujetos a patria potestad ha dejado de verse afectada, en ppio. por las alteraciones en la nac. de su titular. Como contrapartida, los hijos tienen derecho a optar por la nac. española conforme al art. 20 del Cc y si es menor de catorce años el representante legal puede optar en su nombre bajo ciertas garantías.

C) También se contempla en su regulación el supuesto de pérdida de la nac. por sanción, de los españoles que no lo sean de origen, así como la excepción para los españoles de origen al ppio. gral. de que la nac. española se pierde por la adquisición voluntaria de otra, cuando la nac. adquirida sea la de un país iberoamericano, Andorra, Filip., Guinea Ec. o Portugal.

D) La falta casi total de disposiciones transitorias en la ley 51 de 1982 ha sido subsanada incorporando tres disposiciones transit. a la ley de 17-12-90: Ppio. de irretroactividad de la ley en lo que se refiere a la adquisición y pérdida de la nac. y otras dos.

III. La adquisición de la nacionalidad española.

Los ppios. que inspiran la actual regulación de la adquisición de la nac. española son, en primer lugar, los constituc. de igualdad de los sexos y de igualdad de los hijos ante la ley, igualdad que se extiende a los adoptados. En segundo lugar, la concepción de la nac. como un derecho cuyo goce es beneficioso para el individuo se trasluce en el espíritu de lucha contra la apatridia.

Aunque el C.c. sigue distinguiendo entre dos tipos de adquisición de la nac., la originaria y la derivativa, la caracterización de la nac. de origen frente a la derivativa debe matizarse hoy. En la nueva normativa existen sup. de nacionales de origen que no lo son desde el nacimiento y tampoco han adquirido esta condición automáticamente sino por medio de declaración, así como otros que no lo son desde el nacimiento (han gozado de otra nac.) aun cuando la española la adqu. automát.

El esquema que vamos a seguir es la distinción principal entre adquisición automática de la nac. española y modos de adquisición no automáticos. A través de la primera se obtiene siempre la condición de español de origen; a través de los segundos la nac. obtenida puede ser bien de origen (en algunos sup. de opción) bien derivativa.

1. Adquisición automática de la nacionalidad española.

IUS SANGUINIS.— El art. 17.1 a) refleja el papel predominante del ius sanguinis al disponer que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles, con independencia del lugar de nac. o de la nac. del otro progenitor; así pues la filiación puede ser considerada como una cuestión preliminar a la atribución de la nacionalidad.

La ley aplicable al reconocimiento y a la determinación de la filiación, según el art. 9.4 Cc, será la ley personal del hijo y, si esta no pudiera determinarse, la de su residencia habitual. Consideramos que las acciones de impugnación de la filiación deberán regirse igualmente por la ley nacional del hijo.

Una vez determinada la filiación del progenitor español y siempre que esto suceda antes de los 18 años de edad del hijo, este será considerado español de origen, conforme al art. 17.1, Así pues, la nacionalidad española del hijo deriva de la nac. del padre o de la madre en el momento del nacimiento, incluso aunque en dicho momento a su progenitor no se le hubiere reconocido todavía el goce de la nac. española

Las consecuencias de una sentencia favorable a una acción de impugnación de la filiación, sobre la nacionalidad de quien se ve privado de la condición de hijo, en ppio, si aceptamos que la filiación se configura como un cuestión preliminar en relación con la nac., la inexistencia de la primera deberá traer consigo la pérdida de la segunda, salvo que implicara apatridia. Por otra parte, y conforme al art. 18 Cc si la posesión o utilización continuada de la nac. española se ha mantenido durante 10 años, ésta se consolidará bajo ciertos requisitos.

ADOPTADOS.— A efectos de nac., el art. 19.1 equipara a los hijos adoptados con los hijos por naturaleza, tal y como dispone el art. 108 Cc. La nac. se obtiene por el adoptado menor de 18 años únicamente a partir del momento de la adopción . La extinción de la adopción no es causa de pérdida de nac. Este es otro de los supuestos en que la nac. de origen la tendrán personas que presumiblemente ya tenían otra, de la que podrán seguir gozando.

IUS SOLI.— En el art. 17.1.b) aparece el criterio subsidiario del ius soli: son españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros si al menos uno de estos hubiera nacido también en España. Excepción: hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.

El criterio del ius soli aparece de nuevo en el apartado c) del art. 17.1: son españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. Se trata de dar una respuesta eficaz al problema de la apatridia, de acuerdo con la Decl. Dchos Hum. y Pacto s/dchos. civ. y pol. y con el art. 39.4 de la Constituc. (protección de los niños).

Mismo ppio. de lucha contra la apatridia aparece en el apartado d) del art. 17.1 cuando considera españoles de origen a los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. Se añade la presunción de considerar nacidos en territ. español a los menores cuyo primer lugar conocido de estancia sea territ. español. La nac. atribuída por esta vía es definitiva y se mantendrá incluso cuando una vez conocido uno de los padres, este le atribuya otra nac.

2. Adquisición no automática de la nacionalidad española.

Con los cambios que han supuesto las leyes 1982 y 1990 para el C.c., hay que hacer una nueva distinción o determinación de los denominados modos derivativos de adquisición de la nac. española —OPCIÓN Y NATURALIZACIÓN—.

OPCIÓN.— La opción constituye un modo especialmente favorable de adquisición de la nac. española que permite a los extranjeros que tienen una especial vinculación con ntro. país adquirir su nac. a través de una *mera declaración unilateral de voluntad*, sujeta a plazos preclusivos y que no necesita de homologación

estatal.

Art. 20 Cc.– Otorga el dcho. a optar por la nac. española a aquellos que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español. (Se suprime la tutela como situación que daba dcho. a optar por la nac. española). Este dcho. a optar se refiere únicamente a aquellos casos de menores sometidos a la patria potestad de extranjero/s que adquiere la nac. española. Además tienen dcho. a la opción las personas del últ. párr. art. 17 (aquellas cuya filiac. o nac. en España haya sido determinada después de los 18 años) y en el últ. párr. del art. 19 (adoptado mayor de 18 años).

La ley 29/95 que modifica el art. 26 Cc y por tanto el sistema de recuperación de la nac. española, en su dispoc. transitoria primera otorga el dcho. de opción a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España... si formalizan su declaración antes del día 7 de Enero de 1997.

La declaración de opción se formulará por el propio interesado si está emancipado o es mayor de 18 años y asistido por su representante legal si es mayor de 14 años, o aun cuando estando incapacitado así lo permita la sentencia. La opción caducará a los 20 años de edad, plazo que se prolongará hasta dos años después de la emancipación si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los 18 años (art. 20.1 b) y c). También puede formular la declaración de opción el interesado por si solo dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad, siempre que no haya caducado el derecho de opción conforme al apart. c) antes citado. En el caso de menores de 14 años o incapacitados la opción requiere la autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictámen del Mº Fiscal.

La ley que determinará la emancipación, según se desprende del art. 20, será la ley nacional del optante (extranjero casado con española sería considerado emancipado y podría optar por la nac. españ., aunque no fuera considerado emancipado por su ley personal). También será la ley personal del extranjero la que determinará si se ha recuperado o no la plena capacidad. Respecto a la sentencia de incapacitación dictada por Autoridad extranjera. no necesita exequatur (Arts. 83 y 84 en relación con el 153, Regl. Reg. Civ.).

El art. 20 guarda silencio sobre ante quién debe hacerse la declaración de opción. Habrá que estar al art. 46 Reg. Civ. Según el Reglamento las declaraciones de voluntad relativas a nacionalidad.. serán admitidas por el Encargado del Registro aunque no se presente documento alguno, pero sólo podrá practicarse la inscripción si se justifican previamente los requisitos, si bien será la fecha de la declaración la que marcará el momento en que esta surtirá efecto.

Requisitos: art. 23 Cc , comunes para la opción, carta de naturaleza o residencia y referidos siempre a los mayores de 14 años y capaces de prestar una declaración por sí, *juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a las leyes y a la Constitución y la renuncia a la anterior nacionalidad* (exceptuándose de este últ. req. a los nacionales de países iber., And. Fili. Quin. Ecuat. y Port.). Por último, la inscripción ha de efectuarse en el Reg. en el que se halle inscrito o se haya de inscribir el acta de nacimiento del nuevo español.

NATURALIZACIÓN.– Segundo modo de adquisición no automática de la nac. españ. Requiere: 1) Decisión de la autoridad concediendo a particular la posibilidad de adquirir así la nac. españ. y 2) posterior declaración de voluntad del extranjero de adquirir la nacionalidad. Una vez obtenida la concesión, queda en igual situación que los que tienen derecho a optar.

Puede obtenerse a través de dos vías; en ambos casos la nacionalidad obtenida no será de origen.

Por *carta de naturaleza* (art. 21 Cc). Es otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto (Consejo de Ministros), cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales. Dos problemas distintos: el concepto indeterminado circunstancias excepcio. y la total discrecionalidad del Gobierno, que aún concurriendo las circunstancias, puede o no conceder la carta de naturaleza. No existe en la mayoría de los ord. extranj. (Ej. reciente la concesión de nac. a Vargas Llosa).

Por *residencia* (art. 22 Cc). La concesión la otorga el M° de Justicia (Orden ministerial), que podrá denegarla, razonadamente, por motivos de orden público o interés nacional. Plazos de residencia: general 10 años; cinco si han obtenido asilo o refugio en España y dos si son nacionales de origen de países cuya vinculación con España ha sido o es más estrecha (iberoam, And, Filip. etc. o sefardíes) La cualidad de nacionales de origen vendrá dada por las normas sobre nacion. de los países citados. La condición de sefardíes es más difícil de acreditar, al estar dispersos por todo el mundo u no tener Estado nacional. La instrucción de 16-3-83 de la D.G.R.N. ha establecido que la condición de sefardíes habrá de demostrarse por los apellidos que ostente el interesado, por el idioma familiar o por otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad cultural. Finalmente un año en aquellos casos en que la vinculación de un extranj. con España avala, en ppio, su fácil integración en la cidad. nacional, bien por nacimiento en territ. español, bien por su especial relación con nacionales españoles.

Supuestos anteriores son:

- a) Nacido en territorio español
- b) No ejercitado oportunamente la facultad de obrar.
- c) Estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación.
- d) Al tiempo de la solicitud llevar un año casado con español o española, en situación normal de convivencia, y no separado legal o de hecho.
- e) Víudo o viuda de español o española, si a la muerte cónyuge no separac. legal o de hecho.
- f) Nacido fuera de Esp. de padre o madre originariamente españoles.

A los efectos del apartado d) se entenderá que tienen residencia legal en Esp. el cónyuge de funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero.

En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. La ley 71/85 s/dchos. y lib. de extranj. en Esp. sólo considera extranjeros residentes a las personas amparadas por un permiso de residencia. Si en algún momento, dentro del cómputo de los años exigidos por el art. 22, el extranj. pierde el permiso, el cómputo ha de empezar de nuevo.

Pueden formular la solicitud para la adqu. de la nac. española por naturalización (carta de natur. o residencia) según dispone el art. 21.3:

- a) Interesado emancipado o mayor de 18 años.
- b) Mayor de 14 años asistido por su representante legal.
- c) El representante legal del menor de 14 años.
- d) El representante legal del incapacitado o el incapacitado, por si solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación.

En los últimos casos será preceptiva la autorización prevista para el caso de opción (Encargado del Reg. Civil).

Aspectos procedimentales: Se indicarán y probarán todos los datos (arts. 220 y 221 Rrc); la Dirección

recabará los informes oficiales que estime precisos y siempre el del M° del Interior. En el caso de adqu. por residencia, deberá justificar en el mismo exp., buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sdad. española.

Una vez otorgada la facultad de adquirir la nac. española, tanto por carta. de natur. como por residencia, ésta puede ejercerse en el plazo de 180 días a partir notificación, pasados los cuales caduca la concesión. Dentro de este plazo el solicitante comparecerá ante el func. competente para cumplir con los requisitos del art. 23 Cc (mismos adopción). La concesión o denegación de la nac. por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso administrativa.

POSESIÓN DE ESTADO.— Art. 18 Cc. Figura nueva en ntro. D°: La posesión y utilización de la nac. esp. durante 10 años, de buena fé e inscrita en el Reg. Civil consolida la nacionalidad aun cuando se anule el título que la originó. La nacional. así adquirida puede ser de origen o derivativa. Ha de exigirse que el interesado se haya comportado como español, ejerciendo dchos. y deberes derivados de su cualidad de español. De otro lado, ha de exigirse que el título por el que se adquiere la nacionalidad española esté inscrito en el Registro Civil.

IV. Pérdida, recuperación y conservación de la nacionalidad.

En todas ellas interviene en mayor o menor medida la voluntad del individuo, pero, en todo caso, el grado en que se admite la incidencia de dicha voluntad depende de la regulación legal que cada Estado da a estos problemas.

1. Pérdida de la nacionalidad española.

Según reforma del Cc. por ley del 82 para adaptarlo a la Constitución 78, el art. 11.2 afirma que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. A partir ley 18/90 se consideran dos tipos diferentes de pérdida: la pérdida *voluntaria*, por algún acto que le ha hecho acreedor de la misma (art. 24Cc) y la pérdida como *sanción*, únicamente a los españoles que no lo sean de origen (art. 25CC).

A) Pérdida voluntaria de la nacionalidad española.

Art. 24 Cc, afecta tanto a los españoles de origen como a aquellos que han adquirido la nac. esp. no de origen (Libertad reconocida art. 15 Decl. Dchos. Hum.). Libertad limitada por el cumplimiento de ciertos requisitos. Así, se pierde volunt. la nac. esp. en las sigu. condiciones:

a) *Pérdida por adquisición de otra.* Requisitos: 1) Residencia habitual en el extranjero, 2) Adquisición voluntaria de la otra nacionalidad y 3) Que hayan pasado tres años desde su adquis. En el caso de adquis. de la nac. extranj. del emancipado, se puede acudir al exp. de declarac. cn valor de presunción de la nacionalidad, para probar que la adq. de la nac. ex. no fue voluntaria. La pérdida de la nac. esp. siempre que esta sea de origen, bajo este supuesto, no se producirá cuando la nac. adquirida sea la de países iberoamericanos, And. Fil, etc.

b) *Pérdida por utilización únicamente de la nac. extranjera que se tuviera atribuida antes de la emancipación.* Requisitos: 1) Utilización de la nac. extranj. exclusivamente, 2) Transcurso de tres años desde la emancipación y 3) Residencia habitual en el extranjero. No se producirá la pérdida cuando el interesado justifique dentro del plazo de tres años que ha utilizado la nac. esp.

c) *Pérdida por renuncia a la española.* Requisitos: 1) Estar emancipado, 2) Residir habitualmente en el extranjero (sin plazo) y 3) Tener otra nacionalidad.

Excepción general a la pérdida de la nac. esp. contemplada en el art. 24 es la tradicional en ntro. derecho de

que España se hallase en guerra. También excluidos los supuestos cubiertos por Tratado de doble nac.

B) Pérdida de la nacionalidad española como sanción.

Sólo para españoles no de origen. Desde la aprobación del Código Penal de 1995 desaparece la pena de privación de la nacionalidad. De este modo la pérdida de la nac. conforme a este art. 34 opera únicamente en el apart. b) del párr. 1º y en el 2º del mismo art. Pierden pues las nac. los españoles no de origen: 1) cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranj. contra la prohibición expresa del Gobierno (prohibic. que revestirá la forma de R.D.). La prohib. puede ser individual o colectiva y anterior o posterior a los hechos, y 2) La nulidad de la adquisición de la nac. esp. se produce por la sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adq. de la nac. esp., si bien no tendrá efectos perjudiciales para terceros de buena fe; la acción de nulidad la puede ejercitar el Mº Fiscal de oficio o en virtud de denuncia y el plazo para ello es de 15 años.

El art. 67 de la Ley del Reg. Civ. establece que la pérdida de la nac. se produce siempre de pleno derecho, pero debe ser objeto de inscripción. La misma tiene, pues, carácter declarativo. La inscripción se llevará a cabo en virtud de documentos auténticos que acred. plenamente la pérd. En los casos de pérdida por sanción la inscripc. debe instarse por el Mº Fiscal. En ambos casos será necesario para la inscrip. la previa citación del interesado o su rep. leg. y, si fallecido, sus hered.

Si no existen doc. auténticos que acrediten la pérdida, se incoará un exp. gubernativo en el que ha de constar que se llevó a cabo la citación a que nos referíamos en el párrafo anterior. El exped. de pérdida de la nac. ha de ser resuelto por el juez encargado del Reg. Civil. (art. 342 RRC).

En cualquier caso, cuando haya dudas sobre la nac. de una persona, esta puede acudir al exp. para la declaración con valor de presunción de la nac. (art. 96.2 LRC).

2. Recuperación de la nacionalidad española.

El proced. de recuperac. suele ser el más fácil. Se regula en el art. 26 Cc. Requisitos: 1) Residencia legal en España; 2) Declarac. ante encargado Reg. Civil de la voluntad de recuperarla; 3) Renuncia a la nac. extranj. (excepto para nacionales de los países del art. 24), y 4) Inscripción de la recuperación en el Reg.Civil.

Los requisitos anteriores admiten excepciones en algunos casos. Así, la residencia legal en España no será de aplicación a los emigrantes o a los hijos de emigrantes, único privilegio que les queda tras la reforma de 1990. También puede ser dispensado el requisito de la residencia legal en Esp. en los demás casos siempre que concurran circunstancias excepcion. sin que estas se especifiquen. La concesión de estas dispensas compete al Ministro de Just. e Inter. Los exp. de dispensa y habilitac. , cuando necesaria, podrán ser acumulados y su instrucc. corresponde a la DGR que podrá comisionar al encargado del Reg. del domicilio.

En el apart. 2 del mismo art. 26 se contiene la exigencia –para los que se encuentren incurso en cualquiera de los sup. previstos en el art. 25 y de aquellos que la perdieron sin haber cumplido el serv. milit esp. o la prestación, estando obligados,– de habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno. Habilitación no precisa si formula la declarac. de recup. un varón mayor de 40 años.

Finalmente, otro supuesto de recup. de la nac. esp. se prevé en la disposic. transit. 2ª ley 29/95; Recuperac. de la nac. esp. por la mujer española que hubiera perdido esta nac. por razón de matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 14/75, que podrá recuperarla conforme a lo previsto en el art. 26 para los emigrantes y sus hijos.

Procedimiento.– Arts. 220 y ss. RRC se contemplan los extremos que deben figurar en la solicitud de previa habilitac.(si necesaria) del Gº para la recuperación y que son los mismos que para la solicitud de carta de

naturaleza o de concesión por residencia. En los arts. 226 y ss. se regula la declaración de voluntad de recuperación.

3. Conservación de la nacionalidad española.

Se incluyen aquí aquellas situaciones en que, pese a concurrir las circunstancias determinantes de la pérdida de la nac. esp., la ley autoriza a su conservación. Supuestos que conducen a una coexistencia de nacionalidades.

Refiriéndose siempre a los mayores de edad o emancipados, son dos las excepciones consagradas por el legislador a la normal pérdida de la nac. esp. de quién además ostenta otra nac.

1) Posibilidad reconocida a los españoles que desde su minoría de edad gozaron de una segunda nacionalidad, de conservar la nac. esp., siempre que la utilicen o no utilicen exclusivamente la otra nac. extranj.

2) Pueden conservar la nac. esp. quienes adquieran la nac. de un país iberoam., And, etc.

Dado que en este segundo apartado no se condiciona la conservación a ningún acto de utilización de la nac. esp. ni a ninguna otra condición, habrá que inclinarse por la interpretación de que tampoco en el primer caso es necesario acto alguno, so pena de discriminación.

TEMA IX. DERECHO DE LA NACIONALIDAD (II). LA VECINDAD CIVIL.

I. Introducción: Conflictos de nacionalidad.

Como hemos visto, la generalidad y escasez de las normas internacionales sobre el tema hace que los Estados sean los encargados de fijar unilateralmente los criterios de atribución de la propia nacionalidad. Tal situación trae consigo la existencia, en la práctica, de frecuentes conflictos positivos o negativos en la materia que repercuten tanto en el DIP como en el DIPr. En palabras del Prof. Batiffol: la problemática de la nac., regulada en el ámbito interno a través de normas materiales, escapa gralmente. al juego del procedimiento de atribución, lo que no puede ser obstáculo para que, al tratar de probar la condición de nacional extranj., se recurra precisamente a la normativa extranj. con base en la que se afirma tal condición.

II. La doble nacionalidad.

Cuando por su conexión con varios ord. jur. una persona ostenta mas de una nac., la doctrina esp. suele hablar de doble nac. Ahora bien, no hay que olvidar que el posible cúmulo de nacionalidades se refiere, tanto a los supuestos de doble nacionalidad, en sentido estricto, como a aquellos otros en que en la misma persona coinciden mas de dos nacionalidades, lo que sólo es posible como consecuencia de una falta de armonía entre los sistemas jur. en presencia.

Dentro del primer supuesto (doble nac. en sentido estricto) situaremos la doble nac. convencional y aquellas otras contempladas en las leyes españolas. En el segundo de ellos estudiaremos la doble nac. anómala o patológica.

1. La doble nacionalidad convencional.

En el art. 11.3 de la Constitución 78 se elevó a rango constituc. la posibilidad de celebrar Tratados de doble nacionalidad. Es el tratado bilateral, pues, la fuente del régimen jurídico que determinará en cada caso el ámbito de aplicación *ratione personae*, las condiciones de adquisición de la segunda nac. y las consecu. de la ostentación simultánea de las nac. de los Estados parte.

Atendiendo a las líneas marcadas por los Conv. ya existentes, vamos a examinar, por una parte, el proced. para alcanzar la doble nac., y , en segundo lugar, el alcance real de la doble nac. así obtenida.

Procedimiento.– Es similar, con diferencias menores, en casi todos los convenios. Utilizaremos uno como prototipo (Conv. hispano–argentino). La obtención en su marco de la nac. de una de las partes contratantes (cuando se ostenta la nac. de origen de la otra) depende de un acto voluntario del individuo, estructurado en torno a la noción del domicilio registral. Es la coincidencia de la nac. y el domicilio la que determina el carácter dominante de una de las nac. en juego.

En todo caso, la obtención de la segunda nac. (que pasará a ser la dominante) se hará en las condiciones y en la forma prevista por la legislac. en vigor en cada una de las partes contratantes. Significa que cuando se trate de la nac. esp., su concesión no va a ser automática, se exigen los requisitos de la residencia y la tramitación del exp. previsto en el art. 220 y ss. RRC, en el que habrá de acreditar que ha residido en España durante dos años (legal, continuada e inmediat. anterior a la petición) y que puede concluir con la denegación por el Mº de Just. de la nac. española por motivos razonados de orden público o interés nacional, quedando abierta la vía jud. cont.Adminis.

Excepciones.– La primera excepción al régimen gral. descrito ERA el Conv. Hispano–Guatemalteco 1961. Bastaba para obtener la nac. de la otra parte, el establecer el domicilio en ella e inscribirse como nacionales en el Reg. correspondiente. La modificación del art. 3 de este Conv. exigiendo la residencia legal, permanente y continuada para la adquis. del domicilio, pone fin a esta excepción.

La segunda la encontramos en el mas reciente Conv. de nac. entre España y Colombia. En él, la remisión global a la legisl. interna de ambos Estados va precedida por el establecimiento convencional del período de dos años de residencia y, seguida de una subordinación genérica al ppio. de reciprocidad de todos los requisitos esenciales de la adquisición de las nac. en juego.

Pasemos a ver el alcance real de la doble nacionalidad obtenida por la aplicación de las normas convencionales.

En todos ellos se parte, expresa o implícitamente, del supuesto de base de que no hay objeción a que una persona ostente dos nac., a condición de que sólo una de ellas tenga plena eficacia. Parece posible afirmar que el régimen conv. español de la doble nac. ha quedado reducido, en la práctica, a un sistema en que, junto a la supresión del trámite de la renuncia previa a la nac. anterior, como requisito de adquisición de la doble nac., se consagre un modo especialmente favorable de recuperar, a todos los efectos, la nac. que se mantuvo latente.

Es de suponer que decaerá el interés de los españoles por acogerse a este tipo de Tratados, dado que en los países con los que existe un régimen pactado pueden obtener también la doble nac. por la otra vía de la Constitución a la que se refiere el art. 24 Cc y que conduce a la coexistencia de dos nacionalidades totalmente operativas. La celebración de los anteriores Conv. está suspendida.

Finalmente, en cuanto a la concreción de la nac. como punto de conexión, según art. 9.9 del Cc. tendrá prioridad el régimen pactado en cada caso y, si nada estableciesen, será preferida la nac. coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

2. Supuestos de doble nacionalidad previstos en las leyes españolas.

En este apígrafe se incluyen tanto situaciones derivadas de la posible conserv. de la nac. esp., aludida en el tema anterior, como las que pueden generarse por la conserv. de la nac. de un país iberoam., de Andorra, etc., de quien adquiere o recupera la nac. esp. (arts. 23 b) y 26.1.b).

Nuestra legislación prevé dos casos de doble nacionalidad, como consecuencia de la conserv. de la nac. esp.

1) Aquellos en los que el emancipado, que goza de dos nac. desde su minoría de edad, utilice la nac. esp. o no utilice exclusivamente la extranj. y 2) Los previstos en el art. 24.2, es decir, la situación de los españoles que adquieran la nac. de un país iberoam, And. Fil, etc.

En el supuesto de la conserv. de la nac. de un país iberoam., And. etc., nuestro ordenamiento prevé la condición de dobles nacionales de quienes adquieren o recuperan la nac. esp. ostentando la nac. de uno de los países mencionados.

En todos estos casos, ambas nacionalidades serán totalmente operativas (a diferencia de la doble nac. conv.), excepto cuando se trate de precisar la nac. relevante como punto de conexión de las n. de confl., en que el art. 9.9 la refiere en primer lugar a lo que determinen los Trat. conv.; si nada estableciesen, será preferida la nac. coincidente con la últ. resid. habitual y en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nac. esp. del que ostente además otra no prevista en ntras. leyes o en los tratados internacionales..

3. Supuestos patológicos de doble nacionalidad.

La libertad, en ppio, de los Estados para determinar quienes son sus nacionales, da lugar a diferencias entre las diversas legisl. nacionales. Esta diversidad de criterios puede conducir a situaciones anómalas de doble nacionalidad no queridas, en ppio, por el legislador interno.

Recordemos la situación de los menores de edad que no pueden perder la nac. esp. aun cuando ostenten otra nac. o de quienes tengan o adquieran otra nac., pero tengan su resid. habitual en ntro. país (la pérdida volunt. de la nac. esp. se condiciona a la resid. hab. en el extranj.). También, según el art. 24.4 Cc no puede renunciarse a la nac. esp. si España se hallare en guerra.

Las medidas preventivas de los Estados pueden, bien limitar los supuestos de atribuc. de su nac. , bien ampliar los supuestos de doble nac. reconocidos y permitidos por sus leyes. Pero en realidad, la lucha mas eficaz para combatir la plurinac. sigue siendo la via convencional. Conv. La Haya 1930; Conv. Consejo de Europa 1963; Conv. Nac. Unidas 1957 s/nac. mujer casada.

Soluciones. Desde la perspectiva del DIPú. se han utilizado en el tema de la protección diplomática varios ppios: 1) Un Estado puede ejercer la protecc. diplomá. de cualquiera de sus nacionales siempre que la nac. del afectado tenga la efectividad suficiente para ser oponible a terceros Estados, sin importar que el indiv. en cuestión tenga también otra nac., y 2) Cuando el problema se plantea entre dos Estados de los que el indiv. ostenta la nac., se resolvió el conflicto por la vía conv. (art. 4 Conv. La Haya 1930): un Estado no puede ejercer la protecc. diplo. de uno de sus nacionales frente a un Estado del que éste es también nacional. Sin embargo, hay jurisprudencia a favor de ejercer la protección en este caso.

Desde la perspectiva de cada uno de los sistemas implicados, en el D° interno esp. el art. 9.9 Cc dispone que prevalecerá en todo caso la nac. esp. del que ostente además otra no prevista en ntras. leyes o en los Trat. internac.. Si ninguna de las nac. en litigio es española, mismo art. en su párrafo 2° ordena estar a lo que dispone el párrafo 10° que opta por la conexión de la resid. habitual para determinar la ley personal de quien carece de nac. o la tiene indeterminada.

En distinto ámbito, la doble nac. puede traducirse en una multiplicidad de oblig. militares para su titular. En el D° interno, la ley Org. 13/91 del serv. militar recoge como causas de exención del serv. mil. las derivadas de conv. internac.. La disp. adic. 2ª s/cumplim. serv. mil. en el extranj. dispone que se dará por cumplido el serv. mil. a los españoles que, habiendo permanecido en el extranj., se acojan a la validez mutua del serv. mil. reconocida en conv. internac. o por haberlo prestado en otro país por imperativo inexcusable de su legislación.

En cuanto a los conv. son relativamente abundantes. Conv. s/ obligac. mil. en caso de plural. de nac., Estrasburgo 1963 y otros.

III. La situación de apátridas y refugiados ante el DIPr.

1) Apátridas.

Es aquella persona que carece de nacionalidad, bien porque el individuo nunca tuvo nacionalidad (por la defectuosa articulación de los Dchos. internos con los que se relaciona su nacim.), bien porque perdió la que poseía (motivos políticos, incidencia del matrimonio en la nac. etc.)

La prevención desde la Cdad. internac. La Comis. de Dº Internac. de la O.N.U. elaboró varios proyectos que finalmente dieron lugar al Conv. sobre reducción de los casos de apatridia de 1961, que impone la obligación, salvo excepciones, de no privar de la nac. a quienes, por este hecho, quedarían reducidos a la condición de apátridas.

La prevención desde los diferentes Estados. El legislador español ha llevado a cabo una regulación de la nac. que difícilmente dará lugar a situaciones de apatridia, salvo en los casos de pérdida de la nac. por sanción de los españoles que no lo sean de origen (art. 25 Cc).

Estatuto personal de los apátridas desde la vertiente internac. El Conv. de Nueva York 1954 intenta asegurar al apátrida la protección de sus dchos. fundamentales y una situac. similar a la que se otorga a los extranj. en el país en que residan. También prevé la expedición a los apátridas de documentos de identidad y de viaje.

Estatuto personal de los apátridas desde la legislación estatal. En el Dº español la condición de apátrida puede constatarse judicialmente; en su defecto, puede establecerse por cualquier medio de prueba, pudiéndose extender este esfuerzo prob. a la determinac. de su domicilio, ya que éste es el punto de conexión subsid. de la nac. en el sistema positivo español.

Al apátrida, al carecer de nac. esp., le será aplicable todo lo relativo a la condición jur. de los extranj., aunque en la vida diaria sus dificultades son mayores. La ley Org. s/ dchos. y lib. de los extranj. en España de 1985 (art. 22), el apátrida que careciere de documentación podrá excepcionalmente obtener (...) un documento identificativo (...) que le autorice a permanecer por el tiempo que se señale, o salir del territ. español. Así documentados los apátridas podrán instar la concesión de permisos de trabajo, por el tiempo señalado, en las mismas cond. que los demás extr.

La determinación de su estado civil y del régimen jur. que les es aplicable también requiere matizaciones. Los hechos relativos al estado civil de los apátridas residentes en España, que se hubieran producido con anterioridad a su establec. en ntro. país, pueden ser declarados, con valor de simple presunción, en el exp. regulado por los arts. 96 y 97 de LRC. En cuanto a su rég. jur., la ley de 1985 señala que cuando se trate de residentes, su régimen jurídico no sufrirá restricciones por aplicación del ppio. de reciprocidad.

En cuanto a saber cuál sea la ley aplicable a los apátridas, el art. 9.10 Cc dispone que se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual. Por su parte el Conv. citado (del que España es parte) consagra como conex. el domicilio y, en su defecto, la residencia del apátrida.

2. Refugio y asilo.

Los refugiados, en ppio, no carecen de nac., por lo que su problema es distinto del de los apátridas. Ahora bien, el hecho de que estas personas no deseen volver a su país, ni usar de la protección de sus rep. dipl. y consulares, ni utilizar ningún dcho. que su nac. les confiere, plantea una problemática similar a la que tienen quienes carecen de nac.

El Estatuto del Refugiado, Conv. de 1951 y su protocolo, arbitran soluciones respecto de los refug. que se

encuentren en el territ. de los Estados parte. Desgraciadamente existe un gran número de refug. expatriados en países no vinculados convenc. Respecto de ellos sólo existe la protección del Alto Comisionado de las Nac. Unidas para los Refugiados.

A) En España, la ley 5/84 reguladora del dcho. de asilo y de la condición de refug. y su reglamento de aplicac. aportan el previsto desarrollo legal del art. 13.4 de la constituc. (dcho. de asilo) y un complemento del Est. de los Refug., antes mencionado, al que España se adhirió.

La ley 9/94 de modificación de la anterior para subsanar algunas de las deficiencias en su aplicación. La entrada de España en la Cdad. Europea en 1986 ha contribuido directamente a la modificación de la ley de 1984, y la política de la Cdad. en la protecc. de las fronteras exteriores ha influido en la nueva redacción de la ley, que establece mecanismos que impidan la utilización fraudulenta, como medio de inmigración, de las peticiones de asilo.

En su art. 2.1 la ley dispone que el derecho de asilo reconocido en el art. 13.4 de la Constituc. es la protección dispensada a los extranj. a los que se les reconozca la condición de refugiado. El concepto de refugiado ha de interpretarse en sentido amplio, comprendiendo actos punibles cometidos por motivos políticos si se prueba que la persona teme ser perseguida.

La solicitud de asilo se presentará ante la Autoridad gubernativa competente o ante una Embajada o Consulado si el solicitante no se encuentra en territ. esp. Las causas que justifican la concesión de asilo o su denegación son las previstas en los Instrum. internac. ratificados por España y en especial la Conv. s/ Estatuto de los Refugiados de 1951. La ley establece una fase previa en el exámen de las solicitudes de asilo que permite la denegación rápida de las manifiest. abusivas o infundadas y de aquellas otras cuyo examen no corresponde a España. El solicitante de asilo permanecerá en el puesto fronterizo durante la tramitac. de la admisión a trámite de la solicitud, y si la petición es inadmitida a trámite y el solicitante está en España, debe abandonar el territ. esp. salvo que reuna los requisitos exigidos en la legisl. gral. de extranjería. Contra la denegación cabe la petición de reexamen con participación del representante en España del Alto Com. de Na. Un. para el Refugiado si el solicitante se encuentra en la frontera.

Por razones humanitarias o de interés público puede autorizarse la entrada o permanencia aunque se le deniegue por no cubrir los requisitos. La concesión de asilo implica la autorización de residencia en España, autorización para desarrollar actividades laborales, profes. o mercant., la expedición de DNI necesario y, en su caso, de viaje. Sólo podrán ser expulsados en los términos de los arts. 32 y 33 de la Conv. s/ Estatuto de los Refugiados.

Nada dice la normat. vigente sobre la exención de reciprocidad que establece el Estatuto del Refug. a favor de los refug. con más de tres años de resid. en el país.

En cuanto a ley aplicable, la alusión del art. 9.10 Cc a las personas de nac. indeterminada debe considerarse referida a los refug.; en consecuencia la conexión retenida en ntro. ord. para determinar la ley personal de los refug. es la residencia habitual.

B) Política comunitaria en materia de asilo. Está referida fundamentalmente a los países terceros. En las relaciones intracomunit., de momento, y a la espera de la ratific. del Trat. de Amsterdam, no hay política comunitaria expresa.

El Trat. de la Unión Europea, Título VI, art. K.1 dispone: Para la realización de los fines de la Unión, en part. de la libre circul. de personas, y sin perjuicio de las competenc. de la Cdad. Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos sig.: 1. La política de asilo. ...

Este Título no forma parte del Dº de la Cdad., su sustancia pertenece al Dº Internac. Las decisiones o medidas

que el Consejo puede adoptar en el ámbito del art. K1 son medidas comunes, acciones comunes y celebrar Conv. recomendando su adopción a los Estados miembros.

Antes de la entrada en vigor del Trat. de la Unión ya España había ratificado el Acuerdo de Schengen por el que los Estados parte tratan de lograr la supresión de controles en las fronteras interiores a través de una serie de medidas, entre las que se encuentran las solicitudes de asilo.

En 1997 entró en vigor el Conv. de Dublín s/el Estado responsable del examen de una petición de asilo presentada en uno de los Estados miembros. Los criterios son: 1º) el familiar (resid. del cónyuge, de los hijos menores de 18 años o de los padres, si el solic. es soltero y menor de 18); 2º) el país que haya otorgado un permiso de resid. o un visado al solic. de asilo; 3º) a falta de los anteriores, el del primer país de llegada. Si falla cualquiera de los anteriores criterios, será responsable del examen el primer Estado miembro al que haya sido presentada la solicitud.

La solicitud será examinada por el Estado responsable de acuerdo a su legisl. nacional y con sus obligaciones internac., y en todo caso pueden examinar cualquier solicitud de asilo, aún cuando no les corresponda, si el solicitante da su consentimiento para ello.

Este conv. trata de solucionar el problema de los refug. en órbita respecto de los que ningún país se hace responsable de examinar su solicitud.

En cuanto a los criterios materiales para otorgar el dcho. de asilo tienen una base común ya que todos los países comunit. han ratificado el Conv. Ginebra 1951 y Proto. N. York 1961.

El Trat. de Amsterdam, firmado el 2-10-97 y que entrará en vigor a los dos años a partir de esa fecha, modifica la política de asilo de la Cdad. Su contenido es:

1. El antiguo art. B del TUE (ahora 1) ha introd.dentro de los objetivos de la Unión el de:

mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, garantizada la libre circulac. de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia.

2. Nuevo Título VI en el TCE Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. El consejo adoptará en el plazo de cinco años, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, entre otras, medidas relativas al asilo. Estas medidas versarán sobre las sig. materias:

a) Crit. y mecanism. para determinar el Estado miembro responsable de examinar una so lolicitud de asilo presentada en Estado miembro por nacional de tercer país.

b) Normas mínimas para la acog. de solicit. de asilo en los Estados miembros.

c) Normas mínimas para la concesión del estatuto de refug. a nac. de terceros países.

d) Norm. mín. para los proced. de que deben aplicar los Est. miembros para conceder o re tirar el estatuto de refugiado.

En las materias relativas a la política de asilo habrá que establecer consultas con el Alto Comisionado para los Refug. de Naciones Unidas y con otras org. internac. relevantes.

De este modo, con la inclusión del asilo en el TCE se comunitariza esta materia que hasta ahora estaba en el Título VI, dentro del tercer pilar de la Unión que, como sabemos no formaba parte del dcho. comunitario ni

por tanto estaba sujeto a los ppios. que le caracterizan.

Hay un tercer apartado relativo a los casos en que un Estado miembro puede tomar en consideración una petición de asilo.

IV. *La prueba de la nacionalidad.*

La necesidad de acreditar la nac. puede surgir tanto ante los Trib. como en relaciones administrativas o en actos de aplicación privada del Dº.

Ante los Trib. puede surgir como cuestión principal o como cuestión incidental, previa a la determinación de la ley aplicable. Como cuestión principal se sustanciará en un juicio de menor cuantía, pues afecta al estado de las personas (art. 484.2 LEC); la prueba se realizará con las normas procesales gales., atendiendo, en cuanto a la distribución de la carga probatoria, al ppio. que establece que ha de estimarse que el goce de la nac. esp. presupone la existencia de un hecho o acto por el que se adquirió, por lo que corresponde a quien niegue dicha condición la carga de probar la falsedad de tal adquisición o la pérdida de tal dcho.

No obstante. es más frecuente que los problemas de nac. surjan ante los Trib. como cuestiones conexas a una cuestión principal. La nac. discutida puede ser tanto la esp. como la extranj. De aquí que haya que distinguir entre ley aplicable al fondo y ley rectora del proceso. Se aplica también aquí el ppio. según el cual las actuaciones procesales se rigen por la ley del foro. En el otro plano, una regla básica exige que la adquisición o pérdida de una nac. se enjuicie a la luz de las leyes que la regulen. Luego si se trata de nac. extranj. nuestros Trib. aplicarán el Dº de que se trate. Esta es una materia en la que funciona ampliamente la cooperación internacional.

Señalar, en relación con este punto que, en el primer caso, los pronunciam. en materia de nac. de los Trib. esp. gozarán de la presunción de cosa juzgada frente a terceros del art. 1252.2 Cc.

Sobre la prueba extrajudicial de la nac. esp. destacar el papel relevante del Reg. Civil. De acuerdo con su ley, el Reg. Civ. constituye la prueba de los hechos inscritos, y entre ellos figuran los correspondientes a la nac. y a la vecindad.

No obstante, no es posible que el Reg. proporcione una prueba directa de la nac. de la persona. En una mayoría de supuestos la atrib. de la nac. de origen se basa en una presunción *iuris tantum* que cesa en su eficacia probatoria por la prueba en contrario. Dicha presunción es la referida en el art. 68 del Reg. Civ. que señala en tanto no conste la extranjería de los padres se presumen españoles los nacidos en territ. español de padres también nacidos en España.

En suma, como señalaba la circular de la DGRN de 1975, deben ser considerados a todos los efectos como españoles, mientras no se demuestre lo contrario por los medios oportunos: a) las personas que en el exp. gubernativo previsto en el art. 96.2 de la LRC hayan obtenido la declaración con valor de presunción de que ostentan la nac. española, y b) las favorecidas por la presunción legal contenida en el art. 68 de la misma ley.

Por otra parte, existen una serie de documentos administrativos privativos de los españoles (DNI, Pasap., etc.) que dan, en ppio, a sus titulares la apariencia de españoles. Ahora bien, dado que para su expedición no se exige prueba concluyente de la nac., el valor probatorio de los mismos es necesariamente indirecto.

V. *La vecindad civil.*

La coexistencia dentro del territ. español de distintos Dchos. civiles, forales o especiales puede dar lugar a conflictos de leyes de carácter interterritorial, dado que se suscitan entre ord. civiles con un determinado ámbito de vigencia en el espacio. En ciertos casos ese ámbito comprende la totalidad de la Cdad. (Cataluña);

en otros, sólo una parte del territ. (País Vasco), también una comarca o localidad que posee una especialidad civil propia, dentro del territ. correspondiente (Tortosa en Cataluña). Mientras el llamado Dº civil común posee un ámbito general *ratione materiae*, los distintos Dchos. civiles forales son ordenaciones de alcance más reducido, regulan preferentemente cuestiones relativas al rég. econó. matrim. y a las sucesiones. De ordinario materias pertenecientes al llamado estatuto personal y regidas por la ley personal del interesado.

En los conflictos de leyes que puede suscitar la coexistencia de esos derechos, no cabe recurrir a la nacionalidad del interesado, pues todos poseen la misma. El art. 16.1.1 Cc establece que será ley personal la determinada por la vecindad civil.

—La vecindad civil constituye en el Dº interregional español un punto de conexión para determinar la ley personal del interesado en los conflictos entre leyes vigentes en España. Se regula en los arts. 14 y 15 del C.c.

—La vecindad civil es una noción jurídica que posee un contenido y alcance propios. Es un status de la persona. Posee un alcance particular, en relación con un determinado dº civil vigente en España. De la condición de miembro de una Cdad. autónoma, situación también de alcance particular, la vecindad civil se diferencia por su carácter puramente privado y no público; siendo distinto el rég. jur. de adquisición y pérdida de una y otra (la vecind. administrat. en un municipio de la Cdad. y los criterios de los arts. 14 y 15 Cc, respectivamente). Por ello, en muchos casos no existe coincidencia entre la vecindad civil del indiv. y su condición de miembro de una determ. Cdad.

1. La vecindad civil de los españoles.

El criterio de sujeción al dº civil común o al foral se determina por la vecindad civil. Se mantiene como primer criterio de adquisición de ésta el *ius sanguinis*. Mismo criterio se aplica al adoptado no emancipado.

En el caso de padres o adoptantes de diferente vecindad civil, el hijo la tendrá de aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, la del lugar de nacimiento, y si éste no es practicable (ej.: nac. en el extranj.) la vecindad de derecho común.

La función de estos criterios se desdibuja dada la facilidad para cambiar de vecindad civil. Los padres, en los 6 meses sig. al nac. o a la adopción podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos; el hijo, en el año sig. a la emancipación, y desde los 14 asistido de su repr. legal, podrá optar por la últ. vec. civil de cualq. de sus padres o por la de su lugar de nacimiento. También cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalm. o de hecho, podrá en todo momento optar por la vecindad civil del otro.

La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos.

Adquisición derivativa de la vecind. civil.— En cuanto al cambio de residencia de quien ostentaba otra con anterioridad se fijan dos plazos diferentes: 1) 2 años de residencia continuada, unidos a una manifestación expresa de voluntad, bastan para adquirir una concreta vecindad; 2) 10 años para que esta se adquiriera automáticamente, a no ser que medie declaración en contrario durante ese plazo.

La declaración de opción ha de hacerse antes de que se cumplan los 10 años de residencia; no se fija en cambio el tiempo en que deberá formularse la declaración positiva que dotará de virtualidad a la residencia de 2 años. Consideramos que la declaración positiva debe seguir a la residencia cumplida de 2 años.

Un último problema (art. 225, pár. 2º RRC) :En el plazo de diez años no se computa el tiempo en el que el interesado no pueda legalmente regir su persona.

2. Adquisición de la vecindad civil por quien adquiere la nacionalidad española.

El art. 15 Cc determina que el extranj. que adquiere la nac. esp. deberá optar, al inscribir ésta, entre la vecindad del lugar de resid., la del lugar de nacimiento, la última de cualquiera de sus progenitores o adoptantes o la del cónyuge. La opción se formulará, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nac. (por sí sólo, asistido por su rep. legal o por este último).

Esta opción de vecindad civil ha de consignarse en la misma inscripción marginal de la adquisición de la nacionalidad.

Los que adquieran la nac. esp. por carta de naturaleza, tendrán la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine teniendo en cuenta la opción del peticionario.

La recuperación de la nac. esp. lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de la pérdida (art. 15.3 Cc).

VI. *La ciudadanía europea.*

El art. 8.1 del Tratado de la Unión dice:

Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nac. de un Estado miembro.

Mismo art, apartado 2:

Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los dchos. y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado.

Si bien la ciudadanía europea no es una nacionalidad en el sentido tradicional del término, si supone un vínculo político y un estado civil que permite su inclusión en este tema.

La inclusión de la ciudadanía de la Unión en el auténtico derecho comunitario y no en los Títulos basados en la cooperación interestatal hacen de este Estatuto de la ciud. una roca firme, lo que significó por un lado que los dchos. otorgados por ella no fueran numerosos y fueran fijados con gran precisión y por otro, que para que estos se extiendan el Tratado prevé importantes cautelas jurídicas.

Dado que la pertenencia o no a la ciud. de la Unión viene dada por la condición de nacional de un Estado miembro, la adquisición o pérdida de la misma se remite a los Estados nacionales.

1. Derechos que surten sus efectos en el ámbito comunitario.

Derechos que, aunque se ejerciten materialmente en un Estado miembro, constituyen otros tantos elementos de participación en la vida política de la Unión Europea.

1er. grupo) Derecho a participar en las elecciones al Parlamento Europeo: todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parl. Eur. en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

El Consejo, por medio de su directiva 93/109 CE, determinó las modalidades de su ejerc.

2º grupo) Derecho de petición ante el Parlamento y el recurso al Defensor del Pueblo. Su característica común es que su titularidad no es exclusiva de los ciudadanos de la Unión. Se produce una extensión de las garantías políticas a los extranj. (pers. fís. o jur.) residentes o con domicilio social en la Cdad.

— El dº de petición ante el Parlamento: Cualquier ciud. de la Unión, así como cualquier persona fís. o jur. que resida o que tenga su dom. social en un Estado miembro, podrá cursar individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición al Parl. Eur. sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Cdad. que *le afecte directamente*.

— En el dº a dirigirse al Defensor del Pueblo, las quejas versarán sobre casos de mala administración en la acción de las instituciones u órg. comunitarios, con exclusión del Trib. de Just. y del Trib. de 1ª Inst. en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

2. Derechos de los ciudadanos comunitarios frente a terceros estados.

En referencia a la política exterior y a la seguridad común, aún referidas a la Unión y sus Estados miembros, el dato interestatal está presente y por tanto la cooperación intergubernamental como procedimiento de reglamentación. Por ello, la protección diplomática y consular de los ciud. de la Unión pese a diseñarse en común, se encomienda a los distintos Estados miembros de modo descentralizado. El art. 8 C establece: Todo ciud. de la Unión podrá acogerse, en el territ. de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplom. y consul. de cualquier Estado miembro, en las mismas condic. que los nacionales de dicho Estado.

La intervención de un Estado miembro distinto del de la nacionalidad es subsidiaria (Sólo si no está representado el Estado en cuestión) y temporal (sólo medidas protectoras inmediatas).

3. El Tratado deAmsterdam de 2 de octubre de 1997.

Tras la firma, su entrada en vigor queda pospuesta para finales de 1999.

Las modificaciones que supone en relación a la ciudadanía europea son: 1) La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía europea; 2) Se faculta al ciudadano comunitario para dirigirse a cualquiera de las instituc. comunitarias y además en cualquiera de las lenguas comunitarias, ahora incluidas en el art. 314 (no sólo franc., alem., ital. y holand.); 3) Todo ciudad. de la Unión, así como toda pers. fís. o jur. que resida en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los doc. del Parl. Eur., del Consejo y de la Comisión; El Consejo regulará el ejercicio de este derecho de acceso, dentro de los dos años sig. a su entrada en vigor. Existe una excepción a este derecho en la declaración aneja al Tratado. En ella se faculta a los Estados miembros a solicitar al Consejo o a la Comisión la no difusión de un determinado doc., siempre que sea originario del Estado solicitante, sin su consentimiento previo.

TEMA XI. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNAC. ASPECTOS GRALES.

I. La competencia judicial internacional.

1. Significado de la noción.

A) Introducción.

Para iniciar un proceso derivado de relaciones de tráfico jurídico externo ante los Trib. de un Estado determinado, el demandante debe verificar previamente que el órg. jurisd. es competente para conocer del mismo. Dos casos para ilustrarlo:

1º) Sent. T.S. 1983: Nal. esp. pretende que los Trib. españoles declaren improced. despido de la empresa demandada, domic. en Liechtestein, tras haber trabajado en obras de ésta empresa en Sudáfrica. país del que fue despedido.

2º) Sent. T.S. 1990: Empr. esp. contrata con empres. naviera panameña remolque de buque de esta última desde puerto de Ghana hasta puerto español. Cond. gales. contrat: sumisión cualq. disputa a T.S. Londres. Por neglig. remolcador, embarranca buque con daños 294000 \$ pagad. a emp. panameña por asegurad. de nac. española. Emp. aseg. reclama a emp. esp. que contrató remolque, la cual formula excepción de falta de jurisd. de ntros. Trib.

En ambos supuestos, antes de determinar el sist. jur. aplicable al fondo del asunto, se suscita la cuestión de si ntros. Trib. se hallan facultados o no para conocer el litigio.

B) Significado de la noción.

La noción de competencia judicial internac. está relacionada con los límites de la jurisdicc. de los Juz. y Trib. españoles y con una concreta categoría de litigios.

a) *Límites de la jur. de los Juz. y Trib. esp.*– El acceso a la jurisd. integra el contenido del dº fund. de todos a la tutela jud. efectiva (art. 24 CE) tutela que se confía al conjunto de Juz. y Trib. esp. según las n. de competencia y proced. que las leyes establezcan. Ahora bien, ha de tenerse presente que el dº fund. del art. 24 no es absoluto o incondicional sino de configuración legal. El legislador, dentro de su libertad de configuración, puede establecer límites al acc. a la jurisd., razonables y proporcionados a su finalidad. Límites especialmente justificados con relación a supuestos como los del apartado anterior, que presentan vinculac. con uno o más ord. extranj.

El legislador ha incluido determinados litigios derivados de relaciones de tráfico externo en los arts. 21.2 a 25 de la LOPJ y ha excluido otros. De este modo, antes de determinar cuál es el concreto org. jurisd. esp. competente para conocer de un concreto litigio, se suscite el problema, de carácter previo, de saber si el legislador ha incluido o no dicho supuesto dentro del ámbito de la jurisdicción española.

b) *La competenc. jud. internac. de los Juz. y Trib. esp. se plantea sólo respecto a ciertos litigios:* los derivados de las relaciones de tráfico externo, que son las susceptibles de estar conectadas con dos o más ord. extranj. El legislador atribuye competenc. a ntros. Juz. y Trib. sólo en aquellos litigios que, en atención a sus circunstancias, poseen una vinculación razonable con la esfera personal y territ. de ntro. ord.

Lo anterior permite aclarar el significado de lo internacional referido a la compet. jud. Se predica de una categoría de litigios, los derivados de relaciones de tráfico externo.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende una consecuencia ulterior: que las normas relativas a la competencia judicial internacional establecidas por cualquier legislador estatal son de carácter *unilateral*. Si bien la compet. jud. internac., en las relaciones entre dos o más Estados, también puede establecerse mediante un tratado internac.

2. Alcance de la noción.

A) Generalidad.

La determinación de la compet. jud. internac. de los Juz. y Trib. esp. es de carácter gral., pues el legislador se refiere al conjunto de los órg. jurisdicc. existentes en su territorio.

Ahora bien, si se pretende iniciar un litigio en España surge un problema ulterior: determinar el concreto Juz. o Trib. que, de los existentes dentro de un mismo ord. jur., posee competenc. por razón del territ. Lo que ha de resolverse mediante las normas de la LEC o leyes especiales que determinan la compet. territ. interna. Así pues, la regulación de competencia jud. internac. (arts. 21 a 25 LOPJ) y de la competencia territ. interna constituyen, pues, dos ordenaciones legales formalmente separadas, aunque entre ellas exista una relación

directa en cuanto a su finalidad.

B) Carácter global por razón de la materia.

La noción de compet. jud. internac. es aplicable a los distintos órdenes jurisd. (civil, penal, etc.), posee un carácter global *ratione materiae*, si bien, en atención a esta obra, en las páginas que siguen sólo se examinarán los problemas de la compet. jud. internac. en los örd.civil y social.

No obstante, conviene señalar que en el orden penal, el art. 23 de LOPJ consagra, en primer lugar, el criterio de territorialidad; en segundo término, y aun habiéndose cometido el delito fuera del territ. nacional, cuando la ley penal esp. sea aplicable en atención a los criterios de personalidad, real o de protección y de justicia universal.

En el órd. contenc.-admins. el art. 24 de la LOPJ establece un único criterio de atribución de compet. jud. internac. a ntros. Trib. , de carácter institucional, pues serán competentes cuando la pretensión ejercitada se refiera a actos de las Admones. Públicas o de los Poderes públicos españ.

3. Relaciones con otras nociones próximas.

A) Competencia judicial internacional y competencia territorial interna.

Una vez resuelto el problema de saber si los Juz y Trib. esp. poseen comp. jud. internac. respecto a un litigio, el paso posterior es averiguar qué concreto Juz o Trib., de los existentes de ntro de un mismo orden jurisd., sea competente por razón del territ. No obstante, la descoordinación habida en la regulación de una competencia (21 a 25 de LOPJ) y la otra (arts. 56 y ss LEC) produce disfunciones o desajustes entre una y otra ordenación legal.

Ej. de desajuste: En materia de alimentos, el art. 22.3 de la LOPJ atribuye compet. jud. internac. a ntros. Trib. cuando el *acreedor* de los mismos tenga su resid. habitual en territ. español; mientras que el art. 63.21 de la LEC establece la compet. territ. del juez del lugar donde tenga su domicilio *aquel a quien se le pidan*.

En el supuesto anterior, y otros similares, M.A. Amores ha sostenido que, caso de existir una discordancia, se resolverá estimando que los criterios de atribución de la compet. jud. internac., si permiten una localización territ. del litigio en España, deben operar también, por extensión, como criterios determinantes de la compet. territ. interna.

B) Competencia judicial internacional directa e indirecta.

La compet. jud. internac. puede considerarse como un presupuesto del proceso, por ello se vincula al momento en que se inicia éste mediante la presentación de la demanda, ya que es dicho momento cuando deberá apreciarse si el Juez se halla o no facultado para conocer del mismo.

No obstante, un sector de la doctrina califica a la compet. jud. internac. como directa para distinguirla de la indirecta que opera cuando se solicita el reconocim. y ejecución en España de una resoluc. judicial extranjera.

Así pues, la regulación que hace el legislador español de la compet. jud internac. posee una doble función: 1) sirve para determinar si los Trib. esp. pueden o no conocer de un litigio de tráfico externo (competencia directa); 2) para verificar si el Trib. extranj. que dictó la resoluc. que se pretende reconocer o ejecutar en España era competente de acuerdo con ntros. criterios (competencia indirecta). Naturalmente sólo en el primer caso se atribuye a ntros. órg. jur. la facultad de ejercer la función jurisd., mientras que en el segundo se pretende averiguar si el volúmen de compet. atribuida al Trib. extra. es similar al que poseen ntros. Trib., o si por el contrario aquél se declaró competente con base a criterios excesivos (para ntro. ord.).

II. Regulación de la competencia judicial internacional.

1. Libertad del legislador estatal y límites a su autonomía.

A) Libertad de configuración del legislador estatal.

— Dado que la compet. jud. internac. se atribuye a los Trib. españ. respecto a litigios que se hallan vinculados con Estados extranj. (bien una parte es extranj. bien los hechos han ocurrido en otro Estado) cabe preguntarse si el DIPú. en cuanto ord. regulador de las relaciones entre Estados, establece normas que delimitan la potestad jurisdiccional de éstos.

— Las normas del DIPú., sin embargo, no determinan con carácter general cuáles son los criterios de competencia judicial que los Estados han de establecer para el conocimiento por sus Trib. de los litigios derivados del tráfico externo. De suerte que, en ppio, cada Estado posee libertad para configurar el volúmen de la compet. jud. internac. de sus órganos jurisdiccionales.

En efecto, como ha afirmado el Trib. Perm. de Just. Internac. (sent. caso LOTUS), si bien la potestad jurisd. del Estado se ejerce, en ppio, en relación con el territ. estatal, el DIPú. no prohíbe en modo alguno a los Estados extender su jurisd. respecto a persons, bienes o actos fuera de su territ., atribuyéndole una amplia libertad en esta materia, que sólo se halla limitada por obligac. específicas que el DI impone en ciertos supuestos.

B) Límites específicos a la autonomía del legislador estatal impuestos por el DIPú.

Límites derivados de normas internacionales, consuetudinarias o convencionales.

1º) La prohibición de *denegación de justicia a los extranjeros* por los Trib. del Estado (ord. estatal excluye a los extranj. del acceso a la justicia; imponerles trasbas, cargas, etc. excesivas). Al respecto, ha de tenerse presente que no existe denegación de justicia cuando un determinado litigio no está incluido en el ámbito de la compet. jud. que el legisl. estat. atribuye a sus Trib.

2º) Los supuestos de *inmunidad de jurisdicción y de ejecución* establecidos por el DIPú. (art. 21.2 LOPJ).

3º) *Límites convencionales*. Dos o más Estados pueden concertar un tratado internac. en el que se establecen, para regular sus relaciones mutuas, criterios de compet. jud. intern. de sus respectivos Trib. en ciertas materias. En este caso, dada la primacía del Dº internac. en el orden interno, este Tratado sustituye a las normas internas sobre la materia (es el caso del Conv. de Bruselas de 1968 s/ compet. jud. y ejecuc. de decisiones en materia civil).

C) En particular: la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado y otros sujetos internacionales.

1) Art. 21.2 LOPJ tras afirmar en su apartado anterior la extensión de la jur. españ. a todo tipo de procesos, establece que se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisd. y de ejecución establecidos por las normas del DIPú. Dos consecuencias importantes.

a) Esta norma opera una remisión a las normas internacionales, que serán las que establezcan cuáles son los supuestos en los que existe inmunidad de jurisd., alcance y excepciones. Por lo tanto, si es invocada la inmunidad jurisd., el juez españ., por imperativo del art. 21.2 LOPJ, deberá aplicar, para acogerla o denegarla, las normas del DIPú.

b) El precepto se remite genéricamente a las normas del DIPú., por lo que el juez españ., para determinar si existe o no inmunidad de jurisd., deberá aplicar las normas convencionales, establecidas por un tratado

internac. y, en otro caso, las normas gales. o consuetudin., creadas por la práctica de los Estados en esta materia.

Ha de tenerse presente, finalmente, que tanto la inmunidad de jurisd. como la de ejecución, han sido considerada como limitaciones legales constitucionalmente legítimas, en atención a los ppios. de igualdad soberana de los Estados, de cooperac. pacífica internac. y de reciprocidad.

2) Aún perteneciendo al DIPú., haremos aquí una breve referencia a sus aspectos fundamentales.

a) Significado y alcance de las dos nociones aquí consideradas. En cuanto a la *inmunidad de jurisdicción*, este límite excluye que el proceso pueda seguirse ante un Juz. esp. aun siendo competente para conocer del litigio, si dicho proceso se ha dirigido contra un demandado que es titular de dicha inmunidad y éste la invoca como excepción. Mientras que la *inmunidad de jurisdicción* opera en un momento posterior, frente a la Sent. que ha puesto fin a un proceso, excluyendo que el órg. jurisd, esp. pueda acordar la ejecución forzosa del fallo contra el benefic. de la inmunidad.

Una y otra inmunidad posee su propia autonomía, pues aun cuando el proceso se haya seguido en España (por no haberse invocado la inmun. de jurisd.), subsiste la inmunidad de ejecución que deberá apreciarse por el Trib. llegado el momento de ejecutar el fallo.

b) Los beneficiarios de las inmunidades de jurisd. y de ejecución son, en esencia, los Estados extranj. y sus órganos, así como las Organizaciones internac. gubernamentales. La refª al Estado extranj. comprende también aquellos supuestos en los que se demanda a uno de sus órganos. De otra parte, las norm. internac. atribuyen inmunidad jurisd. y de ejecución a los llamados órganos exteriores del Estado: misiones diplom., oficinas y delegaciones; a ciertos bienes estatales (buques, aeronaves); a las fuerzas armadas en territ. extranjero.

c) Salvo acuerdo en internac. en contrario, las inmunidades de jurisd. y de ejecución del Estado y otros sujetos internac. en los procesos de orden civil y laboral no tienen carácter absoluto. Y la inmunidad de jurisd. del Estado y de sus órganos tampoco opera, según el dº consuet. internac., en aquellos litigios derivados de actos y relac. jur. en los que éstos actúan como sujetos del tráfico jurídico privado; otro tanto ocurre en el caso de las Organizaciones gubernamentales.

d) Importancia particular posee el régimen procesal. 1) En el Dº español la inmunidad puede hacerse valer mediante una excepción procesal: la de falta de jurisdicción del art. 533.1 LEC (no existe control de oficio como en otros países) que invocará y acreditará el demandado beneficiario de la misma. y 2) Si bien la renuncia a la inm de jur. del Estado y otros sujetos internac. requiere, en ppio, manifestación expresa, se entiende que opera tácitamente cuando el benef. se somete expresamente al Trib. español, bien por iniciar el proceso como actor, bien por comparecer como demandado y alegar sobre el fondo del litigio sin proponer la excepción de falta de jurisdicción. Tampoco opera la inmun. jurisd. si el benef. formula demanda reconvenional.

2. Regulación estatal e internacional de la competencia judicial internacional.

A) Unilateralidad de la regulación estatal.

1) ATRIBUCIÓN.— En cualquier ord. estatal la regulación por el legisl. de la compet. jud. internac. es unilateral. Sólo se limitan a determinar los supuestos en los que son competentes los Tribunales propios. Así, cabe hablar de un carácter atributivo de las normas estatales sobre competencia judicial internac.

Ello se evidencia de modo gral. en los arts. 21 a 25 de la LOPJ (competencia de los Juz. y Trib. españoles o de la jurisd. española) y también en c/u de los supuestos en los que ntros. Trib. son competentes, pues las circunst.

de hecho o de dº utilizadas por el legislador para atribuir competencia judicial, están vinculadas con España. (Demandado tenga su domic. en España –art. 22.2–;

bienes muebles en territ. español al tiempo demanda –22.3–).

2) La consecuencia fundamental de esta unilateralidad es que el demandante que inicia un proceso ante un órg. jurisd. español deberá fundamentar que dicho órg. posee compet. jud. internac. Y si el órg. jurisd. considera que carece de competencia se limitará a declararlo así, *sín* indicar además cuáles son los Trib. extranj. competentes.

3) Los conceptos y categorías jurídicas empleados por el legisl. español, tanto en los supuestos de hecho de las normas como en los criterios de atribución de competencia a ntros. Trib., deberán interpretarse de conformidad con el significado que aquéllos posean en el ord. español.

B) Caracteres de la regulación internacional.

1) DISTRIBUCIÓN.– En atención a la técnica de regulación utilizada por las normas incluidas en un tratado internac., éstas operan una distribución de la compet. jud. entre los órg. jurisd. de los distintos Estados partes en el tratado (ej.: Comparando art. 22.2 LOPJ y art. 16.1 Conv. Bruselas 1968 en materia de dchos. reales s/inmuebles, el primero atribuye compet. a los Trib. esp. cuando los inm. se hallen en España; el segundo que serán competentes los Trib. del Estado donde esté situado el inmueble.)

A diferencia de la ordenación estatal que ha de ser completa y abarcar los distintos sectores de materias, los tratados internac. existentes únicamente regulan la compet. jud. en ciertas materias o en la concreta materia que es objeto de dicho tratado (así el Conv. Bruselas 1968 comprende, en ppio, la materia civil y mercantil, pero su art. 1º excluye de su ámbito de aplicac. los litigios relativos a: estado y capac. pers. fís., regím. matrim., testamentos y sucesiones, por ej.)

De modo que la reglamentación interna constituye la ordenación gral. de la compet. jud. internac. mientras que la convencional sólo constituye una ord. de carácter especial, pero que el juez debe aplicar con preferencia a la reglamentación estatal (primacía normas internac.)

3) La calificación de los supuestos y la interpretación de los criterios distributivos de la compet. jud. internac. han de llevarla a cabo los Trib. estatales atribuyendo a los conceptos y categorías utilizados en las normas convencionales un *significado autónomo*. Han de interpretar el término en el contexto del tratado y en relación con el objeto y fines de éste, recurriendo, cuando sea preciso, a los ppios. grales. del dº. Todo ello para conseguir la igualdad y la uniformidad de los dchos. y obligac. que derivan del Conv. para los Estados contratantes y las pers. interesadas.

4) Esta uniformidad se alcanzará más fácilmente si esa facultad de interpretar se confía a un Trib. internac. (como se ha hecho respecto al Conv. Bruselas 1968 mediante el Protocolo relativo a la interpretación, por el Trib. de Justicia de las Cdades. Europeas, de dicho Conv.)

3. Los criterios de atribución de la competencia judicial internacional.

A) Criterios utilizados.

Un exámen comparativo de los diferentes ord. estatales nos demuestra la existencia de un amplio catálogo de *criterios de atribución o foros* de compet. jud. internacional.

Con finalidad descriptiva los encuadraremos en dos grupos:

1º) De *carácter objetivo* (operan con independ. de la voluntad de las partes). *Personales*: la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual o la mera residencia, de las partes en el litigio o de una de ellas (actor o demandado). Cabe agregar, respecto a las edades. y otras. pers. juríd., la sede o el domicilio social y, en materia concursal, el centro de intereses principales del deudor.

Territoriales: Se basan en una circunst. que no se refiere a las partes, sino a la materia objeto del litigio y su localización en el territ. estatal (*forum rei sitae, forum celebrationis, forum executionis, forum delicti commissi, etc.*).

2º) De *carácter subjetivo* (derivados de la voluntad de las partes). Esta voluntad puede operar de forma expresa, mediante la sumisión de sus litigios, presentes o futuros, a los Trib. de un Estado determinado (*acuerdo de elección de foro*), o bien de forma tácita, por el hecho de presentar el actor la demanda antes los Trib. de un Estado y comparecer el demandado sin impugnar la compet. jud. de dicho Trib., alegando sobre el fondo del asunto.

Conviene tener presentes otros criterios de compet. jud., más excepcionales, que se basan en circunst. procesales relacionadas con otros litigios o con la aplicac. del propio dº en el proceso. (entre los primeros el *forum conexitatis, forum arresti y forum reciprocitatis*; y entre los segundos el *forum legis*).

B) Naturaleza y función de los foros de competencia judicial.

Los criterios anteriores constituyen soluciones posibles que el legisl. estatal puede utilizar o no. Pero además deberá determinar la naturaleza específica de cada uno de los criterios o foros de competencia y su particular función dentro del sistema. Tres aspectos a tener en cuenta:

1) **LEGISLACIÓN ESTATAL.**– Dentro de la libertad de elección de criterios de atribución, el legisl. estatal ha de valorar si un foro es *apropiado* (vinculac. razonable del litigio con el Trib. que conoce del mismo) en atención a la materia objeto de litigio o, por el contrario, resulta *exorbitante* (aquellos que satisfacen intereses part. de un Estado o benefician a los nacionales).

Se consideran exorbitantes: el foro de la nacionalidad del actor del art. 14 del Código civil francés; el *forum presentiae* del sistema inglés; y el foro del patrimonio del sistema alemán.

TRATADOS.– La distribución de la compet. jud. entre los diferentes Estados parte debe asegurar la igualdad de dchos. y oblig. entre éstos. El tratado deberá excluir, en las relaciones interpartes, los foros exorbitantes existentes en sus sistemas juríd. El Conv. de Bruselas, art. 3 y el de Lugano 1988, art. 3 indican aquellas disposiciones nacionales exorbitantes que no cabe invocar contra cualquier persona domiciliada en el territ. de un Estado contratante, a la que se aplicarán únicamente las norm. de compet. jud. establecidas por el Conv.

2) En segundo término, en un sistema estatal de compet. jud. internac. un determinado foro puede tener un carácter *exclusivo* o, por el contrario, ser *facultativo o concurrente*. Si un foro se califica como exclusivo en un ord. estatal, se excluye que en esta materia los particulares puedan someter el litigio a un Trib. extranjero. Supone, además que el Estado que ha reservado la compet. jud. exclusivamente a sus Trib. ulteriormente denegará el reconocimiento y la ejecución en su territ. de la sentencia que dicte un Trib. extranj. en esa materia.

Cuando se trata de un foro de carácter facultativo, el legisl. estatal admite que, aún siendo compet. sus Trib., los interesados puedan someter su conocimiento a un Trib. extranj., bien por la voluntad de las partes, bien al amparo de los crit. objetivos de compet. jud. del ord. extranj.

La diferencia entre un foro exclusivo y otro facultativo radica en la exclusión o admisión de la *derogatio fori* por obra de la voluntad de las partes. No obstante, en el caso de los *foros de protección* establecidos por el

Conv. Bruselas en interés de la parte más débil en una relación juríd. (asegurado, consumidor, etc.) nos encontramos ante una situación intermedia. No se excluye de forma absoluta el acuerdo de sumisión a un Trib. extranj., pero se limita o condiciona, de manera que únicamente se admitirán aquellos acuerdos que beneficien a la parte más débil, así como los concertados con posterioridad al nacimiento del litigio.

3) Finalmente, dentro del sistema de compet. jud. cabe distinguir (art. 22.2, en relación con 22.3 y 22.4 LOPJ), de un lado, *el foro general* y, de otro, los diferentes *foros especiales por razón de la materia*. En los segundos, la comp. jud. internac. se atribuye en atención a los caracteres propios de un determinado sector de materias (filiac. sucesiones, etc.) así como a los intereses de las partes y a los valores jurídicos presentes en dicho sector. El *foro general*, el del domicilio del demandado, constituye en cambio una circunst. que, por su vinculación con un ord. estatal se considera suficiente por sí misma para atribuir comp. a sus Trib. cualquiera que sea el objeto del litig.

III. *El sistema español de competencia judicial internacional.*

1. Evolución histórica del sistema.

A) La situación anterior a la Constitución española.

Desde el s. XVII existió en España, respecto de los litigios de los extranj. domiciliados en España, el llamado fuero de extranjería; se trata de una jurisdicción especial en materia civil y penal que estuvo atribuida desde el s. XVIII a los Trib. de Guerra y Marina. Un R.D. de 1868, llamado de unificación de fueros, suprimió la jurisdicción especial de extranjería.

La unificación se reiteró en el ar. 267 de LOPJ 1870, disposición que pasó casi literalmente al art. 51 de la LEC 1881. Pero también pasó el art. 319 como art. 70 de la LEC, estableciendo que las n. s/compet. territ. interna de los arts. precedentes eran aplicables a los extranj. que acudieren a los Trib. espa. cuando proceda que conozca la jurisd. esp. con arreglo a las leyes del Reino o a los Tratados con otras potencias. La cuestión era saber cuáles eran las leyes del Reino, lo que dió lugar a interpretaciones diferentes.

A partir de la segunda mitad del s. actual la jurisprud. del T.S., partiendo de una estrecha vincul. entre la soberanía est. y el ejerc. de la jurisd. en los litigios de trá. externo, hizo del art. 51 de la LEC el fundamento gral. de la compet. de los Trib. esp. La consecuencia fué la de ir estableciendo las soluciones caso a caso y no siempre sin contradicc. El fund. legal elegido, por su generalidad, hizo que se atribuyera comp. jud. a los Trib. esp. siempre que alguna circunst. del litigio tuviera conexión con el ord. esp. o las partes se hubieran sometido a ntros. Trib. Lo que conducía a un volumen muy amplio de comp. jud. (imperialismo jurisdiccional).

A lo anterior se agregaban dos consecuencias también negativas: la no admisión de la *derogatio fori* por obra de la voluntad de las partes, y la irrelevancia para el juez esp. de una situación internac. de litispendencia.

B) La reforma del sistema español de compet. jud. internac. por la LOPJ.

La necesidad de una reforma en la materia se acrecentó tras la Constitución 1978 y se llevó a cabo mediante Ley Org. 6/85 del Poder Judicial. La reforma presenta los sig. caracteres en el orden civil y social:

1º) El legisl. ha establecido una reglamentación de la compet. jud. internac. separada y distinta de la que se establece en los arts. 56 y ss LEC para la compet. territ. interna.

2º) A pesar de que la ordenación legal de la compet. jud. internac. en la LOPJ es, en ppio, completa, ciertas cuestiones, como la atribución de compet. jud. por obra de la voluntad de las partes, sólo recibieron una solución parcial (no se reguló la sumisión a Trib. extranj. en el orden civil y sus límites o condic. en el orden

laboral). Además sigue siendo inoperante la remisión a una ley concursal (art. 22.4.final), pues aún no se ha adoptado ésta.

Por último la reforma introducida por la LOPJ no fué seguida de otra en la LEC para lograr un adecuado tratamiento procesal de ciertas cuestiones.

C) La ordenación de la competencia jud. en los arts. 22 y 25 de la LOPJ.

En el orden civil, el art. 22 procede a una expresa calificación de los foros utilizados. Indica que los del número 1º operan con carácter exclusivo y los del núm. 2º con carácter gral.; los de los núms. 3º y 4º (especiales por razón de la materia) operan según la expresión legal en defecto de los criterios precedentes.

El iter del razonamiento para determinar si los órg. jurisd. esp. son o no competentes en un litigio derivado del tráfico externo es el sig.: 1) Examinar si en atención al objeto del litigio éste se encuadra en uno de los foros exclusivos del núm. 1º; 2) en su defecto, si está comprendido en uno de los foros especiales por razón de la materia del núm. 3º; y 3) Caso de ser negativa la respuesta, si los Juz. y Trib. esp. son competentes en atención al foro gral. del domicilio del demandado en España o en virtud de la sumisión de las partes (núm. 2º)

En el orden social, el legisl. ha configurado los distintos foros del art. 25 únicamente en atención a la materia, sin distinguir si son exclusivos, generales o especiales.

2. Los principios informadores del sistema.

A) Los principios informadores.

1º) Art. 117.3 Constitución: el ejercicio de la jurisd. se atribuye según las normas de competencia que legalm. se establezcan. Art. 24.2 Constitución: reconoce el dcho. al juez ordinario predeterminado por la ley. De lo que se deriva la exigencia constitucional de una ordenación legal en la que los foros de competencia han de estar *legalmente predeterminados*. Es decir, que la ley establezca los concretos supuestos en los que el legisl. atribuye compet. jud. int. a ntros. Trib. Lo que se expresa en el inciso final de art. 21.1 LOPJ.

2º) El dº a la jurisd. o al acceso a la justicia (art. 24.1 CE) implica la necesidad de atribuir a ntros. Trib. un volumen de compet. jud. suficiente, aunque ello no suponga que el legisl. esté obligado a regular todos los supuestos posibles de tráfc. externo, pues como dº prestacional el de acceso a la jurisd. es de configuración legal. La regulación de esta materia está inspirada en el ppio. de una *proximidad razonable* del litigio con el ord. español.

3º) El legisl. ha de tener presente que los supuestos de tráfico externo se hallan necesariamente conectados con dos o más Estados. En atención al ppio. de apertura del sistema esp. a otros ord. extranj., la ordenación legal en esta materia no puede prescindir de la existencia de otros Trib. que también imparten justicia en el extranj. y que pueden conocer de un litigio si el mismo no está atribuido a los Juz. y Trib. esp. Ni tampoco de los intereses específicos de las partes que operan en el comercio internac., de manera que el legislador deberá adecuar sus soluciones a las exigencias del tráfico externo.

B) Dos problemas particulares: los foros de necesidad y el *forum non conveniens*.

El ppio. de determinación legal de la compet. jud. excluye que ntros. Trib. puedan conocer de un litigio si el supuesto no se halla comprendido en uno de los foros de los arts. 22 y 25 LOPJ. Partiendo de este presupuesto es conveniente dar respuesta a dos problemas:

1) Saber si existe un foro de compet. jud. internac. basado en una necesidad de protección (*foro de necesidad*)

para ciertos litigios, los relativos al estado civil o las relaciones personales de los nacionales españoles, cuando ntros. jueces no son competentes según los criterios del art. 22 LOPJ, ni tampoco puede conocer los Trib. del Estado extranj. (Ej.: declaración de ausencia o fallecim. Ntros. Trib. son compet. sólo si la pers. desaparecida tuvo su últ. domic. en territ. español. Así, si un español desaparece de su domicilio en otro Estado y sus Trib. sólo son compet. en atención a la nacionalidad de la pers. desaparecida. no existiría posibilidad de acceso a la justicia en tal supuesto, ni en Españ ni en el extranjero. Carencia corregida en parte por Conv. Atenas 1966 s/constatación ciertas defunciones, al atribuirse competenc para la declaración del fallec. a los Trib. del Estado de la nacionalidad de la persona desaparecida.)

Estos supuestos excep. pueden aconsejar la reforma por el legisl. de la reglamentación hoy vigente.

2) Segundo problema: Si el Trib. esp. compet. de acuerdo a los arts. 22 y 25 LOPJ puede, no obstante, declinar su competencia e instancia de parte cuanto el litigio, aun presentado cierta conexión con ntro. sistema, se halla mas fuertemente conectado con otro ord. en atención a las circunstancias del caso. Ello supondría introducir en la ordenación legal de la compet. jud. internac. la noción del *forum non conveniens* anglosajón. Pero esta posibilidad de declinar la compet., salvo previsión legal, debe ser excluída de nuestro sistema.

3. La incorporación al ord. español del Conv. de Bruselas de 27 Septiembre 1968.

Desde 1-2-91 forma parte del ord. esp. el Conv. de Bruselas de 1968. relativo a la compet. jud. y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, modificado por los sucesivos Conv. de adhesión a dicho tratado por los nuevos Estados miembros de las Cdades. europeas.

Por su indudable importancia es conveniente, aun cuando constituya un *ius specialis* en la materia, que examinemos la reglamentac. del Conv. junto a las normas gcales. de ntro. sistema contenidas en los arts.21 a 25 LOPJ, para poder apreciar las diferencias.

A) Vinculación del Conv. Bruselas 1968 con el ord. comunitario.

La vinculación viene dada, en primer lugar en su fundamento, el art. 220 del Trat. Constitu. de la CE; además, en las sucesivas ampliaciones de las Cdades. se ha exigido a los Estados nuevos miembros, que inicien negociaciones para su adhesión al Conv. Bruselas. De modo que aun cuando no sea en puridad dº derivado, puede estimarse, en atención al dato anterior, que el Conv. ha venido a formar parte del llamado acervo comunitario.

En segundo lugar, es significativo que la tutela jud.d en el ejercicio de los dchos. que garantiza el Conv. Bruselas se extienda al ámbito global de la Cdad. europea. De un lado, porque las reglas de compet. jud. que establece son aplicables a todas las personas domiciliadas en los Estados contratantes, que son los Estad. miembros de la Unión europea, sean o no nacionales de éstos. De otro, porque las resoluciones dictadas por los Trib. de un Estado miembro pueden ser reconocidas y ejecutadas en los demás Estados contratantes del Conv.

De este modo el Conv. viene a introducir un importante factor de seguridad jurídica en las relaciones de tráfico externo que se desarrollan en el ámbito comunitario.

B) Proyección del Conv. más allá del ámbito comunitario.

Además el Conv. de Bruselas ha adquirido una proyección europea al haber sido incorporada su normativa, con algunas modificaciones, en el Conv. s/compet. jud. y ejecu. de sent. en materia civil y mercan., Lugano 1988 (concertado por los entonces 12 Estados miembros de las Cdades. y los 6 Estados miembros de la Asociac. Europ. de Libre Comercio).

Tener en cta. además que como consecuencia de la propuesta de 1992 de los EEUU en la Conf. de La Haya de concertar un conv. de alcance universal s/ compet. jud. y reconoc. ejec. sent., el Conv. de Bruselas habrá de servir de base en el futuro convenio.

C) El domicilio del demandado en un Estado contratante como presupuesto para la aplicación del Conv. de Bruselas de 1968.

– La ordenación de la compet. jud. en el Conv. Bruselas está articulada en torno a 3 elementos: domicilio del demandado en la Cdad. europea, ciertos foros especiales en atención a la naturaleza del litigio y, el reconocimiento de la voluntad de las partes en esta materia.

De los anteriores elementos, el domicilio del demandado presenta una particularidad: no sólo es el foro general de compet. (art. 2) sino también el presupuesto para la aplicación de las normas de compet. establecidas en los arts. 5 a 18. Correlativamente, no le serán aplicables las n. de compet. jud. establecidas por los Estados contratantes y, en particular, las indicadas en el párrafo 2º, art. 3º, (foros exorbitantes). De este modo, si un demandado se halla domic. en España, serán compet. los Trib. esp. (art. 2). Pero si el proceso se inicia en España y el demandado tiene su domic. en otro Estado contrat., Ntros Trib. sólo podrán conocer del litigio si los arts. 5 a 18 del Con. les atribuyen compet. jud. internac.

– En contrapartida, si el demandado no está domiciliado en un Estado contrat., el art. 4, parr. 1 del Conv. establece que la compet. jud. se regirá por las normas establecidas en la legislación interna. (art. 4 se aplica no sólo a los no domiciliados que son nacion. de un tercer Estado, sino también a los propios nacion. del Estado contratante que conoce del litigio, pues el criterio de la nacionalidad es irrelevante en el sistema de compet. jud. del Convenio Bruselas.) En otros Estados contratantes, caso de Francia, el art. 4 puede entrañar la aplicación de foros exorbitantes, entre ellos la nac. del actor (art. 14 C. Civil francés). Por ello el párr. 2 del art. 4 consagra en este ámbito la exclusión de cualquier discriminación basada en la nacionalidad dentro de la Cdad., de manera que el extranj. domiciliado en Francia, estado contratante, podrá demandar a un no domicil. en la Cdad. ante los Trib. franceses al amparo del art. 14, al igual que los nac. franceses.

Consecuencia importante de la inclusión del art. 4: la sent. dictada contra una persona no domici. en un Estado contratante podrá ser reconocida y ejecut. en los demás Estad. contrat. de conformidad con el Título III del Conv. Bruselas. Por tanto respecto a la persona no domiciliada en la Cdad. las normas estat. de compet. jud. producen, a los fines del reconoc. y ejecuc. de resoluciones jud., los mismos efectos que las establecidas en el Conv, incluso si se trata de foros exorbitan.

Para corregir situaciones abusivas, el art. 59 del Conv. permite, con ciertos límites, que se concierten acuerdos entre un Estado contratante y un tercer Estado para no dar ejecución en el territ. del primero a las resoluciones dictadas en otro Est. contrat. con base en un foro exorbitante.

D) Las materias reguladas por el Conv. de Bruselas de 1968.

1) El ámbito de aplicac. del Conv. se circunscribe a las materias civil y mercantil, excluyendo las materias fiscal, aduanera y administ.. En ppio, pues, *el Conv. sólo es aplicable a los litigios derivados de relaciones de Derecho privado* pero no a los litigios de Derecho público.

A los fines de esta distinción, según el TSJE, la noción materia civil y merc. debe interpretarse autónomamente, atendiendo a los objet. del sistema y a los ppios. gales. que se desprenden del conjunto de los sistemas de Dchos. nacionales. También tener en cta. que cuando una autoridad pública actúa sin ejercer una potestad pública, el litigio queda comprendido en el ámbito del Conve. (art. 1).

2) Tras esta delimitac. inicial, el párr. 2º del art. 1 excluye ciertos grupos de litigios del ámbito de aplicac. del Conv., aunque pertenezcan al Dº privado, litigios que serán regulados por las normas estatales de Compet.

jud. (arts. 22 y 25 LOPJ, en ntro. caso). EXCLUSIONES:

* Litigios relativos al estado y la capacidad de las pers. fís., los regímenes matrim. , los testamentos y las sucesiones siempre que se susciten a título principal sobre estas materias.

No obstante, los Est. miembros han suscrito en Bruselas en 1998 un Conv. relativo a la compet., el reconoc. y la ejecuc. de decisiones en materia matrimonial.

El Conv. de Bruselas 1968, sin embargo, no excluye los litigios relativos a *alimentos*, tanto si se solicitan a título principal como incidental (art. 5.2).

* También se excluyen los litigios sobre quiebra, convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos y el arbitraje.

Respecto a la quiebra, etc. etc. los Est. miembros han concertado un conv. en 1995 s/procedimientos de insolvencia, aún no en vigor.

* Finalmente se excluye la seguridad social, que ocupa en algunos Estados miembros un lugar intermedio entre el Dº público y el privado. Aunque no se especifique, debe entenderse que la exclusión opera tanto en los litig. sobre afiliación como para los de protecc. o relativos a las prestaciones en estas materias.

E) Relaciones del Conv. de Bruselas de 1968 con otros Conv. Internac. y los actos comunitarios.

1) Los arts. 55 a 57 del Conv. de Bruselas determinan aquellos supuestos en los que sus disposiciones son o no aplicables en atención a otros Conv. internac. que también regulan materias objeto del primero. Son los siguientes:

* Art. 55. El Conv. de Bruselas es aplicable en sustitución de los conv. internac. concertados por dos o más Estad. contrat., que expresamente se indican en este artículo, cuando el litigio versa sobre materias incluídas en su ámbito de aplicación, según art. 1º. Lógicamente dichos conv. continuarán surtiendo sus efectos en las materias excluídas del ámbito del Conv. Bruselas.

* En contrapartida, el art. 57 permite la aplicación por los Est. contrat. de otros conv. internac. en los que éstos sean parte y que, en materias particulares, regularen la compet. jud. , el reconoc. o la ejecuc. de las resoluc.. La excepción se justifica por el ppio. *ius specialis derogat generali*. y también por el hecho de ser parte en dichos Conv. Estad. no miembros de las Cdades. (caso de los conv. internac. que contienen normas de compet. jud. internac. en el ámbito del transporte terrestre, marítimo o aéreo).

2) El Acuerdo s/Patentes Comunit. de 1989 suscrito por los Est. miembros de las Cdades., aún constituyendo *ius specialis* por razón de la materia, ocupa una posición distinta. Su Protocolo sobre litigios se remite a las disposic. del Conv. de Bruselas; pero la remisión opera salvo disposic. en contrario del presente Protocolo. Y al ser numerosas las derogaciones que introducen sus arts. 13 y 14, la aplicación de ambos documentos da lugar a una ordenación especif. en la materia.

3) El Conv. de Bruselas se vincula directamente con otras normas de Dº comunitario. Su art. 57.3 contiene una reserva en favor de la aplicación de las disposic. que, en materias particulares, regularen la compet. jud., el reconoc. o la ejecuc. de las resoluciones y que estén o estuvieran contenidas en los actos de las instituciones de las Cdades. (reglamento, directiva) o en las legislaciones armonizadas en ejecución de dichos actos.

TEMA XII. LA COMPETENC. JUD. INTERNAC. DE LOS JUZ. Y TRIB. ESPAÑOLES

I. Introducción.

Según los arts. 22 y 25 de LOPJ y el Título II Conv. Bruselas, la compet. jud. internac. se atribuye: 1) En atención a la materia objeto del litigio (comp. exclusivas y especiales por razón de la materia), 2) En atención a una finalidad de protección de la parte más débil de la relación, 3) Por obra de la autonomía de la voluntad de las partes (expresa o tácita), y 4) En orden a la adopción de medidas cautelares. En este tema abordaremos conjuntamente los foros de compet. de las normas internas y del Conv. de Bruselas.

Tanto en una como en otra normativa existe un *foro gral.*, el del domicilio del demandado (art. 22 LOPJ y 4 del Conv.) que opera con independencia de la materia objeto del litigio, foro que ya se estudió en el tema anterior. Aunque sí hay que tener presente que tanto en el Conv. de Bruselas, como en el art. 22 LOPJ, el foro gral. del domicilio no opera en el supuesto de las compet. exclusivas. También que existen reglas particulares para la determinación del domicilio a los fines de la ordenación de la compet. jud. (En esencia, si se trata del domicilio de una per. fís. en el Estado que conoce del proceso, habrá de estarse a lo dispuesto en la Ley de dicho Estado; y si estuviera domiciliada en otro Est., el Trib. aplicará asimismo la ley del Est. del domicilio.

Para la determinac. del domicilio a los fines de los arts. 22 y 25 LOPJ, habrá de estarse a lo dispuesto en los arts. 40 y 41 Cc y 64 a 68 LEC. En general, tener presente que si el domic. del demandado se halla en España, Est. contrat. del Conv. Bruselas (o en un Est. contrat. en el supuesto de su art. 18) ello hará que la normativa de dicho Conv. sea la aplicable para determinar la compet. jud., lo que reduce, paralelamente la aplicación de la normativa interna (arts. 22 y 25 LOPJ).

II. *Atribución de la competencia judicial en atención a la materia objeto del litigio.*

1. Los foros de carácter exclusivo.

A) Introducción.

Los arts. 22.1 LOPJ, en el orden civil y mercantil, y de forma similar el art. 16 del Conv. Bruselas, atribuyen compet. exclusiva en ciertas materias a los Tribunales allí designados, sin consideración del domicilio.

Estos foros se establecen por razón de la materia; si además se califican de exclusivos ello presupone que existe una estrecha vinculación de esa materia con los Trib. a los que se atribuye competencia, son los que se hallan mejor situados para resolver las controversias.

Los foros de compet. pueden producir un doble efecto excluyente: 1) Impiden que se produzca la *derogatio fori* de los españoles, por lo que poseen un carácter directamente imperativo, y 2) Si estos foros excluyen que los Trib. de otro Est. puedan ser competentes en esas materias, lógicamente la sent. que dicte un Trib. extranj. sobre las materias objeto de los foros exclusivos, no podrá ser reconocida ni ejecutada en España o, en su caso, en otros Est. parte del Conv. Bruselas.

Por la importancia de estos dos efectos procesales, los foros exclusivos deben ser aplicados con una doble restricción: 1) Puesto que constituyen, en ambas normativas, una categoría cerrada en su formulación, sólo producirán los efectos antes indicados aquellos concretos foros que el legislador ha calificado expresamente como exclusivos y 2) Dado que los foros exclusivos no pueden ser interpretados extensivamente más allá de lo que requiere su objeto, sólo operan con este carácter cuando la materia se suscita en el litigio a título principal.

Por último, las materias reservadas al conocim. exclusivo de ntros. Trib. por el art. 22.1 LOPJ y las del art. 16 del Conv. son las mismas, como iguales son los criterios de atribución. Pero en el Conv. existe además, una norma especial en materia de contratos de arrend. de inmuebles, que no existe en la LOPJ.

B) Dchos. reales inmobiliarios y contratos de arrendamiento de inmuebles.

Es el primer foro exclusivo. Se atribuye la compet. a los Trib. del Est. contrat. donde el inmueble estuviere situado (art. 16.1.a) Conv. Bruselas), o a los Trib. españoles cuando el inmueble se halle en España (art. 22.1º LOPJ).

La situación del inmueble, de ordinario, no suscita ningún problema. Pero en relación con un contrato de arrend., es posible que un inmueble se extienda sin solución de continuidad a uno y otro lado de la frontera o esté integrado por parcelas no contiguas, situadas en dos Estados. En el primer caso debe considerarse a los fines del art. 16.1 Conv. que la propiedad constituye una unidad cuando la mayor parte del inmueble se halle en uno de los dos Est. En el segundo, en cambio, el TSJE ha estimado que los Trib. de cada Est. son competentes respecto a la parcela situada en su territorio.

Respecto a los litigios en materia de dchos. reales inmob. la noción de inmueble puede suscitar un problema de calificación. A los fines del art. 22.1 LOPJ, una calificación conforme a la *lex situs* coincidirá con la ley española como *lex fori*. En cambio, si es aplicable el art. 16.1 Conv. la expresión dchos. reales inmob. requiere una interpretación autónoma.

El ámbito de los dchos. reales inmob. son las acciones *in rem*; esto es, las relativas a la existencia de la posesión, la propiedad y otros dchos. reales sobre el bien, mediante las cuales los titulares de estos dchos. protegen las prerrogativas derivadas de su título con efectos *erga omnes*. Deben excluirse las acciones personales o mixtas (acción del comprad. contra el vend. del inmueb. para la entrega de la cosa vendida o, en ciertos sistemas juríd. la transferencia de la propiedad).

Cuestiones a tener en cta. respecto de los litigios relativos al *arrendamiento* de inmuebles: 1) La noción de arrendamiento no debe ser interpretada extensivamente, por lo que deben excluirse los arrendamientos de empresa. Comprende los contratos de arrend., en sentido propio, de inmuebles tanto rústicos como urbanos. 2) Los litigios objeto del art. 16.1 Conv. en esta materia incluyen los relativos a la existencia e interpretac. del contrato de arrend. y a las obligac. de arrendador y arrendatario, incluida la reclamación de la renta o la reparac. de los daños causados por el segundo.

Finalmente, en los arrend. de temporada se establecen regulaciones distintas en el Conv. de Bruselas y en el de Lugano. En el Conv. Bruselas se establece compet. alternativa de los Trib. del Est. de la situación y del Est. del domic. del demandado para aquellos arrend. que 1) se destinen a uso particular, 2) plazo máximo de 6 meses consecut. duración, 3) arrend. y arrendat., perso. fís. y 4) Ambos domiciliados en mismo Est. contrat. En el Conv. Lugano basta que el arrendat. sea persona física y que ninguna de las partes esté domic. en el Est. de la situación del inmueble arrendado.

C) Constituc. y disol. de sociedades y otras personas jurídicas y acuerdos de sus órganos.

Tanto la regulación en el conv. como en la LOPJ, no suscita mayores problemas en la determinación de las entidades a que se refiere, sociedades o personas jurídicas. Para el precepto español operarán los arts. 35 Cc, y respecto a las sdades. mercant., el C.Com., Leyes especiales y los arts. 94 y ss. del RRM. Respecto al Conv. Bruselas, tener en cta. su limitac. a la materia civil y mercant. y el carácter autónomo con el que han de interpret. los términos que emplea.

Los litigios a que se refiere este foro exclusivo de compet. se limitan a tres órdenes de cuestiones: 1) El relativo a la validez o nulidad de constituc. de sdades. o pers. juríd.; 2) El relativo a su disolución y a su liquidación posterior (excepto si es consec. directa de proced. concursal); y 3) El relativos a los acuerdos y decisiones de sus órganos (sólo cubre aquellos supuestos en que la validez o nulidad del acuerdo es el objeto principal del litigio; excluyéndose aquellos en que la propia sdad. reclama frente a uno de sus socios el cumplimiento del acuerdo).

La compet. jud. se atribuye a los Trib. esp. cuando las sdades. o pers. jur. tengan su domicilio en territ. esp. Y

en el Conv. Bruselas, a los Trib. del Est. donde tuviera su domicilio. Respecto a la determinac. de esta circunst. en el art. 22.1 LOPJ, el domicilio se consigna en los estatutos y deberá constar respecto a las ciudades en el Reg. Mer. al igual que los cambios de domic. En el Conv. Bruselas en defecto de una noción uniforme de domicilio, su determinac. se deja a las normas de DIP del Estado cuyos Trib. conocieran del asunto.

D) Validez de las inscripciones en los registros públicos e inscripciones o validez de patentes y otros dchos. de la propiedad industrial.

Foro exclusivo relativo a la validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Reg. español (art. 22.1 LOPJ); materia que, con carácter general, también se incluye en el art. 16.3 del Conv. Bruselas. Se excluyen, como es obvio, los efectos de la inscripc. en el Reg. sobre los dchos. de las partes. En el caso del Conv. Bruselas, el ámbito de materias de su art. 2 limita los Reg. a los que es aplicable este precepto., a los fines de la compet. jud. de ntros. Trib.: no comprende, claro está el Reg. civil, pero sí el Reg. Prop.; Merc.; Prop. Indust. y Prop. Intelec.

Otro supuesto es el relativo a los litigios sobre las inscripciones o validez de patentes y otros dchos. propiedad indust. sometidos a depósito o registro. El precepto español atribuye compet. jud. exclusiva a ntros. Trib. cuando se hubiere solicitado o efectuado en España el depósito o el registro; el Conv. Bruselas la atribuye a los Trib. del Est. contrat. donde se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado, el depósito o el registro en virtud de lo dispuesto en algún conv. internac.

Los litigios relativos a este foro exclusivo son únicamente los relativos a la inscripción o a la validez de la concesión de los dchos. de prop. indust. Se excluyen las reclamaciones sobre la titularidad o el ejercicio del dcho., así como su violación por terceros. (Tener en cta., respecto de las materias excluidas, el Conv. s/patente Europea, Munich 1973 y el Acuerdo s/patentes comunit., Luxemburgo 1989).

2. Los foros especiales por razón de la materia.

A) Introducción.

– Los foros de compet. jud. se califican como especiales en relación con el foro general del domicilio del demandado. Especialidad que radica en determinadas circunst. vinculadas con la materia objeto del litigio y la proximidad de las mismas a los Trib. de un Est. determinado. En el caso del art. 22 LOPJ, a los Trib. esp.; en el del Conv. Bruselas, a los indicados en su art. 5.1 a 5.7.

En relación con este último, a tener en cta. dos datos importantes en relac. con su ámbito de aplicación: 1) sólo las personas domiciliadas en un Est. contrat. pueden ser demandadas en virtud de las normas de las secc. 2 a 6, Título II del Conv. En otro caso, el Conv. no es aplicable, operando las normas estatales de compet. jud., según art. 4. Y 2) Según arts. 3 y 5, el Trib. ante el que esas pers. pueden ser demandadas debe ser el de otro Est. contrat.. Ej.: un trabajador que únicamente ha prestado sus serv. en el territ. de Esta. no contrata., demanda a la empresa, domic. en un Est. contrat.; el art. 5.1 del Conv. no es aplicable, pues el Trib. que sería compet. según los criterios de este precepto sería el de un Est. no contrat. En este caso el trabajador sólo podrá recurrir a los Trib. del domic. del demandado, de acuerdo al art. 2 del Convenio.

– En la ord. legal de la compt. jud. internac. los foros espec. por razón de la materia presentan dos rasgos característicos: 1) operan en favor del demandante, al permitirle iniciar el proceso ante un Est. distinto del del domic. del demandado; se califican como foros de ataque. y 2) no poseen un caráct. imperativo para las partes, sino meramente dispositivo o facultativo.

– Los foros espec. por razón de la mat. en art. 22.3º y 4º LOPJ ofrecen divergencias con los contenidos en las Secc. 2 a 4 del Conv.: 1) Por ser más limitado el ámbito de materias del Conv. a tenor de su art. 1; y 2) Por la

naturaleza de ciertos foros (si en el Conv. su objetivo es la protecc. de la parte más débil –asegurado, consumidor– esa idea carece en la ordenación española de los cauces procesales para hacerla efectiva, a la espera reforma LEC.

Por último, aún coincidiendo la materia y la naturaleza de los foros en la LOPJ y en el Conv., existen divergencias import. en cuanto a los crit. de atribuc. de la compet. jud.

B) Materias relativas a la persona, la familia y las sucesiones.

Se regula en el art. 22.3º LOPJ, pero no en el Conv., en virtud de la exclusión operada en su art. 1, salvo en el caso de alimentos. Situación que puede cambiar en breve respecto a los Est. de la C.E. por la adopc. del Conv. Bruselas 1998 s/compet. jud., reconoc. y ejecuc. resoluciones judiciales en materia matrimonial.

Ámbito del dº de la persona. El primer foro especial es el relativo a la declaración de ausencia o fallecimiento. Serán compet. los Trib. esp. cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español.

Solución que debe completarse con lo dispuesto en los arts. 1 y 2 del Conv. Atenas 1966 s/constatac. ciertas defunc., que también atribuye compet. para declarar fallec. a Autoridades del Est. de la nacionalidad de la persona desaparecida. Aplicable por analogía a la declar. de ausencia.

Segundo foro especial en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados. Serán compet. ntros. Trib. cuando dichas personas tuvieran su resid. habitual en España. A tener en cta. el Conv. La Haya 1961 s/ compet. autorid. y ley aplicable en mat. de protecc. menores si residen habit. en un Est. contrat.

Un supuesto no regulado por la LOPJ es el de las acciones encaminadas a la restituc. de un menor trasladado ilícitamente a otro Est., con violac. de dchos. de custodia y visita. No obstante, el Conv. La Haya 1980 (en vigor para España), si se trata de menor con resid. habit. en un Estado parte, atribuye compet. a las autorid. de aquel Est. donde ha sido trasladado o se le retiene ilícit.

Ámbito del dº de familia. El primer foro especial es el de las causas matrimoniales. Litigios relativos a nulidad matrimonial, separación, divorcio, así como relac. patrim. cónyuges. Atribución de compet. jud.: *Regla gal.:* Los Trib. esp. serán compet. en los litigios sobre estas materias cuando ambos cónyuges posean resid. habit. en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su resid. habit. en España. *Regla específica:* Serán compet. para declarar el divorcio, si éste se solicita por mutuo consenso, cuando ambos cónyuges tengan la nac. española, cualquiera que sea su lugar de residencia.

En materia de filiación, los Trib. esp. poseen compet. jud. internac. en tres supuestos:

1º.– En relación con la *filiación por naturaleza* (accs. de reclamac., validez o nulidad del reconoc., accs. de impugnac.) la compet. jud. internac. se atribuye cuando el hijo tenga su resid. habit. en España al tiempo de la demanda o el demandante sea esp. o resida habit. en España.

2º.– Para la *constitución de la adopción*, el juez esp. es compet. cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habit. en España. Si la adopción se constituye en el extranj. ante Cónsul de España, éste tendrá las mismas facultades que el juez siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular. A tener en cta. que la competencia del Cónsul sólo podrá ejercitarse si a ello no se opone la legislac. del Est. receptor.

3º.– En materia de *relaciones paterno–filiales* son compet. ntros. Trib. si el hijo reside habit. en España o el demandante es español o reside habitualmente en España.

En relación con las reclamaciones de alimentos, se establece un foro especial tanto en la LOPJ (art. 22.3º) como en el Conv. Bruselas (art. 5.2). La compet. jud. internac. se atribuye con criterios similares en una y otra ordenac. legal:

1º) Si la reclamación se hace a título principal, los Trib. esp. son compet. cuando el acreedor de los mismos tenga su resid. habit. en territ. esp.. Según Conv. Bruselas, el domiciliado en un Est. contrat. puede ser demandado ante el Trib. del lugar del domic. o resid. habit. del acreedor de alimentos.

2º) Si la reclamación constituye una demanda incidental o accesoría a una acc. relativa al estado de las personas, el Conv. Bruselas también es aplicable, determinando el art. 5.2 que será compet. el Trib. que, según la ley del foro, conozca de aquella acción, salvo que tal compet. se fundamente exclusivamente en la nac. de una de las partes. Misma solución implícita en LOPJ.

Ámbito del dº de sucesiones. Art. 22.3 LOPJ. Serán compet. los Trib. esp. cuando el causante haya tenido su último domicilio en territ. esp. o posea bienes inmuebles en España. La solución adoptada indirectamente restringe los supuestos en que la ley nacional del causante (art. 9.8 Cc) será aplicada por ntros. Trib.; de manera que la regla de compet. jud. condiciona el ámbito de la norma que determina el Dº aplicable.

C) En materia patrimonial: obligaciones contractuales.

Se regula en el art. 22 LOPJ y en el Conv. Bruselas, si bien con soluciones divergentes. La excepción la constituye el foro especial para las accis. relativas a bienes muebles, no incluido en el conv. Bruselas, en que la compet. se atribuye a ntros. Trib. cuando el bien mueble se encuentre en territ. español al tiempo de la demanda.

En materia de obligaciones contractuales, tanto la interpretac. de estas nociones para calificar la acción ejercida, como los crit. determinantes de la compet. jud., son distintos en una y otra ordenación legal, por lo que se examinarán separadamente.

ART. 22.3º LOPJ. – Es obvio que la noción de obligac. contractual deberá interpretarse de acuerdo a su sig. en el Dº esp. Una vez hecho esto, este precepto establece la compet. de ntros. Trib. cuando las obligac. contract. hayan nacido o deban cumplirse en España. Dos criterios alternativos para atribuir compet. judicial en esta materia.

1º) Haber nacido en España la obligac. contrac. supone que aquí ha sido contraída, que en España se han realizado los actos determinates de la celebrac. del contrato del que surge la oblig.. Pero el lugar de celebrac. del contrato suscita ciertos problemas en orden a la determinac. de la compet. jud. internac. de ntros. Trib.

No basta la mera celebrac. del contrato en España, sin ninguna otra conexión con el ord. español. Sería contrario al ppio. de proximidad razonable. Si existiría conexión suficiente cuando una de las partes resid. habit. en España o el objeto del contrato se encuentre en territ. español.

En el problema de contratación entre ausentes, debe estarse a la solución del art. 1262.2 del Cc, de modo que se presumirá que el lugar de celebrac. es el del Est. donde se realizó la oferta.

Por último, si se alude a las obligac. nacidas en España, ello implica no sólo su existenc. y validez, sino también su eventual nulidad conforme a la ley aplicable a las obligac. contract. (Conv. Roma 1980). Será compet., por tanto, el Trib. esp., tanto si se plantea la cuestión de nulidad a título principal por el demandante, como por el demandado frente a la pretensión del actor.

2º) Que deban cumplirse en España las oblig. contract. implica que ntro. país es el lugar de ejecución de las oblig. Este criterio plantea diversas cuestiones. En primer lugar, la expresión legal deban cumplirse atribuye

compet. a ntros. Trib., tanto si España es el lugar donde la obligación se ha cumplido efectivamente, como si es el lugar donde debía haberse cumplido, aunque ello no haya ocurrido. En segundo lugar, en cuanto a la oblig. que debe tenerse en cta. a los fines de concretar en España este criterio de atribución de comp. jud., cabe observar que el ar. 22.3º LOPJ se refiere genéricamente a obligaciones, sin vincular una de ellas con el objeto del litigio. Lo que posibilita una interpretación más amplia (cualquiera de las oblig. principales del contrato).

Por último, para determinar el lugar de ejecución y saber si se encuentra en España, el Trib. esp. deberá aplicar, con carácter previo, y a los solos efectos de fundamentar su comp. jud., la *lex contractus*, o sea, la ord. contenida en el Convenio Roma 1980 y, si la materia queda fuera de este Conv., el art. 10.5 Cc.

Las divergencias de los Dchos. nacinales sobre el lugar de ejecuc. de las oblig. pecuniarias son muy acusadas: en ciertos Est. es el domicilio del deudor (Ej. España, Francia, Alemania); en otros, salvo pacto, es el domicilio del acreedor. En muchos casos las partes determinan en el contrato cual es el lugar de ejecuc. de las oblig. contraídas. Pero no cabe excluir que aun en este caso deba aplicarse la *lex contractus*, pues será le ley rectora del contrato la que decida si la determinación hecha por las partes es válida.

ART. 5.1 CONV. BRUSELAS.– Determina, en gral., que es competente en materia contract. el Trib. del lugar donde hubiere sido o debiere ser cumplida la oblig. que sirve de base a la demanda. Estableciendo a continuac. soluciones particulares para los cont. de consumo, seguro y trabajo.

– En lo que respecta a la materia contractual, el TJCE ha declarado que esta expresión requiere una calificac. autónoma, propia del Conv. y no de c/u de los Dchos. nacionales.

– Para determinar la comp. jud. en esta materia ha de partirse de la obligación que sirve de base a la demanda. Es decir, la oblig. primaria que se deriva directamente del contrato entre las partes y fundamenta la pretensión del actor (no la obligación secundaria en que consiste, p. ej., la indemnización por incumplimiento). Lo que debe precisarse acudiendo a la *lex contractus*.

De otra parte, el lugar relevante para determinar la comp. jud. según el art. 5.1 Conv. es el del Est. donde se ha cumplido o debía cumplirse la oblig. Lo que entraña una localizac. del dcho subjetivo que puede ser expresa, por haber convenido las partes dicho lugar, o que en otro caso cabe deducir del contrato.

D) En materia patrimonial: obligaciones extracontractuales.

Tanto el art. 22.3 LOPJ (en materia de oblig. contractuales), como el art. 5.3 Conv. Bruselas (en materia delictual o cuasidelictual), han establecido un foro especial en esta materia. Foro en parte coincidente (ambos establecen la comp. jud. internac. del Trib. del lugar donde se ha producido el hecho dañoso del que surge la oblig.). Si bien la norma interna agrega otro foro altenat.: que el autor del daño y la víctima tengan su resid. habit. en España.

A los fines del primer precepto, la calificac. de las oblig. extracontractuales debe hacerse según la ley española (arts. 1902 y ss. Cc). La materia delictual o cuasidelictual según el art. 5.3 Conv. constituye, en cambio, un concepto autónomo.

La *precisión del lugar* puede suscitar problemas cuando en atención a las circunst. del caso es posible diferenciar el lugar de origen o aquel donde ha ocurrido el hecho causal del daño, y el lugar donde se produce el resultado dañoso.

En estos casos ha de entenderse que tanto la LOPJ como el Conv. Bruselas admiten que el actor puede reclamar por el perjuicio causado ante el Trib. del Est. donde se ha originado el daño o ante el del Est. donde se ha producido el perjuicio. Aunque debe tenerse presente que la posibilidad de disociar uno y otro lugar

tiene ciertos límites. Así, respecto al origen o hecho causal, lo relevante es la acción u omisión que produce el daño (no los hechos preparatorios). En cuanto al resultado, lo relevante es el perjuicio directamente sufrido por la víctima (no por terceros como repercusión de aquél).

E) En materia de derechos reales mobiliarios.

Este foro especial sólo se contiene en el art. 22.3º LOPJ, atribuyendo comp. a los Juz. y Trib. esp. cuando el bien mueble se encuentre en territ. esp. al tiempo de la demanda. Pero ha de tenerse presente que, por la incidencia del foro del domicilio del demandado en orden a la aplicac. del Conv. Bruselas, este foro sólo operará contra demandados no domic. en la Cdad. europea.

La compet. de los órg. jurisd. esp. en este supuesto se limita a los dchos. reales sobre el bien. Noción que, al igual que la de muebles habrán de calificarse según la ley española.

III. *Atribución de la competencia judicial en atención a la finalidad de protección de la parte más débil.*

1. Introducción.

Nos encontramos ante litigios derivados de relaciones contractuales en las que una de las partes es el sujeto más débil en cuanto a su capacidad negociadora, lo que exige atribuir la compet. jud. en atención a una finalidad de protección de esa parte más débil. No son pues regímenes especiales en materia contractual.

Tanto la LOPJ como el Conv. Bruselas comparten esta finalidad de protección de la parte más débil, si bien las soluciones difieren, mucho más limitada la normativa española. En ésta se contiene un primer elemento para lograr la protecc., el establecim. de un foro que tenga suficiente proximidad con la parte más débil, pero carece del segundo, que sí se ha incluido en el Conv.: la limitación en estas materias de la auton. de la volunt. de los contratantes para determinar mediante acuerdo la competencia judicial. Aún agrega el Conv. en su art. 28 un tercer elemento de protección: el control por el juez del exequatur de los preceptos antes mencionados.

2. Los foros en materia de contrato individual de trabajo, consumo y seguro.

A) Contrato individual de Trabajo.

ART. 5.1 CONV. BRUSELAS.– A diferencia de la solución gral., en los litigio s relativos a un contrato indiv. de trabajo la comp. jud. internac. se atribuye en atención al lugar en el que el trabajador desempeñe habit. su trabajo (*forum loci laboris*), pues el Trib. de dicho lugar es sin duda el más próximo a la parte más débil. Ello no siempre se producirá, pues el trabaj. puede ser enviado por la empresa que lo contrató a otro Est. distinto para realizar el trabajo, si bien en este caso podrá recurrir al foro gral. del domic. deldemandado, si éste se halla en la Cdad. europea.

En cuanto a la precisión del lugar donde el trab. realiza habit. su trabajo, es aquel en el que el trab. ha establecido el centro efectivo de sus activid. profes.. Este foro no es aplicable si el trabajo no se realiza en la Cdad. europea.

Si el trabajo se desempeñare habit. en varios Est. o en un Est. no parte en el Conv. Bruselas, su art. 5.1 ha previsto un foro alternativo: podrá también demandarse al empresario ante el Trib. del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establec. que hubiere contratado al trab.. Y si se trata de un contrato de trabajo ejecutado en el territ. de varios Est. contrat., ha de entenderse que es el lugar en el que el trab. ha establecido el centro efectivo de sus activ. profes., lo que corresponde apreciar al Trib. nacional. Se trata de una opción que sólo opera en favor del trab. Mientras que en el Conv. de Lugano, este foro puede ser utilizado también por el empresario.

ART. 25.1º LOPJ.– Atribuye compet. jud. internac. a los Juz. y Trib. esp. en materia de dchos. y obligac. derivados de contrato de trabajo mediante varios foros alternativos. Si el demandado no está domiciliado en la Cdad. europea (caso afirmativo se estaría a las soluc. del art. 5.1 Conv. Bruselas) los órg. jurisd. esp. son competentes en los cuatro supuestos siguientes: 1) Cuando los servicios se hayan prestado en España; 2) Cuando el contrato se haya celebrado en territ. esp.; 3) Cuando el trab. y el empresario tengan la nac. española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios. Y 4) Respecto al contrato de embarque, cuando el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trab. español.

B) Contrato de consumo.

La comp– jud. int. en esta clase de contratos se regula en los arts. 13 a 15 del Conv. Bruselas, regulación que ha inspirado la contenida en el art. 22.3º LOPJ, razón por la cual haremos un tratamiento conjunto, pese a sus posibles diferencias. P. ej. la noción de consumidor la define el art. 13 Conv., no así la norma interna, cuando hace referencia a los contratos celebrados por una persona para un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional. Se trata del consumidor final. En este punto coincide con el art. 5 Conv. Roma 1980.

Sí existe coincidencia, en la regulación de los contratos de ventas a plazos de mercaderías y operaciones de crédito para financiar su adquisición y, también, los contratos celebrados por los llamados consumidores pasivos, o sea, los que adquieren un producto sobre el que ha existido una oferta o publicidad en el Est. de su domicilio y allí realizan los actos neces. para su adquisic. (no a la compra hecha en Londres, en el curso de un viaje, por ese mismo consumidor).

En tales supuestos, el art. 14 Conv. establece que si el consumidor es el demandado por el vend. o prestador del servicio, sólo será compet. el Trib. del Est. de su domicilio. Pero si es el demandante, puede iniciar el proceso ante los Trib. del Est. del domicilio del vendedor o incluso ante los Trib. del Est. donde estuviere domiciliado el mismo consumidor (*forum actoris*). Y si el demandado, pese a no estar domiciliado en la Cdad. europea tuviera una agencia, sucursal o cualquier otro establec. en un Est. miembro, se le considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado.

C) Contrato de seguro.

El art. 22.4º LOPJ estableció una norma atribut. de compet. a los Trib. esp. en materia de seguros, que tras la adhesión de España al Conv. Bruselas resulta inaplicable en la práctica. Habrá de estarse a lo previsto en los arts. 7 a 12 bis del Conv., ello por hallarse ambos domicilios en la Cdad. europea. Respecto a la noción de seguros habrá de estarse a la calif. autón. del Conv. Quedan comprendidos los seguros de grandes riesgos, pero se discuten los reaseguros.

Según la regulación convencional, el asegurador, si tiene domic. o un establec. en la Cdad., puede ser demandado: 1) Ante el Trib. del Est. del domic. del tomador del seguro (*forum actoris* en favor de la parte más débil); 2) Ante el Trib. del lugar en que se hubiere producido el hecho dañoso (en el caso de seguros de responsab. relativos a inmuebles o a muebles e inmuebles cubiertos por una misma póliza y afectados por el mismo siniestro); 3) Ante el Trib. del domic. del asegurador, si se halla en un Est. contrat., o el Trib. del lugar de la agencia, sucursal o cualquier otro establec. en un Est. contrat. para los litigios relativos a su explotación, si el asegurador del que dependen dichos establec. no está domic. en la Cdad. En contrapartida, si el asegurador es el demandante, deberá litigar ante los Trib. del Est. del tomador del seguro o beneficiario.

IV. Atribución de la competencia judicial por obra de la voluntad de las partes.

1. Introducción.

Tiene dos manifestaciones: sumisión *expresa* y sumisión *tácita*. Las partes pueden someterse expresamente a los Trib. de un Est. determinado al concertar una relación de tráfico externo, y pueden hacerlo también

posteriormente, respecto a una controversia ya planteada. De suerte que en ambos casos es la autonomía de la voluntad la que constituye el fundam. expreso de la sumisión.

En segundo término, la voluntad de las partes, manifestada mediante su comportamiento procesal, puede ser el fundam. para la sumisión tácita a los Trib. de un Est. determinado (si el actor presenta la demanda y el demandado comparece y se opone a las pretens. sin impug. la compet.).

La regulación en el Conv. y en la LOPJ presenta diferencias. La LOPJ (art. 22) si bien regula la sumisión expresa o tácita, lo hace únicamente para atribuir compet. a los Trib. españoles, prescindiendo así de regular los acuerdos por los que las partes someten un litigio a un Trib. ext.

No define el art. 22 la sumisión expresa o tácita, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 57 y 58 LEC. Tampoco precisa cuál es el ámbito de la sumisión *ratione materiae*.

La regulación de los arts. 17 y 18 del Conv. es más completa. Aunque las divergencias se atenuan en parte, pues en muchos supuest. será aplicable el Conv. si el litigio se encuadra en el ámbito de materias de su art. 1º y, además, se dan los presup. para la aplicac. de los arts. 17 y 18.

2. La sumisión expresa.

CONV. BRUSELAS.— El acuerdo de sumisión expresa se regula en el art. 17. Para su mejor comprensión conviene diferenciar tres supuestos, según su mayor o menor vincul. a Cdad.

1) Aquel en que las partes en el acuerdo someten el litigio a un concreto Trib. o a los Trib. de un Est. contrat., cuando al menos una de ellas, tiene su domic. en la Cdad.

En tal caso, el art. 17, parr. 1º atribuye compet. a dicho Trib. o Tribs. (*prorrogatio fori*) sin que sea preciso que exista un vínculo entre el litigio y el Est. de dicho Trib. Además, al determinar que serán los únicos compet., excluye la compet. de los Trib. de los Est. contrat. que podían conocer del litigio por razón de la materia (*derogatio fori*).

Para que se produzca este doble efecto procesal, el art. 17 requiere el cumpl. de *ciertos requisitos de forma del acuerdo de sumisión*: 1) Celebrarse por escrito, o verbalmente con confirmación escrita. En este 2º caso, sólo si la confirm. escrit. del vend. comunicando las condiciones generales de venta ha dado lugar a una aceptación escrita del comprador; 2) Celebrarse en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; y 3) En el comercio internac., en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliam. conocidos y observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

En gral, se exige que la sumisión se exprese de forma clara y precisa y que conste la aceptación por ambas partes. Se permite que un acuerdo posterior, expreso o tácito, derogue la sumisión expresa hecha en un acuerdo anterior.

2) Acuerdo de sumisión a un Trib. o a los Tribs. de un Est. contrat., cuando ninguna de las partes tiene su domic. en la Cdad. En este caso, el Trib. elegido por las partes determinará si es o no compet. de acuerdo a sus normas internas. Y los Tribs. de los demás Est. contrat. sólo podrán conocer del litigio cuando el Trib. o los Tribs. designados hubieren declinado su competencia.

3) El art. 17 no regula un tercer supuesto, aquel en que las partes, sea cual sea su domicilio, se han sometido al Trib. o Tribs. de un Est. no contrat. Pero los efectos son claros: dado que se trata de un Est. ajeno a la Cdad., dichos Tribs. no tienen por qué respetar la *derogatio fori* basada en dicho acuerdo de sumisión. Dicho efecto sólo se producirá si así lo determinan las normas internas de cada uno de los Est. contratantes.

– El alcance de los acuerdos de sumisión está sometido a ciertos límites: 1) No pueden versar sobre aquellas materias en las que existe una compet. exclusiva a favor de ciertos Tribs. 2) Poseen un alcance limitado en materia de contrato individual de trabajo, de seguros, y contratos celebrados por consumidores.

LOPJ no ha regulado la sumisión expresa a un Trib. extranjero. Un sector de la doctrina admite el acuerdo de sumisión expresa con argumentos basados bien en la propia estructura del nuevo sistema de compet. jud. internac., bien en las exigencias derivadas del tráfico internacional.

3. La sumisión tácita.

Opera cuando se den dos comportamientos procesales: Que el actor inicie el litigio ante el Trib. de un Est. determinado y el demandado comparezca sin impugnar la compet. jud. internac. de dicho Tribunal. (art. 18 Conv. Bruselas y art. 22.2 LOPJ en relación con art. 58 LEC).

Respecto del art. 18 Conv., se discute en la doctrina si la sumisión opera o no con independ. del domic. del demandado en un Est. contrat. Respuesta negativa. El domic. del demandado en la Cdad. es una verdadera condición de aplicación del Conv. según lo dispuesto en su art. 4. Por tanto, habrá de estarse o no a lo dispuesto en el art. 22.2 LOPJ o al art. 18 Conv. en atención a que el demandado tenga o no su domicilio en un Est. contrat.

Sentado lo anterior, han de tenerse en cuenta los siguientes extremos: 1) La sumisión tácita se produce cuando el demandado comparece sin impugnar la compt. del Trib. No cuando impugna la compet. y, a título subsidiario, presenta alegac. en cuanto a las pretens. del actor (Sent TJCE). Pero si existe sumisión tácita, el Trib. será compet. pese a que exista sumisión expresa en un acuerdo anterior en favor de otro Trib. (Sent TJCE). Y 2) La sum. tácita posee un límite (art. 18 Conv., y art. 22.2 LOPJ): que el objeto del litigio no constituya una materia reservada a las compet. exclusivas del art. 16 (Conv.) y del art. 22.1 (LOPJ). También opera como limitación que el litigio verse sobre una materia disponible para las partes.

V. *Competencia judicial internacional para la adopción de medidas cautelares.*

1. Introducción.

La adopción de medidas cautelares o provisionales en un Est. extranj. está justificada para asegurar el objeto del proceso o proteger la acción que se ejercita. Se requiere, de un lado, que existan razón de urgencia o necesidad (*periculum in mora*). De otro, que la pretensión que se hace valer en el proceso tenga una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

Un adecuado sistema de tutela cautelar debe permitir que se utilicen dos vías en esta materia. La primera es la que se inicia en el foro principal (aquel ante el que se inicia o va a iniciarse el proceso), para que éste pueda apreciar si dichas medidas están o no justificadas, y en caso afirmativo, solicitar la cooperación del Trib. del otro Est. para hacerlas efectivas, por el cauce del reconoc. de la decisión. La segunda, para potenciar la eficacia de tales medidas, consiste en que el demandante pueda acudir directamente al Trib. del lugar donde han de ejecutarse (foro especial de protección), en lugar de solicitar las medidas del primero.

2. Régimen en materia de medidas cautelares.

El régimen de la compet. jud. previsto en el art. 24 Conv. es similar al establecido en el art. 22.5 LOPJ. La diferencia se produce por razón de la materia, dada la limitac. del art. 1 del Conv. a) Si el foro principal es un Trib. español, será compet. para adoptar medidas cautelares siempre que lo sea para conocer del litigio en el que se solicitan, bien según las rglas de compet. del Conv., bien según la LOPJ si aquél no fuera aplicable. Si las medidas han de hacerse efectivas en otro Est., deberá reconocerse la decisión adoptada por los Tribs. del mismo, que serán los que luego procederán a su ejecución.

b) Si el foro principal es el de otro Est., los órg. jurisd. españoles también podrán adoptar medidas cautelares o provisionales respecto de personas o bienes que se hallen en territ. español y deban cumplirse en España (art. 25.5 LOPJ y, similar, art. 24 Conv). Actuación que podrá llevarse a cabo no sólo a requerimiento del Trib. extranj. sino también si el demandante las solicita directamente del Trib. español.

VI. Cuestiones relativas a la aplicación de las normas sobre compet. jud. internac.

1. Litispendencia internacional.

– El Conv. Bruselas regula en sus arts. 21 y 22 dos supuestos relativos a procesos seguidos en Est. distintos entre los cuales existe una vinculación sustancial: la litispendencia y la conexidad. Limitándonos al primero, existe una situación de litispendencia internac. cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante Tribs. de Est. contrat. distintos. Y para que no existan dos decisiones que pueden ser inconciliables, dicho precepto determina que el Trib. ante el que se formuló la segunda demanda deberá suspender de oficio el procedimiento en tanto no se declare compet. el Trib. ante el que se interpuso la primera; y si se declarase competente, deberá inhibirse del conocim. del litigio en favor de aquél. Lo decisivo es la *prioridad en el tiempo*. En el ord. español, sin embargo, esta situación procesal no se ha contemplado en la ordenación de la compet. jud. (art. 22 LOPJ). Sí se incluye en el ámbito interno, como excepción dilatoria, la litispendencia (arts. 533.5 y 538 LEC).

Los requisitos para aplicar la regla anterior no están exentos de complejidad:

a) Se exige la *identidad de objeto y causa* en las demandas. Lo que requiere calificac. autónoma. El TJCE admite que la identidad de procesos se produce cuando existe una relación sustancial entre sus respectivos objetos procesales.

b) Se exige, también, la *identidad de las partes*. Si son varios los demandantes o demandados, el TJCE ha admitido la regla de separabilidad, de manera que la excepción de la litispendencia podrá apreciarse sólo respecto a aquellos sujetos que son partes en ambos procesos. No hay identidad si una parte litiga en representac. de otro, pues en tal caso la identidad sólo podría predicarse respecto del representado.

c) Para poder apreciar cuál es el Trib. ante el que se inició el litigio en primer lugar, el TJCE ha declarado, que es aquel ante el que se cumplieron en primer lugar las condiciones que, según el Dº interno de cada Est., permiten apreciar que existe una litispendencia definitiva. Las soluciones nacionales difieren: bien a la fecha de presentac. de la demanda en el regist. del Trib., o bien a la fecha de su notificación al demandado. Solución, por tanto, criticable, del TJCE.

– Como se ha dicho, la LOPJ no regula la litispendencia internac., aunque sí lo hace el art. 533.5 LEC en el orden interno. Y ha sido negativo el precedente jurisprudencial más destacado (S.T.S. Sala 1ª 1929) al haberse rechazado esta excepción con base en la soberanía del Estado.

No obstante, la STS 1990 parece apuntar un cambio en esa orientación, ya que si no admite la litispendencia es por no haberse probado que existía un proceso en el Rº Unido entre mismas partes y con el mismo objeto.

2. Verificación de la competencia judicial internacional.

CONV. BRUSELAS.– Regla especial.–El art. 19 del Conv. contiene una regla especial en la materia: que los jueces de un Est. contrat. han de declararse de oficio incompetentes si se suscita, a título principal, un litigio respecto al cual son exclusivamente compet. los Tribs. de otro Est. contrat. según el art. 16.

Regla general.– La contiene el art. 20, y es aplicable cuando el demandado esté domiciliado en un Est. contrat. Tiene como finalidad la protecc. del dº de defensa del demandado. El juez deberá suspender el

procedimiento hasta que se acredite que se le ha notificado la demanda con tiempo suficiente para defenderse. De ser así, caben dos situaciones posteriores: 1) Si el demandado no comparece y permanece en rebeldía, se impone que el juez verifique de oficio si es o no compet., incluso si el demandante presenta un acuerdo de sumisión tácita; y 2) Si el demandado comparece, es a él a quien corresponde impugnar la competencia, pues de no hacerlo se producirá sumis. tácita.

LOPJ.– No regula el régimen de verificación de la compet. jud. internac. Y con fundamento en la prohibición contenida en el art. 74 LEC, Sents. de 1993 y 1995 no han admitido la posibilidad de que la compet. jud. se verifique de oficio por el juez. No obstante, la generalidad de la doctrina se inclina por su admisión en los dos supuestos previsto en el Conv. Bruselas.

Si el demandado comparece en el proceso abierto en España, se ha admitido la impug. de la compet. del Trib. con base en la excepción de falta de jurisdicción del art. 533.1 LEC.

TEMA XIII. RÉGIMEN DEL PROCESO CIVIL CON ELEMENTO EXTRANJERO Y ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

I. Introducción.

Como punto de partida, conviene suministrar una aproximación conceptual de lo que es el *proceso* para, una vez internacionalizada, servirnos de ella como guía orientadora de los elementos en que se estructura el sumario de este Tema XIII.

Definición del proceso por GIMENO SENDRA: Conjunto de dchos. de natur. constitucional, oblig., posibilidades y cargas, que asisten a los sujetos procesales, como consec. del ejerc. de la acc. y cuya realización, ante el órg. jurisd., origina la aparición de sucesivas situac. proces. , desde las que, en un estado de contradicción, examinan las partes sus expectativas de una sent. favorable y, con ella, la satisfacción definit. de sus respectivas pretensiones y resistencias. La nota de *internacionalidad* del proceso civil se encuentra en el tipo de relaciones jurídicas de que conozca el órg. jurisd. compet., a saber, que se trate de relaciones de *tráfico jurídico externo*.

II–DERECHO APLICABLE AL PROCESO.

1.– LA REGLA LEX FORI REGIT PROCESSUM.

Existen NORMAS PROCESALES y NORMAS SUSTANTIVAS.

–PROCESALES: Son siempre del Ordenamiento del Foro.

–SUSTANTIVAS: Pertenecen a un Ordenam. jurídico distinto del Juez que debe resolver el litigio.

El ámbito natural donde apera la ley del Foro es el de los actos procesales (demanda, reconversión), clases y estructura del proceso (fases de alegación, probatoria), y consecuencias (medidas cautelares, costas).

2.– EL ÁMBITO DE LA REGLA LEX FORI REGIT PROCESSUM EN DCHO. ESPAÑOL.

ART. 8–2º C.CIVIL, las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en España, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, sobre actos procesales a realizar fuera de España.

III–LAS PARTES EN EL PROCESO.

1.- CAPACIDAD DEL LITIGANTE EXTRANJERO.

Consiste en la aptitud para ser titular de los dchos. y obligac. que dimanen del proceso.

La capacidad para ser parte puede plantearse con relación a las personas físicas, a las partes jurídicas y a ciertos entes sin personalidad moral.

Será la Ley personal del extranjero la que determine si reúne los requisitos exigidos para ser considerado persona física y por tanto con dcho. a ser parte.

Lo mismo vale para la persona jurídica extranjera.

Asímismo tendrá capacidad procesal (capacidad para comparecer en juicio y realizar actos jurídicos válidos en el proceso), el extranjero que posea capacidad de obrar según su Ley personal.

2.- LEGITIMACIÓN.

Una vez que el extranjero posee capacidad para ser parte y capacidad procesal, es necesario que esté legitimado, es decir que tenga idoneidad para aparecer en un concreto proceso como parte demandante o demandada.

La Ley aplicable a la legitimación es la lex causae o ley rectora del fondo del asunto (ley sucesoria, ley rectora de la obligación), y no la ley del foro.

En cuanto a causas de nulidad matrimonial con intervención del Fiscal, se aplicaría la ley española como ley del foro ya que las facultades del Fiscal sólo pueden provenir de la ley española, y de que en las causas matrimoniales existe un interés público.

3.- REPRESENTACION Y DEFENSA EN EL PROCESO.=IUS POSTULANDI.

La Ley del foro debe regular el ejercicio del ius postulandi, por tanto los extranjeros que litiguen ante nuestros Tribunales deberán confiar la representación y defensa de sus intereses en juicio a procuradores y abogados españoles.

El Trib. Supremo ha admitido la eficacia en el foro de poderes otorgados en país extranjero conforme a la Ley local.

La capacidad para otorgar poder se regirá por la Ley nacional de los otorgantes y el contenido del poder para pleitear en España se regulará por la Ley española, asímismo será esta misma ley la que indique si es bastante el poder general para pleitos o si es preciso un poder especial.

4.- LA ASISTENCIA JUDICIAL GRATUITA.

La exención de costas procesales o beneficio de pobreza, es competencia de la Ley del foro, será por tanto la ley española la que fije la posibilidad, los supuestos, condiciones y procedimientos necesarios para que un extranjero que litigue ante nuestros Trib. pueda obtenerlo.

Los certificados de pobreza extendidos por autoridades extranjeras no serán por sí mismos suficientes para obtener la exención de costas, la autoridad encargada de resolver la petición verificará dichos certificados antes de dar su visto bueno.

5.- LA CAUCIÓN DE ARRAIGO EN JUICIO.

Consiste en la exigencia al extranjero que interpone una demanda de una caución que garantice el pago de las costas procesales sin la cual no sigue adelante el proceso.

Está obligado a prestar la caución el extranjero que ha creado la situación de riesgo, solicitando la incoación del proceso y careciendo de arraigo en España.

Considerada la caución un privilegio de nacionalidad, únicamente están facultados para exigirla los nacionales españoles y no los extranjeros demandados por otros extranjeros ante nuestros Trib.

La caución sólo podrá exigirse en los casos y en las formas en que se exija a los españoles en el Estado a que pertenezca el actor extranjero.

Se trata pues de una norma en cuya base está presente una idea de reciprocidad, que deberá ser probada por el demandado español que opone la excepción de falta de arraigo en juicio.

Es facultativo del Juez exigir o no la constitución de la garantía y, en caso afirmativo, determinar su cuantía, sin que quepa recurso de casación contra la decisión que dicte.

España es parte en varios Convenios internac. que suprimen en su ámbito la caución de arraigo en juicio.

No es exigible la caución al extranjero que ha obtenido de nuestros Trib. el beneficio de justicia gratuita.

Desde el punto de vista teórico esta caución constituye una discriminación del extranjero que atenta contra el principio de igualdad procesal de las partes. El Trib. Supremo se inclina por hacer una interpretación restrictiva de su aplicación.

IV– LA PRUEBA.

Se concibe la prueba únicamente como una actividad dirigida a convencer al juez de la verdad o falsedad de los hechos alegados en el proceso, la ley aplicable a ella será la Ley del foro.

En la prueba hay que distinguir 4 aspectos:

1.– EL OBJETO Y CARGA DE LA PRUEBA:

Deben ser regulados por la Ley aplicable al fondo, así como las presunciones legales (*iuris tantum* y *iuris et de iure*), osea la ley extranjera.

2.– LA ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE LA PRUEBA:

Vendrá determinada por la ley del foro, salvo 2 excep.:

a.–Tendrán eficacia en el foro las pruebas documentales preconstituidas en el extranjero.

b.–No deberá utilizarse un medio de prueba de la *lex fori* que ocasione la violación de la ley aplicable al fondo.

3.– LA FUERZA PROBATORIA DE LOS MEDIOS ADMITIDOS:

Será la que les atribuya la ley del foro. Y excepcionalmente e la prueba preconst., una ley extranjera.

4.– LA ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA:

El procedimiento probatorio será necesariamente regulado por la lex fori.

V.–ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

Se entiende por tal, la realización de un acto procesal singular, en el curso de un proceso pendiente, por un órgano jurisdicc. distinto de aquel que conoce del proceso y ha de fallarlo a requerimiento de éste.

La asistencia es un deber entre Trib. de un mismo Estado, su existencia se explica por la necesidad de realizar ciertos actos procesales para los que el órgano judicial ante el que se desarrolla el proceso no es competente por tenerse que efectuar fuera de los límites territoriales de su jurisdicción.

El objeto de la asistencia puede consistir en una notificación, una diligencia de prueba, un acto jurídico o una medida cautelar.

Salvo que exista un Tratado internac. que imponga la asistencia, no es un deber de los Trib. de un Estado respecto a los de otro, sino un acto discrecional producto de la cortesía internac. del Estado requerido.

Las comisiones rogatorias serán elevadas al Minist. de Justicia, que las transmitirá a las autoridades competentes del Estado requerido por vía diplomática. La inobservancia de este cauce puede provocar la nulidad de las actuaciones procesales.

El auxilio judicial internac. deberá negarse cuando:

- a.– El proceso del que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva compet. de la jurisdicc. española.
- b.– El contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones de la autoridad requerida .
- c.– La comunicación que contenga la solicitud de cooperac. no reúna los requisitos de autenticidad suficientes .
- d.– Se halle redactada en idioma que no sea el castellano.
- e.– El objeto de la cooperac. solicitada sea manifiest. contrario al orden público español..

2.– NOTIFICACIONES DE ACTOS JUDICIALES EN EL EXTRANJERO:

REGIMEN CONVENCIONAL.

La notif. es un acto procesal formal del órgano jurisdicc. por el que se comunica a una persona una resolución judicial determinada.(ejemp. admisión de una demanda contra el destinat. de la notif.).

El cauce ordinario para las notif. Destinadas a personas que se encuentren en el extranjero es la petición diplomática. Del Estado exhortante dirigida a la autoridad designada por el Estado exhortado que, a su vez, remite la notif. Al destinatario.

Las notif. No darán lugar a reembolso de impuestos o gastos, únicamente correspon. Al Estado exhortado el dcho. de exigir del Estado requirente el reembolso de los gastos ocasionados por la intervención de un funcionario público.

Convenio de La Haya–1965 pretende crear los medios necesarios para que los dcmtos. Judiciales y extrajudic. Que deben ser objeto de notif. O traslado en el extranjero sean conocidos por sus destinat. en tiempo

oportuno, es decir, útil para la defensa, simplificando y acelerando el procedimiento.

A.– Cada Estado contratante está obligado a designar una autoridad central que reciba las solicitudes. De notificación. De los demás Estados contratantes y les dé curso.

B.– El Juez del Estado requeriente debe aplazar su decisión cuanto sea necesario, en el supuesto de que el demandado no comparezca, hasta que se asegure de que la notificación fue efectivamente realizada.

3.– OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO: RÉGIMEN CONVENCIONAL DE LAS COMISIONES ROGATORIAS.

La comisión rogatoria es un acto de instrucción, que consiste generalmente, en la ejecución de una diligencia probatoria como, por ejemplo, tomar declaración a unos testigos o practicar una prueba pericial.

Convenio de La Haya–1954, la autoridad judicial debe proceder al cumplimiento de la comisión rogatoria según las formas establecidas por las leyes de su país. A petición del Estado requeriente, podrá seguir una forma especial, siempre que no sea contraria a la legislación del Estado requerido.

La ejecución de la comisión rogatoria únicamente puede ser rehusada por varias causas taxativas, las más importantes que en el Estado requerido dicha ejecución no entre en las atribuciones del poder judicial.

Convenio de la Haya–1970, se introducen 2 importantes novedades:

A.– La designación por cada Estado contratante de una autoridad central, que será la que reciba y distribuya a la autoridad competente para su ejecución.

B.– La potenciación de los agentes diplomáticos para la práctica de un acto de instrucción con respecto a nacionales del Estado requeriente, al Estado de residencia o de un 3er. Estado.

Las comisiones rogatorias no pueden emplearse, al amparo del Convenio para obtener pruebas que no estén destinadas a utilizarse en un procedimiento ya incoado o futuro.

4.– OTROS ASPECTOS DE LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

Convenio de Londres–1968, los Estados partes se obligan a proporcionarse datos sobre su Derecho civil y mercantil, así como sobre su procedimiento civil y comercial y de la organización judicial.

Dentro del Convenio caben acuerdos bilaterales entre Estados que amplían las materias de aplicación como los firmados por España en la esfera del Derecho y procedimiento penal.

Cada Estado creará un órgano único, encargado de recibir y de dar curso a las peticiones de información.

El Estado requerido podrá negarse a dar curso a la petición de datos cuando sus intereses estuvieren afectados por el litigio o cuando estimare que la respuesta atentara a su soberanía o seguridad.

TEMA 14.–RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES JUDIC. EXTRANJER.

1.– FUNDAMENTO.

A.– El Derecho internac. Público no obliga a los Estados a reconocer las decisiones de tribunales de justicia extranjeros.

B.– El principio de coexistencia y mutuo reconocimiento de los Estados y el hecho de que redunde en interés propio de cada uno de ellos y de sus ciudadanos el permitir la eficacia en el foro de decisiones extranjeras.

Una sentencia extranj. constituye el acto adoptado por la autoridad judicial de otro Estado en el ejercicio de un poder vinculado con la soberanía estatal: el de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Sin embargo en el ámbito de otro Estado las decisión extranj. carece, por sí misma, de eficacia jurídica (no produce cosa juzgada ni tiene fuerza ejecutiva), pues el principio de exclusividad de la soberanía territ. se opone a ello.

Ahora bien, sólo permitiendo que sentencias nacionales desplieguen recíprocamente sus efectos en otros países se asegura una tutela judicial efectiva de los dchos. La ejecución de lo juzgado forma parte del contenido de esa tutela.

Sólo si los Estados reconocen mutuamente las sentencias de sus trib. se eliminan definitivamente incertidumbres y se asegura el goce efectivo de los dchos. a escala internac. De este modo se facilita y promueve el comercio jurídico internac., se evita que las personas puedan verse sometidas a obligac. Contradictorias en distintos Estados, y se favorece la paz jurídica. Las disputas e incertezas no se resuelven si pueden ser relitigadas en otros países(=principio de reposo judicial).

Además desde la perspectiva de los dchos. humanos puede hablarse de una verdadera obligac.de reconocimiento de las decisiones sobre el Estado civil de las personas.

2.– FUENTES Y REGIMENES DE RECONOCIMIENTO.

A.– El régimen de reciprocidad permite reconocer en España decisiones extranj. sólo en los mismos casos y bajo las mismas condiciones que en el país de origen de la decisión se reconozcan las decisiones españolas.

B.–El régimen independiente de condiciones, prescinde del tratamiento que en el país extranj. reciban las decisiones de nuestro país y establece directamente el catálogo de condiciones que el legislador considera que debe reunir una decisión adoptada por trib. extranj. para tener fuerza en España.

El régimen de condiciones opera cuando no exista Tratado con el otro país, y cuando tampoco pueda probarse la reciprocidad.

En la práctica el régimen de reciprocidad ha caído en desuso y el reconocimiento no se hace por razones de comitas hacia otros Estados, se hace por razones de justicia y para favorecer los intercambios internac.

España ha firmado numerosos Conv. al efecto con otros países y la primacía del sistema convencional es indiscutida, sus normas desplazan al Dcho. autónomo, dejando a salvo la eventual remisión que los propios Tratados puedan hacer al Dcho. nacional del Estado requerido.

II–RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJRRAS.

1.–ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL RECONOCIMIENTO.

Por reconocimiento se entinde dejar valer la decisión extranj. en sus propios términos y con sus propios efectos o asimilar la decisión extranj. a una decisión análoga de nuestros trib. y atribuirle los mismos

efectos.

En Dcho. comparado el concepto de reconocimiento se mueve en torno a 2 modelos opuestos:

A.– Modelo de equiparación, implica otorgar a la decisión extranj. los mismos efectos que a una decisión nacional correpondiente. Osea en base al dcho. del país donde dicha resolución se quiere hacer valer, por lo que sería necesario corregir este modelo con una regla complement.: ninguna decisión debe producir más efectos en el país que reconoce que en el país de origen de la decisión.

B.– El modelo de extensión, significa reconocer en F2 la resolución judic. Extranj. con los mismos efectos que le asigne el Dcho. del país en que ha sido pronunciada (Dcho. del Estado de origen, F1).

Se funda en el principio de respeto a la integridad del ordenam. extranj., asume que la decisión es una decisión extranj. y la deja valer como tal: la sentencia extranj. sólo puede entenderse en el sentido y con el alcance con que fue pronunciada por el juez en su país de origen.

Este modelo es más internacionalista , y asegura la igualdad de dchos. y obligac. de todos los afectados por la decisión extranj., con independencia del país donde estén localizados.

Se puede corregir este modelo implantando un filtro a la importac. de efectos, que opere de forma puntual, parecida al orden publico: F2 no recibe aquellos efectos que sean incompatibles con él porque vayan en contra de valoraciones esenciales de su Dcho.(=sean insoportables).

Este modelo de extensión coregido por el filtro es el más congruente.

2.– SISTEMAS DE RECONOCIMIENTO.

A.– Sistema común, que consiste en la exigencia, para que se produzca el reconocimiento de sentencias extranj., de una declaración previa de nuestros trib., autorizándolo.(Sistema de autorización previa).

Implica un control de la decisión a reconocer que se realiza a través de un proceso llamado exequatur, por el que las autoridades nacionales determinan que la decisión extranj. cumple los requisitos y por tanto procede su reconocimiento. La autoriz. Previa la concede el T. Supremo y sin ella no habrá reconocimiento.

B.– Sistema de reconocim. automático, en el que los efectos de la decisión extranj. se extienden ipso iure al 2º Estado, sin que sea preciso ningún tipo de autoriz. previa. Sólo se beneficin del sistema de reconocimiento automat. Las decisiones que cumlan las condiciones previstas por los Convenios firmados.

3.– EFECTOS DE LAS DECISIONES EXTRANJ. Y SISTEMA DE RECONOCIMIENTO.

El sistema de autorizac. Previa y centralizada ante el T. Supremo que rige, a falta de Conv. internac., como sistema general, plantea una serie de problemas cuya solución exige a veces una adaptación de nuestras normas procesales internas oara no producir resultados inaceptables.

Efecto típico de las resoluc. Judic. Es el de cosa juzgada material (=vinculación que produce la parte disposit. De la sentencia para las partes y para otros trib.). Esta autoridad se reconoce a la resolución extranj. con el alcance que se le atribuye en el Estado de origen.

De cosa juzgada puede hablarse en sentido positivo y negativo:

A.– Positivo: La cosa juzgada significa que las partes están vinculadas y deben comportarse de acuerdo con lo dispuesto. Y también, que reconocida la eficacia de la cosa juzgada a una resoluc. extranj., el juez español estará vinculado por ella en ulteriores procesos con objeto distinto, cuando lo declarado en aquella resulte antecedente lógico necesario de lo que ha de resolverse en el nuevo proceso.

B.– Negativo: El efecto de cosa juzgada impide un nuevo proceso obre el mismo objeto (=efecto negativo de exclusión), es un instrum. De defensa que protege al litigante vencedor en un juicio seguido en el extranjero frente a otro proceso entre las mismas partes y el mismo objeto en otro país.

En el sistema autónomo, el reconocim. Del efecto de cosa juzgada requiere el previo exequatur (T. Supremo) de la decisión extranj.

La sentencia es por sí misma un documento público, aunque extranj. Como tal puede servir para atribuirr a la sentencia extranj. cierta eficacia en nuestro Ordenam., al margen de su reconocimiento, así una decisión extranj. puede aportarse como medio de prueba si reúne los requisitos por la L.E.C.y será libremente apreciada por el Juez conforme al Dcho. Español. La decisión se toma entonces como mero dcmtó. Público, no con el valor de un acto jurisdiccional, (a menos que haya sido reconocida).

4.– ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA EJECUCIÓN . SISTEMAS DE EJECUCIÓN.

Ejecutar es hacer cumplir un decisión extranj. La ejecución implica el ejercicio directo del poder coactivo estatal, siempre se lleva a cabo por la autorid. Judic. nacionales del Estado donde deba llevarse a efecto (F2) y según su Dcho. nacional..

Todos los Estados exigen, que sus autoridades judic. Nacionales de (F2) autoricen previamente tal ejecución, tras un control de la decisión (exequatur).

Una vez otorgado el exequatur, la decisión extranj. (de F1) recibirá ejecución en los términos marcados por el Dcho. del Estado donde se pretende ejecutar (F2).

Hay que distinguir entre la declaración de ejecutabilidad (=exequatur) y la ejecución propiamente dicha (=realización coactiva de prescrito por la resoluc. Judic.) La 1ª es presupuesto de la 2ª , ello explica que pueda estar su competencia repartida en órganos distintos.

.– Exequatur= Trib. Supremo.

.– Ejecución posterior: Juzgado 1ª Instancia.

Los mecanismo de la ejecución propiam. Dicha y sus límites (bienes inembargables, por ejemp.) son los propios del Dcho. del país donde se ejecuta la decisión (F2).

III–RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJ. SUSCEPTIBLES DE RECONOCIMIENTO

A.– POR EL ORIGEN DE LA DECISIÓN.

La 1ª condición es que sea una resoluc. Que proceda de un trib. estatal extranjero.

.– Las decisiones adoptadas por trin. Internac. tienen mecanismos propios de producc. De efectos en nuestro sistema.

.– Las decisiones de trib. religiosos sólo serán reconocidas cuando actúen con funciones jurisdicc. delegadas por el Estado extranj. en cuyo territorio se hayan pronunciado.– Acuerdo España–Vaticano

.– Las decisiones tomadas por Trib. arbitrales en el extranj. son susceptibles de reconocim. En España por la vía especif. Establecida en la Ley de Arbitraje o en los Conv. internac. en la materia.

B.– POR EL OBJETO DE LA DECISIÓN.

Se restringe el ámbito de reconocim. A resoluc. Judic. En materias de Dcho. Privado civil, mercantil y laboral). Debe quedar claro que es la materia sobre la que versa, y no el órgano jurisdicc. que la pronuncia el criterio para delimitar las resoluc. Reconocibles.

2.– DECISIONES SUSCEPTIBLES DE RECONOCIMIENTO SEGÚN LA L.E.CIVIL.

El sistema de Dcho. autónomo de la L.E.C. alúde sólo a sentencias. Por tales hay que entender toda resoluc. Final en un proceso judic. Que resuelva sobre las pretensiones de las partes.

Se exige que se traten de sentencias firmes, la apreciación de firmeza de la decisión debe hacerse conforme al Dcho. procesal del Estado origen de la sentencia. Quedan fuera de este procedim. Las deciones extranj. sobre medidas provisionales cautelares y las sentencias dictadas en un proceso ejecutivo, pues carecen de firmeza, ni los actos de jurisdicc. voluntaria y las transacc. judiciales.

3.– DECISIONES SUSCEPTIBLES DE RECONOCIMIENTO EN EL SISTEMA DEL CONV. BRUSELAS–1968.

Este sistema es mucho más abierto que la el de la L.E.C., permite el reconocim. De cualquier decisión judicial de un Trib. de un Estado parte del Conv., con independencia de su denominac. Como sentencia, auto, providencia. Se benefician de este sistema, por lo tanto, también las resoluc. De los trib. anteriores a la sentencia definitiva.

El Conv. no exige que se traten de resoluc. Firmes, basta con que produzcan efectos en el Estado de origen. Cabe pues, el reconocim. De medidas provisionales y cautelares con el único límite de que se trate de decisiones adoptadas en F1 en proceso contradictorio. El principio de cooperac. que inspira el Conv. (ideal de un espacio judicial sin fronteras) justifica esta mayor flexibilidad.

IV.–CONDICIONES DEL RECONOCIMIENTO Y DE LA EJECUCIÓN.

1.– INTRODUCCIÓN.

Ningún Estado (ni Conv. internac.) permite recibir decisiones extranj. incondicionalmente. Cada Estado somete ese reconocim. A ciertos requisitos que las resoluc. Extranj. deben cumplir para poder desplegar sus efectos en el Estado receptor.

Estas condic. De reconocim. Valen tanto para el sistema de reconocim. Automatico como el reconocim. sometido a previa autorización. Son:

1.– Competencia jurisdicc. del Trib. de origen de la decisión.

2.– Regularidad del proceso seguido en el extranjero.

3.– No contrariedad con el orden pub. Del Estado requerido.

4.– No contrariedad con una decisión del Estado requerido.

En nuestro sistema jurídico no existe un solo regimen de reconocim. Son:

A.– Al amparo de un Conv. internac., las condic. Serán las contempladas en el Conv.

B.– Régimen de reciprocidad.

C.– Régimen independiente de condiciones de la LEC

2.– PRESUPUESTOS PROCESALES: JURISDICC Y COMPETENCIA DEL TRIB. DE ORIGEN.

A.– PLANTEAMIENTO GENERAL.

1.– Condición implícita para el reconocim. Es que el Trib. de origen de la decisión (F1) tuviera, desde el ángulo del dcho. internac. pub., jurisdicc. internac. sobre los sujetos.

2.– La compet. Judic. Internac. del Trib. que conoce del litigio, según los parámetros del Estado requerido (F2), es un presup. Del proceso.

La finalidad de esta condic. Es múltiple, por un lado defender las compet. Exclusivas del Estado que reconoce (F2), impidiendo que decisiones extranj. que hayan invadido materias reservadas al reconocim. De los trib. nacionales puedan desplegar sus efectos en F2.

Por otro lado, proteger a las partes frente a compet. Exorbitantes de los trib. de otros Estados, negando el reconocim. A decisiones basadas en foros de compet. Que resulten racionalmente excesivos desde el punto de vista de una buena admón. De de la justicia y un reparto equilibrado de las cargas del proceso.

El princip. De voluntariedad juega un papel central, por lo que no se reconocerán decisiones adoptadas por trib. extranj. cuya compet. Suponga la violac. De un acuerdo válido de sumisión expresa a los trib. del foro o incluso de un 3er. país.

B.– SISTEMA DE LA L.E.CIVIL.

Las compet. Exclusivas del foro requerido se reservan directamente, por lo que no cabe el reconocim. De la decisión extranj. Se exige una conexión mínima razonable entre el trib. extranj. y el litigio o litigantes. Se considerará competente al trib. extranj. que ha pronunciado la decisión siempre que ese trib. haya conocido del litigio en virtud de criterios de compet. Semejantes a los nuestros.

Cuando el trib. extranj. no haya conocido en virtud de un foro equivalente a los de la LOPJ, se deberá evaluar la compet. De ese trib. desde el punto de vista de su proximidad razonable con el litigio o los litigantes.

C.– CONVENIO DE BRUSELAS–1968.

Arranca del principio de ausencia de control por el Estado requerido (F2) sobre la compet. Internac. del Estado de origen (F1), con 3 excepciones:

1.– Las compet. Xclusivas.

2.– Las compet. Especiales en materia de contratos de consumidores y seguros.

3.– Los casos de Conv. con 3os. Países.

El sistema de reglas del Conv. sobre la compet. directa satisface el control en sede de reconocimiento,

así el Trib. del Estado de origen (F1), para entrar a conocer de un asunto, debe:

A.– Aplicar de oficio las reglas de compet. del Convenio.

B.– Declararse de oficio incompet. Cuando conozca a título pral. De un litigio en una materia en que la competencia esté atribuida de modo exclusivo a los Trib. de otro Estado contratante.

C.– En caso de incomparecencia del demandado domiciliado en otro Estado contratante, deberá verificar de oficio su compet. y declararse incompet. Si no pudiera fundarla en en base al Conv.

Cuando la aserción de compet. por el Trib., de origen suponga una carga abusiva o irrazonable sobre el demandado y sus dchos. de defensa, la decisión de F1 no será reconocida en España, por infringir un princip. Fundamental de nuestro Ordenam., el de tutela judic. Efectiva.

El Conv. mantienen, sin embargo, el control de compet. del Trib. de origen en 3 casos:

1.– Cuando están en juego las compet. exclusivas. (Intereses políticos o generales).

2.– En los casos de compet. especiales en materia de consumidores y ctos. De seguros (política de protecc. De la parte más débil).

3.– Cuando el Estado requerido F2 haya concertado con otros Estados no parte en el Conv. un Trtado por el que se obligue a no reconocer decisiones de Trib. de otros Estados parte del Conv.

3.– GARANTÍAS DEL PROCESO SEGUIDO EN EL EXTRANJERO.

Es condición de reconocim. De una resoluc. Extranj. que se hayan respetado en el proceso garantías equivalentes a las que constituyen el núcleo esencial del dcho. a una tutela judic. Efectiva y a no sufrir indefensión, se trata de garantías de imparcialidad del Trib. de suficiente fundamentac. De su decisión, y de respeto de los dchos. de defensa de las partes.

El Trib. Constituc. Afirma que el respeto de esas garantías mínimas de regularidad informan el orden publico español como límite al reconocim. Y ejecución de decisiones judic. Extranj.

A.– La sentencia extranj. no debe ser dictada en rebeldía, al demandado se le debe dar una adecuada oportunidad de defender su caso y las partes deben ser emplazadas adecuadamente, mediante una notif. Regular del inicio del proceso.

B.– Que haya tenido tiempo suficiente para preparar su defensa.

La ausencia de uno de eatoa 2 requisitos puede servir para rechazar el reconocim.

La exigencia de regularidad tiene una finalidad importante: que la persona que recibe la notif. Conozca con certeza cuándo se inicia válidamente frente a ella un proceso en el extranj. Y, también, que el trib. que abre el proceso tenga la seguridad de que la rebeldía del demandado no se debe a desconocim. O mala información.

4.– CONDICIONES RELATIVAS AL FONDO.

A.– PRINCIPIO DE BASE: PROHIBICIÓN DE LA REVISIÓN DEL FONDO.

El sistema español de dcho. autónomo arranca de una idea de favor recognitionis y prohíbe un

reexamen del fondo. Prohibe un reexamen general del contenido y fundamento de la sentencia extranj.

Los trib. españoles examinan, eso si, la decisión extranj. en la medida necesaria para comprobar que tal decisión cumple las condiciones establecidas en el sistema español para su reconocimiento.

B.– NO CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PUB. ESPAÑOL.

La decisión dictada por el trib.. extranj. no puede ser reconocida si el contenido del fallo es contrario a los valores jurídicos fundant. de nuestro Ordenam. El orden publico protege los dichos valores del foro y asegura, de este modo, su cohesión y eficacia frente a leyes y decisiones judic. Contrarias a estos valores.

Este orden publico admite contenidos tanto de dcho. procesal como de dcho. material y debe ser de actualidad, osea, con referencia al momento en que se solicita el reconocim. En el foro y no en el momento en que se dictó la decisión.

Si el fallo contiene tanto, pronunciamientos contrarios al orden publico y compatibles con él, ello no supond'ra la denegación absoluta de toda la eficacia de la decisión extranj., en la medida que sea posible su reconocim. Parcial.

C.– CONFORMIDAD DEL DCHO. APLICADO POR EL TRIB EXTRANJ. CON EL DCHO. APLICABLE SEGÚN EL D.I. PRIVADO DEL FORO.

Cada Trib. aplica sus normas de D. I. Privado y el Dcho. nacional por ellas indicado(=relatividad de las normas de conflicto nacionales).

Algunos países condicionan el reconocim. Al hecho de que los trib. extranj. hayan aplicado para resolver el fondo el mismo Dcho. nacional que hubieran aplicado sus trib. de haber conocido ellos del caso. Es decir, condicionan el reconocim. A que se haya aplicado el Dcho. competente (=competente según el D.I. privado del país que reconoce F2).

Esta exigencia más adelante se atenuaría, admitiendo la equivalencia de resultados. Esto es, que aun cuando se hubiera aplicado un Dcho. diferente, el resultado material al que se hubiera llegado fuera equivalente. Este requisito es ajeno al sistema de la L.E.C.

5.– COMPATIBILIDAD CON OTRAS DECISIONES NACIONALES O EXTRANJERAS.

En el régimen de Dcho. autónomo de la L.E.C. (que exige la autoriz. previa del reconocim. Por el Trib. Supremo), la Jurisp. Ha venido supeditando el reconocim. De sentencias extranj. a la inexistencia de contradicc. con una decisión judicial española: ya sea con una decisión pronunciada con anterioridad o con una futura (exista proceso abierto en España entre las mismas partes y el mismo objeto).

El fundamento de este ppto. Se halla en el postulado gral. de todo sistema jurídico de eliminar las antinomias, impidiendo de este modo que pueda darse cumplimiento a fallos contradict. o inconciliables (=entrañan consec. Jurídicas que se excluyen mutuamente).

El Conv. Bruselas–1968 resuelve expresamente este problema a través de 2 principios:

1.– Pcedencia temporal de la decisiones:

Se basa en decisiones pronunciadas por trib. extranj. sean o no parte en el Conv. y dá priridad temporal a las decisiones, no a los procesos. Es indiferente a estos efectos cual de los procesos se inició

antes.

2.- Primacía de las decisiones del foro F2:

Que se deriva de una preferencia por la coherencia de su ordenamiento.

6.- AUTENTICIDAD Y GARANTÍAS FORMALES.

Cuya función es asegurar la veracidad de la decisión y su contenido.

Procede efectuar el control de la legalidad formal extranj. verificando que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada autentica, y por otro lado, procede el control de la legalidad formal exigida por las leyes españolas para que haga fe en España.

1.- Si no estuviera redactada en lengua española, su traducc. Conforme a Dcho.

2.- La legalizac. O examen de su autenticidad, que se lleva a cabo por el cónsul español.

El régimen del Conv. Bruselas-1968, es menos formalista:

Requiere una copia auténtica de la resoluc. Extranj. y si se trata de la ejecución, cualquier dcmt. Que acredite que la resoluc. Es ejecutoria en el Estado de origen y que ha sido notificada.

7.- CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN.

Para poder ser ejecutada en otro país F2, la desisión extranj. debe satisfacer las mismas condic. Que son exigidas para el reconocim. Y, además, debe ser ejecutoria en el Estado donde ha sido pronunciada (=tenga fuerza ejecutiva según el Dcho. de F1).

V.- EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO Y DE EJECUCION.

El sistema de Dcho. autónomo de la L.E.C. no distingue entre reconocimiento y ejecución. Ambos están sujetos al mismo tipo de proceso previo de autorizac. (exequatur). Es órgano compet. el Trib. Supremo. La naturaleza de éste proceso es la de un proceso de homologación o verificación de las condic. Prefijadas por la Ley para permitir que las decisiones extranj. desplieguen sus efectos en España, no de revisión de la sentencia extranjera.

Este proceso de reconocim. Termina por Auto, en el que otorga o deniega el exequatur, y contra el cual no cabe ulterior recurso.

El Conv. de Bruselas-1968 distingue entre reconocim. Y ejecución de la resolución judicial:

El reconocim. Es automatico, por ministerio de la ley, no requiere ningún tipo de declaración previa ni autoriz. por parte de un trib. del Estado. requerido F2.

Ahora bien, reconocim. automático no quiere decir reconocim. sin condiciones, el eventual control de cumplimiento de las condic. Exigidas para el reconocim. se practicará incidentalmente (y de oficio) por la autoridad ante la cual la decisión extranj. se quiera hacer valer. El control incidental tiene un valor relativo, por eso el Conv. preve la posibilidad de solicitar en el Estado F2 donde se pretende hacer valer la decisión de otro país F1, una declaración de reconocimiento, que tiene alcance general en el Estado requerido F2.

Si algún interesado en que la decisión extranjera sea rechazada desea tomar la iniciativa, y pretende una declarac. General de no reconocimiento, para obtenerla debe acudir a los mecanismos previstos en el Dcho. autónomo. En el marco de este Conv. sólo le cabe una actitud pasiva, debe esperar a que alguien solicite el reconocim. y oponerse entonces a él.

La ejecución se supedita en el Conv. Bruselas-1968 a una declaración o autoriz. previa por parte de los trib. del país donde esa ejecución debe tener lugar. Esta declaración de ejecutabilidad, se pronuncia tras un proceso ad hoc (=proceso de exequatur). La compet. viene atribuida en estos casos a los Jueces de 1ª Instancia.

Este proceso de exequatur se divide en dos fases:

1.- Es unilateral, sin audiencia de la parte contra la cual se quiere ejecutar. Con ello se busca un efecto sorpresa que permita asegurar el efectivo cumplimiento de la decisión (medidas cautelares).

2.- Sigue ya los princip. De un proceso contradictorio (=garantía de los dchos. de defensa), y la otra parte contra la cual se solicita el reconocim. puede hacer valer sus objeciones.