

¿QUÉ DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO QUEREMOS PARA EL SIGLO XXI?

FEDERICO F. GARAU SOBRINO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de las Illes Balears*

Recibido: 15.07.2012 / Aceptado: 20.07.2012

Resumen: En España, el Derecho Internacional Privado (DIPr.) ha sufrido una importante evolución desde el siglo XIX. De este modo, hemos pasado de un DIPr. con unas pocas normas simples (*naïf*) a un DIPr. formado por un conjunto de normas hiperespecializadas, de origen interno, convencional o de la Unión Europea. Muchas de estas normas son incomprensibles para una mente jurídica media. Todo ello nos ha llevado a un DIPr. de especialistas, completamente alejado de la realidad y extravagante (*friki*), dirigido a entendidos y totalmente alejado de los prácticos del Derecho, que la mayoría de las veces no lo comprenden ni, por supuesto, saben cómo aplicarlo. Tras analizar la evolución del DIPr. español, el trabajo contiene una serie de propuestas para intentar hacer un DIPr. comprensible y coherente.

Palabras clave: normas de Derecho Internacional Privado, fuentes, Ley aplicable, Derecho Procesal Civil Internacional, Unión Europea.

Abstract: In Spain, Private International Law (PIL) has evolved considerably since the 19th century. Thus, we have gone from a few simple legal rules (*naïve*) to PIL consisting of a set of hyperspecialized rules, whose origin may be internal, conventional, or derived from the European Union. Many of these rules are incomprehensible to a standard legal mind. This has all led us to PIL for specialists, completely removed from reality and eccentric (*freaky*), aimed only at the knowledgeable and far removed from those who practise law, who often neither understand nor know how to apply it. After analyzing the evolution of Spanish PIL, this paper contains a number of proposals intended to make PIL understandable and coherent.

Key words: Private International Law rules, sources, applicable law, International Civil Procedural Law, European Union.

Sumario: I. . Un par de ejemplos. II. La evolución legislativa del Derecho Internacional Privado español: del minimalismo a la hiperespecialización. 1. Los orígenes: un sistema de Derecho Internacional Privado minimalista y *naïf*. 2. El inicio de un Derecho Internacional Privado especializado o la multiplicación de las normas de conflicto. 3. La llegada de un Derecho Internacional Privado hiperespecializado, o la hipertrofia del sistema. III. De la hiperespecialización de la norma de conflicto al manierismo normativo. 1. Normas de conflicto crípticas e ininteligibles. 2. Conjunto de normas de Derecho Internacional Privado que convierten una materia en ininteligible. IV. La Unión Europea: cuando el problema es también la política legislativa. 1. Una política legislativa ilógica. 2. Una política legislativa que desemboca en un Derecho Internacional Privado extravagante. V. ¿Queremos para el siglo XXI un Derecho Internacional Privado comprensible y coherente?

I. Un par de ejemplos

1. En España se sustancia un litigio que tiene su origen en una compraventa internacional de mercancías entre una entidad vendedora, con sede en Costa Rica, y otra compradora domiciliada en España. El tribunal de instancia (JPI nº 10 de Bilbao) estima la demanda de la entidad costarricense, condenando a la demandada española al pago de diversas cantidades en concepto de principal, intereses y costas. Obviamente, la parte condenada recurre en apelación, alegando la inaplicación del Derecho de Costa Rica al contrato suscrito entre ambas entidades, que entiende debería haber sido aplicado por el órgano de instancia en cumplimiento del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. El tribunal *ad quem*, la Audiencia Provincial de Vizcaya¹, considera que no puede aplicar el ordenamiento costarricense, y no precisamente por falta de alegación y prueba de su contenido por la parte que lo invoca sino porque

«no consta acreditado que Costa Rica forme parte del Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980, de hecho la parte apelante, entidad española mantiene y acude al art. 2 del Convenio en base a su aplicación respecto de Costa Rica por mor de invocar el principio de universalidad, obviando la divergente interpretación que al mismo se da cuando reza del tenor siguiente: «La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante», ya que no se trata de desconocer el invocado principio de universalidad, sino de remitir en virtud del mismo a las partes adheridas al Convenio ante normas de conflicto a la normativa de un tercer Estado que no sea parte del contrato. Por tanto encontrándonos ante una compraventa de mercancías, cuya oferta se efectúa por una empresa española y por tanto desde España no erraría la sentencia de instancia al acudir a la aplicación de los arts. 1.262 y 10.5 del C.c. [...] A mayor abundamiento y contando con una supuesta aplicación hipotética del Convenio de Roma, tal y como cita la parte apelante la Sentencia dictada por la Sección quinta de esta Audiencia provincial resuelve una cuestión entre la legislación de España y de Londres ambos miembros suscriptores del Convenio de Roma».

A continuación, comentando el art. 4 del Convenio de Roma, que, obviamente, no aplica pero sí se detiene a glosar, afirma que,

«encontrándonos ante una compraventa de mercancías, en este caso, cuya oferta se efectúa por una empresa española y por tanto desde España y consideración verificada al alegato recogido en la meritada sentencia, de que cuando ante un contrato de compraventa internacional de mercancías nos hallamos, las características del mismo, cuales son ser de carácter sinalagmático, bilateral y generador de obligaciones mutuas y recíprocas, tanto la obligación de entrega de la cosa vendida como la de abono del precio son correlativas y de igual rango, no pudiendo mantenerse válidamente, que en el caso que nos ocupa sea la legislación de Costa Rica la prevalente, cuando España es el país del lugar de celebración del contrato, desde el cual se efectuó la correspondiente oferta».

Para acabar de redondear la sentencia, el tribunal nos regala —no tenía por qué hacerlo, pues el tema no se planteaba— con una sabrosa incursión en el ámbito de la competencia internacional:

«a mayor abundamiento precisar que y antes de la promulgación de la LOPJ con fundamento en los arts. 51 y 70 de la LEC se venía postulando la universalidad de la competencia de la jurisdicción española en los procesos con un elemento de extranjería, y no podía el demandado en España hacer valer, pese a su alegación en tiempo y forma oportunos, la excepción de sumisión a juez extranjero o de litis pendencia ante Tribunal extranjero puesto que se entendió que el único competente era el juez español ante el que se había planteado el litigio y en cuya sede nacional se sustanciaba, y tras la entrada en vigor de la L.O.P.J. se instauraron reglas de conflicto al respecto, así en el art. 21, en cuyo apartado 1º contiene una declaración idéntica a la del art. 51 de la L.E.C remitiéndose en el inciso final, a los Tratados y Convenios Internacionales en que España será parte y en el art. 22, distingue unos asuntos en que el fuero es exclusivo, otros en que admiten la sumisión y con ello la prorroga el ámbito por voluntad de las

¹ SAP Vizcaya 11 octubre 2006 (JUR 2007/99716), Ponente: María Carmen Keller Echevarría.

partes, y por último, señala una serie de cuestiones que se atribuyen a los tribunales españoles con carácter general para el caso de que no se haya sustraído por sumisión el conocimiento. Por lo que ante la falta de sumisión expresa hay que acudir al fuero del domicilio del demandado, que se establece en favor de éste, en atención al principio de favor defensionis, facilitando de esta manera el derecho de defensa del demandado, con lo que no estamos ante un problema de conflictos de normas a nivel internacional, sino como dice la sentencia de 10-3-93², del intento por parte de uno de los litigantes de eludir la más rápida y precisa resolución del litigio entablado.»

Dejando a un lado las faltas de sintaxis y la criticable colocación de signos de puntuación, es muy, muy difícil encontrar una sentencia con más errores de DIPr. por centímetro cuadrado que ésta (hay que advertir que todo lo anterior se contiene en un solo fundamento de Derecho). Toca los temas fundamentales de DIPr. —competencia judicial internacional y ley aplicable— y los yerra todos: obvia la aplicación del Convenio de Roma (ni siquiera se plantea la posibilidad de aplicar la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías); confunde su ámbito de aplicación (universal) con la obligación de los Estados parte de aplicarlo; es incapaz de determinar la prestación característica en un sencillo contrato de compraventa, poniendo al mismo nivel la entrega del bien objeto del contrato y su correspondiente pago; cree que las normas de competencia internacional son «normas de conflicto»; afirma que el art. 21 LOPJ está presidido por el principio del imperialismo jurisdiccional del antiguo art. 51 de la LEC de 1881; considera que el foro general del domicilio del demandado en territorio español solamente puede aplicarse en defecto de sumisión expresa a los tribunales españoles; y, *last but not least*, afirma que es imposible la *derogatio fori* de los tribunales españoles³. Si un alumno mío en un examen me pone solamente un tercio de estas afirmaciones, suspende irremisiblemente la asignatura, pues demuestra que desconoce los fundamentos del DIPr.

2. En 1995 tiene lugar en Navarra un accidente de circulación, que se produjo por culpa exclusiva de la víctima y sin intervención de terceros. En el coche viajaba una familia residente en Suiza e integrada por los padres y dos hijos menores. Como consecuencia del accidente fallecieron los padres, de los cuales la madre era la conductora y el padre el titular del vehículo y tomador del seguro de responsabilidad civil derivada a la conducción del vehículo, concertado con la Compañía Zurich Versicherungen/Be de Suiza. El tutor legal de los menores plantea la acción directa contra las entidades aseguradoras Zurich Versicherungen/Be y Zurich España Compañía de Seguros SA. En el litigio se debate, entre otras cuestiones, cuál era la ley aplicable a la responsabilidad, si la española o la suiza. La Audiencia Provincial de Navarra, encargada de conocer del recurso planteado por las entidades aseguradoras contra la sentencia del JPI de Tudela, resuelve la cuestión en los siguientes términos:

«La Ley de Contrato de Seguro [...] regula [la cuestión] en los artículos 107 a 109, dichas normas [sic.], estableciendo los supuestos en que es de aplicación al seguro contra daños la Ley española sobre el contrato de seguro, y estableciendo con carácter residual, en el artículo 109, los supuestos en que no se contemplen los casos previstos en los artículos 107 y 108. [...] A la vista de los artículos 107 y 108 LCS, no sería de aplicación la Ley española sobre el contrato de seguro, pues en relación al primer precepto, aun cuando el riesgo esté localizado en España, el tomador del seguro no tenía su residencia habitual en España, sino en Suiza. Y tampoco es de aplicación el artículo 108 LCS, porque no consta, a los efectos de lo prevenido en el núm. 1 apartado c), que se hubiera pactado entre el tomador y la aseguradora suiza, la aplicación de la Ley española. Debemos acudir, por tanto, al artículo 109 [...]. Lo anterior nos lleva al Capítulo IV del Título preliminar del Código Civil, relativo a las «normas de Derecho Internacional Privado», y concretamente el artículo 10, en cuyo núm. 5 se establece: [...]. Los dos primeros criterios de solución no son aplicables, ya que, como hemos señalado, no consta al respecto pacto expreso de sometimiento al ordenamiento jurídico español, y no puede considerarse, por otra parte, que la Ley nacional común a las partes sea la española. Acudiendo al siguiente criterio, el resultado es atender a la residencia

² Parece aludirse a la STS, Sala de lo Civil, 10 marzo 1993 (RJ 1993/1834), en la que se mezcla, y confunde, la determinación del ordenamiento aplicable con la competencia de los tribunales españoles. Una crítica a esta sentencia en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *REDI*, 1993-2, pp. 467 ss.

³ También una visión crítica de la sentencia en R. ARENAS GARCÍA, *REDI*, 2007-1, pp. 310 ss.

habitual común, que tanto para el tomador del seguro —y beneficiario— como para la aseguradora es Suiza. En consecuencia será de aplicación la Ley Suiza reguladora del contrato de seguro»⁴.

En definitiva, la AP se fija únicamente en el ordenamiento que rige el contrato de seguro, para lo cual se sirve del art. 10.5 del Cc, e ignora por completo la cuestión de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual existente. La sentencia de la AP es recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, quien utiliza el Convenio de La Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera para determinar el ordenamiento por el que se rige el contrato de seguro, manteniendo así el mismo error que la AP, al considerar que la responsabilidad de la entidad aseguradora y los mecanismos de indemnización dependen de la ley aplicable al contrato de seguro:

«En el caso, el derecho aplicable al accidente y a la responsabilidad civil derivada del mismo, es el derecho suizo. Así resulta del artículo 4 del Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971, del que son parte España y Suiza, teniendo en cuenta que en el accidente interviene un único vehículo, matriculado en un Estado distinto de España, en donde tiene lugar, como es Suiza, país en el que también reside el tomador. Igualmente, la responsabilidad del asegurador bajo el contrato de seguro se rige por el derecho suizo, conforme a los artículos 107 a 109 [de la Ley de Contrato de Seguro] [...]. El art. 107 (en redacción vigente a fecha del siniestro) no determina la aplicabilidad de la ley española [...], ya que la norma parece regir para conflictos entre Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y Suiza no lo es. Por tanto, se debe estar al art. 109 LCS, norma supletoria que se remite a las reglas generales de Derecho Internacional Privado en materia de obligaciones y contratos que se contienen en el Código Civil. Por lo demás, el art. 10, regla 5ª del Código Civil, permite considerar acertada la decisión de la Audiencia de aplicar el derecho suizo por ser el de la residencia habitual común (ya que los dos fueros preferentes establecidos en dicha regla 5ª —ley elegida, ley nacional común— no son aplicables)»⁵.

Nuevamente, los errores de DIPr. son varios y afectan a temas básicos: la responsabilidad del asegurador y los mecanismos de resarcimiento se hacen depender de la ley aplicable al contrato de seguro, confundiendo, de este modo, la cuestión de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual (que está cubierta por un seguro de responsabilidad civil) con el ordenamiento que rige el contrato de seguro subyacente; se confunden puntos de conexión con foros atributivos de jurisdicción, afirmándose que la norma de conflicto contenida en el art. 10.5 del Cc contiene «fueros»; finalmente, la AP (y parece que también el JPI) ignoraron la aplicación del Convenio de La Haya de 1971, mientras que el TS lo aplicó pero erróneamente, puesto que lo mezcla con la determinación de la ley aplicable al contrato de seguro, ignorando el art. 8 del Convenio, que determina que la ley aplicable a la responsabilidad rige, entre otras cuestiones, las modalidades y cuantía de la indemnización (núm. 4)⁶. Hay que reconocer que el Convenio de La Haya de 1971 ha tenido muy mala suerte en España, pues rara vez es aplicado y cuando lo es, muchas veces se hace de forma errónea, a lo que posiblemente ayude de manera decisiva el carácter ininteligible de sus normas de conflicto⁷.

3. La jurisprudencia anterior representa una tendencia, más o menos mayoritaria, en el uso frívolo y disparatado de las normas de DIPr., que pervierte la labor de interpretación que corresponde a los órganos jurisdiccionales. Ello nos debería llevar a preguntarnos qué ha pasado y pasa con el DIPr. ¿Carecen los jueces y magistrados de una formación básica del DIPr.? ¿Tan malos docentes somos los profesores de DIPr., que somos incapaces de transmitir las «generales de la Ley» de nuestra disciplina a

⁴ SAP Navarra 29 diciembre 2004 (JUR 2005/165964), Ponente: José Francisco Cobo Sáenz.

⁵ STS, Sala de lo Civil, 23 marzo 2010 (RJ 2012/2417; ROJ 3313/2010), Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

⁶ Un comentario crítico a la sentencia del TS en L. GARAU JUANEDA, *REDI*, 2011-1, pp. 274 ss.

⁷ Tras una búsqueda en *Westlaw* de la jurisprudencia que cita el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, solamente aparecen recogidas *nueve* (!!!) sentencias: SAP Málaga 11 julio 1996 (AC 1996/1504); SAP Valladolid 22 septiembre 2000 (JUR 2000/290101); SAP Badajoz 19 julio 2001 (ARP 2001/798); SAP Sevilla 9 enero 2002 (AC 2002/1011); SAP Pontevedra 20 diciembre 2002 (JUR 2003/101857); SAP Barcelona 26 mayo 2005 (AC 2005/1101); SAP Las Palmas 17 marzo 2010 (AC 2010/1685); la ya citada STS 23 marzo 2010; y SAP Barcelona 13 enero 2012 (JUR 2012/92308). Si se tiene en cuenta que el Convenio está en vigor en nuestro país desde noviembre de 1987, el promedio de su aplicación es escalofriante: aproximadamente, se ha hecho uso de él una vez cada casi tres años.

nuestros alumnos, entre los que se encuentran los futuros miembros de la carrera judicial? Aun a riesgo de parecer que intento eludir la responsabilidad personal, es preciso preguntarnos también si el origen del problema está en causas ajenas a nosotros, situándose en las propias normas de DIPr. ¿Son medianamente inteligibles para las personas que tienen la obligación de aplicarlas? Cuando se redacta una norma de DIPr., ¿se está pensando en el destinatario o en dar satisfacción a las elucubraciones teóricas de los especialistas?; en otras palabras, ¿se pretende que la norma solucione de una manera lo más sencilla posible los problemas que pretende atajar o se busca que refleje una complicada construcción teórica? ¿Es intención del legislador, y sus asesores, dejar a quienes deben aplicar las normas (fundamentalmente, órganos jurisdiccionales) cierto margen de maniobra en el proceso de interpretación y aplicación, o tienen la vana pretensión de que reglamenten y resuelvan *todos* los casos o situaciones que puedan darse en la práctica? Sin dispensar a nadie de su responsabilidad, creo que el origen del problema debemos buscarlo en una gran parte —que no exclusivamente— en la nefasta técnica legislativa seguida en la redacción de las normas de DIPr. Examinemos el tema con mayor detenimiento.

II. La evolución legislativa del Derecho Internacional Privado español: del minimalismo a la hiperespecialización

1. Los orígenes: un sistema de Derecho Internacional Privado minimalista y *naïf*

4. A lo largo del siglo XIX, en España se produjeron diversos intentos de crear un sistema conflictual. Así, pueden citarse los proyectos de Código civil de 1821, 1851 y 1869, el Real Decreto de 17 de octubre de 1851, sobre contratos y actos públicos notariados en país extranjero⁸, o preceptos aislados de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, de la Ley Hipotecaria refundida de 1869 y del Código de comercio de 1885⁹. El título preliminar del Código civil español, en su redacción originaria de 1889, contenía unas pocas normas de conflicto, recogidas en los arts. 8 a 11 y que se inspiraban en algunas de las citadas normas, en la base segunda del art. 8 de la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizó al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma¹⁰, y en los códigos civiles francés y, en especial, italiano. A título de ejemplo, el art. 9 establecía que «las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o el estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en país extranjero». El art. 10 se ocupaba únicamente de la ley aplicable a los bienes muebles e inmuebles (p. 1º) y a la sucesión (p. 2º) en términos harto escuetos: «Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las leyes del país en que están sitos. Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren». Además de estas normas del título preliminar, el Código civil contenía dispersas a lo largo de su articulado otras normas de DIPr., pudiendo mencionarse el art. 42 (formas del matrimonio), el art. 1325 (régimen de bienes del matrimonio), así como los arts. 732 a 736 (testamentos hechos en el extranjero)¹¹.

Como puede verse, estas normas eran simples y elementales, de estilo *naïf*. Así, el art. 9 constituía una norma de conflicto unilateral y, como tal, referida exclusivamente a la aplicación de las normas españolas (a los nacionales españoles). Obviamente, esta norma admitía una lectura bilateralizada (los derechos y deberes de familia, el estado, la condición y capacidad legal de las personas se regirán por la

⁸ *Gaceta* de 10 octubre 1851. En relación con la validez de estos negocios jurídicos, el art. 2 establecía «que los otorgantes tengan aptitud legal para obligarse con arreglo a las [leyes] de su país»; y el art. 3 determinaba «que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos». Sobre los proyectos de Código civil véase J.M. TRIAS DE BES, *Derecho Internacional Privado. Sistema del Derecho español positivo*, Barcelona, Librería Bosch, 1932, pp. 16 ss.

⁹ Vid. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 9ª edic., Madrid, Atlas, 1985, pp. 545 ss.

¹⁰ *Gaceta* de 22 mayo 1888.

¹¹ A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 550-552.

ley de la nacionalidad de las personas) pero eso era labor que correspondía realizar a jueces y tribunales. Por otro lado, no existían normas de conflicto para determinar el ordenamiento que debía regir ciertas relaciones jurídicas, como, por ejemplo, la filiación o las derivadas del derecho de obligaciones. Ni tampoco normas para resolver los problemas que plantea la aplicación de las normas de conflicto, es decir, las denominadas normas de funcionamiento. Esta concepción legislativa del DIPr. era también seguida por otros ordenamientos, como el francés o el italiano, que fueron los modelos en los que se inspiró el legislador español. Este carácter elemental, primitivo, *naïf* de las normas de DIPr. y sus consiguientes lagunas, obligó a los tribunales a suplir la falta de normas y a colmar las lagunas existentes, creando un sistema conflictual de naturaleza jurisprudencial en el que de las normas existentes se deducían nuevas reglas. En el sistema español, por ejemplo, el Tribunal Supremo procedió a aplicar analógicamente —es decir, bilateralizar— el citado art. 9, p. 1º, afirmando que las materias en él reguladas y referidas a extranjeros se regían, a su vez, por sus leyes nacionales; o procedió a construir el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso¹². En definitiva, los tribunales —y por su parte también la doctrina— tuvieron que trabajar horas extras para interpretar las escasas reglas existentes y colmar sus lagunas, especialmente en lo que se refiere a las normas de funcionamiento, como la excepción de orden público, el reenvío y fraude de ley¹³.

Este páramo normativo derivó en un inevitable desinterés de la doctrina española por el sistema propio de DIPr. La falta de normas de origen interno, la escasa jurisprudencia existente, la incorporación testimonial a instrumentos convencionales y la falta de integración en las estructuras europeas llevaron a los autores a estudiar de manera testimonial el sistema español de DIPr., centrando su investigación en aspectos metodológico-doctrinales y de Derecho comparado, mucho más ricos y sugerentes. Basta echar un vistazo a los índices de los manuales de DIPr. de esa época y uno se encuentra con capítulos dedicados a aspectos tan prosaicos como la naturaleza del DIPr. y su autonomía frente al DIPúb. —problema que había tenido cierta relevancia en el siglo XIX y que encerraba cierto complejo de inferioridad de nuestra disciplina—; los sistemas doctrinales, a los que, en algunos casos, se dedicaban varios capítulos y centenares de páginas; las técnicas de reglamentación y sus principios informadores (más capítulos y más páginas); etc. Y así, en algunos casos, después de varios cientos de páginas, medio millar o más, se llegaba al meollo del asunto: al análisis de las escasas normas de DIPr. contenidas en el Cc y en alguna otra norma. Obviamente, a esta última parte —la que hoy consideramos más importante— se dedicaban unas pocas páginas, quizás un 10 por 100 del total de la obra. Cuando examinamos esas obras, fruto lógico de su tiempo y de sus circunstancias, parece que nos encontramos ante un *DIPr. en el país de Nunca Jamás*, donde todo era diversión y felicidad estudiando un DIPr. propio inexistente y ocupándose de los problemas de los demás. Esta situación era un reflejo, insisto, de la penuria normativa que se vivió en nuestro país hasta el último cuarto del siglo XX.

2. El inicio de un Derecho Internacional Privado especializado o la multiplicación de las normas de conflicto

5. Con la aprobación del nuevo título preliminar del Cc¹⁴ se dio un salto cuantitativo y cualitativo: se paso de siete a treinta y tres normas de DIPr.; en el art. 12 se introdujeron normas de funcionamiento para resolver los principales problemas de aplicación de las normas de conflicto; se aclaró y mejoró el sistema de solución de los conflictos internos de leyes de Derecho privado, manteniendo la solución, vigente hasta ese momento, de aplicarles las normas contenidas en los arts. 9 a 11. El aumento

¹² A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 549 y 557 ss., A. SELA, *Oposiciones al cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal. Contestación a las preguntas relativas a Derecho Internacional*, Cuaderno 3º, Madrid, Reus, 1909, pp. 140-141.

¹³ Sobre la jurisprudencia se afirmó que es «cierto que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en materia de Derecho internacional privado, después del código civil, no ha hecho progresar notoriamente el sistema; pero ni es tan escasa ni de tan poco valor doctrinal como algunos estiman» (M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho Civil Internacional e Interregional*, Madrid, Revista de Derecho Privado, s.f.p., p. 18). Sobre la labor jurisprudencial y doctrinal en la elaboración de normas de funcionamiento véase J.M. TRÍAS DE BES, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 26 ss.

¹⁴ Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código civil (*BOE* de 9 julio 1974).

de normas de conflicto produjo una mayor especialización de las soluciones. Así, por ejemplo, se pasó de regular conjuntamente los «derechos y deberes de familia, el estado, condición y capacidad legal de las personas» (antiguo art. 9) a tener en el nuevo art. 9 normas de conflicto diferentes para la capacidad y estado civil (ap. 1º), las relaciones, personales y patrimoniales, de los cónyuges (aps. 2º y 3º), la filiación, por naturaleza y adoptiva (aps. 4º y 5º), para la tutela y demás instituciones de protección (ap. 6º), los alimentos (ap. 8º) y la sucesión (ap. 9º). Eso no quiere decir que el sistema fuera el ideal, pues la doctrina criticó algunas de las soluciones ofrecidas por las nuevas normas de conflicto. Este fue el caso, por ejemplo, de la conexión «última ley nacional común» de los cónyuges durante el matrimonio, utilizadas para determinar el ordenamiento aplicable a las «relaciones patrimoniales entre los cónyuges» (art. 9.3 e.r. con art. 9.2, primer inciso)¹⁵.

Desde la perspectiva de las técnicas de reglamentación, esta etapa se caracteriza, primero, por el paso de un sistema constituido básicamente por normas de conflicto unilaterales, cuyo objeto era determinar el ámbito de aplicación de las normas españolas, a un sistema integrado mayoritariamente por normas de conflicto bilaterales. Una segunda característica fue la especialización de las normas de conflicto, lo que derivó en su multiplicación. Por ejemplo, si el título preliminar del año 1889 no contenía normas de conflicto dedicadas a las obligaciones contractuales —el Código de comercio de 1885 contenía normas específicas que regulaban aspectos concretos de los contratos internacionales, como sus arts. 15 y 52.2, que requirieron su interpretación por los Tribunales—, la reforma del año 1974 introdujo una norma de conflicto general (art. 10.5) y normas específicas para determinados tipos de obligaciones: los relativos a bienes inmuebles (art. 10.5.2º), el contrato de trabajo (art. 10.6) y las donaciones *inter vivos* (art. 10.7).

3. La llegada de un Derecho Internacional Privado hiperespecializado, o la hipertrofia del sistema

6. Los cambios políticos y sociales ocurridos en España después de la aprobación del nuevo título preliminar del Código civil hicieron posible que nuestro sistema de DIPr. dejase de mirarse el ombligo y girase su mirada hacia el exterior, produciéndose un considerable aumento en la ratificación por nuestro país de convenios internacionales sobre distintas materias de DIPr. —hasta ese momento el número de normas de origen internacional incorporadas a nuestro ordenamiento era bastante escaso: básicamente, unos pocos convenios bilaterales sobre reconocimiento de sentencias extranjeras y algún que otro convenio multilateral en materia de obligaciones o de Derecho Procesal Internacional—. A esta oxigenación del sistema contribuyó también de manera importante la posterior incorporación, el año 1986, de nuestro país a la Unión Europea, en cuyo seno se ha vivido los últimos 20 años una progresiva y creciente asunción de competencias en materias de DIPr., desde el antiguo art. 220 TCE hasta el actual art. 81 TFUE, pasando por el artículo K del TUE. Todo ello hizo posible la modernización de nuestro sistema de DIPr., hasta ese momento contenido fundamentalmente en unas pocas normas de origen interno. De este modo, se produjo no sólo una multiplicación del número de normas sino también un aumento de su calidad, hasta el punto de conseguirse un sistema hiperespecializado. Así, por ejemplo, con la ratificación el año 1986 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias¹⁶, se pasó de tener una norma con una estructura bastante sencilla y de contenido problemático (art. 9.7 Cc), a tener una norma más compleja y que venía a solucionar problemas que planteaba la norma de origen interno, como el de su autonomía o dependencia de la relación jurídica de la que puede traer causa la obligación (relaciones paternofiliales, divorcio, obligación contractual,...)¹⁷. O en materia de obligaciones extracontractuales, se pasó de la norma genérica del art. 10.9, p. 1º, Cc, basado en la utilización exclusiva del criterio de la *lex loci delicti commissi*, a un gran número de normas específicas, referidas a distintos tipos de obligaciones extracontractuales: por ejemplo, Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por

¹⁵ Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Oviedo, 1984, pp. 173, 190 y 191.

¹⁶ BOE de 16 septiembre 1986.

¹⁷ Sobre los problemas que planteaba el art. 9.7 Cc véase J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Filiación y alimentos», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., pp. 229 ss.

productos, Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, etc.¹⁸.

Desde una actitud buenista, cabe interpretar que bajo esta multiplicación normativa subyace el loable deseo de conectar mejor cada supuesto con el ordenamiento jurídico con el que se halla más estrechamente vinculado. Así, por ejemplo, no tiene mucho sentido someter la responsabilidad derivada de un accidente de circulación al ordenamiento jurídico del país del accidente (regla general del art. 3 del Convenio de La Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera) cuando en el accidente intervengan dos vehículos matriculados en el mismo Estado, que no es el del accidente, y las víctimas residen habitualmente en el país de matriculación de los vehículos implicados; así pues, en este caso parece deseable la aplicación del ordenamiento del Estado de matriculación de los vehículos (art. 4 del Convenio). Ahora bien, como veremos a continuación, este proceso de hiperespecialización puede conducir en ocasiones a resultados perjudiciales.

III. De la hiperespecialización de la norma de conflicto al manierismo normativo

7. Las mentes más creativas del DIPr. a la hora de imaginar los supuestos más complejos que las normas de conflicto deben resolver quedan en ridículo frente a las situaciones de la vida real; y si alguien no me cree, le recomiendo que eche un vistazo a revistas como *Hola*, *Semana* o *Diez Minutos*, entre otras muchas «publicaciones del corazón» o «prensa rosa». El afán de crear normas de conflicto que prevean siempre de manera cierta y segura la aplicación de la ley más conectada con todas y cada una de las variantes que la realidad presenta de una relación jurídica, sin dejar el más mínimo resquicio ni margen de actuación a los tribunales, puede derivar en un manierismo normativo que convierta el DIPr. en un conjunto de normas esotéricas y de difícil comprensión para quienes deben aplicarlas.

1. Normas de conflicto crípticas e ininteligibles

8. El *Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos* puede ponerse como ejemplo de *cómo no se debe legislar en DIPr.* Su sistema de normas de conflicto, contenido en sus arts. 4 a 7, es aún más enrevesado y críptico —¡que ya es decir!— que el contenido en el Convenio de La Haya 1971 sobre accidentes de circulación por carretera. Aun simplificando muchísimo el tema e intentando hacerlo comprensible —es totalmente aconsejable que el sufrido lector tenga delante el texto convencional—, puede apreciarse la complejidad de la regla general, trufada de excepciones, de excepciones a las excepciones, y de matizaciones. Así, la responsabilidad de los fabricantes por los daños causados por los productos que fabriquen se regirá, en primer lugar, por la ley de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada (art. 5), a no ser que el responsable no hubiese podido razonablemente prever la comercialización del producto en ese Estado (art. 7); en este caso, además, deben concurrir las condiciones previstas en el propio art. 5 (que en el país de la residencia habitual del perjudicado se encuentre el establecimiento principal del fabricante, o que en él se hubiese adquirido el producto por la persona directamente perjudicada). Siempre que no sea aplicable la ley de la residencia habitual del perjudicado en virtud del art. 5, se aplicará la ley del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño (*lex loci delicti commissi*) (art. 4), a no ser que el responsable no hubiera podido prever la comercialización del producto en ese Estado (art. 7) y que, además, se cumplan las condiciones previstas en el art. 4 (que el país donde se ha producido el daño sea también el Estado en el que resida habitualmente la persona directamente perjudicada, o que en él se encuentre el establecimiento principal de la persona a la que se le imputa la responsabilidad, o que en él hubiese adquirido el producto la persona directamente perjudicada), o de que el perjudicado base su reclamación en la *lex loci* (art. 6, *in fine*). Finalmente, si no es aplicable la ley de la residencia habitual del perjudicado ni la *lex loci*, la responsabi-

¹⁸ Sobre esta multiplicidad de fuentes y sus problemas de colisión véase L. GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil», en C. JIMÉNEZ PIERNAS (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, Alicante, AEPDIRI, 1990, pp. 413 ss.

lidad se determinará por la ley del Estado en el que se halle el establecimiento principal del responsable (arts. 6 y 7). Dejando a un lado este galimatías de conexiones, en el que difícilmente «la persona directamente perjudicada» y «la persona a quien se le imputa la responsabilidad» pueden llegar a saber el ordenamiento jurídico por el que se regirá la responsabilidad, ni siquiera apelando a los más conspicuos especialistas, no puedo dejar de reproducir su art. 13, modelo de norma de funcionamiento directamente incomprensible: «Un Estado en el que diversas unidades territoriales tengan sus propias normas legales acerca de la responsabilidad por productos no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando un Estado con un sistema jurídico unificado no estuviere obligado a aplicar la legislación de otro Estado en virtud de los artículos 4 y 5 del presente Convenio»¹⁹. No es de extrañar que este horror conflictual haya sido descrito como un conjunto de normas extraordinariamente complejas cuando no directamente ininteligibles²⁰.

9. No menos complejas y tortuosas son las normas de conflicto creadas por la UE para determinar el ordenamiento jurídico aplicable a un contrato de seguro. La cuestión se regula ahora en el art. 7 del *Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*²¹. El primer problema que plantea este precepto es determinar su ámbito de aplicación, pues no es aplicable a todos los contratos de seguros. Así, se incluyen en él todos los contratos de seguros de grandes riesgos, con independencia del lugar de localización del riesgo, así como todos los demás contratos de seguros siempre que cubran riesgos situados en la UE²², quedando excluidos los contratos de reaseguro —la determinación de la ley aplicable a los contratos de seguros excluidos del art. 7 (contratos que cubran riesgos situados en terceros países y todos los contratos de reaseguro) se realizará de acuerdo con las normas generales del Reglamento Roma I, esto es, los arts. 3 y 4²³—. Establecida la aplicabilidad del art. 7, lo que no es tarea menor, a continuación intentaré desentrañar sus normas de conflicto y hacerlas legibles (nuevamente es aconsejable que el lector se haga con el texto del art. 7)²⁴.

¹⁹ Si alguien considera que el problema radica en la traducción del texto de la versión auténtica en lengua francesa al español, puede comprobar que ése no es el caso: «Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de responsabilité du fait des produits ne sera pas tenu d'appliquer la présente Convention lorsqu'un Etat dont le système de droit est unifié ne serait pas tenu d'appliquer la loi d'un autre Etat en vertu des articles 4 et 5 de la présente Convention.»

²⁰ L. GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil», cit. Notas núms. 68 y 73.

²¹ Su antecedente inmediato son las no menos crípticas normas contenidas en los art. 7 y 8 de la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo de 22 de junio de 1988 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE, que quedarán derogadas con efectos 31.10.2012 por la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II). Las normas de la Directiva 88/357/CEE fueron deficientemente transpuestas al ordenamiento español en los arts. 107 a 109 de la Ley de contrato de seguro, preceptos criticados por su excesiva casuística, por las lagunas que presentan y por la confusión que generan a la hora de solventar estas últimas [vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contrato internacional de seguro», en A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Curso de Contratación Internacional*, 2ª edic., Madrid, Colex, 2006, p. 809]. Por su parte, de las normas de conflicto de la Directiva 88/357/CEE se ha afirmado que «confinent à l'ésotérisme» [B. OPPETIT, «Le droit international privé, droit savant», *R. des C.*, vol. 234 (1992-III), pp. 425].

²² Cuando un contrato de seguro que no cubra grandes riesgos cubra riesgos situados tanto en países de la UE como en terceros países, las normas de protección del art. 7 solamente se aplican a los riesgos situados en la UE (véase el apartado 33 de la exposición de motivos del Reglamento). Igualmente para este tipo de contratos, cuando el contrato cubra riesgos situados en varios Estados miembros, el contrato se considera formado por tantos contratos independientes como Estados miembros (art. 7.5).

²³ El único tipo de contrato de seguro al que no le serían aplicables las normas del Reglamento son los excluidos expresamente de su ámbito material de aplicación, que, según el art. 1.2. j), son los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el art. 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales.

²⁴ Para un estudio más detenido del art. 7 véase C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I*, CDT, 2009-1, pp. 30 ss.

En los contratos de *seguros que cubran grandes riesgos*, el art. 7.2 prevé que las partes puedan elegir, sin ningún límite, la ley aplicable (autonomía de la voluntad ilimitada). En defecto de elección por las partes, el contrato se regirá por la ley del país de la residencia habitual del asegurador, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso se regirá por la ley de este último. Para el *resto de los contratos de seguros*, el art. 7.3 establece que las partes puedan elegir solamente el ordenamiento jurídico de determinados países (autonomía limitada): la del Estado miembro de localización del riesgo (letra a); la del país de la residencia habitual del tomador del seguro (letra b); la del Estado miembro del que es nacional el tomador del seguro de vida (letra c); la del Estado miembro de situación del riesgo en seguros que cubran riesgos limitados a siniestros que ocurran en un Estado miembro distinto del de situación del riesgo (letra d); la de los Estados miembros de situación del riesgo o del país de la residencia habitual del tomador, en seguros que cubran dos o más riesgos relacionados con la actividad comercial o industrial o profesión liberal del tomador en Estados miembros diferentes (letra e) —si el ordenamiento de los Estados miembros previstos en las letras a), b) o e) prevé una mayor libertad de elección de la ley aplicable al contrato de seguro, se podrá hacer uso de esta mayor libertad (art. 7.3, p. 2º)²⁵—. Si las partes no eligen la ley aplicable al contrato, éste se regirá por el ordenamiento del Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de celebración del contrato. El art. 7.4 del RRI prevé para los *contratos de seguros obligatorios* —aquellos que se concluyen en virtud de una obligación legal— una serie de normas adicionales que, por un lado, determinan la ley aplicable a la validez de estos contratos y, por otro lado, facultan a los Estados miembros a imponer que estos contratos se rijan por el ordenamiento que impone la obligación de aseguramiento. En definitiva, excluye la posibilidad de elección de la *lex contractus*.

Como puede comprobarse, la expresión «todo es susceptible de empeorar» encierra una verdad incuestionable y el *horror conflictual* del Convenio de La Haya de 1973 es elevado a cotas impensables en las normas de conflicto del art. 7 del Reglamento Roma I, de las que, con toda justicia, se ha afirmado que son muy complicadas o casi indigestas²⁶.

2. Conjunto de normas de Derecho Internacional Privado que convierten una materia en ininteligible

10. Pero la galería de los horrores internacionalprivatistas no acaba aquí, pues existen más normas dignas de figurar en ella por méritos propios. En ocasiones, el problema no deriva de una norma de conflicto aislada, en sí misma considerada, sino de la aplicación del conjunto de normas de DIPr. que regulan una materia. En este sentido, puede citarse como ejemplo de resultado indeseable el *Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*.²⁷ Este texto convencional plantea múltiples problemas²⁸. En primer lugar, ha complicado innecesariamente el panorama normativo, pasando a tener el DIPr. español varios sistemas de responsabilidad parental, que configuran un entramado complejo de colisión normativa: por un lado, las normas de origen no interno (el Reglamento Bruselas II²⁹ y el Convenio de La Haya de 1996) y por otro las disposiciones de origen interno (art. 9.6 Cc, art. 22 LOPJ, art. 34 de la Ley de adopción internacional, arts. 954 ss. LEC de 1881). Además, el primer grupo de normas presenta un problema añadido, derivado de la utilización de con-

²⁵ Esta disposición, de una gran complicación, contiene una norma de mínimos, que obliga a realizar un estudio comparativo, caso por caso, de los límites a la autonomía de la voluntad previstos en el art. 7.3, p. 1º, y los regulados en la legislación interna de los Estados miembros en cuestión. En este sentido, el ordenamiento español (art. 107.3 LCS) no concede una libertad de elección superior, por lo que, cuando sea aplicable al contrato de seguro la ley española, la autonomía de la voluntad se regirá exclusivamente por los límites del art. 7.3, p. 1º, RRI.

²⁶ P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contrato internacional de seguro», en A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edic., Granada, Comares, 2011, p. 776.

²⁷ BOE de 2 diciembre 2010.

²⁸ Sobre la problemática del convenio véase *in extenso* F. GARAU SOBRINO, Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño, *CDT*, 2011-1, pp. 282 ss.

²⁹ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

ceptos diferentes; así, mientras el Reglamento Bruselas II utiliza el término «menor», sin definirlo, por lo que su concepto se determinará por el ordenamiento de cada Estado miembro, el Convenio de 1996 habla de «niño», dándole un contenido autónomo (art. 2). Esta disparidad tienen como consecuencia que una misma persona sea «niño» para el texto convencional de 1996 pero no pueda ser considerado «menor» a efectos del Reglamento (p.ej., el *niño* de 17 años emancipado)³⁰.

Por otro lado, el Convenio es otro ejemplo de complejidad, de manierismo normativo. Está integrado por 63 preceptos, mientras su antecesor, el Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, consta solamente de 25 artículos —me cuesta creer que haya sido necesario utilizar más del doble de preceptos para resolver las «imperfecciones»³¹ que presentaba el Convenio de 1961—. La determinación de las autoridades competentes se realiza mediante diez complejísimas normas, que pretenden solucionar todos los problemas que los responsables del texto convencional detectaron durante su elaboración. En esos diez preceptos hay una regla general (art. 5), una matización (art. 6), dos excepciones a las reglas anteriores (arts. 8 y 9), dos excepciones para situaciones específicas (arts. 7 y 10), dos reglas especiales (arts. 11 y 12) y dos normas para resolver los problemas de aplicación de todas las anteriores (arts. 13 y 14). Por lo que se refiere a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, se utilizan cinco normas de conflicto (arts. 15 a 19), acompañadas de tres normas de funcionamiento (arts. 20 a 22). El reconocimiento de las resoluciones precisa de tres preceptos (arts. 23 a 25) —y eso que se trata de un reconocimiento automático— y la declaración de ejecutividad de tres más (arts. 26 a 28).

Si tuviera que elegir un artículo de este texto convencional para otorgarle el *Premio al Manierismo de DIPr.*, me quedaría con el art. 47, por el que se intenta resolver el problema de la aplicación del Convenio a Estados con diversas unidades territoriales con sistemas jurídicos diferentes. Para ello utiliza diez reglas prácticamente idénticas, en las que solamente cambia la conexión: «cualquier referencia a la *residencia habitual* en este Estado se interpretará como una referencia a la *residencia habitual* en una unidad territorial [núm. 1]; cualquier referencia a la *presencia del niño* en este Estado se interpretará como una referencia a la *presencia del niño* en una unidad territorial [núm. 2]; cualquier referencia al Estado al que el niño *ha sido trasladado o retenido* se interpretará como una referencia a la unidad territorial a la que *el niño ha sido desplazado o retenido* [núm. 7]» y así sucesivamente hasta diez apartados (me pregunto si los autores del texto cobraban por palabras, como los traductores). A mi entender, la única regla que merecía un tratamiento específico es la correspondiente a la remisión al Estado de la nacionalidad del niño, que, efectivamente, podría haberse resuelto mediante la regla del actual art. 47.4. Para el resto, creo que podría haberse hecho uso de la tradicional y sintética fórmula utilizada en los textos de la Conferencia de La Haya de DIPr.: «cuando un Estado conste de varias unidades territoriales en que cada una tenga sus propias normas legales sobre protección de los niños, cada unidad territorial será considerada como un Estado a efectos de la determinación de las cuestiones reguladas en el presente Convenio.

En definitiva, estamos ante un texto de DIPr. que enmaraña de manera innecesaria el tema de la protección de los «niños». No sólo se necesita un máster para moverse con cierta soltura por el texto del articulado sino que complica la vida innecesariamente a quienes tienen que aplicar el texto convencional. Pero aún hay más: la integración en nuestro ordenamiento jurídico de normas de distinta procedencia y sistemática producen una grave incoherencia en el tratamiento que el tema recibe desde la óptica del DIPr. (ya hemos visto los problemas derivados de la utilización de conceptos no coincidentes por parte del Reglamento Bruselas II y el Convenio de 1996).

³⁰ La cuestión no carece de importancia, puesto que cuando el niño no sea menor, las medidas adoptadas de conformidad con el Convenio no podrán reconocerse ni declararse ejecutivas en el ámbito de la UE a través del Reglamento, y ello a pesar del tenor literal del art. 61 del Reglamento. En efecto, el Reglamento no es aplicable porque las medidas no afectan a un *menor* y, además, porque su art. 61, que es el que establece su aplicabilidad en relación con el Convenio, exige expresamente que se trate de un *menor*.

³¹ *Informe explicativo de Paul Lagarde al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996*, núm. 3.

IV. La Unión Europea: cuando el problema es también la política legislativa

1. Una política legislativa ilógica

11. La legislación de DIPr. de la UE adolece de graves problemas, no sólo en el plano de la técnica legislativa, que, como hemos visto, es manifiestamente mejorable, sino también en el plano de la *política legislativa*. En relación con esta última, se la ha descrito de manera muy gráfica como la técnica de *poner el carro delante de los bueyes*, puesto que se han dictado ambiciosas normas para las que en los Estados miembros no existe la armonización suficiente, generándose nuevos problemas de aplicación, de interpretación y de nueva armonización³². Un ejemplo de esta técnica ilógica lo tenemos, en la actualidad, en el empeñamiento de la UE en querer suprimir en el Reglamento Bruselas I y con carácter general —excepto para las resoluciones derivadas de acciones en materia de difamación y de acciones indemnizatorias colectivas— el exequátur jurisdiccional, diseñando un sistema de exequátur automático³³. Es cierto que no estamos ante una idea novedosa, puesto que en la UE ya tenemos ejemplos de esta nueva modalidad de obtención de la declaración de ejecutividad, sin necesidad de someter la resolución a procedimiento jurisdiccional alguno: el Reglamento Bruselas II en relación con determinadas resoluciones sobre derecho de visita y sobre restitución de un menor; el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo; el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo; el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía; el Reglamento sobre obligaciones de alimentos³⁴. Dejando de lado la cuestión de si también en estos casos se han pasado los bueyes delante del carro, puede encontrarse cierta justificación en la adopción hasta ahora de este sistema. Así, en el marco del Reglamento de Bruselas II se reduce a dos tipos de resoluciones que precisan de una gran celeridad en su ejecución, si no se quieren convertir en ilusorios sus pronunciamientos. Algo parecido, aunque con resultados técnicos globales muy criticables (véase *infra* el número 2 de este apartado), sucede con el Reglamento sobre obligaciones de alimentos. En los Reglamentos sobre procesos europeos (monitorio y escasa cuantía) estamos ante normas que configuran su tramitación procedimental, por lo que el respectivo proceso se ha desarrollado en todos los países con idénticas garantías procesales mínimas. Algo parecido sucede también en el marco del Reglamento del título ejecutivo europeo, que para que pueda beneficiarse de este tipo de exequátur es preciso que se trate de un grupo muy concreto de resoluciones —sobre créditos no impugnados y en el ámbito de determinadas materias— y que el proceso se haya desarrollado en el Estado de origen de acuerdo con las armonizadas normas procesales mínimas contenidas en su capítulo III. Pero hete aquí que ahora la UE pretende con carácter general que cualquier tipo de resolución en materia civil y mercantil comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I (excepto las dos indicadas) se beneficie de ese sistema. Es, por tanto, indiferente el nivel de garantías procesales aplicadas en el procedimiento de origen, porque la resolución se ejecutará sin necesidad de controlar jurisdiccionalmente los presupuestos del reconocimiento y de la declaración de ejecutividad. Como justificación se suele invocar un socorrido, e ilusorio, principio de «confianza mutua», muy utilizado por el Tribunal de Justicia³⁵. Nos hallamos ante un ingenuo buenismo en el que, como diría el castizo, «to er

³² Véase S. SÁNCHEZ LORENZO, «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz», en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133 ss.

³³ Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2010) 748, Bruselas 15.12.2010, núm. 3.1.1.

³⁴ Respectivamente, Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, ya citado; Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Sobre la declaración de ejecutividad automática véase F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, 2ª edic., Palma de Mallorca, Servicio de Publicaciones de la UIB, 2008, pp. 161 ss.

³⁵ Por ejemplo, STJUE 22 diciembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, núms. 46 y 70; STJCE 13 octubre 2011, *Prism Investments*, C-139/10, núms. 27 y 31; STJCE 26 abril 2012, *C.*, C-92/12 PPU, núm. 103, en la que se afirma que la *confianza*

mundo e güeno». ¿Los derechos procesales son iguales en todos los Estados de la UE?, ¿tienen el mismo nivel de protección? Pues no. Y para ello basta con leer, a título de ejemplo, la sentencia del TJUE en el *Asunto Gambazzi*, en el que determinadas disposiciones procesales del Reino Unido pueden ser consideradas contrarias al principio de audiencia tal como es entendido por otros Estados miembros, en el caso, Italia³⁶. ¿No convendría haber empezado por garantizar un elenco mínimo de derechos procesales? Si la reforma acaba por salir adelante, supongo que se pretenderá nuevamente que el carro acabe tirando de los bueyes, cosa que no parece factible. Con razón, se ha afirmado que la «confianza comunitaria» es un puro señuelo para incautos³⁷.

2. Una política legislativa que desemboca en un Derecho Internacional Privado extravagante

12. El *Reglamento (CE) n° 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* posiblemente sea la norma de la UE en materia de DIPr. más nefasta que se haya creado hasta el momento, y ya hemos visto que hay mucho donde elegir. Para empezar, es preciso señalar su rocambolesco mecanismo de aplicación. En principio, debía ser aplicable desde junio de 2011 siempre y cuando el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias «sea aplicable en la Comunidad en esa fecha (art. 76, p. 3°). Pues bien, la UE firmó, en nombre de la Unión —su firma no vincula ni a Dinamarca ni al Reino Unido—, el Protocolo de 2007 en abril de 2010, declarando que aplicaría provisionalmente el Protocolo desde el 18 de junio de 2011, incluso si el Protocolo no hubiera entrado en vigor en esa fecha³⁸ (en el momento de redactarse estas líneas todavía no se han obtenido las ratificaciones necesarias —y solamente se precisan dos!— para su entrada en vigor). La situación no puede ser más chocante: la UE aplica provisionalmente una norma que no emana de la propia Unión y que todavía no ha entrado en vigor (el Protocolo de 2007), y todo para poder aplicar una norma propia (el Reglamento 4/2009).

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación territorial, el Reglamento se aplica en todos los Estados miembros de la UE (art. 1.2), por lo que estamos ante una norma pensada para regular las obligaciones alimenticias en el ámbito de la Unión. En su capítulo II se contienen las normas para determinar la *competencia internacional*, que sustituyen a las disposiciones que, en materia de alimentos, se contienen en el Reglamento Bruselas I (art. 68.1 Reglamento 4/2009). Como viene siendo habitual en las normas de la UE³⁹, los foros atributivos de competencia deben leerse en orden inverso, empezando por el art. 5 e ir retrocediendo hasta el 3, luego se salta a los arts. 6 y 7 para acabar en las normas de funcionamiento procesales (arts. 8 a 14). Un auténtico *baile de la Yenka*: izquierda, derecha, adelante, atrás, un, dos, tres, y vuelta a empezar.

Inexplicablemente, la UE ha hecho dejación absoluta de su competencia para legislar sobre la *determinación de la ley aplicable* a las obligaciones alimenticias, remitiéndose el Reglamento 4/2009 al Protocolo de La Haya 2007, siempre que se trate de Estados miembros que estén vinculados por este instrumento (art. 15) —los Estados miembros que no sean parte en el Protocolo (Dinamarca y Reino Unido) continuarán aplicando sus normas de conflicto, de origen interno o convencional—. Y ahora llegamos a lo mejor: el Protocolo de 2007 sustituye «entre Estados contratantes» al Convenio de La Haya de 1973

mutua «ha permitido el establecimiento de un sistema obligatorio de competencias, que todos los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento tienen el deber de respetar, y la renuncia correlativa por parte de los Estados miembros a sus reglas internas de reconocimiento y de exequátur en favor de un mecanismo simplificado de reconocimiento y de ejecución de resoluciones judiciales dictadas en el marco de procedimientos en materia de responsabilidad parental».

³⁶ STJUE 2 abril 2009, *Gambazzi*, C-394/07, *Rec.* 2009, p. I-2563.

³⁷ S. SÁNCHEZ LORENZO, «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado», cit. p. 140.

³⁸ Es más, declaró que lo aplicaría también a las obligaciones alimenticias anteriores y reclamadas en un Estado miembro a través del Reglamento 4/2009 a partir de esa fecha. Véanse los arts. 4 y 5 de la Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*DOUE* L 331 de 16 diciembre 2009, p. 17).

³⁹ Por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), cuya regla general, la autonomía de la voluntad, se contiene en el art. 14, después de las reglas especiales.

sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y al Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre obligaciones alimenticias respecto a menores (art. 18 del Protocolo) —a su vez, el Convenio de 1973 sustituye entre Estados contratantes al Convenio de 1956 (art. 18 del Convenio de 1973)—. Por tanto, España continuará aplicando los Convenios de 1973 y de 1956 en sus relaciones con aquellos países que no hayan ratificado el Protocolo (o aquellos que ratificaron el Convenio de 1956 pero no el de 1973). Por si alguien todavía no se ha perdido en esta maraña de fuentes, hay que apuntar un nuevo problema: en estos momentos, España tiene incorporado a su ordenamiento dos textos convencionales (el Protocolo de 2007 y el Convenio de 1973) de *aplicación universal* con partes contratantes que no coinciden —la sustitución se realiza «entre Estados contratantes»—, así como tampoco sus normas de conflicto⁴⁰. A la vista de ello, y de momento, puede hablarse de la relatividad del carácter universal del Protocolo de 2007, o de su ámbito de aplicación *semi-universal*. Por si lo anterior fuera poco, no podemos olvidarnos de la convivencia del Protocolo de 2007 con el Convenio de 4 de noviembre de 1987 entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre conflicto de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos⁴¹; el art. 19 del Protocolo de 2007 permite su coexistencia con otros textos convencionales en los que los Estados contratantes sean o lleguen a ser partes, siempre que los Estados parte no manifiesten lo contrario. Tampoco podemos pasar por alto el art. 6.3 del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero, que se limita a establecer, de forma imprecisa, que, salvo lo dispuesto en su propio articulado, «la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho Internacional Privado de ese Estado»⁴² —el Convenio de La Haya de 2007, cuando entre en vigor, sustituye entre los Estados que son parte al Convenio de Nueva York (art. 49).

Finalmente, las cuestiones relativas al *reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva* sobre obligaciones alimenticias se derivan hacia los capítulos IV y VI del Reglamento 4/2009, que prevé dos procedimientos, según la resolución, la transacción o el documento haya sido dictada, formalizada o registrado en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de 2007 o en un Estado miembro no vinculados por el Protocolo de 2007 (Dinamarca y el Reino Unido). Por su parte, el *Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia* también contiene disposiciones sobre el reconocimiento y la declaración de ejecutividad de resoluciones en materia de alimentos, que serán aplicables en las relaciones entre Estados miembros de la UE y países no miembros que hayan ratificado el Convenio⁴³. Lo mínimo que se puede decir de los procedimientos de reconocimiento y declaración de ejecutividad regulados en el capítulo V del Convenio es que no son muy favorables a su obtención, puesto que, además de contenerse en preceptos prolijos y farragosos, se trata de la vuelta a los clásicos procedimientos jurisdiccionales —nada de reconocimiento y, mucho menos, de declaración de ejecutividad automáticos— en los que se examina por el derecho y el revés la resolución que se pretende ejecutar⁴⁴. Pero aquí no acaban las fuentes aplicables, pues nuestro país es parte también en el Convenio de La Haya de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, y en el Convenio de La Haya de 1973 referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias. Hay que reconocer

⁴⁰ Sobre el problema, F. GARAU SOBRINO, Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho Internacional Privado extravagante?, *CDT*, 2011-2, pp. 136-137.

⁴¹ *BOE* de 5 febrero 1992.

⁴² *BOE* de 24 noviembre 1966; rectificación en *BOE* de 16 noviembre 1971. Sobre el problema de la colisión entre el Convenio de Nueva York, el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable y el Protocolo de 2007 véase F. GARAU SOBRINO, Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias, cit., pp. 137-138; ID., Nota a la sentencia de la AP de las Islas Baleares de 23 de noviembre de 2010, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. X (2010), p. 997.

⁴³ Este Convenio todavía no está en vigor y, en la línea de contención de algunos de los últimos textos de la Conferencia de la Haya, consta de 65 artículos, a pesar de que no reglamenta cuestiones de competencia internacional ni de ley aplicable. Su firma (¡cómo no!) ya ha sido autorizada por la UE mediante la Decisión del Consejo de 31 marzo 2011 (*DOUE* L 93 de 7 abril 2011).

⁴⁴ Sobre este texto convencional, F. GARAU SOBRINO, Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias, cit., p. 139.

que la aplicación de ambos es poco relevante, pues el Convenio de 1958 es sustituido entre Estados parte por el Convenio de 1973 (art. 29), y este último queda desplazado entre los Estados miembros de la UE por el Reglamento 4/2009 (art. 69.2) y en las relaciones entre Estados miembros y terceros países por el Convenio de 2007 (art. 48). Por otro lado, las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva contenidas en el Reglamento Bruselas I no se aplican a las obligaciones alimenticias (art. 68.1 del Reglamento 4/2009). Ni tampoco serán aplicables las disposiciones del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, excepto cuando se trate de títulos ejecutivos europeos relativos a obligaciones alimenticias expedidos en el Reino Unido, pues no se halla vinculado por el Protocolo de 2007 (véase art. 68.2 Reglamento 4/2009). El ya citado Convenio bilateral con Uruguay, en relación con el reconocimiento y declaración de ejecutividad de decisiones y transacciones judiciales establece en su art. 9 que se atenderá al Convenio de 4 de noviembre de 1987 sobre cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay⁴⁵, configurándose de este modo un nuevo despropósito de remisiones normativas.

13. Después de leer los párrafos anteriores, creo que lo más benévolo que se puede decir del sistema de DIPr. creado por la UE en materia de obligaciones alimenticias es que es un auténtico dislate: la rocambolesca aplicación «provisional» de la norma básica, que se hace depender de una norma convencional que no es de la UE y que no está en vigor aunque, según su tenor literal, no podía aplicarse hasta que no entrara en vigor; la incapacidad de la UE para legislar sobre la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, remitiéndose a una norma que no es de la UE y que plantea múltiples problemas de colisión con una maraña de normas convencionales, multilaterales y bilaterales, que culmina con el sinsentido de la aplicación de dos Convenios de ámbito universal; la creación de una doble vía para el reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito de la UE, y de una tercera vía para países no miembros; en este último caso, haciendo uso de una norma de principios anticuados y que vuelve a plantear problemas de colisión con otro cúmulo de normas convencionales. Creo que esto debe llevar a las instituciones competentes de la UE a abrir un proceso de reflexión sobre el Reglamento 4/2009 y sobre la conveniencia de *darle boleta*, de acabar con él sin dejar pasar mucho tiempo. La UE ha creado un laberíntico sistema de obligaciones alimenticias que, más que facilitar su reclamación y satisfacción, ha acabado por convertirlas en un problema complicado en exceso y al alcance de una minoría económicamente pudiente, pues no cualquier acreedor de alimento podrá pagarse los costes de un asesoramiento jurídico especializado. Lo peor que se puede decir del sistema es que, en estos momentos, es mucho más rentable y beneficioso hallarse en la posición jurídica de deudor de alimentos que en la de acreedor, pues la oscuridad del tema favorece que en la práctica sea muy difícil determinar la fuente a aplicar para resolver cada una de las cuestiones de DIPr.

V. ¿Queremos para el siglo XXI un Derecho Internacional Privado comprensible y coherente?

14. Las páginas anteriores constituyen un muestrario, una suerte de *Cámara de los Horrores del Museo de Madame Tussaud*, de lo que creo no debe ser el DIPr.: un conjunto de normas crípticas o con origen en una política legislativa ilógica o alejada de la realidad. Un DIPr. *friki*, extravagante e hiperespecializado, creado en ocasiones por y para la autocomplacencia de una minoría de especialistas ocupados en la vana tarea de resolver complejísimo supuestos de laboratorio y en buscar soluciones para todas las situaciones que la vida real pudiera o pudiese presentar, y todo ello a pesar de las mejores intenciones que animan el trabajo de estos especialistas. En España, fieles a nuestra tradición histórica, hemos vivido un movimiento pendular de gran giro, pasando de un DIPr. en el siglo XIX compuesto por unos escasos preceptos simples, primitivos y *naïf* a un sistema actual de DIPr. integrado por un conjunto

⁴⁵ BOE de 30 abril 1998.

de normas de la más variopinta procedencia y muchas de ella incomprensibles para la mentalidad jurídica media. Este DIPr. de especialistas, completamente enajenado de la realidad, tiene como consecuencia que quienes deben aplicarlo, los prácticos del Derecho, la mayoría de las veces no lo comprenden ni, por supuesto, saben cómo utilizarlo. Luego, los que nos dedicamos a *la cosa* nos quejamos amargamente de la jurisprudencia, que al aplicar la norma llega a unos resultados totalmente contrarios a los teóricamente esperados o que, directamente, ignora la norma, porque no la entiende o se ve incapaz de aplicarla —al principio de este trabajo ya hemos visto el nivel de aplicación por nuestros tribunales de normas de DIPr.—. Sinceramente, creo que los internacionalprivatistas no podemos acabar por cargar la culpa de esta situación al mensajero, acusando a los abogados de ignorancia o a los jueces de escasa preparación. Nos quejamos amargamente de que en los programas oficiales a determinadas oposiciones los temas de DIPr. son testimoniales, pero no nos preguntarnos el porqué de este postergamiento a pesar de la creciente relevancia, cuantitativa y cualitativa, de la normativa de DIPr.

Me parece conveniente reflexionar sobre si queremos que el DIPr. siga por estos derroteros, fiel al principio *sostenella e non enmendalla*, o incluso vaya a más, *in crescendo* —recordemos que todo es susceptible de empeorar, como ha quedado demostrado en las páginas anteriores—, o si, por el contrario, nos parece conveniente replantearnos la metodología utilizada hasta ahora. En definitiva, si consideramos necesario realizar un cambio de rumbo. A continuación recojo una serie de sugerencias sobre posibles actuaciones que pueden ayudar a superar la situación en la que se halla inmerso el DIPr. no sólo en España sino también en la UE, en la medida en que esta última se ha convertido en el principal creador de normas de DIPr. de nuestro entorno.

15. 1) Las normas de DIPr. en general⁴⁶, especialmente las normas de conflicto que establecen el ordenamiento jurídico aplicable a una determinada relación jurídica, deberían ser de redacción sencilla y comprensible, evitando en la medida de lo posible el juego de reglas generales, excepciones y excepciones a las excepciones. Lo que acabo de decir puede parecer una obviedad pero no lo es tanto si nos fijamos en los ejemplos citados a lo largo de las páginas anteriores. Hemos visto que el Convenio de La Haya de 1996 necesita de diez normas para determinar las autoridades competentes (una regla general y una matización, dos excepciones a las reglas anteriores, dos excepciones para situaciones específicas, dos reglas especiales, dos normas para resolver los problemas de aplicación de todas las anteriores) y ocho para establecer la ley aplicable, y eso sólo para el concreto tema de las medidas de protección de menores.

2) Las normas no deberían intentar prever *todas* las situaciones, reales o imaginables, presentes y futuras, sino que deberían dejar margen a la actuación judicial, para que sean los tribunales quienes puedan ajustarlas a las necesidades del caso concreto. Cualquier norma jurídica, incluso la más cuidadosamente elaborada, no puede contener una solución para cada caso que pueda incluirse en su ámbito de aplicación. El desarrollo judicial del Derecho posee una gran importancia, pues no sólo colma lagunas sino que también adopta y conforma nuevas ideas jurídicas insinuadas en la propia norma, rebasando su plan original y modificándolo en mayor o menor medida⁴⁷. En este sentido, me parece preferible la redacción del antiguo art. 4 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que dejaba un margen de actuación a los tribunales para concretar la prestación característica de cada contrato, al art. 4 del Reglamento Roma I, que intenta cerrar la cuestión con un listado de presunciones en función de los tipos contractuales, pasándose de forma subsidiaria a la determinación prestación característica.

3) Sería deseable que las normas guardasen una estructura lógica entre ellas, lo que redundaría en una más fácil comprensión. A título de ejemplo, es difícilmente comprensible que en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales tengamos que esperar a llegar al art. 14 del Reglamento Roma II para comprobar que la conexión de la que se parte es el principio de autonomía de la voluntad. Efectivamente, después de la norma general, que establece la aplicación de la ley del lugar donde se ha

⁴⁶ Incluyo cualquier norma objeto de estudio por el DIPr., como las normas materiales específicas.

⁴⁷ Vid. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 359.

producido el daño, de las normas de conflicto relativas a determinados tipos de obligaciones extracontractuales (responsabilidad derivada de los productos, competencia desleal, daños ambientales, etc.) se llega a la última norma de conflicto y se constata con cierto estupor que contiene la conexión que debe ser aplicada en primer lugar, pues solamente en defecto de elección por las partes del ordenamiento aplicable se acudirá al resto de las conexiones, generales o específicas. Otro tanto puede decirse de las normas de competencia internacional del capítulo II del Reglamento 4/2009, que tienen que empezar a leerse por el art. 5 (foro de la sumisión tácita), para pasar luego al foro del art. 4 (sumisión expresa) y finalmente al foro general del art. 3. O que en el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias haya que esperar a los arts. 7 y 8 para darse cuenta que la autonomía de la voluntad es la regla que excepciona a todas las contempladas en los preceptos anteriores.

4) En otro orden de cosas, creo que España debería empezar por denunciar todos aquellos textos convencionales farragosos y crípticos que, amén de haber sido aplicados apenas, entorpecen innecesariamente la práctica forense. En este punto cabe destacar por méritos propios los citados Convenio de La Haya de 1971 sobre accidentes de circulación y el Convenio de La Haya de 1973 responsabilidad por productos. Nuestro sistema de DIPr. no sólo no se resentiría sino que tendría la gran fortuna de librarse de dos textos apenas utilizados en la práctica y que, a mayor abundamiento, complican innecesariamente el tema. A favor de esta solución puede alegarse también que no se produciría vacío normativo ni habría que acudir a la norma residual del art. 10.9 del Cc, pues estos dos casos de responsabilidad extracontractual están incluidos en el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), norma con la que en la actualidad plantean problemas de colisión⁴⁸.

5) Paralelamente, creo aconsejable que la UE se replantee su política legislativa en materia de DIPr. Hay que recordar que la Unión está integrada por 27 países y alrededor de 500 millones de habitantes, lo que la convierte en una organización regional con suficiente potencia para reivindicar su autonomía normativa y reglamentar por sí misma las cuestiones jurídicas que le afectan, sin tener que tomar prestados instrumentos normativos pensados para otros ámbitos y, por tanto, basados en principios diferentes. La UE tiene un sistema de integración propio, derivado de la cooperación entre Estados miembros, que le dota de unos instrumentos jurídicos que difícilmente pueden ser utilizados con terceros países. Este es el caso del reconocimiento automático o, incluso, de la declaración de ejecutividad automática de resoluciones judiciales.

6) En aquellos casos en que la UE decida adherirse a algún texto convencional multilateral, creo que debería valorar muy cuidadosamente si ello le aporta alguna ventaja real en relación con el fin perseguido. Así, uno de los motivos que pueden impulsarle a ratificar convenios multilaterales puede ser la consecución de una mayor cooperación con terceros Estados en una determinada materia. Tomemos como ejemplo el caso de las obligaciones alimenticias. Como hemos visto, la UE ha decidido ratificar el Protocolo de La Haya de 2007, haciendo así dejación total de su capacidad para legislar sobre la materia y remitiendo todo el tema de la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, tanto entre Estados miembros como con países terceros, a este texto convencional (véase el art. 15 del Reglamento 4/2009 e.r. con art 2 del Protocolo). Resulta, pues, que de los 15 Estados ratificantes del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias —texto al que sustituye «en las relaciones entre Estados contratantes» el Protocolo de 2007—, 11 pertenecen a la UE (los países no miembros son Albania, Japón, Suiza y Turquía, que, por cierto, ninguno de ellos ha ratificado el texto de 2007, y lo más lamentable es que, a día de hoy y cinco años después de su conclusión, el Protocolo solamente ha sido ratificado por la UE), con el agravante de que ambos texto convencionales

⁴⁸ A favor de la denuncia del texto convencional de 1971, L. GARAU JUANEDA, La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. VII (2007), p. 497 ss. Véase la relación de Notificaciones de conformidad con el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (*DOUE C* 343 de 17 diciembre 2010, p. 7).

se aplican con carácter universal —ya hemos visto cómo se come esto— y el Protocolo de 2007 es aplicado por los Estados miembros (menos por Dinamarca y el Reino Unido) aun cuando no ha entrado en vigor. ¿De verdad esto favorece la cooperación internacional con países terceros? Está más asegurada con el Convenio de 1973, del que, al menos, forman parte cuatro países no miembros. Por otro lado, creo que la UE, a la hora de valorar la conveniencia de adherirse a un texto convencional, debería también tener presente la elemental ecuación existente entre el número de ratificaciones o adhesiones recibidas y los años transcurridos desde que se concluyó. Puede ser un índice sintomático del éxito y acierto del Convenio en cuestión.

7) Cuando la UE decida hacer dejación de su competencia y acuda finalmente a textos convencionales multilaterales, también debe valorar si con la incorporación del nuevo tratado peligra la coherencia del sistema de la Unión. Ya hemos visto que, en materia de protección de menores, el Reglamento Bruselas II y el Convenio de La Haya de 1996 manejan conceptos diferentes de menor». O la complejidad normativa en la que ha derivado el tema de las obligaciones alimenticias, en el que ahora tenemos un cuádruple régimen de reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos, según el acto provenga de un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya 2007, de un Estado miembro no vinculado por el Protocolo (Dinamarca y Reino Unido), de un tercer país parte en el Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos, y de un tercer país no parte en el Convenio de 2007.

8) Cuando la UE opte por ratificar textos convencionales multilaterales y con el objeto de evitar posibles problemas de colisión de fuentes, sería aconsejable que en los textos de la UE se incluyeran cláusulas que establecieran la primacía de la normativa de la UE sobre los textos convencionales⁴⁹. Llegado el caso, si se comprueba que la incorporación al convenio plantea más inconvenientes que ventajas (p.ej., inadaptación con las normas de la Unión) la UE debería plantearse bien denunciar directamente los textos convencionales que perturben el funcionamiento de sus normas bien, cuando ello no sea posible por no tener asumida la competencia, recomendar a los Estados miembros su denuncia.

9) Si la UE opta por ejercer sus competencias normativas plenas en el ámbito del DIPr., aprobando las normas que considere más adecuadas, nada le impide decidir extenderlas, con carácter universal, a supuestos vinculados con Estados no miembros. De hecho, la UE ya ha extendido en algunas materias las normas de conflicto que ha creado para determinar la ley aplicable. Esta ha sido la solución adoptada por el Reglamento Roma I en tema de obligaciones contractuales (véase su art. 2) y por el Reglamento Roma II sobre obligaciones extracontractuales (véase su art. 3). En este mismo sentido, en la reforma del Reglamento Bruselas I se ha propuesto también extender la aplicación de las normas de competencia internacional directa a los demandados domiciliados en terceros países⁵⁰.

10) En determinadas materias, la UE podría plantearse adoptar un sistema semejante al que ha utilizado en el ámbito del seguro de responsabilidad civil de automóviles. Es decir, a través de las tres primeras Directivas que adoptó sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de automóviles, la UE reglamentó su propio sistema de seguro, basado en el sistema de Carta Verde creado en los años 50 del siglo pasado por las Oficinas Nacionales firmantes del *Convenio Tipo Interbureaux*. Tras ello, la UE permitió que otros países europeos no miembros interesados en aplicar su sistema a través de sus Oficinas Nacionales pudieran hacerlo mediante la ratificación del *Convenio multilateral de garantía*, del que en la actualidad, y tras las últimas ampliaciones de la UE, forman parte los países del Espacio Económico Europeo, Andorra, Croacia, Serbia y Suiza. De este modo, se permitiría que terceros Estados pudieran acabar aplicando el sistema diseñado por la UE en determinadas materias.

⁴⁹ Ejemplos de ello no nos faltan: arts. 69, 70 y 71 Reglamento Bruselas I; arts. 60 y 61 Reglamento Bruselas II.

⁵⁰ Véase el documento COM(2010) 748, Bruselas 15.12.2010, cit., núm. 3.1.2. En idéntico sentido el documento «L'application des règles de l'Union européenne sur la compétence judiciaire aux situations externes», aprobado por el *Groupe européen de droit international privé – European Group for Private International Law (GEDIP)* en su reunión celebrada el 16 de septiembre de 2007 en Hamburgo (documento accesible en la dirección <http://www.gedip-egpil.eu/>).

16. Con las anteriores propuestas he querido ofrecer elementos de reflexión y soluciones para tratar de mejorar, de hacer comprensibles y asequibles las normas de DIPr. Sería imperdonable que en estos momentos en los que se vive una eclosión normativa del DIPr., especialmente en el ámbito de la UE, acabase por convertirse en una rama marginal y esotérica del ordenamiento jurídico, porque sus normas solamente son comprensibles para una minoría especializada, los propios internacionalprivatistas. Por otro lado, no pretendo con mis propuestas patrocinar el aislamiento de la UE en un medio estéril y no contaminado, sino que sea capaz de crear en el ámbito del DIPr. de la Unión un sistema coherente entre todos los Estados miembros. La UE no puede actuar como un Estado más, que decide y organiza la creación de normas propias y la incorporación a textos convencionales en función de su particular interés, puesto que su caso es más complejo al tener que tomar en consideración e integrar a 27 ordenamientos jurídicos diferentes. Por encima de sus relaciones con países terceros está la labor de coordinación entre los propios Estados miembros.

Es importante que tanto el legislador nacional como el de la Unión en materia de DIPr. recuerden que los destinatarios de las normas no son sus creadores ni sus asesores, ni que la labor legislativa es un ejercicio de virtuosismo. Los destinatarios de la normativa son no sólo los sufridos ciudadanos sino también los que se han dado en llamar *operadores jurídicos*; eufemismo utilizado para designar a los tribunales y a los profesionales de Derecho cuyo cometido es aplicarlo. Si no se olvida este extremo, se tendrá también presente que cuando se legisla se debe ser claro, se deben crear normas fácilmente comprensibles por sus destinatarios. ¡Ah!, por si a alguien le queda la duda, los técnicos, los especialistas, somos unos pésimos legisladores, aunque en nuestro trabajo pongamos la mejor de las intenciones⁵¹. La opinión técnica debe ser matizada por las decisiones de política legislativa, y ésta ni la dominamos ni es competencia nuestra.

Hemos visto el tipo de normas de DIPr. que nos han traído los siglos XIX, XX y los comienzos del XXI: al principio simples, *naïf* e insuficientes, y con el paso del tiempo transformadas en complejas, crípticas y, en algunos casos, *frikis* e incoherentes. ¿Queremos que el DIPr. del siglo XXI continúe por los mismos derroteros?

⁵¹ Comparto totalmente la afirmación «quizá no haya peor legislador que un profesor universitario, y existen magníficos ejemplos al respecto» (S. SÁNCHEZ LORENZO, «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado», cit. p. 145).