

# LAS RELACIONES ENTRE FORUM Y IUS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CARACTERIZACION Y DIMENSIONES DEL PROBLEMA

Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS

SUMARIO: I.—*Significado de las relaciones entre forum y ius en Derecho internacional privado.* 1. Introducción. 2. Las relaciones entre *forum* y *ius* como manifestación de las «relaciones estructurales» en Derecho internacional privado. II.—*Las dimensiones del problema.* 1. Perspectiva judicial. 2. Perspectiva del derecho aplicable. 3. Marco de análisis del problema.

## I. SIGNIFICADO DE LAS RELACIONES ENTRE FORUM Y IUS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

### 1. *Introducción.*

1. En sentido general, al hablar de las relaciones entre *forum* y *ius* se hace referencia a las existentes entre dos sectores o grupos de normas en cualquier ordenamiento estatal: el que regula la competencia judicial internacional de los tribunales internos y el que determina el derecho aplicable por el juez a las relaciones privadas internacionales<sup>1</sup>. Empleando dos

1. Partiendo de la definición ofrecida por H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Paris, 1965, p. 7, se trata del conjunto de normas que determinan los supuestos en los que los órganos judiciales de un Estado determinado pueden ejer-

expresiones hoy usuales, que tienen vigencia doctrinal al menos desde finales del siglo XIX<sup>2</sup>, en el primer caso se alude a la «competencia judicial» o «jurisdiccional» de los tribunales internos en los litigios con elemento extranjero; en el segundo a la «competencia legislativa». Y, de este modo, habitualmente en la doctrina francesa se alude a las relaciones entre competencia judicial y competencia legislativa<sup>3</sup>; aunque para evitar las connotaciones teóricas que se hallan en el origen de ambas expresiones, vinculadas a la noción de un «conflicto de soberanías» entre los Estados, parece preferible utilizar la que encabeza este estudio o hablar de las relaciones entre la competencia judicial internacional y el derecho aplicable, como hace la doctrina alemana<sup>4</sup>.

cer el poder jurisdiccional conferido por el Estado en nombre del cual actúan en relación con los litigios nacidos de las relaciones privadas internacionales. Según A. MIAJA DE LA MUELA, es «la compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international (Cf. *Recueil des Cours*, t. 135, 1972-I, p. 11 y s. Sobre esta noción, Cf. entre otros W. KRALIK, «Die internationale Zuständigkeit», en *Z.f. Zivilprozess*, 1961, p. 2 y s.; A. T. VON MEHREN y D. T. TRAUTMAN, «Jurisdiction to Adjudicate: A suggested Analysis», en *Harvard L. R.*, 1966, p. 1121 y s. y J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit*, Opladen, 1971, *passim*.

2. Las expresiones «competencia judicial» y «competencia legislativa» fueron empleadas por Ch. BROCHER, «Théorie du Droit international privé», *R. D. I. L. C.*, 1873, p. 406 y s. así como en la introducción a su *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, Ginebra, 1879, p. 6 y s. y en su *Cours de Droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, t. III, París-Ginebra 1885, p. 12 y s. y 38 y s. La expresión «competencia jurisdiccional», fue usada por E. BARTIN, *Etude sur les effets internationaux des jugements*, I, París, 1907, p. iv., partiendo de la distinción entre «conflits de lois» y «conflits de juridictions».

3. Así, H. BATIFFOL, *Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, curso policop. del Institut H. E. I. de la Univ. de París, 1960-1961 y su estudio en *De Conflictu Legum. Mélanges R. D. Kollwijn et J. Offerhaus*, Leiden, 1962, pp. 55-66. Igualmente, D. MAYER, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le Droit international privé de la famille*, Tesis policop. de la Univ. de París-II, 1973, entre otros. Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 156, 1977-II, Ch. I para las expresiones inglesas «judicial jurisdiction» y «legislative jurisdiction».

4. En particular, A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin-Tubinga, 1969 y, en la doctrina suiza, A. E. VON OVERBECK, «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht», *Annuaire Suisse D. I.*, 1964, pp. 25-48 y G. BREULEUX, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Zurich, 1969. Esta orientación se encuentra también en el estudio de Ch. EISEMANN, «Les rapports entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français», *Mélanges Maury*, II, París, 1960, pp. 379-403, que contiene valiosas apreciaciones para el tema en Derecho internacional privado.

Dado que se trata de examinar los vínculos entre dos sectores del ordenamiento estatal, resulta lógico que la doctrina, con carácter preliminar, aborde ciertas cuestiones generales desde un ángulo comparativo. Entre ellas, cabe mencionar las que se refieren a la naturaleza, objeto y funciones de uno y otro grupo de normas, o a la estructura técnica de éstas. Este examen, de ordinario se realiza al delimitar el Derecho internacional privado del Derecho procesal civil internacional en aquellos países donde la doctrina admite una concepción «estricta» del primero<sup>5</sup> o en los estudios que, partiendo de esta concepción, se consagran al segundo<sup>6</sup>. También, en los países en que se acepta una concepción «amplia», al precisar los elementos comunes y los rasgos diferenciales entre el «conflicto de leyes» y el «conflicto de jurisdicciones»<sup>7</sup>. Pero este análisis —ya se concluya afirmando que ambos sectores son distintos y autónomos, análogos o que forman parte de una misma estructura jurídica general— sólo poseen un valor introductorio a los fines del tema aquí considerado.

2. En efecto, teniendo en cuenta estos presupuestos generales es preciso preguntarse, ulteriormente, cuál es el significado real de los vínculos o relaciones entre *forum* y *ius*. Para ello, interesa señalar el hecho de que la doctrina alude, en ocasiones, a una «influencia mutua» entre ambos grupos de normas o, más directamente, a una influencia de la jurisdicción que conoce del litigio sobre la solución de éste y, a la inversa, de la ley aplicable sobre la competencia judicial internacional<sup>8</sup>. Asimismo, con una expresión sugestiva, de la «atracción del foro sobre el derecho aplicable» y, correlativamente, de la «atracción del derecho aplicable sobre el foro» que conoce del litigio<sup>9</sup>. Y desde el planteamiento inicial del tema en la obra de

5. Cf. en relación con la doctrina alemana, P. H. NEUHAUS, «Internationales Zivilprozessrecht und internationale Privatrecht», *Rabels Z.*, 1955, pp. 201-269 y, de este autor, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrecht*, 2.ª ed. Tubinga, 1976, pp. 395 y s. así como G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 4.ª ed., Munich, 1977, pp. 477 y s. y 13-24.

6. Cf. G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2.ª ed., Padova, 1954, p. 97 y s.; I. SZASZY, *International Civil Procedure. A comparative Study*, Leiden, 1967, pp. 109 y s. y 23-35.

7. Así, Y. LOUSSOUARN y P. BOUREL, *Droit international privé*, París, 1979, pp. 12-16 y P. MAYER, *Droit international privé*, París, 1977, entre las obras más recientes que aceptan la concepción «amplia». En particular, Cf. los estudios de H. BATIFFOL citados en la nota 3.

8. Entre otros autores, J. P. NIBOYET, *Traité de Droit international privé français*, t. VI, p. I, París, 1949, pp. 260-266.

9. Así, A. MIAJA DE LA MUELA, «Les principes directeurs des règles de

CH. BROCHER, se habla también de una «dependencia» mutua, entre competencia judicial internacional y derecho aplicable<sup>10</sup>.

Tales expresiones nos aproximan, ciertamente, al significado de las relaciones entre *forum* y *ius*. Ahora bien, para aprehender el significado real es necesario partir, a mi juicio, de la idea general que subyace a esa «influencia», «atracción» o «dependencia» mutuas entre ambos grupos de normas: la correlación funcional de sus soluciones, en el proceso de aplicación judicial. En efecto, con referencia a la *lex fori* —y a la competencia de los tribunales del foro— la respuesta jurídica que contiene un sector de normas se concreta en la competencia o incompetencia del tribunal para conocer del litigio; y, en el otro sector, en la aplicación o inaplicación del conjunto de normas de la *lex fori*, ya se trate, en este caso, de la *lex formalis fori* o de la *lex civilis fori*. Así, el vínculo entre *forum* y *ius* se caracteriza por el hecho de que la respuesta o solución jurídica general, en uno de los dos sectores, produce un efecto inmediato —positivo o negativo— en el otro grupo de normas, determinando la aplicación o inaplicación por el juez del derecho del foro o, en su caso, la competencia o incompetencia de los propios tribunales.

Esta correlación funcional de soluciones entre *forum* y *ius* se produce en el proceso de aplicación judicial del Derecho internacional privado, entendido éste, en sentido amplio, como derecho regulador de las relaciones privadas internacionales. Por ello, entraña la tarea de determinar —respecto de un particular sistema de Derecho internacional privado o, comparativamente, respecto del conjunto o de un grupo de sistemas en vigor— cuáles son los vínculos particulares en que se concreta dicha correlación. En segundo lugar, supone una precisión de las materias en que dicha correlación de soluciones se

compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international», *Recueil des Cours*, t. 135, 1970-I, p. 62 y s.

10. CH. BROCHER, *Cours de Droit international privé*, cit. en la nota 2, t. III, p. 15 sugiriendo la idea de una «dependencia natural» de la competencia judicial respecto de la legislativa. Más recientemente, R. H. GRAVESON, *The conflict of Laws*, 6.<sup>a</sup> ed., Londres, 1974, p. 12 y s. y M. SCHWIMMANN, «Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit vor der *lex causae*?», *Rabels Z.*, 1970, pp. 201 y s. Para P. H. NEUHAUS, la correlación entre competencia judicial internacional y derecho aplicable —la llamada *Gleichlauf*— se expresa en una relación de preeminencia del *forum causae* o del *forum legis* (Cf. *Die Grundbegriffe*, citt. en la nota 5, pp. 426 y s.). Según Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976, p. 108 y s. la correlación supone que una de las dos competencias «commande» a la otra.

produce, con exclusión de otras. En tercer lugar, es obligado analizar y sistematizar las técnicas jurídicas de las que se ha servido el legislador para alcanzar una correlación de soluciones. Y, finalmente, una vez expuestos los datos que ofrece el derecho positivo, el jurista debe preguntarse por las razones que justifican la unidad entre *forum* y *ius* o su escisión, respecto de una determinada materia; y es necesario valorar, en cada sector de problemas, el resultado alcanzado con esta correlación de soluciones, como respuesta justa a los supuestos de tráfico jurídico externo.

2. *Las relaciones entre forum y ius como manifestación de las relaciones estructurales en Derecho internacional privado.*

3. Ahora bien, como he señalado en otro lugar, las relaciones entre *forum* y *ius* sólo constituyen un aspecto —ciertamente importante— de un problema más general, que hasta ahora no ha sido objeto de sistematización por parte de la doctrina. Se trata de las que podría denominarse «relaciones estructurales» entre los diversos grupos de normas que regulan las relaciones privadas internacionales.

En efecto, con independencia de la concepción que se adopte sobre el «contenido» o «materias reguladas» por el Derecho internacional privado —amplia, intermedia o estricta<sup>11</sup> puede admitirse que en cualquier ordenamiento estatal existen diferentes grupos de normas que reglamentan la situación de los particulares en la sociedad internacional. Utilizando una sistemática propuesta por E. PECOURT<sup>12</sup>, de un lado nos encontramos con aquellas normas que se refieren a «las relaciones entre el individuo y el Estado» y constituyen el presupuesto de un Derecho internacio-

11. Esta es la clasificación adoptada por M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, parte 1.ª, Madrid, 1977, pp. 173-181. Para M. JEZDIC, «L'élément étranger et l'étendue du Droit international privé», *De Conflictu Legum*, cit. en la nota 3, pp. 268 y s. la existencia de diversas concepciones sobre el contenido es un «fenómeno anormal para la Ciencia jurídica»; pero se trata, como ha señalado P. FRANCESKAKIS, «Droit international privé comparé», *Repertoire de Droit international, Encyclopédie Juridique Dalloz*, t. I, Paris, 1968, p. 679, de uno de los «elementos de desemejanza» entre los sistemas estatales de Derecho internacional privado. Y la diversidad posee, a mi juicio, unas raíces históricas, en cada sistema o grupo de sistemas, que trascienden de la simple consideración académica del problema.

12. E. PECOURT GARCÍA, «Programa de Derecho internacional privado», Valencia, 1979.

nal privado entendido en sentido amplio; esto es, las normas sobre nacionalidad y extranjería<sup>13</sup>. De otro lado, se hallan aquellas normas que constituyen el núcleo central de la regulación del tráfico jurídico externo: la «reglamentación sustantiva de las relaciones plurinacionales», el problema del derecho aplicable a estas relaciones, y la «reglamentación de las relaciones plurinacionales litigiosas», la dimensión judicial del tráfico jurídico externo. Pese a sus diferencias de naturaleza o de técnica jurídica, estos cuatro grupos de normas se encuentran unidos entre sí por tomar en consideración un mismo fenómeno social y jurídico, el tráfico externo; y también por una finalidad común: la de ofrecer, en expresión feliz de H. BATIFFOL<sup>14</sup>, «una respuesta global a la cuestión de la situación jurídica de la persona en las relaciones privadas internacionales».

Desde esta perspectiva, el Derecho internacional privado —, si se quiere, el conjunto de principios y normas que, en un sistema estatal, reglamenta las situaciones o relaciones de tráfico jurídico externo— constituye una «estructura jurídica global» o general, cuyos diversos elementos componentes —los cuatro sectores de normas antes indicados— se hallan conexiados mutuamente, en atención a un común objeto y finalidad. Y esta idea de estructura jurídica general evoca, de inmediato, la existencia de ciertas relaciones dentro de este conjunto: las que cabe llamar «relaciones estructurales» en Derecho internacional privado, entendido éste en sentido amplio. De un lado, pueden analizarse aquellas relaciones que se establecen entre cada uno de los cuatro componentes y el conjunto, la estructura jurídica general; de otro, las existentes entre los diversos sectores que la integran, de manera que aparecen, lógicamente, seis posibles relaciones «binarias» a partir de los cuatro elementos componentes<sup>15</sup>. Y es en esta segunda dimensión del pro-

13. En la doctrina francesa, se alude al carácter «prejudicial» de las cuestiones de nacionalidad y extranjería, así F. DESPAGNET, *Précis de Droit international privé*, 5.ª ed. por CH. DE BOECK, Paris, 1909, pp. 89 y 367. Más recientemente, el ángulo de análisis es la consideración de los «sujetos» de las relaciones privadas internacionales, (H. BATIFFOL, y P. LAGARDE, *Droit international privé*, I, 6.ª ed. Paris, 1974, pp. 4-7) o de las «personas privadas implicadas en relaciones jurídicas internacionales» (P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, 1977, pp. 2-6 y 585 y s.).

14. H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *op. cit.*, en la nota anterior, pp. 6-7.

15. Competencia legislativa / competencia judicial; competencia legislativa / extranjería; competencia legislativa / nacionalidad; competencia judicial / nacionalidad; competencia judicial / extranjería y nacionalidad / extranjería. De ellas, una función más relevante corresponde a las que se establecen entre uno de los dos «núcleos» centrales y otro elemento componente de la estructura.

blema donde se sitúan las particulares relaciones entre *forum* y *ius*, cuyo significado antes se ha precisado.

4. La existencia de una correlación funcional de soluciones entre los diversos sectores que integran el Derecho internacional privado ha sido puesta de relieve por la doctrina, en particular por la francesa<sup>16</sup>; lo que resulta comprensible al admitir ésta una concepción amplia de nuestra disciplina. No obstante, el análisis del problema posee, de ordinario, un carácter parcial, centrándose para algunos autores en el tema de la «prioridad» que corresponde a cada sector en el proceso de aplicación judicial<sup>17</sup>. No obstante, si se parte de una perspectiva global, a partir de la idea de unas «relaciones estructurales» y se consideran las dos dimensiones antes indicadas de éstas, se abre un campo de reflexión mucho más rico —y también más complejo— cuyas grandes líneas sólo cabe apuntar aquí.

Así, en lo que respecta al primer grupo de relaciones —las que existen entre cada uno de los elementos componentes y la estructura general— baste señalar que constituyen, a mi juicio, un ángulo de análisis esencial para el conocimiento del proceso de formación y desarrollo del Derecho internacional privado; lo que permitirá aprehender uno de los elementos que configuran sus normas: la «historicidad»<sup>18</sup>. Ello puede apreciarse, por vía de ejemplo, examinando la función histórica que ha correspondido al sector de las normas de extranjería en la regu-

16. Aún posee interés el examen realizado en los *Principios de Derecho internacional privado*, por J. P. NIBOYET (Selección de la 2.ª ed. francesa del *Manuel de Droit international privé*, Paris, 1928), Madrid s.a., traducción de A. Rodríguez Ramón, pp. 1-17, al señalar la «conexión entre la nacionalidad y la condición de los extranjeros», la distinción entre el problema del conflicto de leyes y el de la condición de los extranjeros y las consecuencias de la frecuente confusión de los dos problemas, concluyendo en la necesidad de un «orden lógico» de examen.

17. Valga como ejemplo el tratamiento del tema por Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en Droit international privé français*, Curso del Institut H. E. I. de la Univ. de Paris, 1970-1971, pp. 17 y s. Para este autor el problema de la competencia judicial internacional es un «préalable nécessaire» para la solución del problema del «conflicto de leyes» por lo que resulta «normal» que tenga una influencia sobre el segundo; pero estima «ilógica» la influencia del hecho posterior sobre el anterior, esto es, del derecho aplicable sobre la jurisdicción competente. Cf. la crítica a esta concepción, *infra*, núm. 5.

18. Según la caracterización de M. GUTZWILLER, en el Derecho internacional privado «l'histoire est tout» (Cf. «Le développement historique du Droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 29, 1929-IV, p. 292). Ahora bien, partiendo de una concepción del Derecho como estructura formal y estructura socio-histórica, la «historicidad» no puede ser entendida como un proceso de evolución de las normas, exclusivamente, por

lación del tráfico externo durante la Antigüedad clásica<sup>19</sup>; la que tuvo la dimensión judicial en el proceso de evolución de un sistema particular de Derecho internacional privado, como el inglés<sup>20</sup> o los efectos de la nacionalidad en los sistemas del continente europeo, desde los inicios del siglo XIX. Desde esta perspectiva de un todo sobre el que una de las partes influye decisivamente, cabría sostener —al menos como simple hipótesis de interpretación histórica— que en el proceso de formación y desarrollo del Derecho internacional privado, uno o varios componentes han tenido, respecto de cada momento histórico, un papel determinante sobre el conjunto; de manera que la estructura general se ha «polarizado» en torno a ese sector de problemas.

Con referencia al segundo grupo de «relaciones estructurales» —las que se establecen entre los distintos elementos componentes del conjunto— también puede llevarse a cabo un análisis histórico, como en el caso anterior. Su finalidad sería la de comprobar si ha existido en el proceso de formación o en la evolución de un sistema de Derecho internacional privado una influencia determinante de las normas de uno de los sectores, respecto de las de otro. Y como he expuesto en otro lugar<sup>21</sup>, en el caso de las relaciones entre *forum* y *ius* esta influencia ha

importante que sea el examen de la dinámica histórica en cualquier sistema; en ella se integra, inseparablemente, el análisis de los intereses protegidos y de los objetivos de política legislativa, en cada período, así como su evolución en el tiempo.

19. Para B. T. BLAGOJEVIC, «Théories des statuts à la lumière de l'histoire générale de l'évolution de la société», *De Conflictu Legum*, cit. en la nota 3, p. 62 y s. la participación de los miembros de una comunidad en la vida jurídica de otra fue en la Antigüedad un hecho «excepcional». Pero la afirmación debe ser matizada, dada la diversidad de supuestos históricos que cubre la idea de la Antigüedad. Cf. el T. IX del *Recueil de la Société Jean Bodin (L'étranger*, Bruselas, 1958) y el estudio de conjunto de J. GLISSEN, «Le statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative», *ibid.*, t. IX, pp. 5 y s.

20. Cf. por todos, A. N. SACK, «Conflict of Laws in the History of English Law», en *Law: A Century of Progress, 1835-1935*, vol. 3, Nueva York, 1937, p. 342 y s. en donde se aporta la dimensión histórica de la organización judicial al examen de problemas concretos, como la prueba, que han operado de forma determinante en la evolución del sistema. En particular, respecto de las «matrimonial causes», Cf. los estudios de A. J. BLAND y A. K. R. KIRALFY en *A Century of Family Law (1857-1657)*, Londres, 1957, pp. 390 y s. y 289 y s., respectivamente, que muestran la continuidad de algunas soluciones en el tránsito de las jurisdicciones eclesiásticas a las seculares.

21. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé», cit. en la nota 3, Ch. II, «Le problème historique des rapports entre le juge et la loi». Este aspecto histórico ha sido omitido del presente estudio.

existido, decisivamente, en el período en que de ordinario se admite una separación entre la competencia judicial y la competencia legislativa, los siglos XIII y XIV, hasta el punto de que las primeras normas de conflicto se han moldeado, en cuanto a sus conexiones, sobre los foros de competencia judicial<sup>22</sup>. En segundo lugar, existe un aspecto más sustancial en estas relaciones entre los componentes de la estructura, que es la correlación funcional de soluciones, de uno a otro grupo de normas; lo que conduce a distintas tareas científicas, antes señaladas.

Por último, ante esta correlación de soluciones que, como veremos, constituye un verdadero método de reglamentación del tráfico jurídico externo, puede señalarse como perspectiva de análisis otra de índole formal, en relación con el proceso de codificación del Derecho internacional privado. En efecto, el legislador puede proceder a regular el tráfico externo partiendo de una consideración «autónoma» de cada sector de normas; y, de este modo, es posible tanto la dispersión legal de los diferentes sectores, en distintos cuerpos legales, como las modificaciones legislativas ulteriores en cada uno de ellos, sin tener en cuenta el contenido de los restantes. Pero cabe también —como segunda opción metódica, opuesta a la anterior— partir de una consideración unitaria de los distintos sectores que integran el Derecho internacional privado para tener en cuenta, en tal caso, la eventual correlación de soluciones de uno a otro sector. Si se acepta este método, ello puede conducir al legislador a la adopción de un único cuerpo legal para el conjunto de normas del Derecho internacional privado o, al menos, a una ley especial en esta materia que regule los dos núcleos centrales del *forum* y del *ius*<sup>23</sup>. Ahora bien, lo que importa no es la unidad formal

22. Esta tesis parte de las observaciones de HORST MÜLLER, *Der Grundsatz des wohlerworbenen Rechts im internationalem Privatrecht. Geschichte und Kritik*, Hamburgo, 1935, pp. 10 y s. respecto del foro de los contratos y de los bienes y ha sido expuesta por E. LORENZ, *Das Dotalstatut in der italienischen Zivilrechtslehre des 13. bis 16. Jahrhunderts*, Colonia-Graz, 1965, pp. 2 y s. y su estudio *Zu Struktur des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1977, pp. 26-27; pero tiene un precedente ilustre en J. WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Londres, 1890, pp. 16 y 202 y s.

23. Así, en el proyecto suizo de una «Ley federal sobre el Derecho internacional privado», de 1978, en atención al «ambito de aplicación» previsto en su art. 1. Cf. *Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz). Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht. Loi fédérale sur le droit international privé (Loi de d. i. p.) Projet de loi de la commission d'experts et Rapport explicatif*, Zurich, 1978. En el debate inicial sobre la codificación, G. BROGGINI, «La codification du

de las normas de Derecho internacional privado, sino la coherencia interna del sistema, de manera que aun admitiendo la dispersión de los distintos sectores en diferentes cuerpos legales<sup>24</sup>, se lleve a cabo una codificación de conjunto y no una mera yuxtaposición de soluciones. Pues esta última posibilidad, presente siempre en la vía de las reformas parciales<sup>25</sup>, implica desconocer los efectos que se derivan de las «relaciones estructurales» entre los distintos grupos de normas que integran el Derecho internacional privado.

## II. LAS DIMENSIONES DEL PROBLEMA.

### 1. *Perspectiva judicial.*

4. Con carácter previo, debe tenerse en cuenta que el examen de las relaciones entre *forum* y *ius* requiere que adoptemos una concepción amplia tanto de la competencia judicial como

Droit international privé en Suisse», *Zeitschrift f. Schweizerisches Recht*, N. F., vol. 90, II, 1971, 323 había señalado la necesidad de regular conjuntamente *forum* y *ius*.

24. Así, en el caso de los trabajos de reforma en la R. F. de Alemania, Cf. K. SIEHR, «Die Reform des deutschen internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht», *Annuaire Suisse D. I.*, 1973, p. 171 y s., en particular, pp. 195 y s. y 240 y s. Igualmente, en la R. D. Alemana, se adopta, en primer término, la ordenación procesal, de 19 de junio de 1975 (Cf. texto en *Gesetzblatt der D. D. R.*, Teil I, Nr. 29, de 11 julio 1975, «Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivil-, Familien-, und Arbeitsrechtssachen» o «Zivilprozessordnung») y, el 5 de diciembre de ese año, la «Ley sobre el Derecho aplicable a las relaciones internacionales de Derecho civil, familiar y laboral, así como a los contratos internacionales» (Cf. sobre la reforma legislativa en la R. D. A. las referencias incluidas en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Prácticas de Derecho internacional privado*, 7.<sup>a</sup> ed., Oviedo, 1979, p. 407.

25. Esta ha sido, desgraciadamente, la vía seguida en España. Baste recordar que, a mediados del XIX, cuando fracasa el proyecto de C.c. de 1851 —que contenía una doble regulación de la competencia judicial y de la legislativa—, se pasa a las soluciones fraccionadas de los RR. DD. de 17 de octubre de 1851 y 17 de noviembre de 1952, junto a la primera L.e.c. de 5 de octubre de 1855; posteriormente, en el período de la Restauración, la desconexión se continúa en atención a la vigente L.e.c. de 3 de febrero de 1881 y el C.c. de 24 de julio de 1889; finalmente, la reforma operada por el D. 1836/74, de 31 de mayo, en el texto del Tit. Prel. del C.c. no ha ido acompañada de una reforma paralela de la L.e.c. Y es de lamentar que se siga por el mismo camino, en la actualidad, a la vista del calendario presentado por el Gobierno para el desarrollo de la Constitución de 1978; de manera que el «tratamiento fraccionado» de las materias que comprende el Derecho internacional privado sería una «constante histórica» de nuestro sistema.

del derecho aplicable. En efecto, por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, no debe perderse de vista que esta noción opera en el ámbito de la jurisdicción contenciosa y también en el de la llamada jurisdicción voluntaria<sup>26</sup>. Esta segunda dimensión del problema de las relaciones entre *forum* y *ius*, en ocasiones olvidada, posee una gran importancia como ha sido de relieve, en particular, por la doctrina alemana, a partir de la obra de F. SWOBODA<sup>27</sup>. La razón de ello radica, como se ha señalado justamente<sup>28</sup>, en el hecho de que la intervención judicial para la realización del Derecho privado implica que «le juge est alors invité a parachever l'oeuvre du législateur»; lo que justificaría por sí solo, a juicio de este autor, la unidad entre la competencia judicial y la competencia legislativa. Y como nos muestran aquellos sistemas jurídicos que han adoptado una «correlación estricta» entre *forum* y *ius* en el ámbito de la jurisdicción voluntaria<sup>29</sup>, ello entraña un doble efecto, positivo y negativo, respecto de la competencia judicial internacional de los tribunales internos.

De otra parte, conviene retener el hecho de que en el ámbito de la jurisdicción contenciosa las relaciones entre competencia judicial internacional y derecho aplicable pueden suscitarse incluso antes de que comience un litigio: es el supuesto —de creciente importancia, en la actualidad— de la adopción de medidas cautelares o de simples medidas provisionales en orden a la protección de las personas o de los bienes. Como se ha señalado por la doctrina, son la urgencia y necesidad, que justifican estas medidas, así como sus efectos provisionales los datos que determinan que en esta materia exista una correla-

26. Cf. las consideraciones expuestas por G. L. TOSATO, *La giurisdizione italiana nel processo volontario*, Milán, 1971, en particular pp. 66-91 y 174-193. Adde, recientemente, E. PAGANO, *Competenza giurisdizionale e legge applicabile nella volontaria giurisdizione*, Nápoles, 1979.

27. F. SWOBODA, *Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Munich, 1934, hablando de un principio de «correspondencia» entre la competencia de la autoridad que conoce del asunto y el derecho material aplicable por ésta, Cf. pp. 25 y s. En la doctrina posterior, Cf. E. WAHL, «Zum internationalen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit», *RABELS Z.*, 1936, p. 40 y s.; H. DÖLLE, «Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit», *RABELS Z.*, 1962, p. 201 y s. y A. HELDRICH, «Internationale Zuständigkeit und Sachstatutum nichtstreitigen Verfahren», en *Zeitgenössische Fragen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tubinga y Basilea, 1972, p. 153 y s.

28. R. PERRON, prefacio a la obra de H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Paris, 1965, p. VI.

29. Cf. en el sistema alemán P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe*, cit. en la nota 5, pp. 424 y ss., en particular, p. 428-432, contraponiendo una «strenger Gleichlauf» y una «gemässigte Gleichlauf».

ción directa y obligada entre *forum* y *ius*<sup>30</sup>; de manera que si el juez del domicilio interviene en relación con las medidas de protección de las personas o el de la situación respecto de los bienes, será la *lex processualis fori* la que gobierne, en principio<sup>31</sup>, la «adopción y ejecución» de tales medidas<sup>32</sup>. No obstante, es la presentación de la demanda por el actor la que abre el proceso, por lo que, con independencia del supuesto de las medidas cautelares o provisionales, es aquí donde surgen diversas perspectivas de análisis en las relaciones entre competencia judicial y derecho aplicable, que conviene indicar.

5. Un vínculo «primario» entre *forum* y *ius* es el constituido entre la competencia judicial internacional y la aplicación por el juez de las normas de su sistema de Derecho internacional privado, la *lex formalis fori*. En el razonamiento habitual en torno al problema de la reglamentación de las relaciones privadas internacionales, se parte del hecho de que el juez aplica, una vez establecida su competencia para conocer del litigio, las normas de Derecho internacional privado de su propio sistema<sup>33</sup>. Se establece así una correlación directa de soluciones entre *forum* y *ius* pues en la medida en que el tribunal afirme su competencia para conocer del litigio, llegado el momento de determinar el derecho aplicable al fondo de éste, se dará aplicación a la *lex formalis fori*; correlación que viene impuesta por el postulado de la territorialidad del sistema de Derecho internacional privado, en su dimensión positiva<sup>34</sup>.

Es cierto que, para algún autor, el hecho de que la competencia judicial internacional determine, en un momento poste-

30. Cf. el análisis realizado respecto del Derecho de familia por D. MAYER, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le Droit international privé de la famille*, Tesis Doct. Univ. París-II, 1973, pp. 340 y s. y 383 y s.

31. Respecto de las excepciones, Cf. H. BAUER, *op. cit.*, en la nota 28, p. 112 y s. para el derecho francés y el alemán.

32. La expresión es de la *Sent. del T. S. de Italia de 17 de mayo de 1958* en el asunto «Ergas c. Navarre». Cf. el texto en M. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2.ª ed., Milán, 1970, p. 98.

33. Para A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, cit. en la nota 4, se trata de un principio de universal vigencia (*überall geltendes Recht*), Cf. p. 19 y s. sobre el alcance del principio.

34. Sobre la «territorialidad» de un sistema de Derecho internacional privado, Cf. M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. parte 1.ª, Madrid, 1977 pp. 130-135. Se contraponen una dimensión «positiva» y «negativa» de la territorialidad pues si la primera implica la obligación del juez de aplicar las normas de Derecho internacional privado del propio sistema jurídico, la segunda supone la exclusión de las normas de Derecho internacional privado del sistema jurídico de la *lex causae*.

rior, la aplicación de la *lex formalis fori*, no entraña una «correlación absoluta» entre ambos grupos de normas, sino únicamente una «dependencia cronológica de los dos modos de razonamiento», en relación cada uno de ellos, pues la competencia judicial es, necesariamente, previa a la solución del problema del derecho aplicable. Lo que explica que el hecho «anterior» pueda tener influencia sobre el hecho «posterior»<sup>35</sup>. Pero en la realidad de las cosas, aun admitiendo una inicial autonomía de los dos problemas, resulta difícil no admitir este vínculo primario entre *forum* y *ius*. Basta tener en cuenta, en primer término, que la correlación de soluciones tiene un alcance global, pues según sea el volumen asignado por la *lex fori* a la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado, ello condiciona *in genere* la aplicación del conjunto de normas que determinan el derecho aplicable en los supuestos de tráfico externo<sup>36</sup>. En segundo lugar, la actitud de la *lex fori* en relación con los efectos —positivo, *prorogatio fori* y negativo, *derogatio fori*— de la voluntad de las partes sobre la competencia judicial internacional es otro factor condicionante de evidente importancia; pues como ha puesto de relieve H. GAUDEMET-TALLÓN, si bien la voluntad de las partes tiene como objeto una «transferencia de jurisdicción», por sus efectos implica, en última instancia «una modificación de la competencia legislativa» dado que el desplazamiento del litigio, querido por las partes, de uno a otro foro, supone un cambio en el sistema estatal de Derecho internacional privado aplicable<sup>37</sup>.

Por consiguiente, el vínculo «primario» entre *forum* y *ius* entraña la aplicación por el juez del conjunto de normas que integran el sistema de Derecho internacional privado del foro. Como veremos más adelante, la expresión «sistema de Derecho internacional privado» comprende tanto las «normas regula-

35. Y. LOUSSOUARN, *op. cit.* en la nota 17, pp. 17 y s. Cf. también D. MAYER, *op. cit.* en la nota 30, p. 102.

36. Así ocurre en el supuesto de «universalismo» o «imperialismo jurisdiccional», Cf. al respecto A. MIAJA DE LA MUELA, «El imperialismo jurisdiccional español y el Derecho internacional», *Mélanges Ch. Fragistas*, Tesalónica, 1968, p. 89 y s.

37. H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de jurisdiction en Droit international privé*, París, 1965, pp. 204-215. Cabe observar que este efecto puede sumarse al anterior, configurando una potencial «universalidad» de las soluciones del sistema y así ocurre en Derecho español, Cf. la referencia de la nota anterior y, en este tema, E. PECOURT GARCÍA, «La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional», *R.E.D.I.*, 1964, p. 370 y s., 528 y s. y su examen de conjunto del sistema español de competencia judicial internacional en este *Anuario D. I.*, II, 1975, p. 603 y s.

doras» del tráfico externo como las «normas de aplicación» de éstas<sup>38</sup>.

6. Ahora bien, para comprender que el vínculo primario entre *forum* y *ius* no constituye únicamente «la dependencia cronológica entre dos modos de razonamiento» sino una correlación voluntariamente querida de soluciones, es conveniente indicar una segunda dimensión del problema, en relación a este vínculo inicial entre ambas competencias, judicial y legislativa. Para Y. Loussouarn, se trata de un hecho «ilógico» o «anormal»<sup>39</sup>; pero no obstante, el derecho positivo lo consagra: que las soluciones contenidas en las normas de conflicto respecto del derecho aplicable, determinen la competencia judicial internacional de los tribunales del foro.

Un primer supuesto, es la existencia de un *forum legis* en materia de competencia judicial internacional; esto es, que se establezca la competencia de los tribunales internos siempre que resulte aplicable, en virtud de la norma de conflicto del foro, el derecho material de ese ordenamiento. Esta construcción surge —conviene no olvidarlo— en el momento histórico en que el Derecho internacional privado sufre en el continente europeo el que J. P. NIBOYET llamara «vértigo de la ley nacional»<sup>40</sup>; y se consagra en el derecho positivo en la segunda mitad del siglo XIX, así como en la doctrina científica<sup>41</sup>. Tal es el caso de la Resolución adoptada por el I.D.I. en su sesión de La Haya de 1875, en la que, junto a ciertos «foros generales»

38. Sobre esta terminología. Cf. *infra* núm. 9.

39. Cf. las referencias contenidas en las notas 17 y 35. Afde P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE e Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 9.ª ed. París, 1970, p. 13 donde en relación con esta «influencia ilógica» del conflicto de leyes sobre el de jurisdicciones, cita las soluciones jurisprudenciales francesas en el caso de los «divorcios confesionales» y respecto de los «procesos entre extranjeros»; soluciones que hoy sólo poseen un valor histórico.

40. J. P. NIBOYET, *Traité de Droit international privé*, I, 2.ª ed. París, 1947, p. 32, afirmando respecto de los Convenios de Derecho internacional privado de los países escandinavos que «dans une Europe qui semble, à un moment donné, avoir eu le vertige de la loi nationale, elles constituent un sérieux antidote, et un retour à un cartésianisme juridique».

41. El punto de partida es, claro está, a presencia de la nacionalidad en la competencia legislativa y en la judicial, en el C.c. francés de 1804. En el Derecho internacional privado convencional, el texto inicial es el Convenio entre Francia y Suiza de 15 de junio de 1869 sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil. Cf. sobre este texto el estudio de CH. BROCHER, *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, Ginebra, 1879, donde se plantea las relaciones entre *forum* y *ius*, a nivel general.

de competencia judicial, se admite la existencia de «foros excepcionales» basados en la unidad entre *forum* y *ius*<sup>42</sup>. Se trata de aquellos litigios cuyo objeto es una decisión sobre «las cuestiones de estado o de capacidad personal» para los cuales serían competentes los tribunales del país «cuyas leyes rigen el estatuto personal». Esto es, bajo la influencia del art. 3 del C.c. francés, la ley nacional.

Esta construcción jurídica, en la que el derecho aplicable determina la competencia judicial internacional, ha sido acogida por diferentes sistemas estatales de Derecho internacional privado, entre ellos el alemán<sup>43</sup>. Y también por los primeros resultados de la labor de codificación internacional alcanzados en el seno de la Conferencia de La Haya<sup>44</sup>. Pero no se trata, como pudiera creerse, de una correlación de soluciones entre *forum* y *ius* limitada al ámbito del continente europeo y a los países que adoptan la ley nacional para las cuestiones de estatuto personal. Distintos supuestos de *forum legis* pueden encontrarse, por ejemplo, en el Derecho internacional privado inglés, en relación con las *Rules of the Supreme Court, Rule 11*; esto es, en los supuestos de ejercicio ante un tribunal inglés de una acción *in personam* frente a un demandado domiciliado en el extranjero, en los que debe solicitarse del tribunal el «service of writ abroad»<sup>45</sup>. Así, en el caso de la Rule 1, apartado f), es

42. Cf. *Annuaire I. D. I.* t. I, Gand, 1874 y *R.D.I.L.C.* 1875, p. 329. Según E. ROGUIN, *Conflicts de lois suisses en matière internationale et intercantonale*, Lausana, 1891, p. 618, la Resolución del I. D. I. se inspira en los principios consagrados en el convenio franco-suizo de 15 de junio de 1869.

43. Cf. las referencias de P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe*, cit. en la nota 5, pp. 428-432 y A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Belin-Tubinga, 1969, *passim*, así como R. Bystricky, «Internationale Zuständigkeit (Jurisdiction) und Sachstatut. Anknüpfungspunkte im internationalen Zivilprozessrecht und internationalen Privatrecht», en *Zeitgenössische Fragen*, cit. en la nota 27, pp. 67-95.

44. El estudio general más sugestivo es el de B. NOLDE, «Anwendbares Recht und Gerichtsstand im internationalen Privatrecht», *Z.f.vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 292-317, que examina los trabajos de las seis primeras Conferencias y contiene interesantes aportaciones teóricas, centradas en la idea de «coordinación» de ambas competencias, judicial y legislativa.

45. Según la tradición del *Common law*, la base de la competencia judicial es «physical power» (Así, el Juez HOLMES, en *McDonald c. Mabee*, Cf. G. W. Ross, «The shifting bases of jurisdiction», *Minnesota L. R.* 1933, p. 146 y s.) de manera que, respecto de una acción *in personam* el juez puede conocer del litigio si la demanda le ha sido notificada (service of writ) al demandado que se encuentra físicamente presente en el territorio; pero si se halla domiciliado en el extranjero, debe solicitarse del tribunal el «service of writ abroad» para poder asumir competencia respecto del litigio, Cf. el análisis de J. A. WADE, «Actions in personam.

precedente la comunicación de la demanda al demandado domiciliado en el extranjero, si se trata de «a contract which is by terme or by implication, governed by English law». Ello entraña la consecuencia de que el juez inglés debe determinar, mediante sus normas de Derecho internacional privado, si el contrato del cual deriva la acción que se trata de ejercer se halla regido por la *lex fori*; y si el derecho material inglés es, en efecto, la *proper law of the contract*, accederá a la notificación en el extranjero y se declarará competente para el conocimiento del litigio. Como se ha señalado, en estos supuestos la norma de conflicto del foro es aplicada dos veces, con distintas finalidades: en primer término, con carácter previo, para establecer la competencia judicial del tribunal y, en segundo lugar, admitida ésta, para determinar el derecho aplicable al fondo del litigio; lo que puede acarrear eventuales contradicciones entre la aplicación inicial y la definitiva<sup>46</sup>.

El segundo de los supuestos indicados —la aplicación con carácter previo de la norma de conflicto del foro para determinar la competencia judicial de los tribunales— puede suscitarse si, de un lado, las normas que rigen este segundo sector de problemas utilizan categorías jurídicas como criterios atributivos de la jurisdicción y, de otro, dichos criterios se califican de conformidad con la ley que rige el fondo del litigio. Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho italiano, en relación con las obligaciones «que han nacido o son ejecutables» en el territorio de ese país, según el art. 4, núm. 1.º del C. de procedimiento civil de 28 de octubre de 1940<sup>47</sup>. También, del supuesto de «competencia especial» contenido en el art. 5.º, núm. 1 del

Assumed Jurisdiction of the English Court», *Nederlands T.I.R.*, 1974, p. 5 y s. y L. SCHEUCHER, *Studien zum internationale Zuständigkeit im Vermögensstreitigkeiten*, Viena, 1971, p. 31 y s.

46. Cf. las críticas de E. J. COHN, «Commercial Agency Contracts in Private International Law», *I. C. L. Q.*, 1973, 160 y s. y de J. A. WADE, *op. cit.* en la nota anterior, p. 13 y s. así como J. D. MACLEAN, «Jurisdiction and Judicial Discretion», *I. C. L. Q.*, 1969, p. 934 y s. y L. SCHEUCHER, *op. cit.* en la nota anterior, p. 69 y s.

47. Cf. para el derecho anterior a la *Sent. T. C. de 13 de abril de 1965* («Süd-West Chemie c. Chemiplastica») G. BOSCO, «Il rapporto fra l'oggetto de la domanda e la competenza giurisdizionale nei processi contro stranieri, quando l'indagine sulla competenza sia connessa ad elementi deducibili dal merito», *Rivista D. I.*, 1934, p. 571 y s.; G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2.ª ed. Padua, 1954, p. 101 y 120-121 y G. BARILE, en *Rivista D. I.*, 1960, p. 333 y s. y 541 y s. Con posterioridad a esta decisión, Cf. E. T. LIEBMAN, «Criteri di giurisdizione e leggi regolatrice del merito», *R. D. I. Privato e Processuale*, 1965, p. 660 y s. y M. GIULIANO, *La Giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2.ª ed., Milán 1970, p. 46 y s.

Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial<sup>48</sup>, que se refiere al «lugar donde la obligación en la que se basa la demanda ha sido o debía ser ejecutada». En su *Sentencia de 6 de octubre de 1977* (asunto «Tessili c. Dunlop») el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha estimado que este criterio, operativo en materia contractual, se halla íntimamente unido al derecho material aplicable al fondo del litigio y es tributario de éste; de manera que en ausencia de normas uniformes de Derecho internacional privado sobre obligaciones contractuales entre los Estados miembros de la C.E.E., la determinación del lugar donde la obligación ha sido o debía ser ejecutada ha de realizarse «de conformidad con la ley rectora de la obligación litigiosa, según las normas de conflicto del tribunal que conoce del litigio»<sup>49</sup>. Ello implica que las soluciones del ordenamiento jurídico designado como aplicable por la norma de conflicto del foro pueden condicionar la competencia judicial internacional de los tribunales. Por último, en la construcción anglosajona del *forum non conveniens*, un resultado similar se alcanza si el juez, en orden a declinar la competencia judicial, tiene en cuenta que el litigio queda regido por un sistema jurídico extranjero; solución que se contiene, en términos explícitos o implícitos, en distintas decisiones judiciales<sup>50</sup>.

7. Un segundo vínculo entre *forum* y *ius* es el que deriva de la correlación de soluciones entre las normas que rigen la competencia judicial internacional y el derecho aplicable tanto en materia de procedimiento como respecto del fondo del litigio.

48. Cf. M. WESSER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruselas-París, 1975, p. 492 y s. G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, París, 1972, pp. 57-61. En particular, respecto de Italia, V. LATERZA, «Primi orientamenti giurisprudenziali circa l'applicazione in Italia della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *R. D. I. Privato e Processuale*, 1977, p. 791 y s.

49. «Industrie Tessili Italiana c. Dunlop A. G.», affaire 12-76, Cour de Justice des Communautés Européennes, *Recueil de Jurisprudence*, 1976-9, p. 1473 y s. Para la jurisprudencia posterior, Cf. la publicación del Servicio de Documentación de la C. J. C. E. titulada *Aperçu de Jurisprudence. Convention (CEE) du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, desde Fasc. 1, 1977, que recoge la jurisprudencia de los Estados miembros.

50. Cf. B. D. INGLIS, «Forum conveniens, basis of jurisdiction in the Commonwealth», *A. J. C. L.*, 1964, p. 583 y s. y, del mismo autor, «Jurisdiction, the doctrine of forum conveniens and choice of law in Conflict of Laws», *The Law Quarterly R.* 1965, p. 383 y s. Para la jurisprudencia

En lo que concierne a la *lex processualis fori*, la correlación ya ha sido señalada en materia de medidas provisionales o cautelares, respecto de las personas o de los bienes, adoptadas antes del inicio del proceso. Pero una vez comenzado éste, el alcance de la correlación depende de la amplitud que se atribuya, en un sistema jurídico estatal, al principio *lex fori regit processum*<sup>51</sup>. Al margen de los supuestos de «asistencia judicial internacional» para la realización de notificaciones o de pruebas en el extranjero<sup>52</sup>, el problema se centra en una «zona gris» donde la delimitación entre derecho procesal y derecho sustantivo resulta controvertida, ya se trate de algunos aspectos de la prueba judicial o de la institución de la prescripción<sup>53</sup>; siendo divergentes las soluciones, de uno a otro sistema jurídico, respecto de las excepciones a la aplicación de la *lex processualis fori*. Pero el núcleo sin duda fundamental de las relaciones entre *forum* y *ius* es el que se refiere a la correlación entre competencia judicial y derecho material aplicable al fondo del litigio.

Para medir, respecto de un sistema jurídico determinado —o, comparativamente, respecto de varios sistemas— el alcance de esta correlación, es preciso proceder a un análisis pormenorizado de las relaciones privadas internacionales, civiles o mercantiles, imposible de llevar a cabo aquí. En una visión comparativa, sí cabe apuntar al menos la amplitud de esta correla-

norteamericana, D. BERGER, «Zuständigkeit und forum non conveniens im Amerikanische Zivilprozess», *RABELS Z.* 1977, p. 47 y s. así como V. WAHL, *Die verfehlte internationale Zuständigkeit. Forum non conveniens und internationale Rechtsschutzbedürfnis*, Berlín, 1974, pp. 38 y s.

51. Un examen de las posiciones doctrinales sobre el tema en I. SZASZY, *International Civil Procedure. A comparative Study*, Leiden, 1967, pp. 203 y s. con referencias al derecho positivo. Adde entre los estudios más recientes, E. SPIRO, «Forum regit processum», *I. C. L. Q.*, 1969, pp. 949 y s. y W. GRUNSKY, «Lex fori und Verfahrensrecht», *Z.f. Zivilprozess*, 1976, p. 241 y s. y, en relación con el *Restatement, Conflict of Laws, Second*, el análisis de W. L. M. REESE, «General Course of Private International Law», *Recueil des Cours*, t. 150, 1976-II, p. 89 y s.

52. Cf. Convenio relativo a la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965, art. 5 y Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970, art. 9, donde se combina la realización del acto conforme a las formas prescritas en el Estado requerido y la posibilidad de realizarlo según la «forma particular» solicitada por el Estado requirente, dentro de ciertos límites.

53. Cf. en particular A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, París, 1965; B. SLUYTERS, «Evidence in the Conflicts of Laws. A comparative Study of American and Dutch Law», *Nederlands T. I. R.*, 1966, p. 291 y s. Sobre la prescripción, Cf. las referencias contenidas en mi estudio cit. en la nota 21, Ch. IV.

ción<sup>54</sup>, ya se trate del sector relativo a la persona y la familia de los bienes y de las sucesiones, de las obligaciones y, en el derecho mercantil internacional, de forma muy acusada, respecto de la quiebra<sup>55</sup>. Asimismo, puede señalarse que la unidad entre *forum* y *ius* se alcanza en estas materias mediante distintos «procedimientos de correlación» de la aplicación de aquellas normas materiales de la *lex fori* que regulan supuestos del tráfico jurídico externo: son las normas materiales «autolimitadas», las normas materiales imperativamente aplicables —esto es, las controvertidas normas de derecho interno de aplicación «inmediata» o «necesaria»— y las normas materiales «especiales» para dichos supuestos. Pero también surge una correlación directa que pasa por la aplicación de la norma de conflicto y ello a través de tres vías distintas: en primer término, cuando aquella opera una remisión exclusiva a la *lex civilis fori*<sup>56</sup>; en segundo lugar, cuando la norma de conflicto, aun estando formulada bilateralmente, es aplicada por un tribunal cuya competencia se basa en un *forum legis*, una competencia judicial dependiente de la *lex causae*, según la expresión de M. SCHWIMMANN<sup>57</sup>; y, por último, mediante una técnica más sutil, el «paralelismo» de los criterios o conexiones en ambos sectores del *forum* y del *ius*, como aparece, entre otros supuestos, en el caso del *forum rei sitae* aplicando la ley de la situación de los bienes<sup>58</sup>.

Esta correlación directa —y cabe estimar que voluntariamente querida— por el legislador constituye el núcleo central

54. Cf. las referencias en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en la nota 21, Ch. IV.

55. Cf. las observaciones de J. A. PASTOR RIDRUEJO, «La faillite en Droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 133, 1971-II, pp. 135 y s.

56. Cf. sobre las técnicas de correlación, en particular, P. H. NEUHAUS, «Internationales Zivilprozessrecht und internationale Privatrecht», *Rabels Z.*, 1955, pp. 247-256; P. HEBRAUD, «De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétente pour en connaître», *R. Critique*, 1968, pp. 205 y s. en particular, p. 233; A. HELDRICH, *op. cit.* en la nota 4, p. 12 y s. y R. BYSTRICKÝ, *op. cit.* en la nota 43, pp. 90-91.

57. M. SCHWIMMANN, «Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der lex causae?», *Rabels Z.*, 1970, pp. 201 y s.

58. E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und Prozessuales Fremdenrecht*, Berlín-Tubinga, 1949, p. 121, habla de una identidad de conexiones, en uno y otro sector de problemas. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que para que surja una correlación por esta vía es preciso que las conexiones reciban una interpretación homogénea, en la dimensión de la competencia judicial y de la competencia legislativa. Cf. las observaciones de H. BATIFFOL respecto del Derecho francés en *De Conflictu Legum*, cit. en la nota 3, p. 66 y su estudio de los puntos de conexión, en ambos sectores, en *Les liens de la compétence judiciaire et législative*, cit. en la nota 3, pp. 36-59.

de las relaciones entre competencia judicial y derecho material aplicable. No cabe olvidar, sin embargo, que la correlación puede lograrse, en un caso concreto, de forma indirecta o sustitutoria, si el juez, pese a que la norma de conflicto del foro ha declarado aplicable un ordenamiento extranjero, debe aplicar, en última instancia, la *lex civilis fori*. Este resultado se produce por obra de las «normas de aplicación» de la norma de conflicto en el caso del reenvío de retorno, de la sanción de un fraude a una ley imperativa del foro, de la acción sustitutoria del orden público y, también, por el hecho de que no se ha acreditado suficientemente en el proceso el contenido y vigencia del derecho material extranjero reclamado. Se trata, como se ha dicho, de una unidad entre *forum* y *ius* que se logra de forma indirecta y que no posee, por tanto, un alcance general, pues la correlación puede o no producirse, en un caso concreto. Pero no por ello podemos dejar de considerar que, si la correlación se produce, estamos también ante una solución igualmente querida por el legislador; lo que revela la importancia que posee, en la práctica del proceso de aplicación de las normas de Derecho internacional privado, método o procedimiento de reglamentación «unitaria» de las relaciones privadas internacionales mediante la *lex fori*.

8. Ahora bien, hasta aquí, se han indicado las relaciones entre *forum* y *ius* que se establecen entre la competencia judicial del tribunal de instancia llamado a adoptar medidas provisionales o a juzgar una situación plurinacional litigiosa y, de otro lado, el derecho aplicable por dicho tribunal. Pero en ciertos ordenamientos, aparece una tercera dimensión del problema que se vincula no con los tribunales de instancia, sino con el juez del *exequatur*: es la correlación que se establece entre derecho aplicable y jurisdicción competente si las normas del sistema jurídico del Estado requerido para el reconocimiento de una decisión judicial extranjera imponen al juez del *exequatur* el control del derecho que ha sido aplicado por el tribunal del Estado requirente al fondo del litigio. Y esta relación surge dado que, en tal supuesto, el juez del *exequatur* recurrirá las normas de Derecho internacional privado de su propio sistema, la *lex formalis fori*, en orden a determinar si existe una identidad o, al menos, una equivalencia de soluciones<sup>59</sup>.

59. Cf. respecto del Derecho francés J. D. BREDIN, «Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt Munzer», *Travaux Comité*

No se trata, como puede observarse, de un caso de competencia judicial internacional «directa» de los tribunales. Ni la norma de conflicto del foro es aplicada con igual finalidad que en el supuesto de un litigio ante el juez de instancia —determinar el derecho aplicable al fondo de dicho litigio— sino que el objetivo es otro: aceptar o denegar el *exequatur* de la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se solicita, así como su ejecución, si se cumple ese requisito de conformidad o equivalencia entre el derecho material aplicado por el tribunal extranjero y el que habría aplicado un tribunal del foro si el litigio se hubiera sometido a este tribunal. Dicho en otros términos: que la relación entre *forum* y *ius* no se establece, como en la dimensión anterior, en el proceso de aplicación de la norma de conflicto para determinar el derecho que ha de regir el fondo del litigio sino en un ámbito de problemas distintos, el de la eficacia en el ordenamiento del foro de una decisión judicial extranjera<sup>60</sup>.

Un examen comparativo de las soluciones a este problema nos muestra que en ciertos sistemas jurídicos el control de la «competencia legislativa extranjera» por el juez del *exequatur* se halla establecido de forma expresa, bien en las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras, bien por la jurisprudencia en esta materia, en ausencia de texto legal<sup>61</sup>; soluciones expresas que también se registran en el Derecho convencional internacional<sup>62</sup>. Pero en otros sistemas jurídicos existe también un control del derecho aplicado en la decisión extranjera, aun cuando el control se realice por otros cauces técnicos, más generales<sup>63</sup>. Lo que permite agruparlos es tanto una común finalidad como ciertos datos significativos:

*Français D. I. Privé*, 1967, p. 19 y s. y F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, p. 365 y s.

60. Cf. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le Droit international privé*, Paris, 1970, *passim* y las observaciones en su *Droit international privé*, Paris, 1977, pp. 279-280.

61. Para un examen comparativo de soluciones, Cf. Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en la nota 21, Ch. III, núm. 18.

62. Cf. las referencias en F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.* en la nota 59, p. 383 y s. Adde el Convenio adoptado en el seno de la C. I. E. C. sobre reconocimiento de decisiones relativas al vínculo conyugal, hecho en Luxemburgo el 8 de septiembre de 1967.

63. Se trata, de un lado, de los sistemas donde el control opera, indirectamente, al excluirse el reconocimiento de la sentencia extranjera relativa al estado civil de un nacional, o por la vía del «orden público» frente a la decisión extranjera Cf. las referencias en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en la nota 21, Ch. III, núm. 18.

de un lado, las materias respecto de las cuales se ejerce el control del derecho aplicable en el trámite de *exequatur*; de otro, la ley rectora de estas materias. En el primer caso, encontramos que el control opera frente a las decisiones en materia de capacidad, estado de la persona y relaciones familiares; en el segundo, que estas materias se hallan regidas por la ley nacional<sup>64</sup>. Teniendo esto en cuenta, podría estimarse que este nuevo vínculo entre *forum* y *ius* es una secuela natural del período histórico en que la nacionalidad aparece como la conexión indiscutida para el conjunto de materias que integran el llamado «estatuto personal». Y esta relación entre *forum* y *ius* en el *exequatur* tendría la finalidad de asegurar *urbi et orbe*, la aplicación de la *lex patriae* al «estatuto personal de los nacionales», como ya en 1869 pusiera de relieve T. M. C. ASSER<sup>65</sup>.

## 2. Perspectiva del derecho aplicable.

9. En los apartados anteriores se han expuesto, muy sumariamente, las principales dimensiones del problema que estamos considerando desde una perspectiva preferentemente judicial, centrada en el primero de los elementos que componen la relación entre *forum* y *ius*. Ahora, parece conveniente prolongar el examen del tema prestando atención preferente al segundo de ellos, el derecho aplicable, tratando de lograr, de un lado, una mayor precisión del alcance que posee la correlación entre los dos grupos de normas y sus soluciones respectivas; y,

64. En el derecho francés, igual que en el derecho polaco, el control de la competencia legislativa extranjera posee, en principio, un alcance general; pero en la práctica, quedan excluidas del control las sentencias en materia patrimonial. Cf. las observaciones de P. BELLET, *Travaux Comité Français D. I. Privé*, 1964-1966, p. 31 y s. respecto de la jurisprudencia francesa y, para el derecho polaco, J. JOBLOWSKI, «La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en Pologne», *J. Clunet*, 1966, p. 562 y s.

65. T. M. C. ASSER, «De l'effet ou de l'exécution des jugements rendus à l'étranger en matière civile ou commerciale», *R. D. I. I. C.*, 1869, p. 82 y s., 408 y s. y 473 y s. Para este autor, el control de la ley aplicada por el Tribunal de origen no se justificaba si todos los Estados, mediante un acuerdo internacional, regulasen de manera uniforme las normas de conflicto, junto a la competencia judicial internacional y el procedimiento con elemento extranjero. La idea de protección de los nacionales, mediante la aplicación de la *lex patriae*, inspira el primer texto en esta materia, el art. 328, 3.º de la Ordenanza Procesal Civil alemana, introducido por la ley de 27 de mayo de 1896, al mismo tiempo que las normas de conflicto de la E. G. B. G. B. Cf. sobre este extremo F. GAMILLSCHG, *Internationales Privatrecht* (Schweitzer), II, Berlín, 1973, pp. 993 y s. y las referencias bibliográficas allí contenidas.

de otro, la aportación de nuevos factores en el análisis de algunos de los problemas generales del Derecho internacional privado, donde de ordinario se olvida esta correlación entre competencia judicial y competencia legislativa. Para ello, en primer término, podemos partir del que antes se ha calificado de vínculo «primario» en las relaciones entre *forum* y *ius*: la aplicación por el juez que conoce del litigio del propio sistema de Derecho internacional privado, la *lex formalis fori*. Lo que implica que, previamente, debemos responder a esta pregunta: ¿cuáles son los elementos componentes de esa realidad que llamamos «sistema de Derecho internacional privado»?

El debate doctrinal —aun abierto— en torno al «pluralismo de métodos de reglamentación del tráfico externo» ha permitido aportar datos valiosos para responder a esta interrogante; si bien estos datos difieren, sensiblemente, de uno a otro autor<sup>66</sup>. Sin ánimo de entrar en la controversia doctrinal y exclusivamente a los fines de análisis del problema aquí examinado, puede estimarse que en cualquier sistema estatal de Derecho internacional privado existen, junto a ciertos «principios» informadores del sistema<sup>67</sup>, dos grupos distintos de normas. El primero de ellos, es el de las que pueden denominarse en sentido estricto «normas reguladoras del tráfico jurídico externo», pues tales normas son las que ofrecen una respuesta jurídica a los problemas derivados de las relaciones privadas internacionales. Si nos limitamos exclusivamente a las establecidas por una «fuente» estatal, una atenta observación de la realidad nos muestra que estas «normas reguladoras» presentan rasgos diferenciales en atención a su objeto inmediato, el modo de regular el supuesto con elemento extranjero y las técnicas utilizadas, entre otros aspectos<sup>68</sup>; aunque resulta posible lograr

66. Así, en la doctrina española, Cf. la posición de J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado*, 2.ª ed. Madrid, 1976, pp. 79-194 y, de otro lado, A. MIAJA DE LA MUELA, *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado*, Valladolid, 1977, *passim*, en relación con el «pluralismo de métodos» y la función que corresponde a la norma de conflicto bilateral. Adde J. A. CARRILLO SALCEDO, «Le renouveau du particularisme en Droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 160, 1978-II, p. 189 y s.

67. Sobre la naturaleza y función de los «principios» Cf. M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. I, 3.ª ed. Madrid, 1970, p. 449 y s.

68. En atención al objeto, la diferencia se halla entre las «leyes» y las «relaciones o situaciones»; el alcance de la regulación es, en unos casos global —una determinada relación, en su conjunto— o parcial; la técnica de regulación es «directa» o «indirecta» y el derecho aplicable es la *lex fori* o, eventualmente, un derecho extranjero. Pero estos criterios

una adecuada sistematización partiendo del último de los aspectos señalados y contraponer, de un lado, un procedimiento de reglamentación de carácter indirecto, basado en la norma de conflicto bilateral, y, de otro, un procedimiento directo, basado en la aplicación —por distintos cauces— del derecho material del foro<sup>69</sup>. Ello supone admitir, claro está, una heterogeneidad de «normas reguladoras», conclusión que es ciertamente poco grata para los espíritus «apolíticos»<sup>70</sup>; y también que esta pluralidad normativa se justifica teniendo en cuenta la distinta naturaleza de los intereses jurídicamente regulados, de una a otra materia y los distintos objetivos de política legislativa existentes en la regulación del tráfico externo.

El segundo grupo de normas que, a mi juicio, integran un «sistema de Derecho internacional privado» es el de las «normas de aplicación»; expresión que aquí se emplea con un alcance en buena medida distinto del que posee en la obra de E. VITTA<sup>71</sup>. En efecto, pueden considerarse que son «normas generales de aplicación» las que determinan el ámbito espacial del sistema, aportando una respuesta a los llamados «conflictos de sistemas» y, asimismo, las que determinan la vigencia temporal de las «normas reguladoras». Y cabe estimar que son «normas particulares de aplicación» todas aquellas que ofrecen una respuesta jurídica a las cuestiones que surgen en el proceso de aplicación de las normas incluidas en el primer grupo, ya se trate de la norma de conflicto o de las distintas normas basadas en el derecho material del foro. De este modo, a los fines del análisis posterior, puede decirse que integran un sistema de

de análisis deben ser proyectados respecto de cada norma y, subsiguientemente, inducir para el conjunto del sistema los resultados alcanzados, en orden a una clasificación rigurosa del «complejo normativo» del Derecho internacional privado, en las distintas materias reguladas.

69. En el segundo caso, se puede hablar a mi entender de «normas materiales especiales» para el tráfico jurídico externo, de «normas materiales imperativas» en el tráfico externo y de «normas materiales auto-limitadas». Cf. las indicaciones contenidas en los apartados siguientes, sobre las dos primeras categorías.

70. F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.* en la nota 59, p. 419, quien contrapone el «movimiento apolíneo a los sobresaltos dionisiacos».

71. E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, t. I, Turín, 1972, p. 174 y, con mayor desarrollo, su «curso general de Derecho internacional privado» en la Academia de D. I. de La Haya, 1979, cap. IV, en prensa. Para este autor, junto al «método conflictual» existen otros «métodos complementarios» como son la «aplicación necesaria de la *lex fori*» y el «derecho material *ad hoc*»; y separa, respecto de estos, las «normas de aplicación» del derecho material del foro del propio derecho material, considerando que sólo las primeras, junto con las «normas de conflicto», forman parte del Derecho internacional privado.

Derecho internacional privado el conjunto de «normas reguladoras» y de «normas de aplicación» de éstas, ya sean generales o particulares, así como los «principios» informadores del sistema.

10. En lo que respecta a las «normas reguladoras» de carácter directo, la correlación entre *forum* y *ius* está presente, en primer lugar, en los supuestos en los que el juez aplica *normas materiales especiales* de su propio ordenamiento, para los casos de tráfico externo; esto es, en la terminología habitual, normas materiales de Derecho internacional privado. Ello es evidente en el que F. DEBY-GÉRARD ha considerado como el «ejemplo más puro» de reglamentación directa: las decisiones de la jurisprudencia francesa en relación con la validez de la cláusula valor oro en la contratación internacional, la autonomía del convenio de sumisión al arbitraje privado internacional y la validez del compromiso arbitral por parte del Estado, en las relaciones del comercio internacional<sup>72</sup>; pues se trata de una respuesta jurídica *ad hoc* elaborada para ciertos supuestos de tráfico externo por el tribunal competente para conocer del litigio, que se aplica con independencia de las normas de conflicto del foro.

No obstante, tanto en lo que respecta a las normas materiales especiales de origen jurisprudencial como a las que tienen un origen legislativo, se ha sostenido por P. MAYER<sup>73</sup> que no existe aplicación «automática» o «directa» por parte del juez, dado que esta aplicación tiene lugar, de forma indirecta, a través de una norma de conflicto del foro. Y a un resultado similar llega E. VITTA, por el cauce de las «normas de aplicación» de las normas materiales especiales; de manera que, caso de admitir cualquiera de estas construcciones, si bien la relación entre *forum* y *ius* no desaparece en modo alguno, tendría tan sólo un carácter mediato, por la interposición de la norma de con-

72. F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.* en la nota 59, p. 98 y s. Entre nosotros dentro de esta orientación «neoflictualista», A. REMIRO BROTONS, «Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado», *Temis*, Zaragoza, núms. 33-36, 1973-74 (*Symbolae García Arias*), p. 605 y s. y, en particular, p. 616 y s., con un lenguaje lleno de imágenes bélicas, hípicas y de otra índole que le confiere una indudable originalidad.

73. P. MAYER, *Droit international privé*, París, 1977, pp. 16-17 pues «le procédé direct de réglementation ne doit pas se substituer au procédé indirect, mais se combiner avec lui»; lo que se justifica, para este autor, afirmando que el «objetivo esencial» del Derecho internacional privado es la *seguridad* y no la *justicia*; de manera que debe ofrecer no la regulación más justa sino aquella que, en el caso concreto, «est la plus conforme aux prévisions des parties».

flicto o de la «norma de aplicación». Ahora bien, esta supuesta «dependencia» de la norma general especial de la *lex fori* respecto de aquéllas es difícil de justificar si se tiene en cuenta, como ha señalado justamente P. LALIVE<sup>74</sup>, el principio de no contradicción dentro del sistema de Derecho internacional privado del foro. Sería ilógico, en efecto, que un legislador estatal dictase, de un lado, una norma material especial, para un supuesto específico de tráfico y, de otro, que condicionase la aplicación de este *jus specialis* material a la circunstancia de que una norma de conflicto del foro designe como aplicable el propio ordenamiento del juez. En realidad, esta tesis entraña una confusión entre las distintas técnicas de reglamentación de las relaciones privadas internacionales mediante el derecho material del foro, pues no se trata del supuesto de *normas materiales autolimitadas*, donde necesariamente existe, junto a la norma material de Derecho interno un factor o elemento de delimitación<sup>75</sup>. Las normas materiales especiales, en cambio, constituyen una regulación *od hoc* de un supuesto específico del tráfico externo, expresamente determinado en dichas normas; de manera que si se suscita ante el foro un litigio sobre la materia objeto de esta regulación material especial, no se concibe que el juez pueda prescindir de su aplicación, pues ello sería tanto como negar la especialidad del supuesto de hecho que regulan para estar exclusivamente al que contiene —*in genere*, normalmente— la norma de conflicto.

Complementariamente, en el ejemplo expuesto por P. LALIVE de una eventual concurrencia de dos normas materiales especiales —una en el ordenamiento del foro y otra en un ordenamiento extranjero conectado con el supuesto de hecho—, que ofrecen una regulación jurídica divergente<sup>76</sup>, el mismo postulado de la coherencia interna del sistema —que se refuerza con el principio de la «armonía material» de decisiones— justifica a mi parecer la misma conclusión. Prescindir de la norma material especial del foro en favor de la extranjera sólo es jurídi-

74. P. LALIVE, «Tendances et méthodes en Droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 155, 1977-II, p. 94-98, en p. 97, señalando el carácter de *jus specialis* de la reglamentación material.

75. El factor de delimitación puede operar respecto de una norma material particular o bien, por el cauce de las normas de conflicto unilaterales, para un conjunto más amplio de normas de la *lex civilis fori*. Cf. en el primer caso, los ejemplos aportados por O. CASANOVAS LA ROSA, respecto de las compilaciones de derecho civil especial o foral, en su comentario al art 16 del C.c., en *Comentarios a las reformas del C.c.* (Tecnos), vol. I, Madrid, 1977, pp. 737-738.

76. P. LALIVE, *op. cit.* en la nota 74, p. 92.

camente posible si el legislador estatal autoriza al juez a aplicar *the better law*, como se prevé en el art. 14 del proyecto suizo de Ley federal sobre el Derecho internacional privado<sup>77</sup>; pero no todos los sistemas jurídicos atribuyen el mismo alcance a la función judicial, en el tráfico interno y en el ámbito de las relaciones privadas internacionales.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las *normas materiales imperativas* en el tráfico externo —si se quiere, las llamadas normas de aplicación inmediata» o «normas de Derecho interno de aplicación necesaria», según la terminología más habitual— difícilmente puede negarse que exista una correlación directa en de *forum* y *ius*, como ha sido puesto de relieve por la doctrina<sup>78</sup>. Así resulta, en efecto, en el Derecho francés respecto de la ley de 24 de julio de 1889, que establecía la privación de la patria potestad en los casos de abandono moral o maltrato de un menor y se aplicó, desde su promulgación, a nacionales y extranjeros, en atención a un objetivo de «defensa social»<sup>79</sup>. Respecto de los extranjeros residentes en Francia, es de señalar que esta norma imperativamente aplicable al tráfico externo entrañaba una derogación del principio de la *lex patriae* en materia de relaciones de familia; pero importa subrayar el hecho de que fue aplicada incluso en el período en que los tribunales franceses se declaraban incompetentes respecto del

77. Cf. el proyecto de ley de la comisión de expertos y el informe que le acompaña, en *op. cit.* en la nota 23, p. 246, donde tras señalarse que el legislador no puede prever todas las hipótesis posibles, afirma que «C'est pourquoi les règles de conflits doivent laisser la possibilité au juge de faire oeuvre de législateur et de créer une règle de rattachement exceptionnelle dans les situations atypiques où la raison d'être de la règle de conflit prescrite ne joue plus». Pero no debe olvidarse que, en el sistema suizo, el art. 1, 2.º del C.c. confiere al Tribunal Federal la facultad de completar el derecho escrito, en caso de lagunas, mediante un «derecho judicial». Cf. al respecto F. VISCHER, «Der Richter als Gesetzgeber im internationalen Privatrecht», *Annuaire Suisse D. I.*, 1955, p. 75 y s. y su *Droit international privé*, Friburgo, 1974, p. 15.

78. Así, entre nosotros, en el estudio de E. RUILOBA SANTANA, «Sobre el concepto y delimitación del orden público en el Derecho internacional privado», *R. G. L. J.*, 1974, pp. 655-694, en particular, p. 661 y s. señalando que la característica distintiva del procedimiento de reglamentación «consistente en normas que el juez habrá de aplicar inmediata y necesariamente siempre que se vea llamado a pronunciarse sobre un supuesto comprendido en su campo de aplicación material» no es otro que «la coincidencia necesaria entre la competencia legislativa y la judicial...» (pp. 662-663).

79. El tema ha sido examinado en profundidad por D. MAYER, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, cit. en la nota 3, pp. 87 y s. Cf. asimismo el análisis de Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, París, 1976, p. 288 y s.

estado civil y las relaciones familiares de los extranjeros<sup>80</sup>, por lo que puede estimarse que la Ley de 24 de julio de 1889 creó un foro especial de competencia judicial internacional con base en el derecho aplicable; esto es un *forum legis* construido no a partir de la norma de conflicto, como antes se ha indicado, sino desde una norma material imperativamente aplicable en las relaciones privadas internacionales. En el Derecho español, la *Sent. T.S. (Sala 1.ª) de 12 de marzo de 1970*<sup>81</sup> nos ofrece, en cambio, un ejemplo donde puede apreciarse no un efecto positivo de la competencia judicial, sino un efecto negativo; pues frente a la pretensión de que un tribunal español declarase el divorcio de un matrimonio celebrado en el extranjero, por dos extranjeros, conforme a su ley personal, que admitía la disolución del vínculo por decisión judicial, la naturaleza imperativamente aplicada al tráfico externo de la norma del Derecho español de aquella época sobre indisolubilidad del matrimonio<sup>82</sup>

80. Aunque las excepciones a la regla de la incompetencia fueron aumentando, progresivamente, esta situación no desaparece hasta las decisiones del Trib. Cas. de *21 de junio de 1948*, en el asunto «Patiño» y de *30 de octubre de 1962*, en el caso «Scheffel», admitiéndose que «l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises». Cf. la evolución del problema en P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, 1977, pp. 220-221.

81. *Col. Leg. Jurispr. Civ.*, 1970, núm. 130, Marzo, p. 223 y s. Ponente: Excmo. Sr. D. BALTASAR RULL VILLAR. Se trata de la demanda presentada por D.ª Veena Chandu Chugani, nacional de Sri Lanka (Ceylan) contra su marido, D. Chandu Choharmal Chugani, nacional de la India, solicitando el divorcio de su matrimonio, celebrado en este último país. El demandado, se opuso formulando la excepción del n.º 1.º del art. 533 de la L.E.C., de incompetencia de jurisdicción; pero el razonamiento se apoya, fundamentalmente, en el derecho aplicable. El T. S. confirma las decisiones de instancia y apelación, que acogieron la excepción, señalando que «...el proceso no tiene otra finalidad que la de regular el ejercicio ante los tribunales de las acciones derivadas de una ley que atribuye derechos subjetivos cuya eficacia se trata de lograr», por lo que, «no puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fundamento legal del que puedan derivarse, ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como son todas aquellas que sean contrarias a la moral y al orden público, entre las que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y este lo permitiera...».

82. Cf. la evolución del problema en el excelente estudio de A. MIAJA DE LA MUELA «Indicios de atenuación del orden público en el Derecho internacional privado español», *Multitudo Legum, Unum Jus. Festschrift W. Wengler*, II, Berlín, 1973, p. 573 y s., en particular, 596 y s. En la actualidad, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el *Auto del T. S. de 21 de octubre de 1979*, admitiendo la eficacia de una sentencia francesa de divorcio de un matrimonio en el que uno de los cónyuges tenía la nacionalidad española, convierte estos antecedentes en simple recuerdo histórico de un triste pasado.

llevó al tribunal a declararse incompetente para conocer del litigio a partir de la correlación absoluta entre *forum* y *ius*<sup>83</sup>.

11. Puede observarse que si las «normas reguladoras» de carácter directo entrañan, necesariamente, una correlación de soluciones entre *forum* y *ius* —inmediata, en el caso de las normas materiales «especiales» y de las «imperativas»; mediata en el de las «autolimitadas»— tan sólo la norma de conflicto bilateral ofrece la posibilidad de que ambas competencias, judicial y legislativa, queden disociadas. Lo que puede explicar las reservas, cuando no la hostilidad de las concepciones de signo «universalista» frente a los distintos supuestos de normas materiales de «fuente» estatal<sup>84</sup>. No obstante los defensores a ultranza de la norma de conflicto bilateral deben tener en cuenta que si bien en una determinada materia el legislador estatal ha formulado, como norma reguladora, una norma de conflicto bilateral, la unidad entre *forum* y *ius* puede establecerse, de hecho, por efecto de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional.

En efecto, como nos muestra el Derecho internacional privado comparado, ello puede ocurrir, al menos, en dos supuestos. El primero de ellos, antes aludido, es el de un *forum legis*, de una competencia judicial de los tribunales basada en la aplicación del derecho material de la *lex fori*, presente en los sistemas francés y alemán, entre otros. En el ejemplo francés —durante el siglo XIX y buena parte del siglo actual— poco importaba que la norma de conflicto para las cuestiones del «esta-

83. Como señala justamente E. RUILOBA SANTANA, *op. cit.* en la nota 78, pp. 668-669, el orden público se concibe «de manera tan positiva e inmediata que, abatiendo los límites de su esfera propia, pasa de la competencia legislativa con la judicial, implicando lo sustantivo con lo procesal». A la «identidad entre tribunal competente y ley aplicable», apuntada en la *Sent. T. S. (Sala 1.ª) de 22 de diciembre de 1977* alude J. M. ESPINAR VICENTE en *Derecho internacional privado. Parte Especial* de E. PÉREZ VERA (Madrid, 1980, p. 221).

84. Cf. inicialmente, A. VON OVERBECK «Les règles de Droit international privé matériel», *De conflictu Legum. Mélanges offerts a R. D. Kollwijn et J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 369, H. BAUER, «Les traités et les règles de Droit international privé matériel», *R. Critique*, 1966, p. 537 y s., en particular, pp. 570-571. La crítica es asumida por F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.* en la nota 59, pp. 130-131 y, entre nosotros, por A. REMIRO BROTONS, *op. cit.* en la nota 72, pp. 621-624, señalando que estas normas poseen «un cierto tufillo a intolerancia» y que, al establecerlas, el legislador estatal se convierte en «reo de un delito de imperialismo legislativo» Cf. una posición reciente, más matizada, en J. A. CARRILLO SALCEDO, «Le renouveau du particularisme en Droit international privé», cit. en la nota 66, pp. 229-231 así como P. LALIVE, «Tendances et méthodes en Droit international privé», cit. en la nota 74, pp. 98-100.

tuto personal» hiciera referencia, *in genere*, a la ley nacional del interesado si, de otra parte, los tribunales del foro afirmaban su competencia exclusiva en las cuestiones de estado civil y relaciones de familia de los nacionales y, correlativamente, se declaraban incompetentes, en el mismo ámbito de materias, respecto de los extranjeros. En el caso alemán ocurría otro tanto, pues aun partiendo de una general admisión de la *lex patriae* en tales cuestiones, para nacionales y extranjeros, se establecía igualmente una competencia judicial exclusiva, para los litigios relativos al estado civil y relaciones de familia de los nacionales y una «competencia judicial condicional» de los tribunales del foro, en relación con los extranjeros<sup>85</sup>. En el ejemplo del derecho francés, la norma que establecía la incompetencia judicial de los propios tribunales en los litigios en que se debatía, a título principal<sup>86</sup>, el estado civil o las relaciones de familia de un extranjero, de hecho convertía la norma de conflicto bilateral en unilateral. En el ejemplo del derecho alemán, la competencia judicial condicional limitaba, necesariamente, la eventual referencia al derecho extranjero.

El segundo supuesto de la podría llamarse «bilateral aparente» se produce cuando el legislador estatal establece un paralelismo o correlación estricta entre los criterios que sirven para determinar una y otra competencia, judicial y legislativa<sup>87</sup>. El ejemplo más simple es el de la regulación de los bienes inmuebles, como se ha señalado: de un lado, en lo que respecta al derecho aplicable, la norma de conflicto se refiere, *in genere*, a la *lex rei sitae*, como es el caso, del art. 10, 1.º del C.c. español; pero de otro, se establece una competencia judicial exclusiva en los litigios sobre inmuebles sitos en España y, correla-

85. La expresión «competencia condicional» es empleada por D. MAYER, *op. cit.* en la nota 3, pp. 287 y s. precisando que se trata del supuesto del derecho alemán conforme al cual se admite la competencia de los propios tribunales a condición de que «l'Etat dont la loi est applicable —es decir, en materia de «estatuto personal», el Estado de la nacionalidad del interesado— n'attribue pas une compétence exclusive à ses propres tribunaux», lo que implica, a los fines de establecer o denegar la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes, la previa consideración del sistema extranjero. Cf. por ejemplo, respecto de la competencia establecida por el art. 606 b de la Ordenanza Procesal Alemana, el estudio de D. comparado realizado por F. GAMILLSCHEG y L. HIRSCHBERG, *Internationales Privatrecht* (Schweitzer), Berlín, 1973, p. 902 y s.

86. Cf. *infra*, núm. 12, C) respecto de la distinción entre cuestiones de estado a título principal y a título incidental ante los tribunales del foro.

87. Cf. las referencias hechas en la nota 58 respecto de la «correlación de conexiones» y su interpretación uniforme, en uno y otro ámbito. Adde las observaciones de J. M. BISCHOF, *La compétence du Droit français dans le règlement des conflits de lois*. París, 1959, p. 138.

tivamente, la incompetencia de los tribunales españoles en litigios sobre bienes inmuebles sitos en el extranjero<sup>88</sup>. Por esta vía, la inicial bilateralidad que supone la referencia al *situs* del inmueble se convierte en ilusoria, por un efecto —negativo— de las normas sobre competencia judicial; de manera que difícilmente se podrá aplicar por el tribunal español derecho extranjero en esta materia. Como en el supuesto anterior, se trata de soluciones inspiradas en un falso «universalismo» en el plano de la competencia legislativa; mientras que las normas sobre competencia judicial son las que traducen los elementos reales de «particularismo», los intereses protegidos y los objetivos de política legislativa presentes en esta materia.

Ahora bien, teniendo en cuenta las conclusiones que arrojan el apartado anterior y el presente, parece oportuno llevar a cabo una reflexión sobre el problema del pluralismo de métodos y de normas en el Derecho internacional privado desde el ángulo de las relaciones entre *forum* y *ius*. A mi parecer, teniendo en cuenta la correlación de soluciones entre ambas competencias, judicial y legislativa, podría decirse que, llegado el momento de reglamentar las relaciones privadas internacionales, el legislador estatal puede optar entre dos vías posibles, de carácter general; opción que es, claro está, preliminar a la elección de «normas reguladoras» de carácter indirecto o directo respecto del derecho aplicable. La primera de ellas se basa en la separación entre competencia judicial internacional de sus tribunales, en los litigios sobre una determinada materia, y

88. Cf. A. REMIRO BROTONS, Comentario al art. 10, 1.º C.C. en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, 1978, pp. 224-227, aludiendo a «la convergencia, en este sector, entre el *forum* y el *ius*» lo que —como acertadamente se agrega— explicaría la tradición histórica de utilizar normas de conflicto «unilaterales» en materia de inmuebles. No obstante, este autor sostiene que la regla de conflicto bilateral «no es del todo superflua», pues «facilita, en último término, su empleo como criterio de control de la competencia legislativa» (*Ibid.* p. 226). Pero ello es difícilmente admisible pues —con independencia de que se estime justificado el control de la competencia legislativa extranjera— aun en los sistemas que lo configuran con un alcance general tal control por el juez del *exequatur* no opera contra las decisiones extranjeras en materia patrimonial ni, claro está, en materia de inmuebles; y ello porque el cauce adecuado, respecto de este último sector, no es el control del derecho aplicado por el tribunal de origen de la decisión, sino el control de la competencia judicial, ya que se trata de proteger un supuesto de competencia judicial exclusiva del foro, como se recoge en el derecho convencional internacional que este autor cita, señalando que «la exclusividad del *forum rei sitae* para conocer las acciones reales inmobiliarias es universal» (*Ibid.* p. 225) ¿cómo justificar entonces la bilateralidad de la norma de conflicto a los fines de un inexistente control de la competencia legislativa?

derecho aplicable al fondo del litigio, rechazando la correlación entre *forum* y *ius*. De este modo, se atribuye un volumen parcial al conjunto de normas que integran la *lex fori* para reglamentar dicha materia: en concreto, las que pertenecen a la dimensión del derecho judicial internacional, las «normas reguladoras» de carácter indirecto y las «normas de aplicación» de éstas, generales o particulares. La segunda vía posible, en cambio, entraña una voluntaria correlación entre *forum* y *ius* que asegure la aplicación global del propio ordenamiento a los distintos aspectos del litigio. Por consiguiente, podría hablarse de una reglamentación *escindida* —en cuanto a las dos competencias, judicial y legislativa— y *parcial*, en lo que concierne al volumen atribuido a la *lex fori*; y, en contrapartida, de una reglamentación *unitaria* y *global* del tráfico externo<sup>89</sup>.

Al contraponer ambas opciones, conviene subrayar que éstas no se suscitan con carácter general, respecto del conjunto de materias del tráfico externo, sino respecto de materias o grupos de materias determinadas, pues sería irreal suponer que el legislador estatal se guía, a *priori*, por una cierta metafísica favorable a la *lex fori* —la *Heimwärtsstreben*<sup>90</sup>— o a la *lex aliena*. De hecho, en cada sistema es la tradición jurídica la que guía la opción, en buena medida, pues un sistema jurídico es un producto histórico; y como la reglamentación del tráfico externo supone no sólo una «forma» sino también un «contenido» en las normas reguladoras, la opción del legislador estatal dependerá, en cada materia, de los intereses en presencia y de los objetivos de política legislativa perseguidos. En última instancia, la finalidad del Derecho internacional privado no es, exclusivamente, la de lograr la seguridad jurídica —una reglamentación previsible por las partes<sup>91</sup>—, sino también la justicia en el resultado, una reglamentación justa del tráfico externo.

11. Si del sector de las «normas reguladoras» del tráfico externo en un sistema estatal de Derecho internacional privado

89. Esta contraposición, como puede observarse, es similar a la señalada por R DE NOVA, «Adoption in Comparative Private International Law», *Recueil des Cours*, t. 104, 1961-III, p. 75 y s. entre un «jurisdictional approach» y un «choice of law approach»; si bien el primero posee mayores dimensiones que el allí señalado.

90. Sobre el sentido de la expresión, acuñada por A. NUSSBAUM (*Deutsches internationales Privatrecht*, 1932, p. 43). Cf. P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2.ª ed., Tubinga, 1976, pp. 67-69.

91. Cf. las referencias a la posición de P. MAYER, en la nota 73, así como P. LALIVE, «Tendances et méthodes en Droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 155, 1977-II, pp. 366-369.

pasamos al ámbito de las que se han denominado «normas generales de aplicación», resulta obvio señalar que estas últimas forman parte, al igual que las primeras, de la *lex fori*; de manera que también aquí surge una correlación entre *forum* y *ius*. Ahora bien, antes se ha dicho que las normas aquí consideradas se refieren a dos parámetros generales presentes en cualquier normas o en la totalidad del sistema: espacio y tiempo<sup>92</sup>. Sin entrar a examinar los problemas de vigencia temporal en Derecho internacional privado desde el ángulo de las relaciones entre *forum* y *ius*<sup>93</sup>, sí parece oportuno hacer una breve referencia al primer aspecto, esto es, al problema del ámbito espacial del sistema de normas reguladoras de las relaciones privadas internacionales.

El punto de partida es, a mi juicio, la «relatividad» de las soluciones de cualquier sistema estatal de Derecho internacional privado<sup>94</sup>, idea que, de ordinario, se expresa mediante la moción de la «territorialidad» del sistema<sup>95</sup>. De manera que el juez debe aplicar, en los supuestos de tráfico externo, la reglamentación establecida por su propio legislador estatal —territorialidad «positiva» — y, en ciertos sistemas de Derecho internacional privado, excluir la eventual aplicación de una norma reguladora del sistema extranjero; esto es, una territorialidad «negativa» que elimina, por ejemplo, el eventual reenvío a la *lex fori*, o al ordenamiento de un tercer Estado. En su dimensión positiva, que es la que aquí nos interesa, la «territorialidad» del sistema de Derecho internacional privado conduce a

92. Para A. PILENKO, «Droit spatial et Droit international privé (Etude méthodologique)», *Jus Gentium*, 1953, p. 37, en toda norma jurídica existen tres elementos de igual rango («ebenbürtig»): sustancia o contenido, tiempo y espacio y forman un triángulo cada uno de cuyos lados es inseparable; pero cabe aislar el conjunto de aspectos espaciales o temporales, en un sistema, dándoles autonomía.

93. P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du Droit international privé*, Lieja, 1978, p. 101, nota 3, se refiere a la tesis doctoral de P. COURBE, *Essai sur les objectifs temporels des règles de conflit*, Rouen, 1977, donde se examina «l'influence de la compétence judiciaire sur la solution des problèmes transitoires», obra que no he podido consultar.

94. D. EVRIGENIS, en *Annuaire de l'A. A. A.*, n. 28, 1958, pp. 108-119 ha hablado de la «relativité de la règle de Droit international privé» señalando que, con la existencia de una pluralidad de sistemas nacionales de normas de conflicto, «la territorialité du droit substantiel n'a pas été éliminée. Elle fut simplement remplacée par la territorialité du Droit international privé». Cabe hablar, a mi juicio, de «territorialidad» del sistema, en su conjunto, y «relatividad» de sus soluciones, partiendo del examen del autor griego.

95. Cf. D. EVRIGENIS, «Considérations sur la relativité de la règle de Droit international privé», cit. en la nota anterior y las referencias contenidas en la nota 34.

una correlación necesaria entre competencia judicial internacional y «normas reguladoras» del propio sistema; el que se ha calificado de vínculo «primario» entre *forum* y *ius*. Y desde el ángulo particular de un sistema estatal, este vínculo garantiza la realización de la justicia en las relaciones privadas internacionales, por obra de dicho Estado; pero desde el punto de vista de la Comunidad internacional, en la que operan diferentes legisladores de Derecho internacional privado, con distintas concepciones de la Justicia en el tráfico externo, pueden producirse, como es sabido, dos situaciones igualmente contrarias a la seguridad jurídica.

La primera, puede surgir en el caso de un «conflicto negativo» entre las normas sobre competencia judicial internacional de los diferentes Estados con los cuales se halla conectado un supuesto de tráfico jurídico externo. Efectivamente, en tal hipótesis —de la que ha dicho CH. FRAGISTAS que es más teórica que real, dado el volumen de competencia judicial internacional que los sistemas estatales asignan a sus tribunales<sup>96</sup>— ninguno de los tribunales de los diferentes Estados vinculados con tal supuesto será competencia para conocer del eventual litigio; y dada la relación necesaria entre el *forum* y las «normas reguladoras» del tráfico externo, no podrá determinarse el derecho material aplicable a la controversia. Si se quiere prevenir este resultado insatisfactorio, es preciso establecer, como existe en ciertos sistemas, un «foro de necesidad» que evite la posible denegación de justicia; pero tal «foro de necesidad» puede operar, de hecho, como privilegio en favor de los nacionales<sup>97</sup>.

La segunda situación —bastante frecuente, en la práctica— se produce en el caso de una «conurrencia» de jurisdicciones estatales respecto de una relación plurinacional litigiosa; pues al establecerse por varios Estados, simultáneamente, la competencia judicial internacional de sus tribunales para conocer el litigio, esta concurrencia permite al demandante optar, en su favor, por el foro de uno u otro Estado, lo que determina,

96. CH. FRAGISTAS, «Problèmes résultant du conflit des règles sur la compétence judiciaire internationale», *Schriftenreihe der Deutsche Gruppe der A. A. A.*, Band I, Berlín, 1957, pp. 116-118.

97. Cf. en el derecho suizo, F. VISCHER, *Droit international privé*, Friburgo, 1974, p. 46, en relación con el art. 8 de la L. R. D. C. calificándolo de «foro subsidiario». Con mayor precisión. P. H. NEUJAUS, *Die Gundbe-griffe*, cit. en la nota 90, p. 427 alude a la «necesidad de protección del elemento nacional» (inländische Schutzbedürfnis) como fundamento de la competencia judicial en los casos de «Notzuständigkeit», considerando como supuesto de «subsidiäre Notzuständigkeit» el destinado a evitar una denegación de justicia para el nacional.

a su vez, una elección del sistema de «normas reguladoras» aplicable. En esta hipótesis, por consiguiente, *qui elegit iudicem eligit jus*, como expresa el viejo adagio; y los distintos sistemas de Derecho internacional privado vinculados con el supuesto se convierten, por obra de la concurrencia de jurisdicciones, en meramente «facultativos» para la parte que inicia el litigio. Para eliminar este resultado, se han propuesto diversas soluciones, de mayor o menor alcance, que conviene indicar. La más general, de clara inspiración «universalista», es abordar el problema en una codificación internacional, estableciendo una «coordinación» entre *forum* y *ius*, como propusiera B. NOLDE partiendo de la experiencia de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>98</sup>; si se quiere, una reglamentación «doble» en una determinada materia, para la competencia judicial y el derecho aplicable, mediante un tratado internacional. Y este es, conviene recordarlo, el problema «formal» de las relaciones entre *forum* y *ius*, presente en cualquier labor codificadora, interna o internacional.

Otras soluciones, en cambio, se sitúan a nivel de las normas estatales de Derecho internacional privado. Elemento común en ellas es el admitir la existencia de competencias judiciales «concurrentes» para tratar de determinar, excepcionalmente, los supuestos en los cuales el juez debe prescindir de la aplicación de las «normas reguladoras» de su sistema; lo que supone, a mi parecer, la formulación de una «norma general de aplicación» del sistema de Derecho internacional privado, que delimita su vigencia en el espacio. En la construcción de F. ECKSTEIN, continuada por F. GAMILLSCHEG<sup>99</sup> se busca la solución del problema mediante la previa determinación del tribunal que tiene «la jurisdicción más fuerte» en relación con ciertas categorías de litigios —*die stärkste Gerichtbarkeit*—, de manera que, establecido esto, el juez estatal deberá aplicar el sistema de «normas reguladoras» vigente en el Estado cuyos tribunales poseen ese *Hauptgerichtstand*, un «superior foro de competen-

98. B. NOLDE, «Anwendbares Recht und Gerichtsstand im internationalen Privatrecht» *Z.f.vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, p. 317.

99. F. ECKSTEIN, «Die Frage des anzuwendenden Kollisionsrecht», *Rabels Z.*, 1934, p. 121 y s.; F. GAMILLSCHEG, «Internationale Zuständigkeit und Entscheidungs harmonie im internationalen Privatrecht», *Berichte der Deutschen Gesellschaft f. Völkerrecht*, Heft 3, 1959, p. 29 y ss. La expresión «stärkste Gerichtbarkeit» es del primero, pero posee sentido equivalente la segunda, utilizada por F. GAMILLSCHEG. Cf. las críticas de J. MAURY, en *Recueil des Cours*, t. 57, 1936-III, p. 523 y A. N. MAKAROV, en *R. Critique*, 1955, p. 435 y los *Berichte*, p. 44.

cia judicial». Por esta vía, si el litigio se somete al tribunal a quien corresponde la «jurisdicción más fuerte», el juez aplicará las «normas reguladoras» de la *lex fori*; en cambio, si corresponde a los tribunales de un Estado distinto de aquel ante el que se plantea el litigio, en ese caso el juez deberá prescindir de las «normas reguladoras» de su propio sistema y aplicar las vigentes en el Estado de la «jurisdicción más fuerte», lográndose así una «armonía internacional de decisiones» que constituye el principio inspirador de esta solución<sup>100</sup>.

Más recientemente, la posibilidad de excluir la aplicación de las «normas reguladoras» del sistema de Derecho internacional privado del foro se ha justificado desde un planteamiento menos idealista que el que se acaba de exponer. Se trata de la noción de los «conflictos de sistemas», que partiendo de la construcción realizada por P. FRANCESKAKIS, a partir de ciertos datos jurisprudenciales<sup>101</sup>, ha sido consagrada por la *Sent. del Tribunal de Apelación de París (Sala 3.ª, Civ.)*, de 19 de marzo de 1965, en el asunto llamado de la «Banque Ottomane»<sup>102</sup>. En esta decisión, se afirma, en efecto, que el sistema de Derecho internacional privado de un Estado «...n'a pouvoir de se pronocer que sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêt»; y, en cambio, no está facultado para regular aquellas situaciones jurídicas que

«...se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucun attache quelconque avec le for».

Y el tribunal agrega el dato de que esta «ausencia de contacto con el foro» de la situación litigiosa se pone de relieve

«...par l'absence de compétence juridictionnelle du for, circonstance qui ne peut être négligée, même si,

100. Esta idea es común en los dos estudios indicados en la nota anterior y supone una reactualización del viejo «universalismo» de raíz savigniana, corregido desde el ángulo de la competencia judicial internacional para obviar el efecto de «desemejanza» resultante de la pluralidad de sistemas nacionales en cuanto al derecho aplicable.

101. Cf. P. FRANCESKAKIS, Nota a la *Sent. del Trib. Apel. Paris (Sala 1.ª, Civ.)* de 7 de julio de 1954 («Patiño c. Patiño»), *R. Critique*, 1954, p. 552 y su estudio *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit international privé*, París, 1958, pp. 197 y s. Cf. el examen de P. GOTHOT, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en Droit international privé», *R. Critique*, 1971, pp. 427 y s. y los textos citados en notas a las pp. 427 y 429.

102. Cf. *R. Critique*, 1967, p. 101, Nota de P. LAGARDE.

par suite d'une prorogation de juridiction acceptée par le défendeur, le juge du for reste saisi et a l'obligation de statuer sur une contestation qui eut dû normalement échapper à sa compétence».

Pudiera pensarse que este párrafo de la sentencia contrapone, como es el caso de la construcción de F. ECKSTEIN, una competencia judicial internacional «fuerte» a otra más «débil», justificando, por esta vía, la inaplicación de las «normas reguladoras» del ordenamiento del foro. Sin embargo, el elemento esencial de esta solución jurisprudencial es, a mi juicio, la idea anterior de una «ausencia de contacto con el foro» de la situación litigiosa, que se concreta en un índice espacial y otro temporal: que la situación litigiosa se creó, desplegó sus efectos y consolidó unos derechos entre las partes en el ámbito de otro sistema jurídico. La «ausencia de competencia judicial internacional», en aquel momento, es únicamente un factor que confirma el anterior, significativo desde el punto de vista de la economía procesal<sup>103</sup>. Y podría concluirse diciendo que, según los términos de la decisión en el asunto de la «Banque Ottomane», la norma sobre aplicación en el espacio de las «normas reguladoras» del sistema de Derecho internacional privado del foro excluye que éstas sean aplicadas por el juez si, ante una eventual contradicción de soluciones entre los distintos sistemas de Derecho internacional privado concurrentes, la situación litigiosa se halla conectada más íntimamente con uno de ellos que con el sistema del foro; en concreto, con aquel ordenamiento bajo el cual las partes han consolidado sus respectivos derechos y obligaciones.

Ahora bien, la unidad entre *forum* y *ius* en este problema puede comprobarse si, en lugar de razonar en el ámbito del derecho aplicable, lo hacemos a partir de la idea de economía procesal presente en la sentencia de la «Banque Ottomane». Bastaría, en efecto, formular una «norma de aplicación» en el sector de la competencia judicial internacional en virtud de la cual se determine que, en el supuesto de «ausencia de contacto con el foro» de una situación litigiosa, los tribunales deben declarar su incompetencia. Y, de este modo, se evitarían los gastos de un proceso, en interés de las partes y de

103. Cf. P. LAGARDE, *op. cit* en la nota precedente, p. 106 y F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, París, 1973, p. 345.

la propia administración de justicia al tiempo que, para los restantes supuestos, operaría sin excepciones el vínculo «primario» entre *forum* y normas reguladoras del tráfico externo. Esta solución, es la base de la noción anglosajona del *forum non conveniens*.

12. En lo que respecta a las «normas particulares de aplicación» del sistema —y, en concreto, las que se refieren a las normas de conflicto bilaterales— nos encontramos con un nuevo ejemplo de correlación entre las dos competencias, judicial y legislativa; dato este frecuentemente olvidado en el examen de los llamados «problemas generales» del Derecho conflictual. Muy sumariamente expuestos, los aspectos más relevantes en este sector de cuestiones son, a mi juicio, los siguientes:

A) La unidad entre *forum* y *ius* se establece en el conflicto de calificaciones, en la sanción del fraude a una ley imperativa española, en el reenvío de retorno, en la excepción del orden público y, asimismo, ante la imposibilidad de establecer ante el juez el contenido y vigencia del derecho extranjero designado por la norma de conflicto del foro, por aludir a las soluciones que se consagran en el art. 12 del C.c. español —en relación con el art. 6, 4.º, respecto del fraude— y en la jurisprudencia española<sup>104</sup>. En efecto, si se determina una calificación *lege civilis fori*, la «norma reguladora» se une, inseparablemente, con el derecho material del propio ordenamiento, que ofrecerá los criterios para encuadrar la situación litigiosa en el marco de la categoría que delimita el supuesto de la norma de conflicto. En lo que respecta al fraude, si la sanción se proyecta, exclusivamente, sobre las normas imperativas de la *lex fori*, se deberá aplicar «la norma que se hubiese tratado de eludir», según los términos del art. 6, 4.º del C.c., esto es, el propio derecho material. En lo que concierne al reenvío, es incuestionable que el dato judicial preside la práctica inglesa, la *foreign court theory*<sup>105</sup>; y, en general, el reenvío de retorno

104. Cf. el comentario de J. A. CARRILLO SALCEDO a los partados 1.º, 3.º y 4.º, 6.º del art. 12 del C.c. y el de J. PÉREZ MONTERO al art. 12, 2.º, en *Comentarios a las Reformas del C.c.* (Tecnos), Madrid, 1977, p. 584 y s. Respecto de la relación entre *forum* y *ius* en este sector de problemas, Cf. el análisis de G. BREULEUX, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Zurich, 1969, p. 33 y s.

105. Así, la idea de que el juez inglés se encuentra «notionally sitting» en el tribunal extranjero, según la expresión del Juez WYNN-FARRY en *in re Duque of Wellington*, (Chancery Division, Sents. del 7 de mayo de 1947, L. J. R. 1451; Ch. 506). Para W. WENGLER, la *foreign court theory*

es, según la expresión de H. BATIFFOL una manifestación tópica «de la preferencia en favor de la propia ley por parte del juez que conoce del litigio»<sup>106</sup>, si bien la correlación entre competencia judicial y *lex civilis fori* se logra, mediatamente, a través de la norma de conflicto extranjera. Por último, las «normas de aplicación» conducen al propio derecho material del juez si opera el efecto sustitutorio derivado de la excepción de «orden público», o no se prueba suficientemente el derecho material extranjero inicialmente declarado aplicable por una norma de conflicto bilateral. En definitiva, puede estimarse que las «normas de aplicación» dan lugar a un cambio en el método de reglamentación, del tráfico jurídico externo, pues si el legislador había partido de una disociación entre *forum* y *ius*, de una regulación indirecta, en última instancia se llega a una reglamentación «unitaria y global» del supuesto en el ámbito de la *lex fori*.

B) En el supuesto de inadaptación entre dos leyes materiales declaradas aplicables por las «normas reguladoras» del foro, se produce también una correlación entre *forum* y *ius* si el juez, en lugar de someter la situación litigiosa a uno de los dos ordenamientos en su totalidad, elimina la contradicción normativa mediante un «ajuste» —expresión contenida en el art. 9, 8.º del C.c. y, a mi juicio, preferible a la «adaptación»— del contenido de ambas leyes materiales. En esta hipótesis, la «norma de aplicación» opera, asimismo, un cambio en el método de reglamentación pues el juez, como ha señalado la doctrina<sup>107</sup>, al ajustar el contenido de las dos leyes materiales contradictorias, en realidad elabora una norma material *ad hoc* para la solución del litigio. Con ello, nuevamente, se

presupone «a concurrent jurisdiction for the English court and the foreign court», teniendo la última «some kind of better jurisdiction». Cf. «The general principles of Private International Law», *Recueil des Cours*, t. 104, 1961-III, p. 381. Sobre el funcionamiento de esta construcción jurisprudencial, Cf. las observaciones de B. D. INGLIS, «The Judicial Process in the Conflict of Laws», *The Law Quarterly R.*, 1958, p. 493 y s.

106. H. BATIFFOL, *Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, curso en el Institut H. E. I. de la Univ. de París, 1960-1961, p. 103.

107. Así, E. VITTA, en el curso general de la Academia de D. I. de la Haya, 1969, Ch. IV, ap. 16, señalando que la adaptación, cuando se realiza mediante una aplicación parcial de las leyes en presencia, constituye un procedimiento empírico de «cúmulo» que da lugar a la creación de una norma material *ad hoc*. En la doctrina española, Cf. N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, 1977, *passim* y O. CASANOVAS, comentario al art. 16, 1.º del C.c. en *Comentarios a las Reformas del C.c.* (Tecnos), I, pp. 747-749.

pasa de una reglamentación inicial de carácter indirecto a una regulación directa; si bien existe en la fase inicial del proceso de aplicación una acción mediata de las normas de conflicto del foro, que aportan al juez las leyes materiales sobre las que ha de efectuarse el ajuste de su contenido.

C) Por último, en lo que respecta a la «norma de aplicación» sobre el derecho aplicable a la cuestión preliminar<sup>108</sup>, puede señalarse la existencia de una implícita correlación entre *forum* y *ius* en algunas de las soluciones propuestas para este problema; en concreto, la inicialmente defendida por la doctrina alemana de estar a la norma de conflicto de la *lex causae* para lograr una deseable «armonía internacional de soluciones»<sup>109</sup>. Para comprender esta correlación debe tenerse en cuenta el dato de que la doctrina y la jurisprudencia admitían, en el pasado siglo, la competencia de los tribunales del Estado ante el que se planteaba, «a título incidental», una cuestión relativa al estado civil o las relaciones de familia de un extranjero —esto es, el ámbito normal de materias del problema de la cuestión preliminar—; pero la incompetencia era la regla si dichas cuestiones se sometían «a título principal», por estimarse que los tribunales del Estado del que el interesado era nacional tenían una competencia exclusiva en la materia<sup>110</sup>. En el derecho alemán, como antes se ha indicado, esta solución se matizaba a través de la noción de «competencia judicial condicional»; es decir, del respeto por la jurisdicción «más

108. Sobre el tema Cf. en la doctrina española, en particular, E. PE-COURT GARCÍA, «Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado», *R. D. Español y Americano*, 1966, p. 11 y s. y, en torno a las normas del D. de la nacionalidad, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad», *Anuario D. C.*, 1977, p. 763 y s. En la extranjera, dentro de los estudios más recientes, A. E. GOTLIEB, «The incidental Question Revisited. Theory and Practice in the Conflict of Laws», *I. C. L. Q.*, 1977, p. 734 y s. y el examen crítico de P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Nápoles, 1971.

109. W. WENGLER, «Die Vorfrage in Kollisionsrecht», *Rebels Z.*, 1934, pp. 148-251 así como «Nouvelles réflexions sur es questions préalables», *R. Critique*, 1966, pp. 165-215 y sus consideraciones desde el ángulo de los «principios», en *Recueil des Cours*, t. 104, 1961-III, pp. 398 y s.

110. Cf. por ejemplo la posición de N. Rocco, *Dell'uso e autorità delle leggi del Regno delle Due Sicilie considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli stranieri, ossia Trattato di Diritto civile internazionale*, I, Palermo, 1843, en el caso de un litigio sucesorio en el que se plantea, como cuestión incidental, la determinación del *status filii* del causante, p. 300 y s. y, posteriormente, F. LAURET, *Drot civil international*, t. 4, Paris-Bruselas, 1880, p. 95 y s. criticando la solución de incompetencia judicial de los tribunales franceses si una «cuestión de estado» surge a título principal en el foro, respecto de un extranjero.

fuerte» —el Estado de la nacionalidad de la persona— y la intervención de la jurisdicción alemana sólo si su decisión puede ser reconocida en dicho Estado. Paralelamente, al propugnarse en el tema de la cuestión preliminar, en el siglo actual, la aplicación de la norma de conflicto de la *lex causae*, se llega al resultado de que la norma de conflicto del foro «should be corrected by the court and adapted to the allocation rules of the stronger foreign state», en expresión de W. WENGLER<sup>111</sup>.

De este modo, las soluciones en el ámbito del derecho aplicable y de la competencia judicial internacional permiten lograr, ciertamente, una «armonía internacional de decisiones»; pues el recurso a la norma de conflicto de la *lex causae* supone estar a la «norma reguladora» que habría aplicado el tribunal extranjero si, a título principal, hubiese conocido del litigio. Pero si no se coordinan ambos grupos en el sistema del foro —como es el caso del derecho alemán— o, como ha señalado P. PICONE<sup>112</sup>, el Estado extranjero cuyo derecho material es aplicable a la cuestión principal establece una regulación de la competencia judicial internacional «asimétrica» respecto de la del foro, no se logrará una uniformidad de resultados aun cuando se recurra a la norma de conflicto de la *lex causae* para resolver la cuestión preliminar. Y este dato, a mi juicio, evidencia una vez más la importancia de las «relaciones estructurales» dentro de un sistema estatal de Derecho internacional privado, en relación con ambas competencias, judicial y legislativa.

13. Para cerrar estas indicaciones sobre la correlación entre *forum* y *ius* desde la perspectiva del derecho aplicable, conviene hacer referencia al problema de la naturaleza de las leyes concurrentes en un supuesto de tráfico externo; si se quiere, en concreto, a la aplicación en el foro de las normas extranjeras de derecho público. Lo que se justifica teniendo presente que, en expresión de H. BATIFFOL, en las normas de derecho público existe «un lien de principe entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable»; pues en cualquier Estado se confía exclu-

111. W. WENGLER, *Recueil des Cours*, t. 104, 1961-III, p. 397, aludiendo a que en los Estados Unidos, la noción del *forum non conveniens* puede operar para alcanzar el mismo resultado. Cf. las consideraciones antes expuestas en torno al «conflicto de sistemas» desde este ángulo de la competencia judicial, *supra*, núm. 11.

112. P. PICONE, *op. cit.* en la nota 108, pp. 152-154, 163-164.

sivamente a los propios tribunales la aplicación de las normas que tienen naturaleza pública<sup>113</sup>.

Esta correlación entre *forum* y *ius* se ha considerado que constituía un obstáculo para la aplicación por los tribunales del foro de normas extranjeras de carácter administrativo, fiscal o penal, como ya pusiera de relieve críticamente P. VALLINDAS<sup>114</sup>. Correlativamente, se ha señalado que la administración del derecho público plantea un problema de organización judicial, pues en estas materias existe, de ordinario, una jurisdicción especializada; de manera que, ante una eventual aplicación de normas de derecho público extranjero, puede surgir una dificultad de orden institucional, si el sistema del foro ha establecido una organización distinta de la jurisdicción en esta materia.

Ahora bien, con trabajos en el seno del I.D.I. sobre la aplicación del derecho público extranjero que culminan en las resoluciones adoptadas en las sesiones de Wiesbaden y de Oslo, en 1975 y 1977<sup>115</sup>, han mostrado que estos y otros argumentos derivados de la «metafísica de la territorialidad» de sus normas carecen de base real. Así, en lo que respecta al eventual obstáculo resultante de la correlación entre *forum* y *ius* basta tener en cuenta que esta correlación existe —con mayor o menor amplitud, según los sistemas estatales— no sólo para las normas de derecho público sino también para las calificadas como de derecho privado; y ello no impide en modo alguno que puedan ser aplicadas por un tribunal extranjero<sup>116</sup>. De otra parte, aun admitiendo una disparidad entre los distintos órdenes jurisdiccionales, de uno a otro Estado, esta puede ser superada partiendo de una «equivalencia» funcional entre las jurisdicciones;

113. H. BATTIFFOL, observations au rapport préliminaire et au questionnaire du 10 avril 1972 de M. PIERRE LALIVE, *Annuaire I. D. I.*, vol. 56, 1975, p. 188: «Il faut mettre à part la dernière qui touche le fond du problème: en principe l'administration du droit public d'un Etat est confiée à ses seuls tribunaux, qui constituent souvent un ordre distinct de celui des tribunaux ordinaires, dits encore judiciaires. A en croire certains, ce ne serait là qu'un accident, comme dans la plupart des questions de compétence plus ou moins artificiellement réglées. Il semble cependant que ce lien de principe entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable mérite attention».

114. P. G. VALLINDAS, Droit international privé «lato sensu» ou «stricto sensu» *Mélanges Maury*, I, Paris, 1960, p. 514.

115. «L'application du droit public étranger». Cf. *Annuaire I. D. I.* vol. 56, 1975, pp. 157-278 y 375-410, pp. 550-553 (texto de las resoluciones). Respecto de los trabajos en la sesión de Oslo, Cf. *Annuaire I. D. I.* vol. 57, 1977, t. I, pp. 2-35.

116. Cf. las observaciones de P. LALIVE, *Annuaire I. D. I.* vol. 56, 1975, p. 254, en relación con las expuestas por H. BATTIFFOL e I. SEIDL-HOHENVELDERN.

y ello con independencia de que el problema de la aplicación de normas extranjeras de derecho público se suscita normalmente ante la jurisdicción ordinaria, en los supuestos en que las normas de derecho público de la *lex causae* afectan a relaciones jurídico privadas.

Las soluciones que se contienen en las resoluciones antes mencionadas del I.D.I. son importantes, a mi juicio, pues reflejan en este particular sector de problemas el sentido normal de la evolución en la regulación de las relaciones privadas internacionales. Como he indicado en otro lugar, la correlación entre *forum* y *ius* es el primer dato histórico en la reglamentación de una determinada materia; y tal correlación se justifica, de ordinario, por la idea de protección de ciertos intereses estatales. No obstante, la búsqueda de soluciones justas para el tráfico externo hará que, progresivamente, se establezca una escisión entre competencia judicial y legislativa que expresa la apertura del sistema a los valores jurídicos de otros ordenamientos. Y, en un momento ulterior, las exigencias de justicia conducirán a una posterior fragmentación de la materia, surgiendo conexiones especiales, para aspectos concretos, en las que se registra la misma aceptación de los valores jurídicos de otros sistemas; si bien esta apertura encuentra, en una u otra fase de la evolución, el límite depuesto por el orden público, susceptible de generar —por la exclusión del derecho extranjero designado como aplicable— el retorno a una reglamentación «unitaria y global» del problema del tráfico externo con base en los preceptos de la *lex fori*.

### 3. Marco de análisis del problema.

14. Es conveniente indicar por último, cuál es el marco de análisis global del problema, para tener en cuenta sus posibles dimensiones. Aquí, se abren tres perspectivas distintas.

La primera de ellas es la que viene dada por la «fuente» de la que derivan las normas de Derecho internacional privado respecto de las cuales se establece la correlación de soluciones entre *forum* y *ius*. Lo que supone situar el problema en el marco de la codificación estatal, interna, así como en el del Derecho internacional privado convencional. En lo que se refiere a este último, importa subrayar el hecho de que las relaciones entre competencia judicial internacional y derecho aplicable se plantean desde los inicios de la codificación internacional, en Amé-

rica. En primer término, en la labor del Congreso Americano de Jurisconsultos que se abre en Lima en 1877 y cuyo resultado principal, en lo que nos concierne, fue el tratado firmado el 9 de noviembre de 1878 para establecer en América reglas uniformes sobre el Derecho internacional privado, firmado en dicha ciudad el 9 de noviembre de 1878 por siete Estados del continente americano; texto que, pese a no entrar en vigor, serviría de base para el tratado celebrado en Quito el 18 de junio de 1903 entre Colombia y Ecuador<sup>117</sup>. En segundo lugar, en el tratado sobre derecho civil internacional firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889, que constituye uno de los frutos del Congreso Sudamericano de Derecho internacional privado<sup>118</sup>. Y, en Europa, como pusiera de relieve el estudio de B. NOLDE, el tema está presente de forma muy aguda en los primeros períodos de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>119</sup>; igual que la relación entre *forum* y *ius* surge en algunos de los convenios adoptados por la Conferencia con posterioridad a 1951<sup>120</sup>. Correlación de soluciones que se registra asimismo en el Derecho internacional privado convencional del círculo de Estados escandinavos<sup>121</sup>, así como en el de los Estados socialistas<sup>122</sup>.

117. Cf. sobre el tratado de Lima de 9 de noviembre de 1878, *Congreso Americano de Jurisconsultos. Tratado para establecer en América reglas uniformes sobre el Derecho internacional privado precedido de la exposición en que se explican los motivos de esas reglas*, Lima, 1878; el texto del tratado de 18 de junio de 1903 en A. N. MAKAROV, *Die Quellen des internationalen Privatrecht*, vol. II, p. 120 y s.

118. Cf. *Actas de las sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1889 y L. SEGOVIA, *El Derecho internacional privado y el Congreso Sud-Americano de Montevideo*, Buenos Aires, 1889. La unidad entre *forum* y *ius*, partiendo de una concepción territorialista, había sido defendida por el impulsor del Congreso, G. RAMÍREZ, *Proyecto de Código de Derecho internacional privado y su comentario*, Buenos Aires, 1888, pp. 246-7. Cf. las *Actas*, cit. p. 514 y s.

119. B. NOLDE, «Anwendbares Recht und Gerichtsstand im internationalen Privatrecht», *Zf.vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, en particular pp. 304-310. Sobre la unidad entre *forum* y *ius* en materia de sucesiones, Cf. el examen de los trabajos de la Conferencia de La Haya realizado por A. VON OVERBECK, «Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions», *Recueil des Cours*, t. 104, 1961-III, pp. 533 y s.

120. Cf. A. VON OVERBECK, «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht. Verhältniss und Bedeutung ihre Regelung, namentlich in der neuen Arbeiten der Haager Konferenz für internationalen Privatrecht», *Annuaire Suisse, D. I.*, 1964, pp. 25-48.

121. Cf. A. PHILIP, «The Scandinavian Conventions on Private International Law», *Recueil des Cours*, t. 96, 1959-I, p. 241 y s. 296-297, y el examen de H. EEK, *The Swedish Conflict of Laws*, La Haya, 1965, p. 21 y s.

122. Cf. las referencias en M. SOSNIAK, «Les conventions conclues entre les pays socialistes sur le droit civil international et le droit international

Dada la finalidad del presente estudio no es posible examinar los problemas suscitados, respecto de determinadas materias, en esta labor de la codificación internacional. Si conviene recordar, al menos, que este es el aspecto «formal» de la correlación entre *forum* y *ius*, presente en el plano de la codificación interna y también en el de la codificación internacional, como se acaba de indicar. Y un ejemplo elocuente de su importancia lo constituye hoy la situación existente en el seno de la C.E.E. pues si la unificación por vía convencional de las normas sobre competencia judicial y ejecución de decisiones se alcanzó en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, modificado tras la adhesión de los tres nuevos Estados miembros por el convenio de 9 de octubre de 1978<sup>123</sup>, en el ámbito del derecho aplicable aun no ha sido posible lograr un texto convencional, en lo que respecta a obligaciones contractuales y no contractuales<sup>124</sup>. Han surgido, consiguientemente, resultados poco satisfactorios, dada la diversidad de «normas reguladoras» en esta última dimensión, de uno a otro Estado miembro; y ello explica que se haya sugerido el abandono de la vía convencional internacional en favor de otra, más directa, como es la de los «reglamentos» comunitarios<sup>125</sup>.

15. La segunda perspectiva de análisis nos conduce ante las dos dimensiones posibles de un sistema estatal de Derecho internacional privado: la interna, presente en el fenómeno de los «Estados plurilegislativos» y la internacional, en relación con los ordenamientos de otros Estados. Si se quiere, utilizando una terminología tradicional acuñada respecto del «ámbito del conflicto de leyes», los «conflictos internos» y los «conflictos internacionales».

Los estudios consagrados al problema de las relaciones entre *forum* y *ius* han considerado únicamente la dimensión de los «conflictos internacionales». No obstante, la que se refiere a los

de la famille», *Récueil des Cours*, t. 144, 1975-I, p. 5 y s. y H. BATIFFOL, *R. Critique*, 1960, p. 257 y s. y M. G. MARKOFF, *R. Critique*, 1966, p. 575 y s.  
123. Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Prácticas de Derecho internacional privado*, 7.ª ed. Oviedo, 1979, p. 459 y las referencias contenidas en pp. 469-70.

124. Cf. *op. cit.* en la nota anterior, pp. 471 y s. y A. ORTIZ ARCE, «El anteproyecto de convenio de la C. E. E. sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Análisis del nuevo texto de marzo de 1978», *R. Instituciones Europeas*, 1979, pp. 79-96.

125. Cf. SCHWARZ, IVO E., «Wege zur EG-Rechtsvereitlichung: Verordnungen der EG oder Ubereinkommen unter den Mitgliedsstaaten?», *Festschrift f. E. von Caemmerer*, Tubinga 1978, p. 1067 y s.

«conflictos internos» posee una gran importancia, si bien este examen encuentra quizás mayores dificultades. No cabe olvidar, en efecto, que la categoría general de los «conflictos internos» encierra una pluralidad de situaciones jurídicas, distintas entre sí; de manera que resulta difícil sistematizar los resultados aun dentro de los dos grupos habituales de conflictos «interterritoriales» e «interpersonales»<sup>126</sup>. De otra parte, en los «conflictos internos» cada uno de los términos de la relación entre *forum* y *ius* ofrece particularidades relevantes: así, en lo que respecta al derecho aplicable, es diferente el grado de uniformidad —y, correlativamente, de diversidad jurídica— de uno a otro supuesto de «Estado plurilegislativo»; lo que es relevante respecto de las materias en las que opera la correlación de soluciones. En la dimensión judicial, es un dato a retener la distinta organización de los tribunales en cada sistema jurídico e incluso dentro de un mismo grupo de «conflictos internos» como los existentes en el seno de los Estados federales; y ello afecta al examen de la competencia judicial<sup>127</sup>. Si sumamos ambos extremos, la misma correlación de soluciones adquiere nuevos perfiles, hasta el punto de que, como ha señalado W. WENGLER<sup>128</sup>, la *lex fori* se convierte en un «mito».

A ello debe agregarse que en el ámbito de los «conflictos internos» son otros los datos existentes en relación con las «normas de aplicación» del orden público, del reenvío o de la aplicación judicial del derecho material reclamado; lo que modifica el alcance de los vínculos antes señalados respecto de los «conflictos internacionales». Y, por último, el que existe ante el juez del *exequatur*, en orden al control del derecho aplicado por el tribunal de origen de la decisión, aquí desaparece, de igual modo.

126. Dentro de la literatura sobre el tema, Cf. E. VITTA, *Conflitti interni ed internazionali. Saggio comparativo*, t. I-II, Turín, 1954-1955. Para I. Szaszy, *Conflict of Laws in the Western, Socialist and Developing Countries*, Leiden, 1974, pp. 231 y s. y 291 y s. se separan los «interregionales» de los «interpersonales»; pero es preferible hablar de «interterritorial» o «interlocal», en el primer caso.

127. Cf. las observaciones de O. KAHN-FREUD, «General Problems of Private International Law», *Recueil des Cours*, t. 143, 1974-I, pp. 294 y s. sobre el grado de unificación legislativa y la organización judicial, en particular, respecto de los llamados «conflictos interfederales».

128. Así, W. WENGLER, «Der Mythos von der *lex fori*», *Ius Privatum Gentium. Festschrift f. M. Rheinstein*, I, 1969, o. 257 y s.; P. GANNAGÉ, «La distinction des conflits internes et des conflits internationaux», *Mélanges Roubier*, París, 1961, p. 249 y s. Para un examen comparativo de los «conflictos interpersonales» y la función en ellos de la *lex fori*, dada la organización judicial, en ciertos países, Cf. I. SZASZY, *op. cit.* en la nota 126, p. 323 y s.

16. Por último, partiendo de la distinción establecida por F. RIGAUX entre aplicación judicial del derecho y aplicación al margen de los órganos estatales, por los particulares<sup>129</sup>, cabe considerar las relaciones entre *forum* y *ius* desde una doble perspectiva:

A) Tanto en el caso de los «conflictos internacionales» como en el de los «conflictos internos», la eventual correlación entre *forum* y *ius* se establece a partir de la intervención de un órgano de la justicia estatal y el derecho en vigor —en todo o en parte de su territorio, o respecto de una concreta comunidad humana— en un Estado determinado. Se trata, por consiguiente, del problema de las relaciones entre competencia judicial internacional y derecho aplicable en el marco de los sistemas estatales, ya se trate de sistemas jurídicamente unificados o de ordenamientos plurilegislativos.

B) Al margen de los sistemas estatales, la eventual correlación entre *forum* y *ius* merece ser examinada en tres supuestos principales, de distinta índole. El primero de ellos es aquel en el que no existe, propiamente hablando, «aplicación del Derecho» sino una consideración «prospectiva» de las normas reguladoras del tráfico externo por los particulares —o sus consejeros— para conocer la respuesta a una determinada cuestión jurídica. A juicio de F. RIGAUX, se trata de una «técnica de simulación» de uso habitual que entraña la determinación de unos «foros hipotéticos» a partir de los cuales puede establecerse el derecho aplicable a dicha cuestión<sup>130</sup>. El segundo, es el supuesto del derecho aplicable por el árbitro al fondo del litigio que le han sometido las partes, en el arbitraje privado internacional. Y su interés viene dado por el hecho de que el árbitro, a diferencia del juez estatal, no ejerce su función en nombre de ningún Estado y, por consiguiente, carece en principio de *lex fori* que le ofrezca las normas reguladoras para determinar el derecho aplicable al litigio. Finalmente, el problema aquí examinado puede plantearse en el supuesto de las jurisdicciones de Derecho internacional público si el juez o el árbitro

129. F. RIGAUX, *Droit international privé*, Bruselas, 1968, pp. 28-34 y su *Droit international privé. Théorie générale*, Bruselas, 1977, p. 96 y s. Cf. Contra la idea de un proceso no estatal de aplicación de las normas, P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le Droit international privé*, París, 1973, p. 25, nota 1.

130. F. RIGAUX, *op. cit.* en la nota anterior (1968), p. 28, (1977), p. 104-108.

internacional debe determinar, con ocasión de una controversia entre Estados, el derecho aplicable a un supuesto del tráfico jurídico externo; análisis que puede extenderse a las instancias encargadas de resolver un litigio entre Estados y particulares. Cada uno de estos tres supuestos posee unos rasgos propios; pero el examen de las relaciones entre *forum* y *ius* pone de relieve —como ocurre en los casos que se suscitan dentro del marco estatal— una correlación de soluciones entre la jurisdicción competente y el derecho aplicable.