

Encuadramiento sistemático del Derecho internacional privado¹

FRANCISCO JAVIER ZAMORA CABOT
Universitat Jaume I de Castellón

SUMARIO

- I. Derecho internacional privado y Derecho internacional público: planteamientos recientes.
- II. La unificación material: referencia a la dimensión convencional y a la moderna *Lex Mercatoria*.
- III. Derecho internacional privado y Derecho comunitario.

En sus tres Secciones, estas páginas afrontan otros tantos referentes básicos de nuestro Derecho. En los términos del Sumario e intentando albergar un propósito de concisión, los desarrollo seguidamente.

I. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: PLANTEAMIENTOS RECIENTES.

El carácter clásico del tema de rúbrica, y su amplio tratamiento doctrinal², me llevan a escoger algunas facetas actuales que creo de interés. En todo caso, hay que partir de la amplia libertad de que goza cada legislador estatal para erigir su propio sistema de Derecho internacional privado que, aparte de condicionamientos históricos, vendrá configurado, según afirma el Profesor González Campos, "... por los intereses propios del Estado, sus objetivos de política legislativa y su particular concepción de la Justicia en la regulación del tráfico externo"³.

Pero ello no implica, como en tiempos se ha podido sostener, una separación tajante entre nuestro DERECHO y el DERECHO internacional público. En realidad, lo contrario sería más cierto en nuestros días. Pensemos, por ejemplo, en el creciente influjo de los derechos humanos, a los que algunos vinculan con un proceso de *deconstrucción* del Estado⁴, en la vertebración y práctica de los sistemas nacionales que regulan el

¹ El presente estudio refleja, con pocas variaciones, el Capítulo III de la Memoria presentada como Proyecto Docente e Investigador al Concurso-Oposición para la provisión de una Cátedra del área de conocimiento correspondiente en la UJI. (Junio de 1999).

² Vid., vgr., la extensa bibliografía que recoge Kegel, G., en *Introduction, PIL, IECL*, Vol. III, Ch. I., p.7, y, allí, nota (60). También, en general, Audit, B., *Droit International Privé*, 2e ed., Economica, Paris, 1997, pp 30-38; Berman, H.J., *World Law*, 18 Fordham Int'l L.J. 1617-1622 (1995); Brand, R.A., *External Sovereignty and International Law*, ibid., pp 1692-1694; Calvo Caravaca, A.L., *Las Fuentes del DERECHO Internacional Privado*, RGD 1986, pp 5057 ss; Cao, L., *Toward a New Sensibility for International Economic Development*, 32 Texas Int'l L.J. 209, 222-233, 252-257 (1997); Lowenfeld, A.F., *Nationalizing International Law: Essay in Honor of Louis Henkin*, 36 Columbia Lof Transnat'l Law 121-141 (1997); Mahmoud, M. S.M., *Mondialisation et Souveraineté de L'Etat*, JDI 1996, pp 611-662; Mayer, P., *Droit International Privé*, 6e ed., Montchrestien, Paris, 1998, pp 67-70; Slaughter, A.-M., *International Law in a World of Liberal States*, 6 EJIL

503 - 538 (1995); Steinhart, R.G., *The Privatization of Public International Law*, 25 *The Geo.Wash.J. of Int'l L. & Economics* 523-553 (1991), y Weeramantry, Ch. G., *Private International Law and Public International Law*, RDIPP 1998, pp 313-324. También, estudiando aspectos concretos, vgr., Ebenroth, C.T., *et alii*, *Succession D'Etats et Droit International Privé*, JDI 1996, pp 5-68; Manirazzaman, A.F.M., *State Contracts and Arbitral Choice of Law Process and Techniques*, 15 *Journal of Int'l Arbitration* 65-92 (1998), y Peter, W., *Stabilization Clauses in State Contracts*, RDAI/IBLJ 1998, pp 875 - 891.

³ Vid., *Curso de DERECHO Internacional Privado*, (pol.) UAM, 1984-85, Cap.III, p. 73.

⁴ Vid., vgr., Henkin, L., *Sibley Lecture, March 1994, Human Rights and State Sovereignty*, 25 *Ga.J Int'l. & Comp. L.* 31 (1995.96).

⁵ Vid., vgr., Trucios-Haynes, E., *LatCrit Theory and International Civil and Political Rights: The Role of Transnational Identity and Migration*, 28 *Inter-American L.R.* 293, 300-301 (1996-97).

⁶ 28 U.S.C. § 1350 (1994). Vid., sobre ella, por todos, Dodge, *The Historical Origins of the Alien Tort Statute: A Response to the "Originalists"*, 19 *Hastings Int'l & Comp. L.R.* 221- 258 (1996). Asimismo, para una reciente síntesis de otras conocidas singularidades USA, como la *foreign sovereign compulsion* o el *act of state*, Koh, H.H., *International Business Transactions in US Courts*, *Rec. des Cours* 1996, I.261, pp 76-119.

Vid., *Derechos Humanos y Comercio Internacional: ¿Los Condicionamientos Laboral y Medioambiental Sirven para Proteger los Derechos Humanos en los Países Menos Desarrollados o los Intereses Comerciales en los Países más Desarrollados?*, en *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 Aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp 535-540.

tráfico externo. Símbolo aquéllos, además, del auge del protagonismo del ser humano como sujeto del DERECHO internacional público, pueden deducirse en su sede, vgr., principios que sin duda han de producir efectos en nuestro DERECHO; tal sería el plasmado en un posible *derecho internacional de autodeterminación de la persona*, que se vincula con el reconocimiento por los Estados de la realidad de identidades transnacionales o de múltiples estratos *-multilayered identity-*, un fenómeno con claros exponentes en la *sociedad multicultural*⁵.

De particular interés en este contexto, por otro lado, sería el juego de la *Law of Nations* como ley federal de los EE.UU. y la posibilidad de perseguir sus violaciones como ilícitos civiles ante los correspondientes tribunales, tal y como permite una norma que viene generando una práctica sustancial, la *Alien Tort Claims Act*⁶. Y la traigo, en fin, a colación, como muestra del entrecruzamiento de nuestro DERECHO con el DERECHO internacional público, y cómo puede mediar en ello una sensibilidad en aumento respecto de la *vivencia* de los derechos humanos. Pero esa sensibilidad que, por supuesto, ha de tenerse como un factor trascendental en el progreso de la especie, resulta también susceptible de distorsión. Así lo ha puesto de relieve, vgr., el Profesor A. Ortiz-Arce, estudiando unos supuestos que podríamos considerar la imagen reflejada de algunos suscitados por mor de la *Alien Tort Claims Act*, a la que me acabo de referir. El punto es de importancia por lo que, a continuación, presento el planteamiento del cit. autor, avanzado en un reciente estudio⁷.

A partir de uno de los considerandos de la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 9 de Octubre de 1979 -Asunto *Airey c. Irlanda-*, donde se vinculan los derechos civiles y políticos con sus "prolongaciones de orden económico y social...", y del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según la Resolución 2200/XXI de la Asamblea

General de Naciones Unidas de 16 de Diciembre de 1966, en el que se afirma que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos", nuestro autor suscita la cuestión siguiente:

"En la medida en que, en las actuales condiciones de la oscilante disciplina en el comercio internacional entronizada en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), transformado en el Sistema Mundial de Comercio que gira alrededor de la Organización Mundial del Comercio, se permiten excepciones respecto a las reglas generales de liberalización basadas en la no discriminación y en el trato general de nación más favorecida so pretexto de la protección de 'la salud y la vida de las personas y de los animales', ¿se pueden esgrimir estas excepciones para evitar que los productos de países menos desarrollados fabricados o elaborados u obtenidos en detrimento de las exigencias de protección medioambiental o laboral o social puedan gozar de libre circulación en el mercado mundial?, las necesidades económicas y sociales de tales países, con la salida al exterior de los artículos y frutos para los que cuentan con ventajas comparativas, ¿pueden resultar aún más comprometidas por las circunstancias de que en sus procesos productivos no cumplen con los requerimientos medioambientales o laborales propios de los países más adelantados?, ¿se puede sostener que en la disciplina y en la protección de los Derechos Humanos hay elementos de carácter laboral o social o medioambiental que deben ser exigidos a los países menos desarrollados como condiciones para el suministro de ayudas por parte de los países más desarrollados?"⁸.

Por supuesto, el Profesor A. Ortiz-Arce desarrolla sus propias líneas de

respuesta a las que, en sus términos, me remito. Pero, por sí solo, el hecho de que se puedan suscitar con rigor estas cuestiones me parece de un alto interés a nuestros efectos, y por ello el haber dejado aquí constancia de él.

En otro orden, el énfasis en el cit. protagonismo de la persona, dando un paso más, no debe oscurecer un dato que ha de dejar su impronta respecto del tema que nos ocupa: aunque algunos desarrollos, vgr., sobre la *inmunidad de los Estados*, puedan sugerir lo contrario⁹, estos últimos no están dispuestos a ceder fácilmente su lugar de preeminencia. Nuestro DERECHO y su antagonista volverán a converger, entonces, en clave de procesos en alza como, vgr., el de la *cooperación internacional*¹⁰ o, antítesis de éste, el de la *imposición de medidas de coerción económica*¹¹.

Llevaré ahora a cabo dos apuntes técnicos sobre la incidencia del DERECHO internacional público a la hora de perfilar, respectivamente, las competencias jurisdiccional y legislativa del Estado.

Para el primero seguiré los términos del importante *Report* de C. Kessedjian, de 7-IV-1997, en el marco de los trabajos preparatorios de la Convención de La Haya sobre Competencia Jurisdiccional y Reconocimiento de Decisiones en Materia Civil y Comercial¹². Tras revisar los principios de DERECHO internacional relativos a la materia y el precedente del caso *Lotus*, la autora llega, vgr., a

"una conclusión inmediata... (que) un principio fundamental que debiera guiar a los Estados a la hora de delimitar la competencia jurisdiccional directa de sus tribunales es la *predictibilidad*. Dado que las reglas jurisdiccionales existen para enfocar la atracción de los litigantes sobre aquellas instancias en las que los tribunales pueden llegar a decisiones sobre sus derechos sustantivos, las reglas deben ser claras y precisas, formuladas en orden a permitir a los

litigantes decidir con anticipación y, si es posible, con total certeza, qué tribunal será capaz de pronunciar la oportuna sentencia"¹³.

Destacando luego que la teoría tradicional defiende "alguna conexión 'sustancial' o 'significativa' entre el foro y el caso, C. Kessedjian mantiene que la tesis moderna sobre la *proximidad* del foro con el caso es una adaptación de la primera, que "Aún perdiendo algo en precisión, representa una mejora en flexibilidad y en capacidad de adaptación a los hechos crecientemente complejos e interconectados de la vida y relaciones internacionales"¹⁴. Nuestra autora, en fin, culmina su aportación como sigue:

"Las consecuencias de lo visto... pueden sintetizarse del siguiente modo: 1) la predictibilidad para los litigantes debiera ser, si resulta posible, priorizada; 2) ha de verificarse que todas las normas jurisdiccionales admitidas muestran de hecho una conexión suficiente entre el foro, las circunstancias del caso y las partes en disputa; 3) deben excluirse todas las formas de competencia carentes de tal vínculo; 4) en caso de duda, se debe prever una cláusula excepcional que esté suficientemente bien definida para salvaguardar el requisito de predictibilidad"¹⁵.

En otro orden de cosas, el de la competencia legislativa, y puesto que lo he tratado ya extensamente en otros lugares¹⁶, sólo quiero dejar constancia aquí del *principio de razonabilidad*, enseña del *Restatement of the Law III, the Foreign Relations Law of the U.S.*¹⁷, y sobre el que A.F. Lowenfeld incardinó su notorio Curso General de La Haya de 1994¹⁸. En todo caso, me parece un intento digno de suscitar reflexiones en profundidad, en el sentido de vincular nuestro DERECHO, a través de algunas de sus más depuradas técnicas, con el DERECHO internacional público¹⁹.

Pero existen otros múltiples puntos de contacto entre ambos Derechos,

⁹ *Ibid.*, p. 536. Comp. con Carrillo Salcedo, J.A., ¿Responde la Declaración Universal de 1948 a las Exigencias Actuales de los Derechos Humanos?, en *La Desprotección Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad de Huelva, 1998, pp 23-25. Vid., también, en general, Swaminathan, R., *Regulating Development: Structural Adjustment and the Case for National Enforcement of Economic and Social Rights*, 37 *Columbia J. of Trans'l L.* 161-214 (1998).

¹⁰ Vid., vgr., Brand, R.A., op. cit. en nota (1), P.1692-1693, y Donoghue, J.E., *The Public Face of Private International Law: Prospects for a Convention on Foreign State Immunity*, 57 *Law & Contemporary Problems* 305-322 (1994), y el comentario de este último estudio por Robertson, H.B., *Comments on Professor Donoghue's Article...*, *ibidem*, pp 323-331. Vid., también, en general, Schachter, O., *The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law*, 36 *Columbia J. of Trans'l L.* 7-23 (1997).

¹¹ Vid., vgr., un aspecto digno de atención en Osman, F., *Un Nouveau Champ D'Exploration Pour le Droit International Privé: La Coopération Transfrontalière Entre Collectivités Publiques Infra-Etatiques*, *Rev. Critique* 1997, pp 403-440; en anexo se recoge el Tratado Hispano-Francés de 10-III-1995, en vigor desde el 24-II-1997. En él, el art.4 resulta de especial relieve a nuestros efectos.

¹² Vid., vgr., Garcimartín Alférez, *Contratación Internacional y Medidas de Coerción Económica*, Madrid, 1993, pp 77-92; también, Damrosch, L.F., *Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures*, *Rec. des Cours* 1997, t.269, pp 9-250; Reisman, W. M. & Stevick, D.L., *The Applicability of International Law Standards to UN Economic Sanctions Programmes*, 9 *EJIL* 86 - 141 (1998), y Zamora Cabot, F.J., *El Proyecto Lugar-Hamilton de Reforma del Sistema de Sanciones Económicas Interna-*

cionales de los EE.UU.: Una Llamada al Pragmatismo y la Moderación, Anuario de DERECHO Internacional 1998, pp 635-647.

¹² Hague Conference on P.L.L., *Enforcement of Judgements*, Prel. Doc. No 7, April 1997.

¹³ *Ibid.*, n.64.

¹⁴ *Ibid.*, n. 65 (c).

¹⁵ *Ibid.*, n.66. Vid., también, en general, Strauss, A.L., *Beyond National Law: The Neglected Role of the International Law of Personal Jurisdiction in Domestic Courts*, 36 Harvard Int'l L.J. 373-424 (1995).

¹⁶ Vid., *Extraterritorialidad y DERECHO de la Competencia: Nuevos Datos Sobre el Llamado "Test de Efectos"*, RDP 1990, 1000-1007, y el Trabajo inédito que presenté como 2º Ejercicio al citado Concurso-Oposición, Cap.II., § I. Ap.3 A).

¹⁷ Vid., vgr., su reciente estudio por Massey, D.B., *How The American Law Institute Influences Customary Law: The Reasonableness Requirement of the Restatement of Foreign Relations Law*, 22 Yale J of Int'l L. 419-445 (1997). También, en general, McCormick, N., *On Reasonableness, en Les Notions á Contenu Variable en Droit*, Perelman & Vander Elst (eds.), Bruylant, Bruxelles, 1984, pp 131-156.

¹⁸ Vid., *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, Rec. des Cours 1994 (I), t. 245, pp 11-319, y el comentario, por todos, de Goldsmith, J.L., 91 AJCL 391-394.

¹⁹ Y sobre el que se puede estar o no de acuerdo pero, desde luego, conlleva un atrayente desafío intelectual; vid., vgr., Silberman, L.J., *Judicial Jurisdiction in the Conflict of Laws Course: Adding a Comparative Dimension*, 28 Vanderbilt J of Transnat'l L. 389-406 (1995), y su contestación por Lowenfeld, A.F., *Professor Lowenfeld Responds*, *ibid.*, pp 407-409.

²⁰ Op. cit. en nota (1), *pass.*

²¹ Vid., 62 RabelsZ 312 (1998), (Énfasis propio).

²² Cit. por Adams, W.A., *Same-Sex Relationships and Anglo-Canadian Choice of Law: An Argument for Universal Validity*, The Canadian Y.of Int'l L. 1996, p.125. Vid., también, Schachter, O., *The Decline of the Nation-State and Its Implications for International Law*, 36 Columbia J.of Transnat'l L. 7, 23 (1997).

²³ Vid., vgr., en general: Béraudo, J.-P., *La Mise en Oeuvre du Droit Matériel Uniforme par le Juge et Par L'Arbitre. Dans le Règlement des Litiges Commerciaux*, RDU 1998, pp 259-273; Castellanos, E., *Autonomía de la Voluntad y DERECHO Uniforme en la Compraventa Internacional*, Comares, Granada, 1998, pp 1-16; Droz, G.A.L., *Regards Sur le Droit International Privé Comparé*, Rec. des Cours 1991 (IV), t.229, pp 374 ss; Evans, M., *Uniform Law: A Bridge Too Far?*, 3 Tulane J of Int'l & Comp. L. 145 - 159 (1994); Fernández Rozas, J.C., *Consideraciones en Torno a la Relevancia del DERECHO Uniforme en la Regulación del Tráfico Externo*, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, t.IV, Civitas, 1996, pp 5209-5237; Fernández Rozas, J.C. & Sánchez Lorenzo, S., *Curso de DERECHO Internacional Privado*, 3a ed., Civitas, Madrid, 1996, pp 147 - 154; Goldring, J., *Globelisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws*, RDU 1998, pp 435- 451; Gondra, J.M., *DERECHOMercantil I. Introducción*, Madrid, 1992, pp 169 ss; González Campos, J.D., *Efforts Concertés D'Unification et Coexistence Des Règles de Droit International Privé dans Le Système Européen*, *Homm. a G.A.L. Droz*, pp 105-120; Goode, R., *Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 ICLQ 1-36 (1997); Illescas, R., *El DERECHO Uniforme del Comercio Internacional y su Sistemática*, RDM 1993, pp 38 ss; Mayer, P., *Droit International Privé*, 6e ed., Montchrestien, Paris, 1998, pp 13 ss.; Olivencia, M., *UNCLTRAL: Hacia Un Derecho Mercantil Uniforme en el Siglo XXI*, RDM 1993, pp 9 ss. y Pirrung, J., *Unification du Droit en Matière Familiale: La Convention de L'Union Européenne sur la Reconnaissance des*

como recientemente ha dejado constancia el Juez Ch.G. Weeramantry, del T.I.J. de La Haya²⁰. Así, parece del todo prudente la recomendación del I.D.I. enmarcada en su Resolución sobre la enseñanza de aquéllos, en tanto que "(4). Cuando se ofrezcan cursos separados de DERECHO internacional público y de DERECHO internacional privado, exista una estrecha interrelación y coordinación entre ellos"²¹.

Concluyo ahora aportando la opinión de otro ilustre Juez, el canadiense LaForest:

"Los sistemas legales y las normas son reflejo y expresión de los valores fundamentales de una sociedad, de modo que para respetar la diversidad social es importante respetar las diferencias en los sistemas legales. Pero si esto ha de servir en nuestra era, en la que numerosas transacciones e interacciones trascienden las fronteras definiendo comunidades legales en nuestro mundo descentralizado, debe también existir un método accesible de coordinar esa diversidad... Desarrollar tal coordinación ante la diversidad es una función común del DERECHO internacional público y del DERECHO internacional privado"²².

II. LA UNIFICACIÓN MATERIAL: REFERENCIA A LA DIMENSIÓN CONVENCIONAL Y A LA MODERNA LEX MERCATORIA.

Incidiendo sobre las divergencias de regulación que han constituido tradicionalmente uno de los presupuestos de nuestro DERECHO, el fenómeno de rúbrica se encuentra en un momento de particular interés²³. Así, por ejemplo, en el primer orden, podríamos partir de la constatación de la variedad e importancia de los sectores afectados donde, junto a los clásicos -vgr., transportes y navegación marítima, contratación, pro-

piedades especiales, DERECHO cambiario- se perfilan otros que, tal que el comercio electrónico, son reflejo de la altura de los tiempos²⁴. Pero esta primera impresión, no obstante, debe modularse con la persistencia de críticas que también señalan la realidad de problemas de calado. Evaluándolas, M. Evans las presenta, en los términos del *Justice Hobhouse*, del siguiente modo: *la uniformidad compromete la certeza y efectividad; existe una inconsistente interpretación del DERECHO uniforme cuando se aplica utilizando como referente el DERECHO nacional; no se puede acceder a las decisiones de los tribunales y a los laudos arbitrales extranjeros y la legislación nacional no avanza al paso del proceso de unificación internacional*²⁵.

No todas tienen el mismo peso, claro está, y así se recoge en el ponderado análisis del recientemente extinto Secretario General del UNIDROIT, pero tampoco son las únicas que cabe esgrimir. Recordemos, por ejemplo, respecto de los problemas que puede suscitar el proceso de *incorporación*, cómo puso de relieve el Profesor González Campos las modificaciones sobre el texto de los Convenios que quedaron patentes en la Ley 19/1985, de 16 de Julio, Cambiaria y del Cheque²⁶ y, asimismo, la disputa doctrinal suscitada por la ratificación del Protocolo de Bruselas de 1979, modificativo del Convenio de Bruselas de 1921 sobre el conocimiento de embarque²⁷.

En otro orden de cosas, y me refiero ahora a los *procedimientos* de unificación, recordaré, frente a la clásica vía convencional, la posibilidad de recurrir a los de naturaleza no vinculante, como recomendaciones o leyes modelo²⁸. A su respecto, resulta, por ejemplo, de particular interés, la opinión del propio Profesor González Campos cuando, al evaluar la actuación de uno de los foros de mayor relieve, sostiene que:

“En suma, el recurso a procedimientos no imperativos implica la aceptación de un cierto ‘gradualismo’ en el esfuerzo concertado de la unifica-

ción internacional. Y permite asegurar, a la vez, una coexistencia más amplia de las normas de conflicto de fuente internacional con el DERECHO internacional privado de fuente estatal, en expansión en la hora actual. Si la Conferencia de la Haya no ha recurrido todavía a estos procedimientos, a pesar de la decisión de 1980, este resultado negativo, a mi parecer, es de lamentar. Aunque sería preciso, de modo previo, un examen de los métodos de trabajo para poder llegar, quizá, a la adopción ulterior de una vía más simplificada que la seguida para la elaboración de convenios”²⁹.

Llegado este punto, el cit. sector de transportes puede ser una buena piedra de toque respecto de la unificación *material*, objeto aquí de estudio, que acaso se halla en un *turning point*. J. Putzeys lo ha visto del siguiente modo:

“¿Es entonces utópico creer en una evolución centrípeta futura de este magma de convenciones y otras reglas? ¿Qué se ha cambiado en diez años? Una mirada realista sobre el terreno nos obliga a renunciar a este sueño de un tronco común sobre el cual, a la medida de necesidades bien definidas, vendrían a fijarse ramas sectoriales.

Esta renuncia a un sueño muchas veces formulado se funda sobre las consideraciones siguientes:

a) No hay ya voluntad de realizar grandes instrumentos internacionales en el dominio de los transportes. Si resultaba posible reunir antiguamente (en 1924 por ejemplo) alrededor de una mesa a negociadores que hablaban el mismo idioma, todos especialistas del derecho y la práctica, la evolución exponencial de las organizaciones internacionales hace que este trabajo, incluso si se persigue en plazo anual, sea tan bello como inútil. Ejemplos, el Convenio Multimodal de 1980 y la CRTD de 1989, por no hablar de las Reglas de Hamburgo de 1978.

Esta imposibilidad de elaborar un

Divorce et la Question de Nouveaux Travaux D'UNIDROIT, RDU 1998, pp 629 - 640.

²⁴ Vid., vgr., Boss, A., *Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform*, 72 Tulane L. R. 1931 - 1984 (1998), y Gautrais, V., *et alii*., *Droit du Commerce Electronique et Normes Applicables: L'Emergence de la Lex Electronica*, RDAI/IBLJ 1997, p. 547, espec., pp 560 ss.

²⁵ Op. cit., pp 146-155.

²⁶ Vid., *Las Normas Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letra de Cambio, Pagaré y Cheque: Presupuestos, Soluciones y Problemas*, en *Derecho Cambiario, Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, pp 961 ss.

²⁷ Sobre ella, vid., vgr., Ruiz Soroa, J.M., *et alii*., *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Vitoria-Gasteiz, 1986, pp 354 ss.

²⁸ Vid., sobre estas últimas, vgr., Herrmann, G., *The UNCITRAL Arbitration Law: A Good Model of a Model Law*, RDU 1998, 2/3, pp 483-499.

²⁹ Op. cit. en nota (22), p. 111.

³⁰ Vid., *Le Transport, École D'Unification?*, RDU 1998, p. 646 y s. También, en general, Griggs, P.J.S., *Choose Your Instrument-Have We Seen the Last International Convention?*, *Il Diritto Marittimo* 1999, pp 104-110, y Von Ziegler, A., *Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law*, *ibid*, pp 232-238. Sobre el cit. Convenio Multimodal, vid., vgr., Bouza, N., *El Contrato de Transporte Multimodal: De Una Normativa Profesional a un Convenio Internacional*, RCEA, III (1986), pp 97 ss; Recalde, A., *El Conocimiento de Embarque y Otros Documentos del Transporte*, Cívitas, Madrid, 1992, pp 336 ss, y Tetley, W., *Arbitration & Jurisdiction in Carriage of Goods by Sea and Multimodal Transport-Can We Have International Uniformity?*, 33 ETL 735 - 765 (1998).

³¹ Vid., vgr., los recientes estudios de Bernardeau, L., *La CMR en Tant que Règle des Transports Intérieurs*, 33 ETL 785-795 (1998); Herber, R., *CMR: UNIDROIT Should Not Let This Child Go!*, RDU 1998, pp 475-481, y Mutz, G., *Evolution Du Droit De Transport International Te-restre: Une Comparaison des RUCIM et de la CMR*, *ibid*, pp 615-628.

³² Para Friedman, L.M., por ejemplo, "La convergencia y las acciones voluntarias de las partes privadas son sin duda más fundamentales en la construcción de un orden legal que el proyectar y promulgar"; vid., *Borders: On The Emerging Sociology of Transnational Law*, 32 Stanford J of Int'l L. 65, 77 (1996).

³³ Vid., vgr., Fernández Rozas, J.C., *Consideraciones...*, cit., pp 5229 ss. También, Rodríguez Iglesias, G.C., *Consideraciones Sobre la Formación de un DERECHO Europeo*, Gaceta Jurídica nº 200, Abril/Mayo de 1999, pp 11-25.

³⁴ Vid., vgr., entre otros: Bonell, M.J., *The UNIDROIT Principles: What Next?*, RDU 1998, pp 275-286; Clavero, M., *et alii*, *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos de Comercio In-*

nuevo derecho material internacional se funda en primer término en la dificultad de reunir, con vistas a un trabajo algo eficaz, a un gran número de representantes de Estados que no tienen a menudo más vocación por el estudio de la materia que su presencia en lugares más o menos idílicos. También se funda en la carrera de obstáculos que constituye en numerosos países, sobre todo con pretensión democrática, el proceso legislativo. Algunos... conocen un retraso sistemático en la ratificación de convenios internacionales. Y, como éstos no pueden hallar su fuerza de obligar más que en la incorporación en el arsenal jurídico nacional, acumulamos en la hora actual los convenios nacidos muertos.

b) Unificar el DERECHO uniforme es entonces una ilusión. ¿Cuál es entonces el campo cubierto por el DERECHO uniforme (siempre en materia de transportes)? Era modesto y realista el legislador internacional de 1924 que elaboraba convenios para la unificación de 'ciertas reglas en materia de' conocimiento y de la responsabilidad de los propietarios de navíos -fórmula que permanece tradicional en los convenios marítimos- porque no tenía la pretensión, y lo sabía, de fijar todas las reglas de materias tan complejas³⁰.

Si la unificación internacional por la vía de convenios muestra estos signos de agotamiento en el sector de referencia, reducto tradicional donde ha dado buenos frutos como, vgr., el Convenio *CMR*; una vez sea esto preguntase por su viabilidad futura. Dejando ahora al margen la alternativa que encarna el principio de *convergencia*³² o, por su especificidad, el ámbito de los procesos de integración³³, acaso enfoques nuevos, como el mantenido por UNIDROIT en sus ya famosos *Principios Sobre Contratos Comerciales Internacionales* (1994)³⁴, indiquen la pauta a seguir. Al apostar en ellos por una técnica no legislativa que, vgr., fía en la voluntad de las partes, el Instituto romano ha tendido, en realidad, un puente hacia la *Lex*

Mercatoria, y como tal se valora³⁵. Lo aprovecho ahora para situarme, completando la presente rúbrica, en el marco de aquella.

Definida con ingenio por R. Weintraub como *el derecho de todas partes y de ningún lugar*³⁶, lo que sorprende principalmente, y a ello me voy a ceñir, de la moderna *Lex Mercatoria* es que todavía la circunde un debate extendido en el tiempo alrededor de 35 años³⁷. Las causas pueden ser diversas.

Inicialmente, podemos considerar que median en este particular divergencias de cariz ideológico recogidas, por ejemplo, en una tensión entre el liberalismo y el estatismo a la hora de regular el sustrato que conforma nuestro DERECHO. No sería la primera vez que ello sucede, como queda abundante muestra, vgr., en la llamada *polémica de los métodos de reglamentación*, con vínculos y parcialmente solapada en el tiempo con la presente. Pero aquella vió su fin, acaso, cuando no resultaba ya posible negar carta de naturaleza a lo que principalmente había sido manzana de la discordia, las normas materiales imperativas, *lois de police*, normas perentorias, de aplicación necesaria, etc. Visto así, entonces, el art. 7 del Convenio de Roma acreditaría, entre otros textos, la realidad de una opción pluralista, la prevalente en la actualidad. Pero la cit. *Lex Mercatoria* también ha tenido relevantes reflejos positivos -más adelante me referiré a algunos- sin que la discusión dé signos de amainar. Nuevas claves, pues, se hacen necesarias.

De modo previo, y emparentado como lo anterior con posturas de principio, nada cuesta, vgr., coincidir con los Profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo cuando, poniendo de relieve una de las dualidades que configuran nuestro DERECHO³⁸, afirman que:

"(según ciertos planteamientos) junto al Derecho creado por los órganos estatales existe también el Derecho creado por los particulares, por obra de la autonomía de la voluntad,

que en el tráfico jurídico externo cobra una especial intensidad en el ámbito de la denominada 'sociedad internacional de comerciantes', caracterizada por su autonomía, intereses comunes, desvinculación de los poderes estatales e imperio de la voluntad privada. Dicha sociedad coexiste con la denominada 'sociedad internacional de Estados', que comporta un pluralismo de ordenamientos jurídicos y de organizaciones judiciales distintas. Nos encontramos, por tanto, ante una dualidad estructural de la sociedad internacional que es básica para la comprensión de muchos problemas del DERECHO Internacional Privado de nuestros días³⁹.

En el marco de esa *sociedad internacional de comerciantes*, sin embargo, puede añorar un reflejo de la nota de ambigüedad que, proyectada por sus críticos sobre la *Lex Mercatoria*, tal vez sea uno de los motivos de que el citado debate continúe abierto. Así, para P. Mayer, "la existencia de una sociedad tal es de las más dudosas; existen más bien medios profesionales *extremadamente diversos y compartimentados*"⁴⁰, lo que pondría en entredicho la homogeneidad que parece requerir un grupo social que pretenda una facultad de autonomización.

Por otra parte, se suele predicar del eventual fruto de esa facultad un carácter *espontáneo*, cualidad negada en ocasiones por los hechos y, por lo mismo, susceptible de originar críticas. Pensemos, vgr., en relación con los "usos" de la práctica internacional que, a menudo, son el resultado de sustituir o reformar una previa ordenación emanada por un organismo "codificador" que sustituye, en plazos relativamente breves, los preexistentes—caso de las sucesivas versiones de las RUU sobre créditos documentarios. Aquí nos hallamos más bien ante reformas *impuestas desde arriba*, es decir, formuladas a raíz de una reflexión racional llevada a cabo por las instancias rectoras—y, en particular, desde sus juristas prácticos—de los organis-

ternacional. Ed. Aranzadi, 1999; Drobning, U., *The UNIDROIT Principles in the Conflict of Laws*, pp 385-404; Farnsworth, A., *The American Provenance of the UNIDROIT Principles*, 72 Tulane L.R. 1985-1994 (1998); Garro, A.M., *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG*, 69 Tulane L.R. 1149-1190 (1995); Giardina, A., *Les Principes Unidroit Sur Les Contrats Internationaux*, JDI 1995, pp 547-558; Hartkamp, A.S., *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, 2 ERPL 341-357 (1994); Kessedjian, C., *Un Exercice de Rénovation des Sources du Droit des Contrats de Commerce International*, Rev. Critique 1995, pp 641-670; Lando, O., *Dicey and Morris and the Conflict of Laws: A Review*, 47 ICLQ 394, 400-405 (1998); Olavo, L., *The UNIDROIT Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Private Law*, 69 Tulane L.R. 1209-1224 (1995); Parra Aranguen, G., *Conflict of Laws Aspects of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, ibid., pp 1239-1252; Timoteo, M., *Desequilibrios Contractuales y Adecuación del Contrato en los Principios Unidroit*, RDM 1998, pp 1269 ss; y Tita A., *A Challenge for the WTO*, 29 JWT 83, 85-86 (1995). Vid., también, en general, De Miguel Asensio, P., *Armonización Normativa y Régimen Jurídico de los Contratos Mercantiles Internacionales*, *Diritto del Commercio Internazionale*, 1998, pp 859-883.

³⁹ Vid., vgr., Berger, K.P., *The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 28 LPB 943-989 (1997); Bonell, M.J., *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Towards a New Lex Mercatoria?*, RDAI/IBL 1997, pp 145-165, e ICC, Institute of International Law and Practice, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, 1995.

⁴⁰ Vid., *Choosing Law With an Eye on the Price*, 15 Michigan J. of Int'l L. 705, 718 (1994)

³⁷ Y que se ha reflejado en multitud de aportaciones doctrinales. Vid., vgr., las recogidas por Fernández de la Gándara, L. & Calvo Caravaca, A-L, *DERECHO Mercantil Internacional*, 2a ed., Teenos, Madrid, 1995, p.46, y, allí, nota (64). También, vgr., Berger, K.P., op. cit., *pass*; Bonell, M.J., op. cit., *pass*; Coote, R., *Structural Adjudication and the New Law Merchant A Model of Decentralized Laws*, Int'l Rev. of Law & Econ. 143 (1994); Fernández Rozas, J.C. & Sánchez Lorenzo, S., *Curso...*, cit., pp 182-187; Espinar Vicente, J.M., *Algunas Reflexiones en Torno a las Fuentes Autónomas del DERECHO Comercial Internacional*, pp 33-43; Gaillard, E., *Trente Ans de Lex Mercatoria Pour une Application Selective de la Methode des Principes Généraux du Droit*, JDI 1995, pp 5-30; Goldman, B., *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, en *Étude de Droit International en L'Honneur de Pierre Lalive*, Basilea, 1993, pp 241-255; Goode, R., op. cit., pp 27-35; Juenger, F.K., *American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant*, 28 Vanderbilt J. of Transnat'l L. 487-501 (1995); Mayer, P., op. cit. en nota (22), pp 14-16; Petit, V., *Hacia una Delimitación del Concepto de "Lex Mercatoria"*, RGD 1990, pp 3085-3101, y Rensmann, T., *Anational Arbitral Awards*, 15 J. of Int'l Arbitration 37-65 (1998). Asimismo, en aspectos singulares, vgr., Fall, A., *Defence and Illustration of Lex Mercatoria in Maritime Arbitration*, 15 J. of Int'l Arbitration 83-94 (1998); Gautrais, V., *et alii*, op. cit., *pass*; Moliniaux, Ch., *Moving Towards a Construction Lex Mercatoria*, 14 J. of Int'l Arbitration 55-66 (1997); Reidenberg, J.R., *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 Texas L.R. 553-593 (1998); Tetley, W., *The General Maritime Law: The Lex Maritima*, 31 E.T.L. 469-506 (1996) y Virgós, M., *Yoz "Lex Mercatoria" (Dip)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp 3992-3994.

³⁸ Vid., vgr., Ortiz-Arce, A., *Algunas Consideraciones Sobre Ciertas*

Dualidades que Inciden en la Configuración del DERECHO Internacional Privado, en *Estudios en Honor del Profesor A. Truyol Serra*, Vol. II, Madrid, 1986, pp 903-909.

³⁹ Vid., *Curso...*, cit., p.182.

⁴⁰ Op. cit., p. 15. (Énfasis propio).

⁴¹ Vid., Fernández de la Gándara, L. & Calvo Caravaca, A-L., op. cit., p. 51. En el mismo sentido, y para O. Schachter, "Tal ley (la L.M.) tiende a reflejar el poder económico y los intereses privados y huir del escrutinio a la luz de los valores comunitarios. Como otras facetas del capitalismo global, suscita la necesidad de restricciones políticas al poder privado"; vid., *The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law*, 36 Columbia J of Transnat'l L 7, 12 (1997).

⁴² Vid., vgr., respectivamente, Gaillard, E., op. cit., pp 21 ss y Fernández Rozas, J.C. & Sánchez Lorenzo, S., op. cit., pp 182 ss.

⁴³ Op. cit., p.501 y s.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 503.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 504.

⁴⁶ Vgr., las de quienes Sánchez Lorenzo, S., denomina *Profesores-Árbitro*; vid., *Postmodernismo y DERECHO Internacional Privado*, REDI 1994, p. 573.

⁴⁷ Vid., Rensmann, Th., op. cit., p. 40, y, allí, nota (24).

⁴⁸ (1993) 2 W.L.R. 262 (H.L. 1993). En ella, el Alto Tribunal inglés acepta el principio de los precedentes como principios comunes al DERECHO francés y al DERECHO inglés y, en la ausencia de tales principios comunes, a los generales del DERECHO comercial internacional tal como han sido aplicados por tribunales nacionales e internacionales". Vid., vgr., el comentario de Weintraub, R., op. cit., p. 718 y s; asimismo, en otro orden, Marcou, G., *La Sentence*

more teóricamente encargados de una recopilación que, deseablemente "aséptica", puede muy bien resultar "orientada". De forma análoga, y según se ha podido alertar: "El riesgo de que, a través de los usos comerciales internacionales o de los contratos-tipo y condiciones generales impuestos unilateralmente se encubran los intereses de la parte más fuerte en la contratación mercantil, no es una hipótesis que deba desecharse"⁴¹.

Dejando ahora al margen, por su amplio tratamiento en doctrina, aspectos parciales como los relativos al *contenido* o la *juridicidad*⁴², quiero centrarme al punto, siempre respecto de la persistencia del debate sobre la *Lex Mercatoria*, en lo que bien pudiera ser un elemento estructural de aquél. Un bien conocido especialista, W. Tetley, lo ha puesto de relieve, por mor del sector de arbitraje, del siguiente modo:

"¿Porque se reconoce generalmente la existencia de una moderna *Lex Mercatoria* en la teoría y práctica del arbitraje en Francia y los EE.UU. y se rechaza generalmente en el Reino Unido? La respuesta radica en las actitudes diferentes de los respectivos sistemas judiciales hacia el arbitraje y hacia el Derecho...

En el Reino Unido, los laudos arbitrales son *secretos* y usualmente no se *publican*, ni han de motivarse necesariamente, a menos que alguna de las partes insista. Como consecuencia, no se está generando un cuerpo de jurisprudencia arbitral... El arbitraje en Inglaterra está conectado con los tribunales; no es un sustituto verdadero de los litigios.

(En) los USA y en Francia, por su parte, el arbitraje es un procedimiento organizado y conducido al margen de los tribunales. Se crea así una *lex mercatoria*, porque los laudos se consiguen, colacionan, analizan y publican. Hay una nueva jurisprudencia, un *ius commune*. Y los recursos ante los tribunales sólo son posibles en casos equivalentes al fraude, no por error o error notorio"⁴³.

Nuestro autor abunda también en la escasa creatividad o arrojo -con excepciones- de la judicatura inglesa, vinculada a unos precedentes que se han concretado en normas muy fijadas, por lo que las novedades han de venir por vía legislativa. Conforme con todo ello, en fin, "El *ius commune*, también históricamente... es en realidad un concepto de tradición civil, que muchos tribunales de *common law* tienen dificultad de comprender y aceptar"⁴⁴, aunque la resistencia a la *lex mercatoria* en el Reino Unido, "... sea quizá ya una acción en la retaguardia"⁴⁵.

¿Estamos llegando, acaso, a las post-trimerías del debate? Para evaluar la respuesta vendría conocer hasta qué punto tercia en la propia polémica consideraciones corporativas⁴⁶, o el modo en que pueden influir desarrollos recientes en el plano legislativo o jurisprudencial. Pensemos, vgr., entre los primeros, en los arts.1496 y 1054 de, respect., los Códigos Procesales Civiles francés y holandés, o la § 1051 (1) de su homólogo alemán⁴⁷ o, de los segundos, en la sentencia de la *House of Lords* en el caso *Channel Tunnel Group Ltd., v. Balfour Beatty Construction Ltd.*⁴⁸.

En definitiva, una visión equilibrada de la *Lex Mercatoria* nos llevaría a su aceptación en tanto que "descansa en el regazo de los Estados y su importancia deriva del grado de admisibilidad y permisividad de los Estados a la autonomía material en la contratación internacional y en el recurso al arbitraje, pero nunca exento de todo control"⁴⁹. Por otra parte, y vinculando la presente con la Sección previa de este trabajo, concluiré, con K.P. Berger, en tanto mantiene que: "Redefinir la relación entre un DERECHO comercial transnacional independiente, el DERECHO internacional público, y el DERECHO privado y comercial doméstico... se configura como una de las tareas principales para la doctrina del DERECHO internacional privado en el futuro"⁵⁰.

III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO.

Contando con el notable caudal de aportaciones ya generado por la literatura científica⁵¹, afronto el tema de rúbrica fundamentalmente a través de la influencia sobre nuestro DERECHO de los principios rectores del ordenamiento comunitario. Sin más, llevo ahora a cabo una somera indagación, acompañándola con algunos datos actuales que estimo de relieve.

Parto, con H. Muir Watt, del carácter "potencialmente tentacular" de estos principios⁵², y cómo "constituyen un filtro a través del cual debe pasar el conjunto del DERECHO internacional privado relativo a las relaciones intracomunitarias"⁵³. Así las cosas, si, vgr., el principio de primacía ha podido ser revisado a la luz de la teoría de los bloques normativos para precisar su alcance y límites respecto de las "Directivas de mínimos"⁵⁴, los de proporcionalidad y subsidiariedad, por su parte, modularían la acción legislativa de la Comunidad, potenciando la armonización conflictual frente a la material y el cauce de las Directivas frente a los Reglamentos. El de subsidiariedad, incluso, puede ostentar como sugiere S. Álvarez una eficacia reductora respecto de tal acción, si se trata de las materias susceptibles de ser armonizadas⁵⁵.

Por lo que atiene al núcleo central del entramado comunitario en el que se instalan los principios de libre circulación de mercancías, establecimiento y prestación de servicios, hay que recordar, en primer término, su creciente importancia a partir de la jurisprudencia del TJCE, llegando aún a prevalecer sobre el de no discriminación de manera que, vgr., "... una solución nacional se podrá ver condenada en nombre de los principios comunitarios, incluso si no opera discriminación alguna en razón del origen, en tanto que constituya un obstáculo a la libre prestación de servicios"⁵⁶.

Arbitrale Relative à La Convention d'Utilisation du Tunnel Sous La Manche par la SNCF et British Rail, AFDI 1997, pp 810-842.

⁵¹ Vid., Fernández Rozas, J.C. & Sánchez Lorenzo, S., op. cit., p. 184. Vid. asimismo, el contraste con el DERECHO español que propone Espinar Vicente, op. cit., pp 39 - 42.

⁵² Op. cit., en nota (34), p.987.

⁵³ En realidad, tal caudal puede ser calificado de ingente. Así, aparte de las referencias contenidas en Fernández Rozas, J.C. & Sánchez Lorenzo, S., op. cit., pp 190-192, vid., en general, vgr., De Miguel Asensio, P., Integración Europea y DERECHO Internacional Privado, RDCE 1997, pp 413 - 445; Duintjer Tebbens, H., Private International Law and Single European Market, en Private International Law in Europe, Kluwer, Deventer, 1990, pp 65 ss; García Rodríguez, I., DERECHO Aplicable y Orden Público Comunitario, RIE 1993, pp 901-941; Gardeñes, M., La Imperatividad Internacional del Principio Comunitario de No Discriminación por Razón de la Nacionalidad, RIE 1996, pp 863 - 877; Knöfel, S., EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and Incompatibilities Between Conflicts Rules, 47 ICLQ 439 - 445 (1998); Lagarde, P. & Von Hoffmann, B., (eds.), The Europeanisation of International Private Law, Bundensanzeiger Verlagsges, Kohn, 1996; Lunas Diaz, M.J., El Principio de Primacía Comunitario y el DERECHO Internacional Privado, RDCE 1998, pp 473 - 499; Ortiz-Arce de la Fuente, A., DERECHO Internacional Privado Español y DERECHO Comunitario Europeo, UCM, Madrid, 1988; Id. et alii, (coord.), Legislación Comercial Internacional, Tecnos, Madrid, 1997, pp 31 ss; Saulle, M.R., Diritto Comunitario e Diritto Internazionale Privato, Giannini, Napoli, 1983; y Sánchez Lorenzo, S., La Incidencia del Principio Comunitario de No Discriminación por Razón de la Nacionalidad en los Sistemas Conflictuales de los Estados Miembros, RCEA 1996, pp 61 - 81, e id., Incidencia del DERECHO Comunitario en la Interpretación de las Normas del DERECHO Internacional Privado Estatal a la Luz de la Jurisprudencia Reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en Problemas Actuales de

Aplicación del DERECHO Internacional Privado por los Jueces Españoles, CGIP, Madrid, 1997, pp 338 - 375. Para aspectos singulares vid., también, vgr., Bonomi, A., La Necessité D'Harmonisation du Droit des Garanties Réelles Mobilières dans le Marché Unique Européen, en L'Européanisation du Droit Privé, Editions Universitaires, Fribourg, 1998, pp 497 - 515; Bovis, Ch., Extra-Territorial Effects in the Application of EC Legislation on Public Procurement, LIEI 93/2, pp 83- 93; Cölle, R.F. & Brink, M., Employment and the European Works Council Directive, IBL 1997, pp 245 - 251; De Vries, A., Council Regulation (EC) no 2271/96 (The EU Blocking Regulation), IBL 1998, pp 345 - 352; Dundas, M.J., et alii, The Transposal Processes of the EC Directives and the US Uniform Codes: A Comparative Analysis, 21 Boston College Int'l & Comp. Law R. 43 - 74 (1998); Fletcher, I.F., The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice of Law Provisions, 33 Texas Int'l L.J. 119 - 140 (1998); Frigeti Ratalma, M., La Legge Applicabile al Contratto di Assicurazione Nell'Attuazione delle Direttive Comunitarie, RDIPP 1996, pp 19 - 42; Fuentes, V., Adaptación del DERECHO Interno Español a las Directivas Comunitarias Sobre Seguros Directos: Omisiones, Deficiencias y Mecanismos de Corrección, La Ley-Unión Europea, 26 - II-1998, pp 1-3; Id., El Recurso de Casación en la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras y el Sistema Institucional de Bruselas y Lugano, Tribunales de Justicia 1998/5, pp 505 - 519; Id., Los Contratos de Seguro y el DERECHO Internacional Privado en la U.E., Civitas, Madrid, 1999; García Cano, S., Los Alimentos en el Ámbito Europeo de la Competencia Judicial y de la Cooperación, en Borrás, A., (Coord.), La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales: Una Reflexión Preliminar Española, M.Pons, Madrid, 1998, pp 275 - 300; Juenger, F.K., Some Comments on European Procedural Harmonization, 45 AJCL 931 - 937

(1997); Koutrakos, P., *Export of Dual-Use Goods Under the Law of the European Union*, 23 ELR 235-251 (1998); Lando, O., *Guest Editorial: European Contract Law After the Year 2000*, 35 CMLR 821-831 (1998); Nuits, A., *L'Application des Lois de Police dans l'Espace*, *Revue Critique* 1999, pp 31-74; Otero, C., *El Instrumento de Defensa Comercial Comunitario Tras la Conclusión de los Acuerdos de la Ronda Uruguay*, RIE 1996, pp 455-483; Serena, L., *Libera Circolazione dei Capitali e Ordine Pubblico nel Diritto Comunitario: Il Caso delle Norme Antiriciclaggio*, RDIP 1996, pp 43 - 66; Stella, F., *Il Regolamento (CE) N. 1310/97 del Consiglio che Modifica il Regolamento (CEE) n. 4064/789 Relativo al Controllo delle Concentrazioni tra Imprese: Un Primo Commento*, *Diritto del Comm. Int.* 1998, pp 543 - 566; Vermulst, E. & Driessen, B., *The Choice of a Switch: The European Reaction to the Helms-Burton Act*, 11LJIL 81 - 90 (1998) y Zamora Cabot, F.J., *Las Contramedidas en el Sector del Transporte Marítimo*, 33 ETL 767-783 (1998).

⁵² Vid., *Les Principes Généraux en Droit International Privé Français*, *Revue Critique* 1997, p.414.

⁵³ *Ibid.*, p. 415.

⁵⁴ Vid., Lamas Díaz, M.J., *op. cit.*, pp 489 ss.

⁵⁵ Este autor se refiere especialmente a la progresiva reducción de los ámbitos regulados por la Directiva 94/CE de 26-X-1994, sobre protección de los adquirentes en contratos de multipropiedad de inmuebles; Vid., "Pasado Presente y Futuro del DERECHO Internacional Privado Comunitario", *Derecho*, 1996, pp 17 y s. Sobre el principio de proporcionalidad, vid., asimismo, en general, Ellis, E., (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

⁵⁶ Vid., Muir Watt, H., *op. cit.*, p. 413.

⁵⁷ Vid., Fallon, M., *Variations sur le Principe D'Origine Entre Droit Communautaire et Droit International Privé*, en *Nouveaux Itinéraires en Droit*, H. Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp 187 - 221.

⁵⁸ Vid., vgr., referencia a la sentencia TJCE de 12-XII-1996 en el caso *Reisebüro Broede y Gerd Sandker*, en Sánchez Lorenzo, S., *Restricciones a la Libre Prestación de Servicios Derivadas del DERECHO Procesal de los Estados Miembros: Principios Generales Aplicados a la Exigencia de Intervención de Abogado*, *La Ley-UE*, 25-III-1997, p. 12 ys.

⁵⁹ Vid., Muir Watt, H., *op. cit.*, p. 414. (Énfasis propio).

⁶⁰ Vid., vgr., Radicati di Brozolo, L., *L'Influence Sur les Conflits de Lois des Principes de Droit Communautaire en Matière de Liberté de Circulation*, *Revue Critique* 1993, pp 401-424.

⁶¹ Vid., *El Principio del Reconocimiento Mutuo: ¿ Un Nuevo Modelo para el Derecho Internacional Privado Comunitario?*, *Rev. de DERECHO Comunitario Europeo* 1998, *EnJun*, pp 137-170.

⁶² *Ibid.*, p. 167.

⁶³ *Ibid.*, p. 168.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 169. Vid., también, en general, Gardiñas Santiago, M., *La Aplicación de la Regla de Reconocimiento Mutuo y su Incidencia en el Comercio de Mercancías y Servicios en el Ámbito Comunitario e Internacional*, Eurolex, Madrid, 1999.

⁶⁵ Vid., vgr., sobre esta última, Aguilar Benítez de Lugo, M., *La Cautio Judicatum Solvi a la Luz de la Sentencia del TJCE de 1 de Julio de 1993 en el Caso Hubbard/Hamburger*, B.I.M.J. n.º 1689, 1993, pp 5310 - 5322, e Id., *La Cautio Judicatum Solvi y la Sentencia del TJCE de 26 de Septiembre de 1996 en el Caso Data Delecta Akt. y Romny Forsberg c MSL Dynamics Ltd.*, *La Ley -UE*, 28-II-1997, pp 5-8.

⁶⁶ Vid., vgr., De Miguel Asensio, P., *op. cit.* en nota (50), p. 439 y s.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 441. Vid., asimismo, en

Por su parte, el principio de origen, trasunto del *home country control* proveniente del DERECHO público, deja sentir su influencia en conjunción con los anteriores⁵⁷. En su virtud, y sujeto a eventuales excepciones por mor de las normas de interés general del Estado de acogida⁵⁸, empresas y entidades que, vgr., desarrollan sus actividades en sectores significativos como el bancario o de seguros, podrán conformarlas de acuerdo a la reglamentación del Estado de origen. Pero, respecto del juego de esa *lex originis*, "la cuestión que se plantea es saber si el DERECHO internacional privado no debería dejar lugar para normas específicas a las relaciones intercomunitarias"⁵⁹, especialmente frente a las soluciones universales adoptadas por el Convenio de Roma de 1980. La cuestión, con un carácter marcadamente técnico, ha sido desarrollada en profundidad por la doctrina, y a ella me remito⁶⁰. No obstante, si quisiera destacar su estudio por M. Guzmán Zapater, bajo el manto del principio del reconocimiento mutuo y con motivo, en particular, de la Segunda Directiva Bancaria⁶¹. En sus observaciones finales, esta autora afirma, en primer lugar, que tal principio como criterio regulador de la actividad bancaria suscita fricciones respecto de las normas de conflicto convencionales referentes a los contratos; de este modo "Las zonas de ajuste entre la Directiva y el Convenio son más numerosas que aquellas en las que pueden darse dificultades de imbricación entre ambos instrumentos"⁶². Resaltando luego, además, cómo la introducción del reconocimiento mutuo implica, por una parte, fomentar la competencia entre sistemas jurídicos e impedir la consecución de un Mercado único bancario y, por otra, que el Convenio de Roma no puede ser aplicado por igual en las situaciones *intra* y *extra* comunitarias⁶³, concluye que:

"De cara al futuro... no hay que excluir que la construcción de un DIPr propio para las situaciones intracomunitarias halle en el principio del reconocimiento mutuo el criterio delimitador de competencias legislativas estatales en materias sujetas

a unificación. Y nos aproximáramos a un DIPr basado en la idea de reconocimiento de leyes de factura similar al norteamericano. Desde la perspectiva estatal se complicaría sin duda el proceso de solución de controversias. Pero la complejidad es el signo de este fin de siglo⁶⁴.

Por su parte, también es conocido el juego del cit. *principio de no discriminación*: en el ámbito de las normas procesales y de competencia y en el del derecho aplicable. Baste recordar, por ejemplo, en el primero, la no conformidad con aquél de ciertas normas de extranjería procesal sobre el embargo preventivo o la caución de arraigo en juicio⁶⁵, o la posible contradicción respecto de las normas de algún Estado miembro que utilizan la nacionalidad como criterio único de competencia, en el ámbito del DERECHO de la persona, familia y sucesiones⁶⁶. En el del derecho aplicable, en cambio, la influencia del principio sólo es perceptible en contadas ocasiones, como, vgr., "... si la nacionalidad se emplea como criterio determinante de la normativa aplicable en sectores a los que es totalmente ajena...(o) cuando la norma sobre ley aplicable favorece a los nacionales en detrimento de los extranjeros, situación característica...de las llamadas normas de extensión, que modifican el alcance de la norma de conflicto multilateral"⁶⁷.

Concluyo ya este apunte sobre los principios del DERECHO comunitario poniendo de relieve cómo alguno de ellos, juntamente con otros de rango constitucional de los Estados miembros y los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de 1950, componen un orden público propio, con proyecciones en los ámbitos básicos de nuestro DERECHO⁶⁸. Tal orden público, en fin, y como mantiene P. De Miguel, ostenta una vocación *positiva* que: "...se refleja en la presencia a nivel comunitario de normas imperativas de D.I.Pr. (en materias como defensa de la competencia, tutela de consumidores, protección de los trabajadores, restricciones al comercio con terceros Esta-

dos...) que en nuestro ordenamiento se aplican a título de normas del foro..."⁶⁹.

Quiero ahora completar esta rúbrica haciéndome eco de algunos desarrollos que importan a nuestros efectos. Es el caso, vgr., de la potenciación de la acción convencional llevada a cabo en su momento ex art.K3.2 del Título VI TUE, que dio fruto en dos textos de primer orden: el Convenio de 26 de Mayo de 1997 sobre notificación de documentos judiciales y extrajudiciales, que ha de sustituir entre los Estados contratantes a su homólogo de La Haya de 1965⁷⁰, y el Convenio de 28 de Mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia matrimonial⁷¹. Junto a ellos, la propuesta del *Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado* relativa a un Convenio Europeo sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales⁷², o la de la Comisión Europea, sobre la reforma de los Convenios de Bruselas y Lugano⁷³ muestran, a salvo de avatares futuros, el momento de interés que vive nuestro DERECHO como coadyuvante en el proceso de integración europea⁷⁴, afianzado tras la reciente entrada en vigor -1 de Mayo de 1999- del Tratado de Amsterdam⁷⁵. En cualquier caso, la incidencia de este último dato merece ser realzada, y lo voy a hacer seguidamente de forma sintética, a partir, vgr., de sendos y recientes Dictámenes del Servicio Jurídico del Consejo sobre, precisamente, la mentada propuesta de reforma de los Convenios de Bruselas y Lugano⁷⁶.

Así, en el primero, de 5 de Febrero de 1999, solicitado por el Grupo ad hoc "Revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano" en su reunión de Diciembre de 1998, el cit. Servicio avanza que: "El instrumento previsto para la revisión del Convenio de Bruselas es una medida 'en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza' destinada a 'mejorar y simplificar... el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales', en el sentido de la

general, las aportaciones de Sánchez Lorenzo, S., y Gardesíes Santiago, M., recogidas en la nota (50), *supra*.

⁶⁸ Vid., vgr., Abarca Junco, P. El *Orden Público en el Convenio de Bruselas de 1968*, Bol. Fac. de DERECHO UNED 1994, pp 13-17, y, García Rodríguez, L. op. cit. en nota (50), *pass*. También, vgr., la reciente sentencia de la *Cour de Cassation* francesa, de 24-II-1998, en un caso vinculado con la aplicación del Protocolo nº 7 del cit. Convenio, y su comentario por E. Kerckhove en JDI 1998, pp 730-736.

⁶⁹ Op. cit., p 443 y s. Vid., también, en general, Bonomi, A., *Le Norme Imperative Nel diritto Internazionale Privato*, Schultess P.V., Zürich, 1998, pp 120 ss.

⁷⁰ Vid., vgr., García Gallardo, R. & Hernández Obelart, J., *Notificación y Traslado de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en la UE*, La Ley-UE, 27-V-1997, pp 1-3.

⁷¹ Vid su *Informe Explicativo* (98/C 221/04) a cargo de la Profesora A. Borrás en D.O. C 221/27, de 16.7.98. También, vgr., Beaumont, P. & Moir, G., *Brussels Convention II: A New Private International Law Instrument in Family Matters for the European Union or the European Community?*, 20 E.L.R. 268 - 288 (1995); Kohler, C., *L'Article 220 du Traité et les Conflits de Jurisdictions en Matière de Relations Familiales: Premières Reflexions*, RDIPP 1992, pp 221-240, y Pirrung, J., op. cit. en nota (22), *supra*.

⁷² Vid. su texto en 44 NILR 465-471 (1998).

⁷³ Vid., vgr., Arenas García, R. & Jiménez Blanco, P., *Nota a la Propuesta de la Comisión Europea para una Reforma de los Convenios de Bruselas y Lugano*, La Ley-UE, 30-III-1998, pp 3-7. Asimismo, Borrás, A., (Coord), *La Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 ...*, op. cit., *pass*.

⁷⁴ Interés que se realiza, vgr., si pensamos en el influjo de la dimensión comunitaria en los trabajos en curso a cargo de la Conferencia de La Haya sobre un *Convenio Mundial* en la línea de los de Bruselas y Lugano; por todos, vid., vgr., Kessedjian, C., *Vers une Convention à Vocation Mondiale en Matière de Compétence Jurisdictionnelle Internationale et D'Effets des Jugements Étrangers*, Revue Droit Uniforme 1997, pp 675-699.

⁷⁵ Sobre él vid., vgr., AA.VV., *Symposium, The European Union and the Treaty of Amsterdam*, 22 Fordham Int'l L.J., 1 (1999); Langrish, S., *The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights*, 23 E.L.R. 3-19 (1998); Maganza, G., *Réflexions Sur le Traité D'Amsterdam-Contexte Général et Quelques Aspects Particuliers*, AFDI 1997, pp 657-670; Mangas Martín, A., *La Reforma Institucional en el Tratado de Amsterdam*, Rev. DERECHO Comunitario Europeo 1998, En/Jun, pp 7-40 y Twomey, P. & O'Keefe, D., (Eds.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 1999. En particular, sobre sus efectos en relación con nuestro DERECHO, vid., vgr., De Miguel Asensio, P., *El Tratado de Amsterdam y el Derecho Internacional Privado*, La Ley-UE, 30-III-1998, pp 1-3; González Campos, J.D., *El Nuevo Art. 65 del T.C.E. Tras el Tratado de Amsterdam y el DiPr. de los Esta-*

dos Mienbros de la C.E., Conferencia Pronunciada en la UAM el 27-V-1999; Kohler, Ch., *Interrogations Sur les Sources du Droit international privé Européen Après le Traité d'Amsterdam*, Revue Critique 1999, pp1-30 y Ortiz-Arce de la Fuente, A., *La Cooperación Intergubernamental y Comunitaria Respecto a la Circulación de Personas no Comunitarias y a los Asuntos Judiciales Civiles y Penales y Policiales*, en *La Armonización Legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1999, pp 187 ss, espec., pp 197-201. Vid., asimismo, Vidal-Folch, X., *La Nueva Constitución de la UE Entra en Vigor con Dudas Sobre la Futura Política Exterior Común*, Diario "El País", 1-V-1999.

⁷⁶ Respect., Doc. 5290/99 JUR 25 JUSTCIV 3 y Doc. 6683/99 JUR99 JUSTCIV 48. Agradezco la gentileza del Prof. J.D. González Campos al suministrarme, amablemente, copia de ambos.

⁷⁷ Vid., Doc 5290/99, Parte II, a) 3.

⁷⁸ *Ibid.*, a) 4.

⁷⁹ *Ibid.*, b) 8.

⁸⁰ *Ibid.*, c) 12.

⁸¹ *Ibid.*, d) 15.

letra c) del artículo 61 TCE (nuevo) y del tercer guión de la letra a) del artículo 65 TCE (nuevo)⁷⁷. Además, y siempre en los términos del Dictamen, el art. 65 requiere que la medida "resulte necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior" lo que, dada la finalidad del Convenio de Bruselas y el que el postulado instrumento de revisión no pretende modificar los principios básicos de aquél, suscita la cuestión de si "tal revisión es necesaria para alcanzar ese objetivo". Sobre el particular:

"El Servicio Jurídico considera que el Consejo dispone de un cierto margen de apreciación... y que, sin exceder de su discrecionalidad, puede considerar que la revisión del Convenio de Bruselas, del que resulta que contiene algunas disposiciones cuya aplicación práctica ha dado lugar a algunas dificultades, es necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior en el sentido del art. 65 TCE. Por consiguiente... llega a la conclusión sobre este extremo de que la revisión del Convenio de Bruselas cumple los requisitos establecidos en la letra c) del art. 61 y en el art. 65 del TCE"⁷⁸.

Puesto luego de relieve por el Servicio que el procedimiento de toma de decisiones respecto de la adopción de la medida se ha de basar en lo dictado por el apartado 1 del art. 67, TCE, y que los Servicios de la Comisión han anunciado la presentación de una nueva propuesta en el marco del Tratado de Amsterdam⁷⁹, se contempla en el Dictamen que ésta adopte la forma de directiva o de reglamento, aunque no es difícil percibir una cierta preferencia por la vía que encarna el segundo⁸⁰. En todo caso, y culmina aquí mi referencia al cit. documento, el Servicio considera que, con independencia de la forma que adopte, la medida debiera sustituir al Convenio de Bruselas en su totalidad⁸¹.

Por lo que atiene al segundo Dictamen, fechado el 13 de Marzo de 1999, y nuevamente a solicitud del Grupo ad hoc, que plantea preguntas sobre temas

particulares, esta vez en sede de su reunión de Febrero del presente año, lo de mayor transcendencia a nuestros efectos acaso radique en el planteamiento de los poderes externos de la Comunidad en la materia⁸². Aquí, y resumiendo la respuesta del Servicio Jurídico a una cuestión siempre del mayor alcance y complejidad técnica, la nota a destacar sería la competencia exclusiva de la Comunidad, con apoyo, vgr., en la decisión del TJCE en el caso ERTA y, en particular, en su Opinión 2/91, en el sentido de que los Estados Miembros pierden el derecho individual o colectivo a asumir obligaciones frente a terceros Estados, que afectasen medidas ya adoptadas por aquélla en ejercicio de sus competencias internas⁸³. De esta manera:

“Como el Convenio de Bruselas ha establecido un sistema completo de normas sobre jurisdicción y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil en la Comunidad Europea, el Servicio Jurídico del Consejo concluye que, después de la adopción de una medida comunita-

ria que remplace el convenio de Bruselas, la Comunidad será competente con carácter exclusivo para concluir acuerdos internacionales que pudieran afectar las normas contenidas en la medida comunitaria alterando su ámbito”⁸⁴.

En esos términos, la incidencia de lo defendido, vgr., sobre la revisión del Convenio de Lugano o el que se está gestando en La Haya, resulta indudable⁸⁵. Y sirva para confirmar, con todo lo anteriormente visto, el relieve para nuestro DERECHO de la referida entrada en vigor del Tratado de Amsterdam⁸⁶.

Finalizo llamando a perseverar en un análisis de las relaciones entre nuestro DERECHO y el DERECHO comunitario, donde prime la búsqueda de un equilibrio entre los aspectos institucionales y los basados en concretos sectores, pues creo que conviene a aquéllos, y al progreso de la ciencia jurídica. Entretanto, junto a los tradicionales, se perfilan nuevos y prometedores ámbitos para el estudio y la investigación⁸⁷.

⁸² Vid., Doc. 6683/99, Parte V.

⁸³ *Ibid.*, 20.

⁸⁴ *Ibid.*, 21. Vid., también, De Miguel, P., op. cit., en nota (74), *supra*, p. 2.

⁸⁵ Vid., Doc. 6683/99, Parte V. 22.

⁸⁶ Vid., asimismo, las repercusiones sobre *los conflictos de leyes y de jurisdicción*, en De Miguel, P., op. cit., p. 2 y 3, y Ortiz-Arce, A., op. cit., en nota (74), p. 199 ss.

⁸⁷ Vid., vgr., entre ellos, los reflejados entre las aportaciones que recojo, como aspectos singulares, en la nota (50), *supra*.