

**TECNICAS ACTUALES DE INFORMACION
Y VALORACION JURIDICA
DE LA LEY EXTRANJERA**

por ANTONIO PEREZ VOITURIEZ

SUMARIO

INTRODUCCION

I. LA INFORMACION, ELEMENTO ESENCIAL DE LA APLICACION DEL DERECHO

1. Correspondencia entre las técnicas de información y los procedimientos de aplicación del derecho.

1.1. *Relación con la estructura económico social.*

1.2. *Especial referencia a las fases históricas de evolución del Derecho internacional privado.*

2. Un planteamiento realista de la problemática actual.

2.1. *Desarrollo y crisis del Derecho internacional privado clásico.*

2.2. *Factores sociológicos que profundizan la crisis del D.I.Pv. actual.*

2.3. *Factores organizativos: Las Organizaciones económico internacionales.*

2.4. *Efectos reflejos en la formación de un nuevo modelo normativo.*

2.4.1. Nuevos planteamientos doctrinales.

2.4.2. La fundamentación sociológica: la teoría de los hechos notorios.

2.4.3. Límite variable de la cooperación internacional.

II. APORTACIONES TECNICAS DE COOPERACION EN EL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL

1. Técnicas directas de comunicación.

1.1. *La cooperación judicial internacional.*

- 1.2. *La cooperación interamericana en la información y aplicación de la ley extranjera.*
 - 1.2.1. El Código de Bustamante.
 - 1.2.2. Convenio Interamericano de información de la ley extranjera (1979).
- 1.3. *La cooperación europea en la información del Derecho extranjero.*
 - 1.3.1. Convenio de Londres de 1968.
 - 1.3.2. Protocolo adicional de Estrasburgo de 1978.
2. **Técnicas indirectas de comunicación.**
 - 2.1. *La vía consular.*
 - 2.2. *Desarrollo de Instituciones de Derecho comparado.*
3. **Reflejo en el derecho comparado.**

III. ACTUALIZACION NECESARIA DEL DERECHO VIGENTE ESPAÑOL

1. **Situación comparativa del derecho español.**
 - 1.1. *Desnivel español respecto del Derecho comparado.*
 - 1.2. *Desnivel español en la utilización de la técnica de información del Derecho convencional.*
 - 1.3. *Desfase en la vía diplomática y en los procedimientos no estatales.*
2. **Reforma legislativa y adecuación jurisprudencial.**
 - 2.1. *Reforma o aplicación alternativa del 12.6 CC.*
 - 2.2. *La integración comunitaria y la adaptación jurisprudencial.*
3. **Posibilidades de mejoras tecnológicas en el proceso de información.**
 - 3.1. *Organo de transmisión en el M.A.E.*
 - 3.2. *Organo de transmisión en las Comunidades Autónomas.*
 - 3.3. *Ampliación del «ius agendi» a las autoridades administrativas y funcionarios públicos.*
 - 3.4. *Formación de funcionarios en la cooperación internacional.*
 - 3.5. *Utilización de la informática en la cooperación internacional.*
4. **Conclusión.**

I. INTRODUCCION

La información y el Derecho tienen una multiplicidad de interrelaciones que nos es preciso puntualizar, de antemano, para esclarecer el tema objeto de nuestra reflexión. Una primera acepción puede conducirnos al mundo periodístico. Y puede que haya sido por este camino por el que me haya interesado inicialmente en su estudio (1). Pero dentro de este primer plano se abren, a su vez, varias disyuntivas. Por una parte la consideración de los derechos dimanantes del principio de libertad de expresión como criterio fundamental del marco jurídico de la actividad periodística y, por otra parte, el derecho de la sociedad a ser informada veridicamente que se vincula a los Derechos políticos fundamentales y forma el contrapunto de la libertad de expresión.

En el mismo ámbito de la información periodística es difícil deslindar este campo del más complejo de la formación de la opinión pública, en el que inciden, además, una serie de factores psicológicos y sociológicos muy variados. Es un tema apasionante que ha sido estudiado fundamentalmente por sociólogos americanos y muestra hasta qué punto el sistema democrático que debería asentarse en un alto grado de opinión informada, queda condicionada por otras vías de lealtades sico-sociales (2).

(1) Mi tesina de periodismo, inserta luego en el libro homenaje al profesor CARLOS OLLERO: *Estudios de Ciencia Política y Sociología* sobre «Incidencias de la opinión pública internacional en la actividad de las Naciones Unidas».

(2) ROBERT LANE comprende en su libro *Political Life: (Political Life: Why People Get Involved in Politics*, New York, The Free Press of Glencoe 1959, pp. 113-114) una serie de tipos de reacción personal contra la información, que se basan en una exigencia psicológica de ignorancia, entre las que destaca la ignorancia catártica, ignorancia socializante, ignorancia privatizante, etc.

En otro sentido, en el estudio de la campaña electoral americana de 1956 la relación entre información y opinión pública queda bien reflejada en los datos reunidos por Survey Research Center, entre los que se destaca de un 10 % a un 39 % de personas que estaban deseando dar opinión sin estar respaldadas por una información suficiente, que se ha calificado de tendencia hacia el opi-

En un segundo plano, de mayor proximidad al Derecho y de manera primordial al desarrollo del Derecho internacional, la opinión pública aparece con una doble función de factor creador del Derecho y de instrumento efectivo de su aplicación. Es en esta perspectiva que orienté mi indicado estudio en el que procuré poner de relieve el doble papel que desempeña la información como medio catalizador de la opinión pública internacional en el seno de las organizaciones internacionales, de conformación normativa a las exigencias de la conciencia colectiva expresada en la opinión pública internacional y de medio efectivo sancionador de las resoluciones de los Organismos Internacionales (3). Un proceso paralelo se puede observar en el desarrollo de los usos mercantiles y su aplicación en los procesos de arbitraje privado internacional que conforma, la llamada por Goldman, *Lex mercatoria* internacional (4) y que está en la base actual de la creación múltiple de los códigos de buena conducta por los Organismos internacionales. Este aspecto también nos ha interesado de manera específica en relación con las actividades de las Sociedades multinacionales y los Sindicatos mundiales (5).

Pero hay un tercer nivel de correlación entre la información y el Derecho en general que es el que intentaremos analizar en nuestro presente ensayo. Se trata, en definitiva, de reflexionar sobre un elemento institucional del Derecho que forma parte sustancial de su propia existencia y realización. Más precisamente, de la correspondencia entre las técnicas de información y su desarrollo evolutivo y la paralela transformación de los modos de aplicación del Derecho. De aquí que, ante todo, nos interese poner de relieve la categoría estructural de la información en la aplicación del Derecho y a ello dedicamos este primer análisis general del tema, referido a la información como elemento esencial de la aplicación del Derecho. Comprenderemos, en una segunda parte, las aportaciones técnicas de cooperación en el Derecho convencional internacional y, finalmente, en la tercera conferencia, reflexionaremos acerca de la necesaria actualización del Derecho vigente español.

nionismo (LANE, ROBERT E., SEARS DAVID O.: *La opinión pública*, Ed. Fontanella, Barcelona 1967, pp. 124-126). La historia de la información en relación con la opinión pública tampoco surge en el marco de la libertad de expresión, sino, más bien, como instrumento político de lucha y de aquí que destaque TERROU los sistemas estrictos de la censura medieval (TERROU, FERNAND: *L'information*, Ed. Presses Universitaires de France, París 1962, p. 19).

(3) A. PEREZ VOITURIEZ: «Incidencias de la opinión pública...», *op. cit.*, pp. 649, 656.

(4) GOLDMAN: *Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé*, *R des C* 1963, pp. 388 y ss.; Y. LOUSSOUARN, J. BREDIN: *Droit du Commerce International*, París 1969, pp. 46 y ss.

(5) A. PEREZ VOITURIEZ: *Las Sociedades multinacionales y los Sindicatos mundiales ante el Derecho internacional privado*, Ed. Akal, Madrid 1981.

I. LA INFORMACION, ELEMENTO ESENCIAL DE LA APLICACION DEL DERECHO

La alteridad es uno de los elementos característicos del Derecho y en cuanto supone regulación social que reglamenta la conducta externa y no llega al ámbito interno, mientras no produzca efectos causales hacia fuera, las características de publicidad le son propias:

— Es un elemento esencial en la formulación misma de las leyes. Ciertamente que la doctrina distingue entre el acto solemne de definición jurídica de la norma por el órgano competente, denominado acto de promulgación y la publicidad proyectada para el sector social reglamentado. Así se plantea en la clásica redacción del CC francés «Las leyes son ejecutorias en todo el territorio francés en virtud de la promulgación que de ellas se hace por el Presidente de la República.» «Serán ejecutadas en todo el territorio de la República desde el momento en que pueda conocerse su promulgación.» (6) Mientras que la promulgación, stricto sensu, es consecuencia lógica de la separación de poderes, la publicación tiene como objeto hacer llegar al conocimiento del público el texto de la ley.

En cambio, en la redacción originaria del artículo 1.º del CC español, no se distinguen ambos conceptos: «Las leyes obligarán, en la península... a los 20 días de su promulgación si, en ellas, no se dispusiere otra cosa.» Emplea el código, pues, la voz promulgación como sinónimo de publicación (7).

Sin profundizar en las sutiles matizaciones de los términos promulgación y publicidad, nos interesa más detenernos, un tanto, en la observación del cambio desarrollado en las formas de publicación. Interesa destacar, por ejemplo, la evolución realizada desde la fase anterior a la codificación española a la posterior. Así en la Ley de 4-11-837 se distingue la entrada en vigor de «las leyes y las disposiciones generales del gobierno» que son obligatorias para las capitales de provincia desde que se publican oficialmente en ellas y desde cuatro días después para los demás pueblos de la provincia...»

Con el Código Civil se generaliza y centraliza el trámite de vigencia con la publicación en la Gaceta de Madrid, posteriormente sustituida por el Boletín Oficial del Estado. Parece obvio entender que aquí se produce un importante cambio cualitativo: La inserción en una publicación oficial de ámbito estatal, exigida en principio para las normas jurídicas básicas bajo la denominación de Leyes generales, extendida por el TS (S 22-61-910) a los Reglamentos, RD, Circulares, etc. y la ampliación a un plazo más amplio de veinte días, como criterio general, es el punto de partida indispensable para la necesaria ficción de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 2.º, CC).

(6) *Diccionario de Derecho Privado*, Ed. Labor S.A., Madrid 1950. Término «Publicación y Promulgación».

(7) *Id.*

— Es un elemento esencial en el proceso de formación y aplicación de las sentencias. El proceso de formación de una sentencia comprende varios actos que integran el ciclo de producción y recepción de la misma. Estos actos difieren según que el órgano sentenciador sea unipersonal o colegiado. Pero en ambos supuestos aparece como acto necesario la publicación, que constituye un estado intermedio entre la sentencia firmada y su notificación. La publicación no es un acto de producción, sino de recepción del fallo y se habla de publicidad o audiencia pública del acto mismo, porque se exige que pueda estar presente cualquiera que lo desee y no solamente el destinatario (8).

Aquí también podemos observar cierta evolución en la forma de publicidad que tiene relación con el cambio de nivel de la información. En la práctica antigua se hacía la publicación de las sentencias en presencia de dos testigos, cuyos nombres se consignaban en la diligencia. Hoy la LEC sólo exige la presencia de testigos en las notificaciones en estrados (art. 282). La diferencia puede bien estar motivada por el avance tecnológico de la información escrita. Con las colecciones de jurisprudencia se asegura mejor la difusión del conocimiento que con la solemnidad del acto público de lectura.

— Es un instrumento fundamental de garantía en el campo jurídico privado. Acaso sea en el ámbito jurídico privado donde podemos alcanzar los horizontes más lejanos en el tiempo, respecto a la utilidad de emplear los criterios de publicidad. Son el reflejo en la materia del principio de la seguridad jurídica. La importancia de las formas solemnes que garantiza la publicidad del acto llegó a absorber en el Derecho romano la idea de la causa hasta el extremo de que, a través de sucesivas ficciones, se llegan a constituir negocios jurídicos abstractos.

En cuanto a la publicidad documental en Roma se utiliza, a partir del siglo III d. C., el documento privado notificado a los particulares mediante la exposición en lugares concurridos. A partir del derecho imperial de la última época se instituye funcionarios especiales autorizados para dar fe en las escrituras entre particulares, remoto precedente de la idea de la publicidad como función por excelencia notarial (9). Con ello se llega al valor jurídico esencial de los hechos notorios sobre los que se desarrollará toda la institucionalización del sistema de inscripciones registrales sobre el doble aspecto de la legitimación registral y el beneficio de la fe pública registral.

En cada uno de estos múltiples aspectos del desarrollo del negocio jurídico, podríamos analizar la incidencia de diferentes y sucesivas correspondencias entre las transformaciones de la técnica de información y los modelos jurídicos institucionales.

(8) Ver artículo 120,3 CE y artículo 206 L.O.P.J. 1985, en relación con los años; 364 y 365 LEC; Así PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil* (2.ª edc.), Edit. Aranzadi 1985, T.I., pp. 777-778.

(9) NUÑEZ LAGOS: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Madrid 1945.

1. Correspondencia entre la técnica de información y los procedimientos de aplicación del derecho

Hasta aquí hemos tratado de subrayar la función esencial de la información en el complejo fenómeno de la producción y aplicación normativa en una visión panorámica que engloba diferentes planos y sectores del Derecho. Ahora intentaremos perfilar una correlación más puntual entre el progresivo desarrollo de la técnica de la información y los procedimientos de aplicación del Derecho. Es indudable que ambas cuestiones se interrelacionan con la estructura económica social, son una consecuencia directa, y cobran un especial realce en el desarrollo del Derecho internacional privado.

1.1. *Relación con la estructura económico-social*

No es necesario profundizar en grandes investigaciones para comprobar que las exigencias objetivas del desarrollo económico-social inciden de alguna manera en el desarrollo de la técnica de información y en la de los procedimientos de aplicación del Derecho. Cuanto más reducida y primitiva sea una sociedad, más rudimentarios y simples son los instrumentos de información del Derecho y más directa y específica la aplicación de la ley. Así, en los pueblos primitivos autárquicos y de agrupaciones tribales no existe proceso intermedio de información del Derecho, sino que la formación, conocimiento y aplicación adquieren un carácter de inmediatez.

Si tomamos una materia como los derechos reales en los que la aplicación del principio de la publicidad es decisiva, podemos apreciar la evolución. En los pueblos antiguos el formalismo va dirigido solamente a la obtención del efecto, creación o modificación del derecho real, o todo lo más a su prueba, pero no a la publicidad del mismo. Así, en Derecho romano las solemnidades en las formas del derecho real son análogas a los requisitos exigidos en las obligaciones (la *mancipatio* y el *nexum*) (10). En cambio en la institucionalización del requisito de la propiedad inmobiliaria se llega a las legislaciones modernas como la alemana, suiza, española, etc., que le otorgan valor constitutivo a la inscripción, de tal manera que cubre una doble función de legitimar el derecho subjetivo y de expresión erga omnes, frente a terceros.

(10) *Negotia per aes et libram*: el rito del cobre y la balanza servía, según P. D'ORS-W. KUNKEL, *Derecho privado romano* (trad. de PRIETO CASTRO a la 2.ª ed. alemana), Barcelona 1965, pp. 129 a 132, en época remota, para la adquisición de derechos de señorío sobre personas y cosas (*mancipium*, luego *mancipatio*), para dar nacimiento a la obligación por préstamo (*nexum*) y para extinguir una obligación (*solutio per aes et libram*). Véase también KASER, *Das romanische Privatrecht I*, Hunchen 1971, pp. 41 ss.

Sobre la pretendida publicidad de las transmisiones, acreditada por la presencia de testigos en la *mancipatio*, véase. Gallo, *S.H.D.I.* 23 (1975), pp. 174 ss.: «La pretesa publicit  del trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico». (S.H.D.I. = *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma.)

En la doctrina se ha planteado cierta polémica sobre la misma aparición histórica del principio de publicidad. Mientras la doctrina tradicional —pensamos en Bonfante— la incluye como elemento formal del Derecho antiguo, la doctrina actual sostiene que la publicidad es un elemento nuevo en la Historia del Derecho, puesto de relieve en los tiempos modernos (11). A nuestro entender no existe contradicción entre ambas posiciones. Porque la publicidad, en cuanto conocimiento e información del contenido normativo, es consustancial a la formación y efectos del Derecho, conforme indicamos en epígrafes anteriores, pero como problema es un fenómeno reciente, contemporáneo a la masificación cuantitativa de la estructura económico social.

Volviendo al ejemplo del Derecho, es obvio que en una sociedad agraria, en la que se conocen todos los vecinos y los transeúntes son rápidamente asimilados, no es necesario un registro para informar de la propiedad a los terceros. Con la notificación basta para realizar el efecto jurídico que no necesita de más para ser conocido por todos. En cambio, en una sociedad industrial de complejidad de transacciones, la seguridad jurídica no puede quedar en el conocimiento de un acto solemne y la notificación concreta adquiere grandes dificultades. Es, entonces, necesario institucionalizar un proceso de información que garantice ante terceros la seguridad del derecho real y sus transmisiones y ello se realiza con el modelo clásico del Registro de la Propiedad.

La inscripción registral, bajo custodia de un funcionario que garantiza su autenticidad va a ser reforzada doctrinalmente con la elaboración de una ficción jurídica: Lo que está en el Registro está en la realidad (12). De tal manera se diferenciará la propiedad registral de la no inscrita que para destruir esta ficción jurídica se precisa de pruebas especiales y, así mismo, pueden inscribirse bienes en posesión sin título jurídico de propiedad, mediante un proceso especial con exigencias añadidas de publicidad (el expediente de dominio). Estas garantías quedan reforzadas en determinadas legislaciones por la consideración de la inscripción registral como acto constitutivo del derecho real.

El punto inicial de evolución, dentro de una visión general, globalizadora de las diversas fases del proceso de información jurídica y superando la historia originaria de los actos concretos de información solemnes, correspondientes a una estructura social primitiva, podríamos fijarlo en la etapa de eclosión del movimiento codificador.

La codificación, en sí, tiene un nuevo sentido de la información. Se trata de unificar las fuentes de conocimiento, el contenido mismo, de entender el Ordenamiento jurídico como un todo pleno que comprende los criterios de interpretación unitaria de las diversas normas jerarquizadas entre sí. La etapa ante-

(11) LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. BOSCH, Barcelona 1968, pp. 28-31.

(12) *Id.*, pp. 165 y ss. J.A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Civitas, 1986, pp. 15-18 y 119 y ss.

rior se agota cuando las recopilaciones de leyes sucesivas y contradictorias conducen a una confusión e inseguridad jurídica irreparable. Con independencia de otras muchas razones y causas de profundidad política y económico-sociales, la codificación supone un esfuerzo de facilitar la información del contenido normativo y esto en los diferentes planos de desarrollo del Derecho. La codificación en el orden interno estatal, tiene también su reflejo en el orden internacional promovidas por las Organizaciones internacionales. Y aquí es clara la inicial motivación publicitaria, como expresa medida para combatir la diplomacia secreta, que era secuela del sistema del equilibrio político europeo.

Pero hoy mismo estamos en el albor de un nuevo desarrollo. La crisis de la codificación como expresión universal de dogmas absolutos, e inflexibles, no es sólo el resultado de las transformaciones económico-sociales que rompen los moldes de formulismos abstractos, sino también es consecuencia de la incidencia de la moderna técnica informática. Volviendo al ejemplo del Registro, hoy no se puede seguir con la técnica descriptiva de los linderos del feudo y la lista de los propietarios vecinos, cuando la técnica del cálculo de superficie y los planos fotográficos aéreos facilitan y precisan la exacta configuración de la realidad, que siempre será superior a la ficción jurídica.

Este fenómeno general de la evolución de la normativa jurídica, en correspondencia con el desarrollo de la técnica de información, adquiere mayor contraste en la materia del Derecho internacional privado.

1.2. *Especial referencia a las fases históricas de evolución del Derecho internacional privado*

En un rápido esquema que recoja los hitos básicos a través de una evolución de siglos, desde la época romana hasta las postrimerías del siglo XVIII, podemos destacar varios planteamientos diferentes de técnicas de reglamentación del llamado tráfico externo, objeto principal del Derecho internacional privado.

— Una fase inicial en la que se apunta los remotos precedentes históricos del Derecho internacional privado en el *Ius gentium* romano que se caracteriza por una aplicación concreta de la equitas y de los usos locales por el praetor peregrini. Se trata de una solución directa, mediante una jurisdicción especial y a la larga también de un derecho material concreto. Aquí no solamente se ignora el planteamiento teórico de la información de la ley extranjera, o, mejor, de la costumbre originaria de provincias no latinas del Imperio, antes del edicto de Caracalla, sino que, ni siquiera se cuestiona el problema de la técnica instrumental, de la materia procedimental.

— Una etapa que marca el origen de las doctrinas estatutarias, tanto en su primera formulación en la que se trataba de dirimir la jurisdicción adecuada entre la resolución de un litigio en el que concurrían «*hominus diversarum provinciarum, quae diversas haberunt consuetudines*», cuanto partiendo ya de la

competencia territorial del juez. La aplicación de una u otra costumbre (13) por glosadores, post-glosadores y por las doctrinas estatutarias en sus diversas formulaciones al correr de siglos, tienen dos características comunes: 1.^a) Se centran en la solución analítica de situaciones concretas en pequeños núcleos de intenso comercio, aunque limitados en el espacio y próximos a Universidades de prestigio; 2.^a) se sobreentiende una base común, en cuanto se parte del entendimiento de que el Derecho romano, no vigente «políticamente», subsiste con la función del Derecho común subsidiario (14).

En síntesis, las relaciones de tráfico externo son extremadamente limitadas entre ciudades más o menos limítrofes y el contenido de las costumbres locales no responden a concepciones ideológicas contradictorias. La información se realiza espontáneamente, sin necesidad de institucionalizar ningún procedimiento.

— Postrimerías de las doctrinas estatutarias. Un fenómeno que aún podría ser objeto de nuevas reflexiones, a pesar de los profundos estudios ya realizados, es la pervivencia de los esquemas estatutarios tras la aparición del Estado moderno. No cabe duda de que los problemas de aplicación de la ley extranjera que plantean la llamada Escuela francesa del siglo XVIII, y sobre todo los «neoestatutarios» del siglo XIX son sociológicamente diferentes de los originarios de las ciudades del norte de Italia.

Se puede decir, como afirma Yanguas Messía, que estas escuelas representan «un saludable retorno al método seguido por Bartolo y su escuela», o que... «Estos ensayos de renovación de la teoría de los Estatutos no tuvieron tan solo una significación doctrinal; ejercieron además, positivo influjo en las codificaciones que durante el siglo XIX se hicieron en Europa, no obstante tratarse de una tardía galvanización de teorías ya superadas.» (15) Con sustanciales diferencias, que no son del caso mencionar en nuestro propósito, esta misma proyección trasciende a Savigny, en el nacimiento de una nueva estructura aún no valorada en lo que supone de factor diferencial. Así Savigny sigue con una ficción a modo de espejismo: «Los progresos de la civilización fundada por el cristianismo han originado un Derecho análogo en nuestras relaciones con todos los pueblos del mundo, cualquiera que sea su creencia y sin reciprocidad por su parte.» (16)

(13) M. GUTZWILLER: *Le développement historique du Droit International Privé*, R. des C., 1929-IV. p. 301. MEIJERS: *L'histoire des principes fondamentaux du Droit International Privé à partir du Moyen Age*, R. des C., 1934-III pp. 595 y ss.

LAINE: *Introduction au Droit International Privé*, T. 1.º, 1888-1892, pp. 121 ss. Cit. A. PÉREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera en el Derecho Internacional Privado*, Ed. Tecnos, Madrid 1988, p. 29.

(14) A. PÉREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., p. 30.

(15) JOSE YANGUAS MESSÍA: *Derecho Internacional Privado*, Parte general, 3.ª ed. Madrid 1972, pp. 85, 88.

(16) F.C. de SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid 1877, Trd., J. MESSÍA y M. POLY, T. 1.º, p. 40. Cit. A. PÉREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., p. 31.

Aparentemente tampoco aquí se plantea ningún problema de información de ley extranjera. Pero son otros los motivos reales: Mientras en la fase inicial de la Estatutaria había una consonancia efectiva entre el conocimiento de las diversas costumbres locales existentes, ahora se desorbita la cuestión al trasladarla al plano teórico. Porque ya es el inicio del Derecho internacional privado clásico. Asistimos a la construcción de un Derecho internacional privado abstracto que las teorías internacionalistas y, sobre todo, las universalistas, llenarán de axiomas y argumentaciones filosóficas y deductivas, alejadas de la realidad del tráfico externo.

En realidad lo importante que está surgiendo es la eclosión del Estado moderno y su expresión jurídica en el movimiento codificador. Con ello llegamos al origen próximo del Derecho internacional privado actual, que comprende la formulación de una teoría general jurídico formal y su posterior crisis.

2. Un planteamiento realista de la problemática actual

Entrando ya de lleno en el tema de nuestras conferencias, que pretende analizar un aspecto del Derecho internacional privado, lo primero que hemos de indicar es nuestro enfoque; la orientación, el criterio de valoración desde el que vamos a acometer su estudio. Nuestra visión tiene muy en cuenta el sentido pragmático del Derecho. Se trata, por tanto, de intentar hacer un planteamiento realista de la problemática actual del Derecho internacional privado en el núcleo más efectivo de su formulación, de las técnicas de información y de la aplicación de la ley extranjera. Pero esto no quiere decir que nos alejemos de abordar la teoría general, sino, por el contrario, la afrontamos con criterio de efectividad. Es precisamente en la conexión entre el orden normativo de la lógica jurídica y el mundo económico-social de la realidad cotidiana, donde se produce la dinámica que impulsa el desarrollo progresivo. Dentro de esta perspectiva nos interesa destacar el esquema estructural del Derecho internacional privado clásico y su crisis, así como los factores que están en la base de la proyección futura, para terminar con el esbozo de sus posibles correspondencias en la transformación normativa.

2.1. Desarrollo y crisis del Derecho internacional privado clásico

Con la eclosión del Estado moderno en la plenitud del Ordenamiento jurídico estatal, reflejo de la exaltación de la soberanía e independencia nacional, se transforma el método de solución del tráfico externo. No se parte, entonces, de adecuar la norma a la situación real como fuera en la fase histórica de la estatutaria, sino que aparece conformado en un orden abstracto de delimitación de competencias. Es la nueva concepción conflictual del Derecho internacional privado: La norma de conflicto se considera un orden delimitador del propio Ordenamiento jurídico estatal. En definitiva se trata de invertir el planteamiento técnico del Derecho internacional privado. Ahora lo que interesará fijar a

cada Ordenamiento jurídico estatal es hasta qué cantidad de supuestos de reglamentación del tráfico externo puede abarcar su competencia legislativa.

Con independencia de la multiplicidad de teorías que surgen, tanto para fundamentar la concepción formalista de la norma de conflicto como orden delimitador de competencias, cuanto para explicar la posibilidad y la motivación jurídica de aplicar un Ordenamiento jurídico ajeno a la *lex fori*, podemos afirmar que se plantea, teóricamente, una nueva perspectiva de las relaciones plurinacionales y, en cierto modo, surge implícitamente, la razón de ser del problema de la información de la ley extranjera.

Si cada Ordenamiento jurídico es un todo cerrado, omnicompreensivo, que responde a unos principios generales de orientación legislativa peculiares de cada individualidad estatal, no se puede dar entre ellos una comprensión directa. Falta el lenguaje común que, veíamos se daba en las fases históricas por la consideración de un Derecho común, aunque fuese una pura entelequia. Ahora, por principio, se parte del presupuesto del aislamiento soberano. Incluso entre los Ordenamientos jurídicos que responden a una misma familia, de raíz histórica común, se produce la ruptura: Se podrán utilizar las mismas instituciones, los mismos términos, pero el sentido y la sistemática difiere. Parecería que la información veraz, fidedigna de la ley extranjera se hace precisa más que nunca, pero se han roto los puentes de comunicación universales y habrá que buscar vericuetos de información indirecta.

Las consecuencias generales pueden resumirse en varias características: Por una parte, hay un receso de la aplicación normal de la ley extranjera, debido al llamado imperialismo jurisdiccional y atracción de la *lex fori*, concordante con la situación económico-social de autarquía y autosuficiencia estatal. Este efecto se produce, no sólo motivado por el sentido de ampliar lo más posible la aplicación del Derecho propio, incluso con rango preferente, sino también de obstaculizar la efectiva inserción de la ley extranjera que queda como una solución excepcional. Casi podría afirmarse, desde una visión realista, que la teoría general del Derecho internacional privado se va a centrar en la configuración de impedimentos sutiles, tales como orden público internacional, fraude a la ley, reenvío, problemas de calificaciones, etc. Y en el caso de superarlos, en el momento de su efectiva aplicación, las cuestiones de adaptación a la *lex fori* (17).

Por otra parte, la remisión se entiende como un acto formal de determinación de competencia y no se conciben las soluciones autónomas que habían caracterizado la fase histórica desde el *ius gentium* del *praetor peregrini*. Ni principios de equidad, ni protagonismo judicial, sino remisión procedimental al Ordenamiento jurídico estatal competente. No cabe tampoco entrar en el análisis sustantivo de los intereses privados en conflicto, sino que todo se subsume en un conflicto de competencias entre Estados.

(17) *Id.*, p. 36.

En la doctrina se construyen las tesis más sutiles de profundización filosófica y aparente contradicción entre internacionalistas, universalistas y nacionalistas, pero les une la concepción jurídica formal del Derecho, que siempre lleva a entender el conflicto de leyes como conflicto de soberanía que, en síntesis, comprende dos improntas básicas:

- 1.º La idea de que la ley es expresión de la voluntad soberana y la concepción, que toma cuerpo en el movimiento codificador, de que todo el Derecho procede de la ley: Dos leyes en conflicto no son ya dos reglas entre las que se busca la que mejor convenga a la naturaleza de la relación social contemplada, sino que son dos voluntades soberanas que reclaman regir una relación jurídica..., entre cuyas competencias es preciso trazar una línea de demarcación.
- 2.º La sustitución del principio de la cortesía en el Derecho internacional por el postulado del consentimiento estatal y la ampliación del alcance de la soberanía al ámbito personal. De aquí que se pueda afirmar que con Mancini se dieron todas las condiciones para la imposición formal de que el conflicto de leyes es un conflicto de soberanías, al no ponerse ya ningún obstáculo a la concurrencia de soberanías (18).

En la sistemática expositiva se distinguen dos partes bien separadas, según se refieran a cuestiones acerca de la determinación de la ley competente o de la aplicación de la ley extranjera. El esfuerzo doctrinal se concentra en la primera parte y la segunda se arrincona bajo el epígrafe de cuestiones procesales.

Ciertamente que se produce una correspondencia entre la postergación doctrinal, la carencia de soluciones normativas y la primera fase de interpretación jurisprudencial en Derecho comparado, que llena el vacío legal con la consideración procesal de la ley extranjera como hecho y por ende la reducción en el proceso a su planteamiento a instancia de parte, prueba por el trámite de los hechos y ausencia de control en la aplicación de la ley extranjera por recurso de casación.

La poca importancia dada a la aplicación de la ley extranjera en el derecho positivo estatal en su momento de formulación codificadora que se complementa con un planteamiento jurisprudencial restrictivo, limita la cooperación internacional. El planteamiento que Lewald hacía en el Curso general de La Haya de 1936, acerca de la consideración de hecho de la ley extranjera y sus consecuencias en el proceso, llega hasta nosotros plasmada en una orientación jurisprudencial continuada durante un siglo y que aún hoy pervive parcialmente. El caso Bisbal es buen ejemplo de hasta cuando se sigue todavía considerando la norma de conflicto como regla facultativa, a instancia de parte y de imposible alegación, por primera vez, en casación... porque es necesario el previo sometimiento al proceso contradictorio de su averiguación.

(18) *Id.*, pp. 56-57.

Es indudable que la orientación jurisprudencial aquí subrayada corre pareja con las formulaciones doctrinales descritas, correspondientes a la concepción clásica. Pero, además de encontrar una cierta coherencia entre la teoría y el desarrollo del Derecho positivo, podríamos vislumbrar una explicación realista en consonancia con las posibilidades técnicas de los medios de información: No cabe duda de que la característica general es el esfuerzo en eludir la comunicación directa interestatal, acaso, como necesaria afirmación de la interna solidaridad estatal. Se acostumbra definir esta situación como efecto inherente al principio absoluto de la soberanía, pero pensamos que cabe invertir los términos y considerar que se trata de unas circunstancias reales que aparecen como premisas necesarias para la consolidación del fenómeno socio-político del Estado moderno en la cristalización de las nacionalidades.

La paradoja y la contradicción que denota su congénita debilidad podemos observarla en que cuando más se alude a la naturaleza jurídico-formal del Derecho internacional privado, reflejo de la soberanía estatal, es cuando se practica la mayor privatización de la aplicación de la Ley extranjera, no sólo por la sumisión a los criterios procesales indicados, que cercenan toda iniciativa judicial, sino por los medios técnicos de información consagrados, de predominio de los procedimientos indirectos de participación de particulares. La prueba típica de los dictámenes de letrados extranjeros pagados por las partes, no ofrece la menor garantía de objetividad en la información del contenido de la ley extranjera. Incluso los certificados de derecho expedidos por vía consular y que, en definitiva, se resuelven también mediante dictamen de un abogado extranjero asesor, contratado por la oficina consular o diplomática, tampoco ofrece la mejor seguridad de que expresa el verdadero sentido y alcance de la ley extranjera.

La explicación, desde un enfoque realista podría estar en comprender este desarrollo jurisprudencial como un esfuerzo de adaptación a las necesidades limitadas del comercio internacional en su más amplio sentido. Pensamos que coincide con difíciles condicionamientos en relación con el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sometido a un estrecho procedimiento de exequatur y a la lentitud de la vía diplomática clásica (19). Ante la imposibilidad práctica de utilizar el proceso jurídico formal de cooperación internacional, se busca la válvula de escape del interés privado de las partes a través de un rodeo menos formal, de homologación al peritaje en la prueba de los hechos en el proceso.

En el plano de la información es, pues, perfectamente coherente que se proceda a la instrumentalización de los «certificados de vigencia» de los textos legales extranjeros, a través de la utilización sutil de los dictámenes de letrados oriundos del Estado de la ley extranjera aplicable, tanto en los casos de aplicación promovida por las partes, como prueba de los hechos, cuanto cuando llega

(19) *Id.*, pp. 56-57.

mediante la información oficialmente tramitada por la vía diplomática. En ambos casos se trata de obviar el escollo de la relación directa entre autoridades. En los esquemas del Derecho internacional privado de la Sociedad internacional de yuxtaposición no es viable resolver el problema de la aplicación de la ley extranjera. Acaso no hay, ni siquiera, la exigencia y necesidad de resolverla. La doctrina, con sutilezas de lógica jurídica de gran envergadura, trata de justificar, e incluso de apuntalar, la ya vieja construcción del Derecho internacional privado replegado en su exclusividad interna y temerosa de confiar en la cooperación internacional.

En el seno de la misma doctrina clásica, al socaire de la jurisprudencia, se inicia la crítica de su interna contradicción. Pero la crisis real del formalismo jurídico tradicional se produce por factores sociológicos que se proyectan hacia el desarrollo progresivo futuro.

2.2. Factores sociológicos que profundizan la crisis del Derecho Internacional Privado actual

Si el Derecho internacional privado clásico se sostenía en el entramado de soberanías estatales absolutas, dentro de un marco económico de equilibrio inestable entre unidades pretendidamente autárquicas, hasta el punto de considerar la autosuficiencia como elemento constitutivo de la independencia estatal, ahora la infraestructura se resquebraja ante exigencias prácticas de leyes objetivas del desarrollo económico. No es que el Estado haya decidido ser bueno y colaborar solidariamente en una positiva cooperación internacional, sino que, de permanecer aislado, fenece. Cuando se habla de expansión mundial del comercio internacional se constata la existencia real de una multiplicidad de factores económico-sociales para dinamizar la inevitable expansión más allá de toda frontera estatal.

La incidencia de este fenómeno rebasa las relaciones políticas entre Estado hasta el punto de romper el modelo dividido ideológicamente de la guerra fría y de la coexistencia pacífica. Y, desde luego, trasciende de manera impetuosa las relaciones mercantiles privadas, con los usos mercantiles formados a manera de un Derecho espontáneo (la *Lex mercatoria*). Pero también son las materias civil, laboral, fiscal, etc., las que quedan afectadas por la dinámica internacional. Basta pensar en el protagonismo de las sociedades multinacionales en todos estos diversos sectores del Derecho internacional privado.

Uno de los elementos decisivos en el desarrollo son los avances tecnológicos, especialmente los medios de transporte y comunicaciones y, en nuestro tema, los de información y aplicación de la ley extranjera.

El comercio internacional de nuestros días impone una nueva infraestructura económica de concentración de capital que queda patente en las agrupaciones de grandes empresas que, con frecuencia, implican integraciones no reducidas por fronteras estatales. Así mismo está condicionado por el continuo y

vertiginoso desarrollo de las técnicas de producción, transporte e información que obligan, de por sí, a una amplia cooperación internacional científica e industrial. El efecto inevitable es la exigencia de expansión de mercados a nivel mundial. Es evidente que este fenómeno no queda reducido a un nivel cuantitativo de desarrollo económico, sino que incluye toda una compleja urdidumbre de interrelaciones sociales y políticas.

De aquí que, conforme indicamos antes, cuando afirmamos las exigencias prácticas de la expansión mundial del comercio internacional, nos referimos también a las nuevas necesidades sociales que llegan hasta la configuración expansiva del trabajo e incluso a transformaciones profundas en la estructura familiar. Y, desde luego, a la irrupción de nuevas tecnologías en la información y cooperación internacional en los procesos judiciales y extrajudiciales.

2.3. *Las Organizaciones económico internacionales*

Un factor que coadyuva de manera decisiva en la actuación del proceso general y de manera incisiva en el desarrollo de nuevas técnicas de comunicación, es la aparición en la escena mundial de las Organizaciones internacionales y especialmente las de base económica que llegan a constituir instituciones supraestatales. Es válido afirmar que las Organizaciones internacionales son, en buena medida, un efecto objetivo de los nuevos condicionamientos del desarrollo económico social e, incluso, una exigencia de política internacional, pero, a su vez, es una realidad comprobada que desempeñan el papel de instrumento adecuado para impulsar la cooperación mundial.

Ahora bien, hablar de las Organizaciones internacionales no supone reducirnos a un término unívoco. Las Organizaciones internacionales compenden hoy un complejo mecanismo de cooperación internacional inserto en distintos planos de actualidad, con estructuras variadas y con fines generales u objetivos concretos muy diversos. Es difícil englobarlos en una visión panorámica. A modo de síntesis, podríamos poner de relieve algunas perspectivas que nos interesan a nuestro tema, salvando los grados de intensidad y alcance diferentes en una y otras instituciones actuales. Acaso podríamos destacar la utilización de la opinión pública, en el doble sentido indicado al principio, el desarrollo de las técnicas de información, las soluciones pragmáticas, evitando en la medida de lo posible planteamientos dogmáticos sin conexión con la realidad social y la mayor aproximación a relaciones directas con la sociedad humana concreta. Finalmente, no se puede olvidar que hay, en cierto modo, una conexión implícita entre los diversos planos y naturalezas diferentes de la multiplicidad de Organizaciones internacionales por dinamizar y complementar sus respectivas actuaciones (20).

(20) DIETRICH SCHINDLER: *Contribution a l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du Droit international*, en *R. des C.*, 1933-IV, n.º 46, p. 260. JULIUS STONE: *Problems confronting*

En el plano universal y político la Organización de las Naciones Unidas es el ejemplo culminante de la relación dinámica de la opinión pública en la doble función de conciencia colectiva de la humanidad (Aerópago mundial) y procedimiento peculiar de sanción jurídico internacional(21). Pero la ONU aborda otros campos no directamente implicados en las relaciones políticas interestatales y en un orden de mayor sedimentación jurídica. Es la misión fundamental de su Comisión jurídica. Aquí también se introduce un enfoque novedoso: Junto a la labor conservadora de codificación del Derecho existente, la Comisión emprende una función de promoción del desarrollo de nuevos Derechos acordes con las situaciones actuales. Esta función de progreso comprende la proyección de un Derecho convencional avanzado. La ONU no reduce esta función a la Comisión Internacional de Derecho, sino que se realiza a través de Resoluciones, Declaraciones programáticas, etc., que se formalizan, bien en el seno de Organismos institucionalizados en el seno de la ONU (OIT, UNCITRAL, etc.), o bien por la formación de grupos de trabajo en una materia específica.

Es en este ámbito donde cobra forma la estructuración del Nuevo Orden Económico Internacional, la formalización de Códigos de buena conducta en materia que afecta directamente al Derecho internacional privado como hemos resaltado en las actividades de las sociedades internacionales (22).

En la materia de nuestro estudio alcanza mayor interés la intervención de las Organizaciones e instituciones internacionales de carácter regional, que tienen objetivos más específicos y mayor grado de integración. Esta iniciativa de límites más modestos, se desarrolla en varios continentes de manera paralela y pueden, a su vez, influir recíprocamente. Así veremos como dentro del marco de la Organización de Estados Americanos se van a promover una serie de Convenios internacionales en la cooperación judicial y en la prueba de información de la ley extranjera. Pero es en el Consejo de Europa donde se marca la nueva trayectoria del progreso técnico en la comunicación informativa al respecto.

En definitiva, se trata de posibilitar de manera pragmática la necesaria instrumentación informativa que abra camino efectivo a la integración comunita-

sociological enquiries concerning International Law en *R. des C.*, 1956-7, n.º 89, pp. 99 y ss; H. MORGENTHAU: *Politics among Nations*, 3.ª ed., 1960 etc. Vid A. PEREZ VOITURIEZ: «Incidencias de la opinión pública...», *op. cit.*, p. 643.

(21) A. PEREZ VOITURIEZ: «Incidencias de la opinión pública...», *op. cit.*, pp. 649, 650. La opinión pública real llega a la ONU a través de medios informativos creados por órganos especializados en materias concretas utilizando diversas técnicas (Encuestas, visitas, información directa de peticionarios, etc.) y a través de notas oficiales estatales directamente al Secretario General de la ONU etc. *Id.* p. 670. MURILLO FERROL: «La Organización de las Naciones Unidas y la opinión pública española», en *ONU*, año XX, pp. 95 y ss., PAUL GUGGENHEIN: «L' Organisation de l'opinion publique dans la communauté internationale en *Annales d'Etudes internationales*, Ginebra 1970, pp. 160, 161.

(22) A. PEREZ VOITURIEZ: *Las sociedades multinacionales...*, *op. cit.*, pp. 45 a 48; ROBER EMMETT TINDALL: *Multinational Enterprises*, Leiden 1975, p. 261.

ria. De aquí que no sorprenda encontrar en el Derecho comunitario Directivas especialmente orientadas a establecer comunicaciones directas entre autoridades de diferentes Estados y a promover la utilización de técnicas eficaces en la información recíproca. Así, en materia de protección del consumidor se entiende que no basta con la redacción de un corpus de legislación comunitaria sino que es primordial la concertación y la cooperación directa entre las autoridades encargadas de la aplicación de esta legislación (23).

2.4. *Efectos reflejos en la formación de un nuevo modelo normativo*

En los epígrafes anteriores hemos puesto de relieve el desarrollo y estructura normativa del llamado Derecho internacional privado clásico en el que surge el problema de la información y aplicación de la ley extranjera. Así mismo hemos observado la crisis del sistema clásico y los factores que la han producido. Se trata de circunstancias que exigen un cambio estructural en las relaciones internacionales y son expresión de un amplio desarrollo tecnológico en el campo de la cooperación internacional sobre el que nos detendremos más adelante. Ahora queremos reflexionar acerca de los efectos que coherentemente deben producir en la transformación normativa. Dicho de otra manera, cuáles sean las reglamentaciones y los criterios doctrinales más acordes para adaptarse a aquellas transformaciones.

No se trata de ningún examen exhaustivo de la doctrina actual, sino de acercarnos un poco a las nuevas líneas de orientación de las concepciones realistas del Derecho internacional privado y, en todo caso, aportar algunos elementos distintos de fundamentación al tema específico de la aplicación de la ley extranjera.

2.4.1. Nuevos planteamientos doctrinales

Una de las valiosas aportaciones actuales la encontramos en el planteamiento filosófico de Batiffol, en el que se rompe el aislamiento teórico de las doctrinas clásicas entre la naturaleza de la ley extranjera y la aplicación procesal, al buscar una explicación teórica de la diferencia de naturaleza jurídica entre la *lex fori* y la *lex civilis causae* y cómo aparece el tema de la información en el mismo centro funcional de la norma de conflicto. En epígrafes anteriores también hemos observado que se dan en la actualidad una serie de factores reales que impulsan y exigen una transformación en el desarrollo de la cooperación internacional.

(23) A. PEREZ VOITURIEZ: «La normativa comunitaria de protección de los consumidores. Su desarrollo y adaptación del Derecho español», en *II.ª Jornadas sobre los Derechos de los Consumidores*, Gobierno Autónomo de Canarias, Tenerife 1989.

De todo ello se infiere que podamos afirmar que hoy en día emerge en la doctrina del DIPr. una nueva filosofía que, con diferentes matices, plantea la problemática general de la aplicación de la ley extranjera en otras coordenadas, en la efectiva cooperación internacional. Poco a poco, se va sacando de los esquemas jurídico-formales unilaterales, de la dimensión estatal aislada, para iniciar el camino de un planteamiento autonómico. Acaso podríamos observar una cierta aproximación realista al avanzado planteamiento hecho por WENGLER en la última edición de su magna obra, al conectar el tema con la problemática de la colaboración internacional entre autoridades y sostener, como bien destaca LALIVE, que: «Cuando el Estado del foro atribuye la aplicación de reglas de comportamiento de la ley extranjera y ejecuta las sanciones, efectúa, según WENGLER, una especie de “asistencia judicial” al Estado extranjero de quien aplica su ley, al menos cuando el juez de ese último Estado aplicaría su propia ley a la misma situación... Habría una cierta analogía con la colaboración judicial internacional que implica el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.» (24)

Con ello llegamos a otra nota característica de la doctrina actual, que consiste en buscar medios prácticos para la resolución del tráfico externo. Cuestión que nos interesa destacar porque tiene relación directa con la materia de información del Derecho extranjero. El planteamiento de WENGLER facilita traspasar el velo que la doctrina venía poniendo en la comunicación entre autoridades para la información de la ley extranjera. Hemos visto cómo, a diferencia de la cooperación judicial, en el conocimiento del Derecho extranjero se hacía un rodeo, a través de dictámenes de abogados, de comentarios de instituciones privadas, o de certificado de las autoridades de la *lex fori*, antes de ir a la fuente oficial. Ahora se rompe el impedimento con la relación directa. Ciertamente que hay que aludir, como curioso antecedente, a la aportación siempre valiosa del profesor de la Sorbona J.P. NIBOYET al tratar del por él denominado, «conflicto de autoridades». Es acertado el planteamiento de NIBOYET porque sale fuera de los dogmatismos utópicos, partiendo de un enfoque realista y sobre el principio de la «eficacia de los derechos». Su fundamentación la hace en el capítulo dedicado a los actos de colaboración entre las autoridades respectivas:

«A pesar de su independencia, los Estados son, en cierta medida, solidarios unos con los otros. Se puede afirmar que esta solidaridad está en función misma de su independencia y que se desarrolla en relación directa de ésta.» «Los Estados independientes... tienen absolutamente necesidad unos de otros y, cada vez más, en la proporción y medida que las relaciones internacionales se encadenan progresivamente.» La soberanía hace —nos viene a decir NIBOYET— límite en la frontera con la actividad de sus autori-

(24) A. PEREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., pp. 209-210; op.cit., HENRI BATIFFOL: *Aspects philosophiques du Droit International Privé*, París 1956; W. WENGLER: *The general principles of Private International Law*, en *R. des C.*, 1961-III n.º 104, pp. 273 y ss.

dades: «... Y, sin embargo, la vida no se para en las fronteras; son numerosos los actos a realizar del otro lado, que son de absoluta necesidad.»

Inmediatamente constata que no hay ninguna obligación internacional, a menos de la existencia de tratados, para efectuar esta solidaridad y de ahí precisamente la conveniencia de que, desde las propias esferas internas se plantee la posibilidad efectiva de colaboración, no sólo por la vía diplomática, sino por la reciprocidad y por la espontaneidad.

Es más, NIBOYET se anticipa, en cierto modo, a la filosofía actual, al comprender el dilema que plantean los mismos presupuestos de la fundamentación territorialista de los Ordenamientos jurídicos estatales: «Nos encontramos encerrados en un verdadero dilema, puesto que las autoridades interesadas de uno de los países no tienen poder en el territorio del otro, mientras que, por otra parte, el asunto no interesa a las autoridades del último país, de manera que, finalmente, «aucune d'elles n'est vraiment compétente.» Su planteamiento realista toma cuerpo en la proposición de medidas de cooperación internacional prácticas en materia penal, civil, fiscal y de toda clase de informaciones diversas: «Cada vez más y en diversas materias, las administraciones de ciertos países se comunican informaciones, bien sea espontáneamente, bien por efecto de acuerdos internacionales.» En este sentido destaca la colaboración establecida en las Uniones internacionales de comercio, de la propiedad industrial, literaria, etc., especialmente cuando se crea una oficina internacional que actúa como centro de información (25).

Con matizaciones diferentes, PIERRE ARMINJON avanza por el camino de facilitar la cooperación internacional en la búsqueda de la solución justa. Superando los planteamientos teóricos de internacionalistas y nacionalistas, su enfoque es realista. El legislador estatal aplica la ley extranjera —nos viene a insistir— «... simplemente porque estima que la solución así obtenida es la más conveniente, dadas las circunstancias del caso». El juez debe conformarse en la aplicación de la ley extranjera al sentido e interpretación dada en el país originario, aunque es difícil que coincida absolutamente. De ahí que comprenda que, en definitiva, «la solución dada resulta de la combinación de la ley extranjera y de la *lex fori*». La consecuencia en orden a la información es que el juez deberá analizar cuidadosamente los textos de la ley extranjera. Pero no es suficiente con la traducción y verificación de la vigencia de su contenido, sino que el juez deberá hacer su propia interpretación. Para el debido conocimiento del contenido, sentido y alcance el juez podrá recurrir a diversos medios de información sobre los que apreciará discrecionalmente su valor: Obras publicadas por jurisprudencias... informaciones remitidas, sea por los cónsules nacionales acreditados en el país donde la ley esté en vigor, sea por instituciones que fun-

(25) *Id.*, pp. 210-211, Cit. J.P. NIBOYET: *Traité de Droit International Privé*, T. VI, París 1949, pp. 110-116-123.

cionen como una Cámara de comercio, sea por los tribunales de ese país, a través de comisiones rogatorias... sin olvidar las colecciones de jurisprudencia.

También hace expresa referencia a las instituciones de Derecho comparado (La Société de Legislation comparée, el Institut öffentliches Recht de Berlín, el Instituto di Diritto comparato de Roma, l'Office permanent de documentation juridique internationale de La Haya) y, a nivel estatal, considera que debería ser un deber de todos los Gobiernos proveer a los magistrados y a las partes de medios prácticos para facilitarles los textos legales y jurisprudenciales extranjeros. Para ello convendría crear, en todos los países, instituciones análogas al Office de Legislation étrangère, instituido en el Ministerio de Justicia de Francia (Ley de 26-XI-1908 y Decreto 21-VII-1910). Al igual que NIBOYET, invoca el modelo creado por convención internacional para las Uniones internacionales, la de un Bureau internacional que tuviese la función de expedir certificaciones sobre el contenido de las leyes, costumbres y jurisprudencia de varios países. Es importante para nuestro tema destacar la conclusión a que llega al suponer que con estos procedimientos de información se lograría un nivel de conocimiento de la ley extranjera igual que la nacional «... la raison toute pratique sur laquelle se fonde». Las teorías que asimilan la ley extranjera a los hechos..., «n'existerait plus» (26).

Se podría afirmar que en la doctrina de estos autores se encuentran implícitas las realizaciones más positivas de nuestros días. Si en las décadas de los 40 a los 60 se anticiparon a la jurisprudencia y al Derecho convencional del momento, avistando con imaginación, desde dentro de las barreras de la territorialidad soberana, la posibilidad real de superar el aislamiento, mediante la cooperación de las autoridades oficiales en la información fehaciente de la ley extranjera, ahora la doctrina actual, incluso de los mismos autores, como es el caso de BATIFFOL, no necesita más que seguir la descripción de los avances positivos en la jurisprudencia progresiva y en las soluciones efectivas del Derecho convencional internacional. «La rapidez de comunicación, la aparición de nuevos medios de trabajo y de información, una mejor formación de juristas en general en Derecho comparado ha transformado radicalmente el problema de la implantación del Derecho extranjero aplicable.»

La dificultad del conocimiento de la ley extranjera ya no se plantea como argumentación decisiva en los debates acerca de la naturaleza y aplicación de la norma de conflicto y el problema se traslada, más bien, al grado de libertad interpretativa en la aplicación de su contenido, ¿Habrà de someterse al sentido estricto marcado por la jurisprudencia extranjera o podrá decidir discrecionalmente? La doctrina actual, siguiendo en gran medida las actuaciones prácticas del derecho positivo y de la jurisprudencia, se plantean cuestiones más sutiles acerca del sentido y alcance de la ley extranjera, tales como el de la ponderación

(26) *Id.*, pp. 211-212, Cit. P. ARMINJON: *Précis du Droit International Privé*, T. I, París 1947, pp. 28-29-402-403.

de los criterios de su constitucionalidad, de la compatibilidad con tratados con terceros Estados, etc.

Finalmente, como veremos en epígrafes posteriores, los nuevos medios de cooperación internacional en la información de la ley extranjera, comienzan a incidir en la reflexión teórica de la naturaleza y valoración procedimental de la aplicación e interpretación obligatoria de la ley extranjera. Así lo podemos observar en el *Juris Classeur* o en monografías puntuales, como es la de BRULLIARD (27).

2.4.2. Fundamentación sociológica: teoría de los hechos notorios

Al afirmar que con la utilización de los procesos institucionalizados de la cooperación internacional actual se consigue una estructura más igualitaria que de seguir cada Estado con sus medios técnicos internos de información del Derecho comparado, hemos transcendido al plano de la fundamentación sociológica. En lugar de encerrarnos en deducciones de axiomas apriorísticos y abstractos de la soberanía estatal absoluta, andamos en medio de la realidad tangible y utilizamos criterios siempre relativos, condicionados a su efectividad.

En las doctrinas clásicas del Derecho internacional privado se distinguen fundamentos distintos a la información y aplicación de la *lex fori* y de la ley extranjera. Se parte de criterios abstractos normativistas de expresión de la soberanía. Pero debajo de sus formulaciones se pueden encontrar razones prácticas e intereses concretos que la justifican. Partiendo de una fundamentación sociológica en el estado actual de desarrollo de la técnica de información, acaso podamos encontrar explicaciones comunes, que sirvan para justificar conjuntamente la aplicación del Derecho interno estatal y el Derecho extranjero. MORON PALOMINO encuentra la fundamentación de la aplicación de oficio del Derecho por la autoridad judicial en la teoría de los hechos notorios que, a nuestro entender, podría aplicarse analógicamente, como fundamento jurídico de la necesaria utilización de la cooperación internacional.

La aplicación del Derecho interno se basa en una serie de principios de lógica jurídica que, a su vez, hallan una explicación sociológica, que justifica su obligatoriedad social. Entre ellas, nos interesa insistir en la mencionada teoría, en cuanto sirve de fundamentación común en el plano interno y de la cooperación internacional. En la esfera interna puede afirmarse que la teoría de los hechos notorios está implícita en la explicación tradicional, de los procesos originarios de publicidad normativa: Fue la base de los bandos municipales a bombo y platillo y, en general, la exigencia de la publicación en un órgano oficial, el Boletín Oficial del Estado, de posible conocimiento por todos los ciudadanos. Es cierto que en la actualidad el Ordenamiento jurídico de un Estado es tan

(27) *Id.* p. 212, P. LALIVE: *Tendances et méthodes en Droit international Privé*, en *R. des C.*, 1977-II n.º 155, p. 228; G. BRULLIARD: *La Convention Européenne du 7 juin 1968 relative a l'information sur le droit étranger et l'influence qu'elle peut avoir sur l'application de la loi étrangère dans la nouvelle procédure civile*, *Doctrines* 1973 n.º 2.580.

complejo que sólo una minoría elitista y profesional puede seguir el hilo de su continuo cambio de contenido y de orientación. No obstante, el principio de que la ignorancia y el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento, sigue vigente en todos los Estados.

Sin invalidar el principio se establecen soluciones específicas que tratan de aproximar la información y el ejercicio de su aplicación práctica a los condicionamientos complicados de la normativa general. Así las leyes especiales, los organismos de información intermediaria, boletines de asociaciones profesionales, etc. La misma aplicación judicial procede, en casos complejos, a nombrar jueces especiales. La notoriedad de las normas jurídicas se hace efectiva por la posibilidad técnica de acceder a su información. La contrapartida de esta relación es el imperativo de la aplicación de oficio del Derecho vigente por el juez. La complejidad y especificidad del Derecho actual queda compensada por la depurada sistemática expositiva de los Códigos modernos, respecto a las recopilaciones cronológicas de antaño. Pues bien, trasladando estas reflexiones a nuestro tema, parece obvio que se quiten barreras jurídico-formales que excusaban la aplicación de la ley extranjera por carencia de información. En su momento observamos hasta qué grado las teorías y los axiomas jurídicos que negaban la aplicación de oficio del Derecho extranjero por el juez, tenían su razón de ser en unas situaciones de la cooperación internacional y en una cota de infradesarrollo de la técnica de la información, que hoy han desaparecido.

Con todas las limitaciones que aún perviven, se puede afirmar que el nivel de información del Derecho extranjero no tiene por qué envidiar al existente en la esfera interna estatal. De la misma manera que, en general, puede producirse el fenómeno de mayor acercamiento en el transporte y comunicación internacional entre grandes ciudades que entre villorrios aislados dentro de un mismo Estado, hoy puede encontrarse mayor facilidad para el conocimiento de una ley extranjera, debido a las técnicas de información directa de la cooperación internacional, que el conocimiento exhaustivo de su propio Ordenamiento jurídico, complejo y abstracto por un juez de un pueblo aislado.

Una reflexión que subyace en nuestro análisis es el del cambio efectivo de los factores que impedían la aplicación del Derecho extranjero. Siguiendo el razonamiento, el principio *Iuria novit curia* no cubría la obligatoriedad de aplicar el Derecho extranjero porque era desconocido, no era notoria su existencia y contenido vigente al juez del fuero. Incluso era difícil, y en frecuentes casos imposible, llegar a tener adecuada información. De aquí que quedara relegado a la alegación y prueba de las partes. Pero ya no ocurre esto. Se han institucionalizado procedimientos efectivos para su información. Conforme indica FERNANDEZ ROZAS se ha iniciado la corriente «... Hacia la creación de un procedimiento que evite los perjuicios que la pasividad del juez pueda ocasionar y que facilite las dificultades inherentes al conocimiento del Derecho extranjero.» Este cambio de situación debe reflejarse en la expresión teórica, en el imperativo de la aplicación de oficio del Derecho extranjero. El juez tiene la posibilidad de informarse directamente. Puede obtener de otro Estado una respuesta concreta,

imparcial y objetiva sobre la norma que pretenda conocer (art. 7.º Convenio de Londres) (28).

2.4.3. Límite variable de la cooperación internacional

En síntesis podríamos afirmar que la aplicación de la ley extranjera, en cuanto encuentre una vía adecuada de información de su contenido, habrá que equipararla a la naturaleza vinculante de la *lex fori* y que estructuralmente esta situación se produce dentro del marco institucional de la cooperación internacional actual. Insistimos que hoy se ha pasado de una estructura de yuxtaposición a otra de cooperación internacional, pero, a su vez, es necesario advertir diferentes esferas de intensidad solidaria. Con independencia de los factores de política internacional, es incuestionable la división en grandes bloques regionales con una cohesión interna superior a las relaciones de coexistencia exteriores. Así prestamos especial atención a los Estados socialistas, la Comunidad Europea y la Latino Americana. De ello podríamos inducir un criterio relativo de cooperación internacional, correspondiente al grado de integración de la respectiva comunidad internacional regional. La comprensión de este complejo y variable fenómeno nos muestra el carácter relativo y variable de las limitaciones de utilización de la cooperación internacional. En principio parece que se podría, incluso, establecer una escala de interferencia de la cooperación internacional sobre las vías internas unilaterales. Así, cuando exista una institucionalización convencional, como en el seno del Consejo de Europa, ésta desplaza a todo otro proceso de información, en cambio, cuando la cooperación no aporta un grado conveniente de institucionalización eficiente, habría que proceder a la utilización plural de diferentes sistemas.

Pero es difícil establecer una delimitación estática, porque la cooperación internacional extiende continuamente su campo de aplicación. Habría, más bien, que partir de un planteamiento dinámico que agotara al máximo las posibilidades de la cooperación institucionalizada y, a su vez, incentivara en los casos de deficiencia, su mayor desarrollo. De todas maneras, en una visión realista, los límites de la cooperación internacional existen, hasta tal punto, de que todavía se puede plantear el problema de la imposibilidad de acceder a la información de un Ordenamiento jurídico extranjero y, por ende, la necesidad de sustituir su contenido por el de la *lex fori*, o por la teoría del Derecho más próximo, o la alternativa de la abstención. Acaso habría que entender que estas situaciones, cada vez, deben ser más excepcionales y siempre el último resultado, tras un positivo esfuerzo de intentar obtener la debida información de su contenido y vigencia (29).

(28) *Id.* pp. 228 a 230, J.C. FERNANDEZ ROZAS: *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho Internacional Privado*, Oviedo 1984, p. 225.

(29) *Id.*, pp. 230, 231.

II. APORTACIONES TECNICAS DE COOPERACION EN EL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL

Centrando el tema en las coordenadas generales, tanto en la fijación histórica de su planteamiento problemático, como con las correlaciones de los factores de desarrollo actual y las doctrinas más avanzadas, ahora hemos de entrar en el análisis más pormenorizado de las aportaciones técnicas peculiares de nuestros días que primordialmente se refieren al Derecho convencional internacional en la materia de información y aplicación del Derecho extranjero.

Tampoco aquí podremos ser exhaustivos, pero sí más concretos en la descripción y valoración de los actuales procedimientos de la cooperación internacional. En este sentido conviene advertir de dos criterios tenidos en cuenta en la sistemática expositiva:

- En primer lugar partimos de la constatación de una paralela evolución entre la cooperación judicial internacional y el procedimiento de información y aplicación legislativa. Insistiremos en la interrelación, sin mengua de indicar sus diferencias.
- Junto al estudio nuclear del Convenio de Londres de la información y sus posteriores actualizaciones, también comprenderemos los otros procedimientos, desde la vía diplomática hasta las instituciones no estatales de cooperación en la información.

1. Técnicas directas de comunicación

A diferencia de la fase anterior del Derecho internacional privado donde la información de la ley extranjera es realizada por técnicas indirectas, en cierto modo privatizadas, de dictámenes de peritos extranjeros y la cooperación judicial seguía —pensemos en las comisiones rogatorias— un lento circunloquio diplomático, hoy se produce una innovación tecnológica importante: la técnica directa de comunicación. Con diversas matizaciones que tendremos ocasión de observar, este nuevo modelo de procedimiento se inicia en la cooperación judicial, cuestión que podría extrañar, debido a su secular supeditación al principio de la territorialidad estatal y concebirse como reflejo jurídico de la soberanía.

1.1. *La cooperación judicial internacional*

La correlación entre la competencia judicial y legislativa se extiende al campo de la cooperación internacional. GONZALEZ CAMPOS acierta cuando afirma, desde un enfoque estructuralista que el paralelismo entre el juez y la ley se extiende «al proceso de la codificación internacional iniciado primero en América, proseguido más tarde en Europa en el marco de la Conferencia de

La Haya de Derecho internacional privado» (30). Lo que ocurre hoy, a diferencia de épocas anteriores en donde se estudió durante siglos los conflictos de leyes con olvido de la competencia judicial internacional (31) es que se insiste, acaso con mayor intensidad, en la cooperación judicial.

Esta diferente actitud es, por demás, razonable porque el legislador estatal no necesita de la concertación internacional para extender su competencia legislativa, incorporando la aplicación de una ley extranjera a través de la remisión de su propia norma de conflicto, ni tampoco el juez para su información del contenido. Así hemos visto cómo precisamente la primera fase se caracteriza por la utilización de procedimientos indirectos, dictámenes de jurisperitos, llevados a la práctica incluso de manera privada por la contratación de las partes para su alegación y prueba, o, también, utilizado por la vía consular. En cambio en el plano jurisdiccional se produce, desde el principio, la ineludible exigencia de una concertada cooperación internacional. En la medida en la que aparece la más elemental convivencia de comunicación judicial más allá del territorio estatal, se desarrolla el Derecho convencional internacional en la materia. Así surgen las comisiones rogatorias para tramitar en el proceso la prueba documental o testimonial a efectuar en el extranjero con la cooperación de la correspondiente autoridad.

A pesar de estos matices diferenciales, podemos destacar en la fundamentación de la cooperación internacional de ambas funciones, desde el principio, un cierto paralelismo metodológico. En este sentido se pueden distinguir diversas fases:

Una primera etapa donde predomina la vía diplomática de la comunicación. Es el procedimiento seguido en las Convenciones de La Haya de 1896, 1905 y 1954. En la primera, conforme indica Droz, la vía de transmisión escogida, la pesada vía diplomática, se acomoda a la lentitud de las comunicaciones internacionales de la época. En la de 1905 y 1954 se innova el procedimiento al admitir que cada Estado pueda ejecutar las comisiones rogatorias por sus propios agentes diplomáticos o consulares, con lo que se agiliza la lenta tramitación de la vía diplomática tradicional. Será también este procedimiento el que se aplique, por primera vez, al plano de la información oficial de la ley extranjera en el Código de Bustamante, según insistiremos más adelante.

En el Convenio de La Haya de 15-XI-65 sobre notificación de actos judiciales y extrajudiciales al extranjero en materia civil y comercial se da un avance procedimental parejo al desarrollo de la técnica de telecomunicación. La innovación en el mecanismo de transmisión consiste en la creación por cada Estado de una autoridad central encargada de la recepción de la petición extranjera.

(30) J.D. GONZALEZ CAMPOS: *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative*, en *R. des C.*, 1977-III, n.º 156, p. 265.

(31) *Id.*, p. 238.

Para facilitar el control de la autoridad central y la información al destinatario se establece que las notificaciones sigan una fórmula modelo inserta en el anexo al Convenio escrita en francés o inglés y comprenda los elementos esenciales del acto a notificar. «La transmisión por vía de autoridad central es, de hecho, mucho más rápida que la transmisión por vía consular, puesto que, en la práctica, las autoridades centrales se constituyen en gabinetes especializados de los Ministerios de Justicia o de Asuntos Exteriores, cuyos funcionarios se vuelcan en las relaciones internacionales.»

Desde entonces, este procedimiento de transmisión va a generalizarse en el Derecho convencional internacional. Así se implanta en el Convenio de 18-III-70 sobre la obtención de pruebas en el extranjero, y en la de 25-X-80 sobre asistencia judicial. Por su parte en el Derecho convencional americano, concretamente en los Convenios de Panamá, recogen esta disposición, pero se encarga la autoridad central del país de destino. Para agilizar más la tramitación se consideró que resultaba más adecuado que la autoridad central del país de origen controlara la salida de las cartas rogatorias dirigidas al extranjero, con el fin de revisar que contengan todos los elementos necesarios para su cumplimiento. Finalmente conviene recordar que todos estos Convenios dejan paso libre a la utilización de otros procedimientos (diplomático, consular, postal, comisionados, etc.) y no tienen carácter obligatorio, ni siquiera implican el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requerido, ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictan (32).

Esta iniciativa de la cooperación judicial internacional también se produce en el ámbito comunitario europeo y se efectúa de manera primordial en materias de unificación de reglas de competencias judiciales y ejecución de sentencias extranjeras. No cabe duda de que el Convenio de Bruselas de 1968, de 27 de noviembre, «complementario» del de Roma, y el de Luxemburgo de 9-X-1978, son las raíces de las nuevas transformaciones. Aún cuando no afecte directamente al tema de la información legislativa, interesa destacar dos aspectos:

Por una parte la simplificación de las formalidades en el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales, contemplada ya en el Tratado de Roma (art. 220 d) y en el Convenio de Luxemburgo que la doctrina considera constituye un hito singular en la historia del Derecho contemporáneo en cuanto a la interrelación entre los sistemas continental

(32) A. PEREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., pp. 106, 107; F.A.L. DROZ: *La Conférence de La Haye de Droit International Privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau permanent. Bilan et perspectives*, en *R. des C.*, 1980-III n.º 180, pp. 162, 164; RICARDO ÁBARCA LANDERO y otros: *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, Ed. Universidad Autónoma de México, 1982; TATIANA B. MAEKELT: *Conferencia especializada de Derecho Internacional Privado*, Caracas 1979, pp. 72 y ss. 83 y ss.

y anglosajón... con reglas de aplicación directa y con una terminología común uniforme (33).

Por otra parte hay que tener en cuenta una novedad importante en el proceso de aplicación para superar la distorsión interpretativa que con frecuencia aparece en la efectiva ejecución interna que produce una desarmonía real. Así en el Protocolo de 3-VI-1971 (inspirado en el mecanismo del artículo 177 del Tratado de Roma) la atribución a un tribunal internacional, por primera vez, de la potestad para interpretar con efecto vinculante un texto convencional para resolver los posibles conflictos en la aplicación por los órganos internos.

Del avance horizontal en la comunicación directa entre autoridades, establecida por Derecho Convencional general, se llega a un plano vertical, jerárquico, de supeditación unitaria en el Derecho comunitario europeo en lo que IGLESIAS BUIGUES ha bautizado de quinta libertad comunitaria (34).

1.2. *La cooperación interamericana en la información y aplicación de ley extranjera*

En alguna ocasión hemos descrito simbólicamente la trayectoria de perfeccionamiento y desarrollo técnico del Derecho convencional de la información de la ley extranjera como una ola atlántica que viene de América a Europa para volver a rebotar en América (35). En efecto, la primera formulación aparece en el Código de Bustamante, la segunda en el Convenio de Londres de 1968 y Protocolo de Estrasburgo de 1978 para volver a la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero de 1979, aunque esto culminara un amplio desarrollo iniciado en la reunión del Salvador de 1965 del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (36).

1.2.1 El Código de Bustamante (1928)

Por primera vez aparece en el Código de Bustamante la formulación del tema específico de la información de la ley extranjera, abordado dentro del Derecho procesal civil, pero con propia autonomía. Ciertamente que corresponde, según indicamos en epígrafe anterior, a una fase inicial de cooperación internacional, pero interesa detenernos en el análisis de su contenido. Al tema dedica el capítulo II, Reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras y compren-

(33) J.L. IGLESIAS BUHIGUES, M. DESANTES REAL: «La Quinta libertad Comunitaria: Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea» en la obra colectiva dirigida por E. GARCIA ENTERRIA; y J. D. GONZALEZ CAMPOS y otros: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Civitas, Madrid 1986, T. III, p. 713 Cit. A. PEREZ VOITURIEZ: *El procedimiento de información...*, op. cit., p. 60.

(34) *Id.*, pp. 712-713. A. PEREZ VOITURIEZ, *Id.* p. 61.

(35) A. PEREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., p. 107.

(36) *Id.*, p. 110.

de los artículos 408 y 413 inclusive. (Título octavo). En los dos primeros artículos se expresa el planteamiento tradicional de la información indirecta, pero, adelantándose en el tiempo, parte de la solución más progresista de la aplicación de oficio de la ley extranjera:

«Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda las leyes de los demás...» (art. 408).

«La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de los abogados en ejercicio en el país cuya legislación se trate, que deberá prestarse debidamente legalizada.» (art. 409).

La novedad se presenta en el artículo 410, que inicia la información directa:

«A falta de prueba, o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimasen insuficiente, podrán solicitar de oficio antes de resolver, por la vía diplomática que el Estado cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.» (art. 410).

Una lectura restrictiva, podría recordar la teoría de la prueba complementaria, pero enseguida vemos un matiz diferencial profundo, no se trata sólo de cuando la prueba apuntada por la parte se estime insuficiente, sino que también se plantea cuando falte la prueba. Pero lo decisivo, a nuestro entender, es que por vía diplomática se solicite al otro Estado un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable. Con ello se consagra la tramitación del informe directamente entre autoridades estatales.

En el siguiente artículo se perfila, aún más, esta peculiaridad, en cuanto se designan concretamente los órganos y autoridades:

«Cada Estado contratante se obliga, a suministrar a los otros... la información... y que deberá proceder de su Tribunal Supremo, o de cualquiera de sus Salas o Secciones, del Ministerio Fiscal o de la Secretaría o Ministerio de Justicia.» (art. 411).

Se anticipa el procedimiento y criterios de información que adoptarán los actuales Convenios internacionales en la materia. Es más, en todo caso, hay siempre una referencia a un órgano interno estatal competente en la elaboración, formulación o aplicación de su propio Ordenamiento jurídico, abandonando el sistema de aproximación privada de los dictámenes de jurisperitos y otras consultas no oficiales. Finalmente hay que valorar que se establece un orden jerárquico, en cuanto estos dos artículos se refieren al caso de actuación de juez para constatar, unificar, o suplir la ausencia de información aportada, a través del proceso tradicional.

Todavía hay más, el Código Civil de Bustamante alcanza una cota de mayor progresismo que los actuales convenios internacionales, y hasta que muchos

Ordenamiento jurídicos estatales, al equiparar al Derecho nacional la interposición de recursos de casación por infracción de ley extranjera:

«En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación, o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional.» (art. 412).

No hay ningún paliativo a su interpretación amplia e incondicional y se llega, incluso, a superar el criterio defendido por más de un autor y reflejado en amplia jurisprudencia comparada, de la no admisión de la aplicación de la ley extranjera, por primera vez, en el control de casación. Esto no se infiere sólo del presente artículo, en cuanto no establece ninguna excepción a la equiparación total con el derecho interno y la extensión a toda categoría de control de casación, sino del texto del siguiente artículo:

«Serán aplicables al recurso de casación las reglas establecidas en el capítulo segundo del título anterior, aunque el juez o tribunal inferior haya hecho ya uso de ellas.» (art. 313).

Queda patente, pues, que el Tribunal de Casación puede solicitar de oficio, por primera vez, la información de la ley extranjera por vía diplomática o, en el caso de que en otra instancia inferior se hubiera hecho, podrá repetir. Aquí lo que parece un tanto ilógico es que el Tribunal Supremo, en lugar de controlar la debida interpretación dada por el tribunal inferior a la información venida al proceso de la misma autoridad extranjera, repita ante ésta la petición de nueva información. Parece que una interpretación sistemática debe entender que sólo implica la posibilidad de aclaración complementaria a la información previa. El absurdo se plantearía en el caso de que la información posterior de la autoridad extranjera contradijera a la información dada al tribunal inferior.

En cuanto a nuestro tema lo importante es recalcar la posibilidad de que el Tribunal Superior aplique la ley extranjera mediante la solicitud, por primera vez, de su información a las autoridades extranjeras, aunque en las instancias inferiores no se hubiese planteado.

En una valoración de conjunto de la aportación del Código de Bustamante habría que añadir algunas consideraciones comparativas:

Por otra parte, es preciso admitir que entre las Legislaciones latinoamericanas de los Estados Partes hay una base jurídica común que facilitará la labor de la Comisión de juriconsultos de Rio de Janeiro de 1927 preparatoria del proyecto de Código. También se puede añadir que fue escaso el número de ratificaciones, que aminora su grado de efectividad, aunque de todas maneras vimos la inserción en el Orden jurídico interno, o su aplicación por la jurisprudencia, incluso en casos de Estados que no la ratificaron o lo hicieron con reservas.

Por su parte, que es indudable el reflejo de una pléyade de autores insignes que vivieron las perspectivas teóricas más progresistas de un planteamiento de técnica jurídica eficaz, innovador y predecesor de las actuales realizaciones (37).

1.1.2: Convenio Interamericano de información de la ley extranjera (1979)

Nuestra primera observación va en el sentido de comprobar cierta continuidad con el planteamiento del Código Bustamante, en cuanto a los medios de prueba:

La cooperación internacional en la materia de que trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente como por la del Estado requerido. Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención, entre otros, los siguientes:

a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales.

b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia.

c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.» (art. 3.º).

A pesar de que este texto es posterior al Convenio de Londres sobre la información de la ley extranjera, aquí sobrevive la fórmula del Código de Bustamante de amplitud de métodos probatorios de la ley extranjera. En el siguiente artículo se concretan las competencias de los órganos solicitantes:

«Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención podrán solicitar los informes a que se refiere el inciso c), del artículo 3.º.

Los Estados partes podrían extender la aplicación de esta Convención a la petición de informes de otras autoridades.

Sin perjuicio de lo anterior, serán atendidas las solicitudes de otras autoridades que se refieran a los elementos probatorios indicados en los incisos a) y b) del artículo 3.º.» (art. 4.º).

Si de la consideración del artículo anterior se induce la similitud con el Código de Bustamante, en cuanto a la posibilidad de utilización de los mismos medios de prueba, ahora parece que se unifica el procedimiento, en cuanto que no se incluye la participación de las partes, sino que siempre se alude expresamente a las «autoridades». Y, por otra parte, se amplía este criterio, no sólo a las autoridades judiciales propiamente dichas, sino que se extiende sin limitación, al utilizar el término indeterminado de «otras autoridades».

(37) *Id.* pp. 108-109-110. Cit. A. SANCHEZ BUSTAMANTE y SIRVEN: *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine* en *Rev. Sirey*, París 1929, pp. 4 y ss; A. LINARES: *Código de Bustamante de Derecho Internacional privado*, Caracas 1965, pp. 5 y ss; 131-132.

Finalmente, queda reservada a las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes la exclusiva utilización del procedimiento directo de los informes del Estado (art. 3.º párrafo c).

Hasta aquí podemos afirmar que, aparentemente no superan los criterios del Código de Bustamante, incluso que no se llega al nivel teórico alcanzado en el artículo 411, donde se establece la obligación de aplicar de oficio la ley extranjera en el recurso de casación. Más bien se insiste en el carácter de cooperación voluntaria que queda expresamente confirmada en el párrafo segundo del artículo 6.º, que libera al Estado informante de la responsabilidad de conformar la aplicación de su Derecho a la contestación proporcionada y al Estado solicitante a hacer aplicar el Derecho, según el contenido de la respuesta recibida.

Sin embargo, es precisamente en este nuevo planteamiento donde se inicia la modalidad actual de la cooperación internacional: Más que plantearlo en el campo jurídico formal, baja al campo de la agilización práctica de la técnica de comunicación. Es así como podemos comprobar la utilización de la misma técnica de los Convenios de Panamá y de las Conferencias de La Haya en materia de Derecho procesal y cooperación judicial. Esta técnica consiste en el establecimiento de una comunicación directa entre autoridades centrales sin necesidad de legalización.

Puede comprobarse en el artículo 7.º:

«Las solicitudes a que se refiere esta Convención podrán ser dirigidas directamente por las autoridades jurisdiccionales a través de la autoridad central del Estado requirente, a la correspondiente autoridad central del Estado requerido, sin necesidad de legalización.

La autoridad central de cada Estado Parte recibirá las consultas formuladas por las autoridades de su Estado y las transmitirá a la autoridad central del Estado requerido.» (art. 7.º).

Con este método se elude el tortuoso y lento sistema diplomático clásico, a la vez que se llega a la fuente originaria de la autoridad jurisdiccional que habrá de informar sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos. Con ello se evita el método, no fiable, de peritaje indirecto obtenido por los dictámenes de letrados. Se aplica también la fórmula de los otros Convenios internacionales, citados anteriormente, acerca de «los elementos esenciales del acto a notificar», que permite clarificar el contenido de la solicitud de información y precisar el texto de la respuesta (38).

«Las solicitudes a que se refiere esta Convención deberán contener lo siguiente:

(38) *Id.*, pp. 110-111. *Cit.* J.L. SIGUEIROS: «Resumen de los resultados obtenidos en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II)», en obra colectiva *Cooperación Interamericana*, pp. 679 a 681.

- a) Autoridad de la que provienen y naturaleza del asunto;
- b) Indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan;
- c) Determinación de cada uno de los puntos a que se refiera la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañadas de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión.

La autoridad requerida deberá responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible.» (art. 5.º).

Así mismo para mayor facilidad en la información rápida y adecuada:

«Las solicitudes serán redactadas en el idioma oficial del Estado requerido o serán acompañadas de una traducción a dicho idioma. La respuesta será redactada en el idioma del Estado requerido.» (art. 5.º, in fine).

Vemos, pues, que en la filosofía de este Convenio predomina el criterio de buscar soluciones prácticas que faciliten la información directa, adecuada a la peculiaridad específica de la ley extranjera, antes que la preocupación por los aspectos de fundamentación teórica de las cuestiones jurídico-formales referentes a la naturaleza y valoración de la ley extranjera. Se procura orillar los problemas de competencias internacionales, remitiendo la tramitación interna de cada Estado Parte a su respectivo procedimiento. Es en este sentido que hay que entender la insistencia en afirmar la voluntariedad de su cumplimiento. En lugar de pretender una obligatoriedad internacional se trata de promover la iniciativa estatal interna ante las facilidades de información directa. La metodología consiste en agilizar el procedimiento de la comunicación internacional que se eternizaba por la vía diplomática.

Si, conforme hemos indicado en epígrafes anteriores, la fundamentación real de las teorías que dificultaban la aplicación de la ley extranjera, estaban condicionadas por las carencias de técnicas de comunicación, ahora se configura el presupuesto contrario: Al agilizar los medios de información parece que será consecuente la transformación de las teorías, abriendo la espita a la argumentación lógica en favor de la aplicación de la ley extranjera como derecho, con sus prerrogativas y efectos consiguientes. Con mayor fortuna en su aplicación efectiva por los Estados Partes, entra dentro de la nueva fase de la cooperación internacional, en la que más que aferrarse a la solución teórica de los problemas de fondo, se busca la resolución equitativa y real.

Es un criterio común a las otras convenciones internacionales del Derecho procesal y civil, en la medida en que todas responden a las exigencias globales de específicas organizaciones internacionales. Pero, al mismo tiempo, es un punto de enlace entre el Código de Bustamante, que salta por encima del límite tradicional de la prueba de la ley extranjera por las partes, y el Convenio de Londres de 1968, que abandona, definitivamente, las pruebas indirectas para impulsar la institucionalización de la información directa entre autoridades ju-

diciales en la actual cooperación internacional. Lo paradójico es que, en el tiempo, el Convenio europeo le precede (39).

1.3. *La cooperación internacional europea en la información del Derecho extranjero*

El Consejo de Europa impulsa el tema de la información del Derecho extranjero de manera continua, hasta el punto de que, veremos más adelante, se va a producir una especie de efectos en cadena que trasciende del Derecho convencional internacional al Derecho comunitario europeo. Se inicia con el Convenio de Londres de 1968, se amplía y profundiza con el Protocolo de Estrasburgo de 1978 y se expande en la actualización de la cooperación internacional penal y la implantación de técnicas publicitarias en materias de Derecho comunitario europeo.

Más que una descripción de los diversos documentos convencionales y normativas comunitarias nos interesa aprehender las peculiaridades en los procedimientos de información. Ciertamente que no se produce ningún aislamiento, hasta el punto de la reciente adhesión a la Convención Interamericana y que se incluye entre sus Estados miembros a Colombia, pero aparecen nuevas connotaciones que la impulsan a una dinámica propia.

1.3.1. Convenio de Londres de 1968

La agilización práctica de la técnica de información directa es la nota predominante. Se parte de la innovación anteriormente analizada de la creación de autoridades centrales, pero se la institucionaliza con mayor precisión, distinguiendo diferentes funciones y reglamentando el procedimiento y la formulación del contenido de la información. Si deseamos realzar en síntesis los peculiares aspectos habrá que puntualizarlos:

Facilitar la rapidez de la información

No se trata de romper los esquemas estatales, sino de facilitar la información objetiva y adaptada a los condicionamientos concretos de cada caso. En la introducción del texto explicativo de la Comisión de expertos se destaca el objetivo de permitir a los tribunales de los miembros obtener rápidamente la información precisa y exacta sobre el Derecho extranjero. De aquí que se insista en la obligación de informar y en el derecho de pedir los datos de la ley extranjera. No se trata de irrumpir coaccionando la independencia del juez, forzándolo a la aplicación de la ley extranjera, sino de darles facilidades de acceso a su conocimiento. Este criterio predominante queda complementado con medidas específicas, como el modelo esquemático y concreto del contenido de la petición. La misma exigencia de que la petición se formule, o se acompañe de traducción

(39) *Id.*, pp. 112-113.

en el idioma del Estado requerido, sigue la pauta de buscar agilizar, de manera práctica, la posibilidad y rapidez de la información.

Con este enfoque práctico resulta que las consecuencias teóricas aparecerán en la esfera interna estatal de la mano de la jurisprudencia y de los autores que deduzcan nuevos planteamientos de estos supuestos. Podemos decir, en definitiva, que el Convenio de Londres sobre la información de la ley extranjera impulsa la posibilidad efectiva y práctica del conocimiento imparcial del derecho extranjero a través de la modernización de la técnica de la información. Con ello se dinamiza todo el proceso de aplicación de la ley extranjera. Ahora se puede afirmar contundentemente que se pasa al orden interno estatal toda la responsabilidad de su oportuna aplicación, sin excusa de carencia de información.

Condicionamiento interno de la obligación de informar

Es interesante observar, desde ahora, como la aplicación del Convenio produce un doble efecto interno en los Estados miembros: Engendra una obligación directa ad extra, el deber de responder a la petición de información y una facultad-deber ad intra en la posibilidad de organizar la transmisión de sus propias peticiones. De lo primero se desprende la obligatoriedad de designar el órgano receptor y los correspondientes efectos en la formulación de las respuestas.

Se establece, no obstante, un amplio margen de discrecionalidad en los procedimientos internos. Así en el artículo 6.º se da la posibilidad de que el órgano receptor escoja varias alternativas para formular la respuesta. En el párrafo 1.º se considera la hipótesis de transmisión a otro órgano estatal y oficial interno y en el párrafo 2.º, incluso, a un organismo privado o a un jurista cualificado. Y con ello estamos en otra flexibilidad, referida al mismo contenido de la respuesta, acordada en el artículo 7.º, en cuanto disfruta de un amplio margen de discrecionalidad, tanto por las fuentes de conocimiento (textos legislativos, decisiones jurisprudenciales, etc.) cuanto por la posibilidad de añadir comentarios explicativos.

Adaptación práctica a la estructura autónoma interna estatal

Al mismo tiempo que se adelanta en la comunicación directa, no rompe con el respeto a la organización actual de las competencias estatales soberanas, lo que da un matiz de moderación que queda patente en preceptos importantes:

— Expresa declaración en el artículo 8.º del carácter facultativo de la interna aplicación. Este artículo es concluyente en el respeto a la independencia de los jueces del Estado peticionario de la información. En el mismo sentido debe entenderse el carácter facultativo para la creación o designación del órgano de transmisión que puede tener diversas opciones: Designar uno o varios diferentes al de recepción; unificarlo con el de recepción y transmitirlo directamente por las autoridades judiciales.

—Efecto también de esta moderación es la no definición del término «autoridad judicial» por el Convenio (relación del artículo 3.º y del 2.º), sino que se remite al Derecho interno del Estado requirente, a cuyo través puede incluirse, según la interpretación inicial del Rappert explicativo, a los fiscales y a los notarios. Este carácter facultativo se extiende a la posibilidad de utilizar otros procedimientos complementarios (vía diplomática, Instituciones de Derecho comparado, etc.), e incluso, el Estado puede ignorar la utilización ad intra del convenio: Así podría no designar órgano de transmisión, ni atribuir competencia directa de información a sus autoridades judiciales (40).

1.3.2. Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero (Estrasburgo 1978)

Dentro del tono moderado del Convenio de Londres, se insiste, sin forzar, en la utilización ad intra del procedimiento de información. Se plantea, en efecto, una alternativa entre la aceptación del sistema del capítulo II y III, promoviendo que el Estado cree positivamente el órgano de transmisión y se extiende la competencia de formulación de peticiones a cualquiera otra autoridad o persona que actúe dentro de un sistema oficial de asistencia judicial, o de asesoramiento jurídico, por cuenta de personas económicamente débiles. Finalmente, se flexibilizan los requisitos procesales, al no exigir que se haya iniciado un proceso, sino admitirlo también cuando se prevea la instrucción de un procedimiento (art. 2.b y 3 b).

Actualización del Derecho convencional y Derecho comunitario

Podemos hablar ya del inicio de una tercera fase europea que pretende dinamizar la cooperación internacional a través de perspectivas futuras de informatización automática y de obligaciones comunitarias de publicidad.

En efecto, en la extensión al campo del derecho penal iniciada por el Protocolo de Estrasburgo, anteriormente indicado, se busca el logro de soluciones prácticas y en el plano de la integración europea se profundiza en las exigencias de publicidad en distintas materias.

De la misma manera que pudiera extrañarnos el protagonismo de la cooperación judicial internacional, ocurre ahora con los proyectos de simplificación, unificación y cooperación internacional activa en materia tan tradicionalmente territorialista como el Derecho penal. Podemos apreciar dos líneas de política internacional: La unificación codificadora a largo plazo del Derecho europeo en materia penal y la política, a corto plazo, de agilizar en la práctica la cooperación judicial en la materia. En este segundo sentido es de señalar que a partir de la reunión de Siracusa de 1984 y de Oslo de 1986 se establece un grupo de trabajo especializado que avanza en la preparación de un Anteproyecto de Convenio en el que, excluyendo determinadas materias de terrorismo ya

(40) *Id.*, pp. 121-122-123.

reglamentadas, se plantea el desarrollo progresivo de la metodología de la información directa extendida a un amplio campo de actuación.

La orientación del Protocolo adicional en materia de información del Derecho extranjero es su punto de partida, pero la medida revolucionaria en el procedimiento de la información es la aplicación de un sistema informático, concerniente a las comisiones rogatorias (sugerencia del Comité de expertos en la reunión de Estrasburgo de 1988) que habrá de materializarse en el acceso directo de las autoridades judiciales de un país a las informaciones registradas en ordenador de otro Estado miembro.

En lo relativo al derecho comunitario podemos citar una materia tan actual como es la protección al consumidor. Si en el plano de la fundamentación jurídico internacional los derechos del consumidor se vinculan al desarrollo de los Derechos humanos y concretamente a la Carta de protección del consumidor aprobada por el Consejo de Europa en 1973 y su aplicación comunitaria va a promover la toma de conciencia de la función social de los aspectos no económicos del consumo, la eficacia práctica depende en gran medida de la cooperación internacional en la información. Las nuevas tecnologías de la información son utilizadas por la Comisión de manera progresiva hasta el punto de proyectar la publicación de guías informativas al consumidor, e, incluso, informaciones periódicas sobre precios que faciliten su comparación y consejos prácticos. Un ejemplo importante en la normativa sancionadora de las condiciones abusivas del crédito en las ventas a plazos es la iniciativa (87/102 CE) del Consejo que pretende armonizar las condiciones generales y para ello establece la obligación de informar al consumidor del coste real del crédito.

2. Técnicas indirectas de comunicación

Una falsa imagen de la realidad quedaría reflejada si olvidásemos los procedimientos indirectos tradicionales, o que los valoráramos obsoletos y superados. La verdad es, por el contrario, que aquí también el desarrollo tecnológico ha incidido en su renovación y extensión. Ahora no es solamente la vía diplomática y consular quien avanza, sino también la llamada información no oficial, especialmente en la actuación prospectiva.

2.1. La vía consular

La innovación procedimental de la comunicación directa entre autoridades y órganos judiciales lejos de suprimir la vía diplomática y consular, la moderniza. El soporte de la comunicación y tramitación de la cooperación judicial en notificaciones, comisiones rogatorias, certificados de ley, es indudablemente la función consular. El Convenio de 5-X-1961 de La Haya en materia de legalización de los actos públicos y el de 15-XI-1965 sobre notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, suponen un giro en la función consular que conecta directamente con la autoridad judicial, elu-

diendo el lento procedimiento diplomático. Está en consonancia con la revalorización del papel jurídico consular en el desarrollo de la cooperación efectiva en el sector de la economía privada referente a las materias de Derecho civil y mercantil (art. 15 a 22).

Todo esto indica que, a partir de estos Convenios, la función consular se adapta a la localización de la información y facilita la cooperación efectiva (41).

2.2. *Desarrollo de Instituciones de Derecho comparado*

Hoy es un hecho mundialmente reconocido que en la expansión del ámbito de la aplicación práctica del Derecho internacional privado, además de los Estados y de las Organizaciones internacionales, hay que contar con el protagonismo directo del individuo y de las empresas que están en la base del desarrollo. La intensidad del tráfico externo es producido por las emigraciones sociales de carácter internacional, el desplazamiento masivo de turistas, las cuestiones de responsabilidad en materia de accidentes de circulación por carretera, en temas de inversiones extranjeras, de construcciones hoteleras, etc.

La exigencia de proceder a la información del derecho extranjero no es privativa de la función judicial, ni siquiera de las autoridades y funcionarios institucionalizados, sino que se extiende a la negociación contractual, a la prospección de las diferentes vías para plantear la defensa o acción más favorable a los respectivos intereses privados en conflicto.

Es tradición de algunos Estados facilitar la vía consular para la expedición a profesionales de la debida información a través de los certificados de ley así como otro medio privado muy generalizado es acudir a dictámenes de juristas en el país, pero acaso tiene mayor relieve la creación de instituciones especializadas en la investigación del Derecho comparado. En este sentido la red de instituciones del Max Plank es de fundación privada, dependiente económicamente de las empresas mercantiles que dominan el comercio y abierta a toda clase de consultas. Pero, además, es la institución más prestigiosa de la investigación europea de Derecho comparado y no se reduce a la aportación clásica de fotocopias de los textos legales, sino que su información se completa con jurisprudencia e, incluso, con comentarios doctrinales (42).

(41) A. PÉREZ VOITURIEZ: *El procedimiento de información...*, op. cit., pp. 24-25, 104 a 107; ALI AHMED MOHAMED: *L'institution consulaire et le Droit international*, París 1973, pp. 13, 17, 99 y ss; JAIME ABRISQUETA: *El Derecho consular internacional*, Madrid 1974, p. 327; ADOLFO MARESCA: *Las relaciones consulares*, Madrid 1974, p. 330; J.A.T. ORTIZ DE LA TORRE: *Las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Madrid 1974, p. 37.

(42) *Id.*, pp. 54 y 115.

3. Reflejo en el derecho comparado

Los avances técnicos llevados a los textos del Derecho convencional internacional no se producen como un hecho aislado del nivel interno de los Estados miembros. De aquí se deduce claramente que, por una parte, es el efecto del esfuerzo positivo en agilizar los procedimientos unilaterales de información de la ley extranjera. Es evidente que en el Derecho comparado actual se ha producido una intensificación en la técnica de la información, bien sea por la utilización modernizada de las tradicionales vías diplomática y consular, bien a través de la creación de Centros de Derecho comparado. Por otra parte las innovaciones técnicas del Derecho convencional y del Derecho comunitario produce un efecto directo en la necesaria transformación del Derecho interno estatal. Las consecuencias no se pueden reducir a la práctica informativa, sino que trasciende a la misma naturaleza jurídica y fundamentación normativa del proceso de aplicación del Derecho extranjero.

El nivel medio del Derecho comparado incluye la aplicación de oficio de la ley extranjera en cuanto haya procedimientos institucionizados para su adecuada información. La efectiva aplicación del Derecho extranjero queda, pues, vinculada a las posibilidades de su información. Las técnicas modernas de información recogidas en el Derecho convencional y el Derecho comunitario, repercuten en la correspondiente obligación de aplicarlo. Las otras metodologías también influyen, en cuanto posibilitan el acceso debido a la información de su contenido.

A la vista de estas nuevas perspectivas es como se habrá de valorar el derecho positivo español vigente.

III. ACTUALIZACION NECESARIA DEL DERECHO VIGENTE ESPAÑOL

Con los criterios analizados anteriormente estamos en condición de abordar el estudio del Derecho vigente español en la materia, con la posibilidad de enfrentarlo a una doble perspectiva: Ver, en primer lugar, cual sea la situación real de su normativa en el marco contrastado del Derecho comparado y, en segundo término, qué esfuerzo práctico realiza en la incorporación de la técnica actual en la cooperación internacional.

Desde ahora podemos intuir que la valoración resultante no será muy alentadora, por lo que parece obligado propugnar, al final, algunas reflexiones de lege ferenda que adviertan, al menos, de la posibilidad de mejorar los procedimientos de información, los criterios legislativos y la orientación jurisprudencial, así como la misma construcción teórica de la fundamentación doctrinal.

1. Situación comparativa del derecho español

Acabamos de plantear una doble dimensión del estudio crítico del Derecho español, en relación al nivel actual del Derecho comparado en los criterios nor-

mativos de información y aplicación de la ley extranjera y en orden a las medidas prácticas de adaptación al desarrollo tecnológico de la información en Derecho convencional internacional y Derecho comparado europeo. Veamos los resultados:

1.1. *Desnivel español en orden al Derecho comparado*

Hay un punto de partida equiparable en el Derecho comparado, correspondiente a la etapa inicial del movimiento codificador que coincide con el Derecho internacional privado clásico que describimos al principio y que se perfila con las siguientes características:

1) El Derecho extranjero se aplica conforme al tratamiento procesal de los hechos y la prueba mediante dictamen pericial. 2) No cabe el recurso de casación por infracción de ley extranjera. 3) La información del contenido no procede de oficio, ni se puede aportar por medio de comunicación directa con autoridad extranjera.

Pero le sigue una reacción crítica generalizada. Pronto la jurisprudencia comparada va rompiendo aquellos criterios, a medida que las exigencias de la intensificación del comercio internacional se desarrolla. Aún cuando no sea la más progresista, en la jurisprudencia francesa queda patente los peldaños de una vigorosa y práctica evolución, a partir de la década de los sesenta. Se muestra como prototipos contrapuestos el asunto Chemouny frente a la pervivencia del caso Bisbal. En el primero se entiende que sin obligación de aplicar la ley extranjera (principio *iura novit curia*), se admite que el juez francés tiene, por lo menos, «la facultad de aplicar de oficio la ley extranjera competente».

Otra cuestión importante es la posibilidad de hacer uso de los conocimientos personales del juez. Ahora bien, la facultad del juez de aplicar de oficio la ley extranjera y la de utilizar sus propios conocimientos personales quedan condicionados a respetar el principio del proceso contradictorio, ofreciendo a las partes la posibilidad de contrastar su propia información.

Finalmente el juez francés disfruta de una amplia facultad discrecional para valorar el sentido y alcance de la ley extranjera y en las instancias de Casación se establece un complejo sistema de control, entre los que destaca el característico control por desnaturalización (43).

Esta reacción también se ha producido en la generalidad de países. Así en la jurisprudencia de finales de la década de los sesenta en Bélgica se puede ob-

(43) *Id.*, pp. 33, 34, 35. Cit. ANDRÉ PONSARD: «Loi étrangère», en *Encyclopédie Dalloz*, T. II, París 1969, p. 257; A. A. WEIL: «Droit international privé français, Conflict de lois», en *Jurisclasseur de Droit International Privé*, 5, 1977, Fasc. 539, pp. 11, 17, 18, 42; H. MOTULSKI: *Ecrits, Etudes et notes de Droit international privé*, Ed. Dalloz, 1978, pp. 145, 146; H. BATIFFOL LAGARDE: *Traité de Droit international privé*, 7.^a ed., París 1981, pp. 386, 389, 398.

servar un cambio de orientación progresivo, a la vez de subrayar su correspondencia con el grado de información de la ley extranjera (44). La jurisprudencia italiana, con el respaldo de la doctrina que siempre difundió la naturaleza jurídica de la ley extranjera, toma conciencia real del problema técnico de información y, sobre esta base, condiciona la aplicación del Derecho extranjero a la posibilidad de lograr información y para ello el juez, con independencia de la posible colaboración de las partes, podría aportar cuantos conocimientos le sean posibles, incluso la información consular y la petición directa a las autoridades extranjeras (45).

En España la jurisprudencia toma la iniciativa radical en el punto de partida, ante la ausencia de normativa de nuestro legislador en el sentido de aplicar el trámite procesal de los hechos de la LEC, llegando a reducir el medio de prueba a la aportación de parte de dos dictámenes de letrados en ejercicio del Estado a quien la norma de conflicto española remite. Pero lo grave no es este punto de arranque, sino que se queda anquilosada en esta postura que pervive hasta nuestros días en la orientación mayoritaria.

La evolución legislativa tampoco es similar al derecho comparado. En este se produce una natural adaptación al avance jurisprudencial. Así, volviendo al Derecho francés, la reforma de su CC recoge en buena medida la orientación jurisprudencial y en los artículos 2.287-2.288 se establece la aplicación de oficio de la ley extranjera y la obligación de informarse de su contenido, quedando condicionada excepcionalmente su no aplicación a la imposibilidad de lograr la debida información. El nuevo código de procedimiento civil confirma las amplias facultades del juez francés en su intervención activa en la búsqueda de la información extranjera (46). En las nuevas codificaciones internas del derecho internacional privado, como son los casos de Suiza (47) y Alemania (48) se plasma la tradición jurisprudencial reglamentando específicamente la aplicación de

(44) A. PEREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., p. 67. Cit F. RIGAUX: *Droit international privé I*, 1.º, Bruselas 1977, pp. 314, 319-321.

(45) *Id.*, pp. 68-69. Cit. R. QUADRI: *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, 5.ª Ed., Napoli 1969, pp. 225-226; G. MORELLI: *Derecho Procesal Civil Internacional*, Buenos Aires 1953, pp. 53 a 58; T. BALLARINO: *Diritto Internazionale Privato*, Padova 1982, p. 365.

(46) *Id.* pp. 63, 64. A. PEREZ VOITURIEZ: *El procedimiento de información...*, op. cit., pp. 35-36. Así mismo, respecto al Derecho francés y belga. vid. H. BATIFFOL; P. LAGARDE: *Droit international privé*, 7.º ed., T. 1.º, pp. 383 a 390; JACQUES DE BURLET: *Traité de l'état civil*, T. II, Bruxelles 1987, p. 78, 109.

(47) Cf. Art. 16 de la Ley Federal sobre Derecho internacional privado suizo de 18 de diciembre de 1987. En relación a la nueva codificación suiza vid. entre otros F. KNEPFLER: «Le projet de loi fédérale sur le droit international privé helvétique», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, pp. 31-78; P.H. NEUHAUS: «Der schweizer IPRENTWURF-EIN internationale Mode 11», en *Rabelsz. Bd.* 43, 1979, pp. 277-289; A. SAMUEL: «The New Swiss Private International Law Act», en *I.C.L.Q.* vol. 37, 1988, pp. 681-695.

(48) En relación a la nueva codificación de Derecho Internacional Privado, vid. entre otros, G. KUHNE: *IPR-Gesetz-Entwurf. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privat-und*

oficio de la ley extranjera y la información de su contenido. En la ley de 20-V-1982 promulgada en Turquía sobre el Derecho Internacional Privado se sanciona la aplicación de oficio de la ley extranjera (art. 2.º) (49), e incluso en el Derecho portugués queda patente la evolución moderna de su concepción de la ley extranjera y aplicación efectiva (50).

La reforma del Título Preliminar del Código Civil español no sigue la misma pauta. No es la adaptación normativa de la práctica jurisprudencial existente, sino una deficiente copia de criterios exteriores. En efecto, la redacción del artículo 12.6, conforme hemos reiterado en varias ocasiones, responde más a una teórica adaptación al Derecho comparado que a la asunción de la jurisprudencia interna. De aquí, ciertamente, puede inferirse que la legislación española ha avanzado de golpe al nivel del Derecho comparado europeo, pero también se puede llegar a una conclusión negativa, de que no responde a una situación real, sino que ha quedado aislada de la práctica interna. El mismo texto queda lo suficientemente impreciso como para admitir interpretaciones contrapuestas. Todavía cabe la esperanza de que su contenido actúe de factor dinamizador de nuestra jurisprudencia, capaz de cambiar su tradicional orientación y ritmo. Pero la corriente mayoritaria de planteamiento restrictivo, no queda paralizada por la vigencia del artículo 12.6 CC. Así podemos observar que la sentencia TS 3-II-1975 es aún más recalitrante que la de 17-XII-1973 inmediatamente anterior a la reforma indicada.

A pesar de estos aspectos negativos que sintetizan la actitud anquilosada de nuestra legislación y jurisprudencia, podemos observar atisbos de tímida reacción. Entre ellos podemos citar el llamativo caso planteado en la Audiencia de Valencia (S. 3-IV-1982) donde el ponente afirma que la norma extranjera debe ser objeto de prueba sólo en cuanto sea desconocida por el juzgador. Recordemos que esta argumentación apareció en una primera fase evolutiva de la doctrina y jurisprudencia francesa, pero que pronto fue complementada por la sumisión de esta información al proceso contradictorio de las partes. Otra sentencia, acaso más compleja, que nosotros hemos calificado en su conjunto como sentencia de transición es la que agota el recurso de casación del Tribunal Supremo (S. 12-XI-1976) que hace una comprensión funcional del Derecho positivo español en la hemeneusis de los artículos 12.6 CC y 340 LEC (50). Volveremos sobre ello para intuir nuevas perspectivas de futuro.

Verfahrensrechts, Heidelberg, 1980; J. BASEDOW: «Die neuregelung des Internationalen Privat-und Prozessrechts», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, pp. 2.971-2.979; H.J. SONNENBERGER: «Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986», en *Rev. crit. de internat. Privé*, vol. 76, 1987, pp. 1-32.

(49) A. PÉREZ VOITURIEZ: El procedimiento de información..., *op. cit.*, pp. 67, 68, 69; I. GARCÍA VELASCO: *Concepción del Derecho internacional Privado en el nuevo Código civil portugués*, Salamanca 1971, pp. 97, 98, 99.

(50) *Id.* pp. 38 y 39. A. PÉREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, *op. cit.* pp. 94, 95, 96.

1.2. *Desnivel español en la utilización de la técnica de información del Derecho convencional*

El juez español encuentra ante sí una variedad de técnicas de información de la ley extranjera, entre las que parece conveniente empezar el análisis por el Derecho convencional internacional y, dentro de este campo, por el Convenio de Londres de 1968. Y lo primero que hay que hacer en el estudio sistemático acerca de la aplicación de los Tratados en el Derecho interno estatal es advertir una doble dimensión: El cumplimiento de las obligaciones *ad extra*, en beneficio recíproco de los demás Estados miembros y el cumplimiento *ad intra* que en definitiva es aprovechar en beneficio propio las competencias atribuidas del *ius agendi* convencional. El análisis del nivel de desarrollo recíproco en ambos planos servirá para valorar el sentido y alcance de la aplicación efectiva del orden convencional internacional en el Derecho interno español.

Del análisis de la práctica española, referida al Convenio de Londres, que hemos efectuado con detenimiento, se desprende un gran desequilibrio entre su aplicación «*ad extra*» y el aprovechamiento «*ad intra*»:

Se produce casi una década de retraso (de 1976 a 1985) entre la rápida utilización *ad extra* y el inicio del procedimiento del Convenio *ad intra* en beneficio de nuestros jueces. Incluso se puede advertir que este segundo aspecto entra casi como negativa de la autoridad central a cumplimentar el procedimiento del certificado unilateral de vigencia de ley extranjera.

Parece que se desea más complacer a las peticiones extranjeras de información de nuestro derecho, que impulsar a nuestros jueces a la utilización de los servicios de información directa de la ley extranjera. Esta situación es complementada, desde el punto de vista orgánico, por la creación *ab initio* solamente del obligado órgano receptor. Así mismo por el carácter restrictivo que se impone al criterio de autoridad judicial. En lugar de extenderlo, como se hace en otros Estados miembros en los que se amplía el espectro con base en los párrafos 2 y 3 del artículo 3, en España se reduce al sentido más estricto de autoridad judicial.

Sin embargo, sería erróneo entender que este desfase se produce por deficiencias del servicio de la autoridad central española. Es, más bien, el fiel reflejo de la diferente inquietud existente en el Derecho comparado: La función *ad extra* se desarrolla porque recibe peticiones de otros Estados que ejercitan su facultad de exigir la información de la ley extranjera, en estos casos Derecho español, y fuerza al debido funcionamiento de nuestro órgano de recepción del Ministerio de Justicia quien ha orientado y estimulado a que se inicie este camino. La culpa, la causa, habrá que reconducirla a las autoridades judiciales españolas que no ejercitan sus actuales posibilidades y a los profesionales del Derecho en general que lo ignoran muchas veces y a la estructura de nuestra sociedad que no exige la debida responsabilidad profesional. Y esta es otra muestra importante de un evidente desfase sociológico respecto a los Estados más desarrollados.

Esta apreciación general podía ser tachada de incompleta porque parece ignorar la existencia de una corriente minoritaria pero activa que se trasluce en la misma jurisprudencia. Pero aquí también se dan errores. En efecto, a veces nuestros legisladores y jueces llegan a extremos opuestos. Con frecuencia los primeros copian textualmente normas de Convenios internacionales no vigentes que, objetivamente, pueden responder a un contenido más valioso, pero alejado de las peculiaridades propias de nuestra situación, como ocurrió en la anterior reglamentación de la institución de la adopción. Lo mismo ocurre con la aplicación judicial de tratados internacionales por interpretación analógica de principios generales, o de textos específicos antes de entrar en vigor. Son excepciones anárquicas que no logran la consistencia coherente de una alternativa eficaz.

1.3. *Desfase en la vía diplomática y en los procedimientos no estatales*

Los países anglosajones han desplegado siempre una gran actividad en la información práctica del Derecho extranjero. La diplomacia francesa, sobre todo a nivel consular (51), la austriaca, etc., han aventajado con creces el desarrollo de la cooperación internacional, desde los certificados de ley hasta la práctica de comunicación de actos judiciales y han superado la lentitud de la diplomacia clásica.

En nuestro país también se trata de agilizar los procedimientos de la vía diplomática y consular. En el gabinete de tratados internacionales de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores se comienza a informatizar los datos y a facilitar su información general, tanto a las autoridades judiciales, cuanto a los profesionales del Derecho y a los mismos particulares. En la Dirección General de Asuntos Consulares se procura agilizar la tramitación directa a los agentes consulares en el exterior de los exhortos de nuestros jueces y así mismo, en sentido inverso, de la documentación de nuestro Derecho. Pero no es necesario detenernos a probar que el nivel de especialización de nuestro servicio informativo es inferior a la media de Derecho comparado (52).

Otro orden diferencial es el desarrollo de Instituciones especializadas en el estudio del Derecho comparado. Sin lugar a dudas Alemania, con la organización privada del Max Plank, es el ejemplo más relevante. Con ello se avanza en la técnica de información del derecho extranjero de manera muy efectiva. Hemos comprobado hasta qué punto las autoridades judiciales alemanas utilizan, en primer lugar, la información de esta institución, que no se reduce al contenido textual y certificado de vigencia de la ley extranjera, sino que incluye los criterios jurisprudenciales y valoración propia (53). No hay color en la compa-

(51) A. PÉREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

(52) *Id.* pp. 192, 196, 198, 202.

(53) A. PÉREZ VOITURIEZ: *El procedimiento de información...*, *op. cit.*, p. 115.

ración con los Fondos documentales y bibliográficos del Ministerio de Justicia español en los que se basan los certificados de vigencia de ley extranjera, reducidos, por otra parte, al tenor literal de los textos jurídicos.

En cambio un procedimiento indirecto de información que fuera el único admitido en nuestra jurisprudencia tradicional y que ha sido desechado por el Derecho comparado, los dictámenes de letrados extranjeros, sigue siendo utilizado en nuestro país, aún cuando hemos de reconocer que su valoración estimativa ha cambiado, tanto en la doctrina, como en la misma jurisprudencia.

2. Reforma legislativa y adecuación jurisprudencial

El análisis comparativo que acabamos de efectuar sobre la realidad del Derecho y jurisprudencia españoles y de la utilización de la técnica de información toca fondo. Para ello hemos insistido, acaso con cierta parcialidad, en los aspectos negativos. Pero es saludable, porque lo que nos interesa, desde ahora en adelante, es buscar las soluciones y los estímulos necesarios para contraponer al atraso de siglos un avance en profundidad teórica y eficacia práctica.

El momento es oportuno, en cuanto coincide con las implicaciones positivas de la integración de España en la CEE y, por ende, el imperativo jurídico del Derecho comunitario. A nuestro entender el fenómeno integrador de las Comunidades europeas se debe traducir en un imperativo de cooperación internacional en el proceso de información y aplicación de las leyes extranjeras dentro del marco comunitario. Sería una incoherencia pretender la unificación de los Derechos internos, sin presuponer la comunicación fluida entre los respectivos Ordenamientos jurídico-estatales. De aquí que consideremos que la misma existencia del Derecho comunitario implica la exigencia de intensificar al máximo la mutua cooperación internacional en el proceso interno de información y aplicación del Derecho extranjero (54). Desde la perspectiva que acabamos de señalar, de la integración europea y de los imperativos del Derecho comunitario, podemos abordar la interpretación del artículo 12.6 CC con un criterio bien diferente a la tímida jurisprudencia posterior y a la misma doctrina que no acaba de asimilar el cambio estructural (55). Si en el artículo 12.6 CC se empieza por afirmar rotundamente la aplicación de oficio de las normas conflicto del Derecho español, es decir, su carácter imperativo y el Derecho convencional internacional (el Convenio de Londres) facilita un procedimiento oficial y directo de información de la ley extranjera a que remite, no es coherente seguir defendiendo las teorías de la «complementariedad» de la función judicial, o (como

(54) *Id.* pp. 79, 80.

(55) *Id.* p. 37. Cortés Domínguez, por ejemplo considera que el avance de la ley de 1974 llega sólo a que el juez no queda vinculado por la vigencia y contenido de la norma extranjera acreditada por la parte... «lo que se legisla en este artículo 12.6 es producto de una mala comprensión, si es que se intentó; del Derecho comparado». VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho procesal civil internacional. (Ordenamiento español)*, Madrid 1981, pp. 59, 63.

todavía estima parte de nuestra jurisprudencia) acudir a la prueba tradicional de los dictámenes de abogados extranjeros.

Estas reflexiones, válidas en base al cambio de la técnica de información que se consolida por la entrada en vigor del Convenio de Londres y el Protocolo adicional para España, queda reforzada por los efectos del Derecho comunitario en el plano de la armonización de las legislaciones internas y la progresiva adaptación a sus principios básicos. El cambio en el planteamiento del Derecho interno español no es sólo una consecuencia de la correlación con el nivel de la técnica de información de la ley extranjera, ni efecto exclusivo del Derecho convencional internacional, sino que también incide el Derecho comunitario. Hay que considerar la existencia de un efecto indirecto del Derecho comunitario en el mismo desarrollo y dinámica propia del orden interno estatal y del convencional internacional.

A la vista de esta repercusión del Derecho comunitario en el Derecho interno español creemos poder concretar unas conclusiones específicas:

1.º. Las autoridades judiciales españolas habrán de asumir la responsabilidad de acudir al procedimiento de información convencional cuando se incoe un proceso en el que se determine la aplicación de un Ordenamiento jurídico extranjero de un Estado Miembro de las Comunidades Europeas.

2.º. La no aplicación de oficio del correspondiente Ordenamiento jurídico produciría el riesgo de intensificar el desfase y el desequilibrio entre los Estados que han progresado en su evolución interna y los que se quedan rezagados, lo que infringe el principio comunitario de la progresiva armonización de leyes internas (56).

Este planteamiento desemboca en cuestionar la modificación legislativa interna o en su aplicación alternativa.

2.1. Reforma o aplicación alternativa del artículo 12.6 CC

Entre los autores que se han acercado a la comprensión del artículo 12.6 con espíritu progresista —jurídicamente, se entiende— queremos destacar a la profesora ALEGRÍA BORRÁS y al Profesor FERNÁNDEZ ROZAS. La primera actualiza un interesante análisis crítico en la novena edición revisada del tratado de Míaja de la Muela:

«Para los litigantes la alegación del Derecho extranjero aplicable y la prueba de su contenido y vigencia, más que una obligación es un onus o carga procesal, cuyo incumplimiento no releva al juzgador de la obligación de contribuir con su labor personal a la consecución de estas finalidades»...

(56) *Id.* pp. 85, 86.

...«parece que el artículo 12.6 ha pretendido una mayor amplitud al juzgador para valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios»... «Lo que podrá el juez, por el cauce del artículo 340, es requerir información sobre el Derecho aplicable por mediación del Convenio europeo acerca de la información...» (57).

FERNÁNDEZ ROZAS, con un cierto grado de excepticismo real analiza, por una parte, las diversas posibilidades de aplicación de la ley extranjera en lo referente a los problemas procesales, subrayando las modificaciones que se pueden advertir en el proceso de aplicación judicial, especialmente en materia de prueba e información. Por otra parte, en materia de los principios generales de las normas de aplicación, comentando la incidencia del art. 12.6, puntualiza «Por consiguiente, rige un principio de relatividad unido a un mandato de imperatividad. Las autoridades habrán de aplicar las normas de Derecho internacional privado de la *lex fori* y tratándose de funcionarios españoles esta aplicación tiene carácter imperativo. Como indica J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, su aplicación no puede quedar excluida por disposición de los particulares.» (58).

En el plano teórico estamos plenamente de acuerdo. Es más, hace muchos años insistíamos en la opinión de que las verdaderas razones y motivos de nuestros jueces para evitar la aplicación de la ley extranjera no eran de carácter teórico, ni jurídico formales, sino que radicaban en deficiencias de formación científica e información técnica (59). Nuestras dudas surgen, más bien, en consideraciones prácticas, o acaso, en reflexiones didácticas acerca del necesario estímulo legislativo para dinamizar el letargo jurisprudencial. Ciertamente que, a nuestro entender, la interpretación correcta del artículo 12.6 CC es la de apertura a una mayor cooperación internacional y que, en este sentido, basta y es oportuna para ponerse a nivel europeo con su aplicación progresista, siguiendo el criterio de interpretación alternativa. Pero en epígrafes anteriores comprobamos que la jurisprudencia posterior a su formulación no ha modificado en profundidad sus tradicionales planteamientos, que las iniciativas judiciales, e incluso de los profesionales del Derecho en general que están actuando en el plano de la realidad práctica, tampoco se inmutan y, lo que es más grave, que en la doctrina sobreviven construcciones muy restrictivas acerca de la virtualidad del artículo 12.6 CC (60). Parece,

(57) A. MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado, Introducción y Parte general*, Madrid 1985, pp. 583, 584. Cit. A. PÉREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., pp. 232, 233.

(58) JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS: *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho Internacional privado*, 2.ª ed. revisada, Oviedo 1985, pp. 264 a 271 y 228-229. Algunos subrayados son nuestros.

(59) Es desconsolador que un análisis publicado en 1975 sea de total vigencia en la materia a más de un decenio y todavía no se haya producido ninguna reacción vigorosa. A. PÉREZ VOITURIEZ: *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el Derecho español*, Ed. Universidad de la Laguna, 1975, pp. 61 y ss.

(60) La doctrina procesalista española está dividida al respecto. Entre los planteamientos restrictivos destaca, Cortés Domínguez. (Vid. A. PÉREZ VOITURIEZ: *El procedimiento de informa-*

pues, conveniente que nuestro legislador contribuya positivamente a las necesidades actuales de impulsar la cooperación internacional activa y una manera de hacerlo es modificando la normativa indicada, incluso para alcanzar una mayor claridad expositiva que elimine los interrogantes hermeneúticos que plantea MARÍN LÓPEZ (61).

Ahora bien, no se trata sólo de formular una redacción más nítida o un mandato más categórico, ni siquiera de perfeccionar la copia de un texto legislativo extranjero valioso. Sin entrar en la redacción de ningún texto, interesa, a nuestro entender, puntualizar una serie de criterios que sirvan de guía para una efectiva y adecuada aplicación de la ley extranjera en la proporción anteriormente señalada de los complementarios principios de imperatividad y relatividad. El principio básico de esta nueva orientación debe estar señalado por la imperatividad de la aplicación de oficio por las autoridades judiciales, supeditada a una efectiva relación de proporcionalidad con los medios técnicos de información. Pero no es suficiente su expresa promulgación que produciría una inseguridad jurídica y quedaría a la libre discrecionalidad del juez, aunque se fijara en abstracto un límite, como lo hace el CC francés. Es preciso fijar una escala de proporcionalidad que institucionalice los grados de relatividad en la aplicación de la ley extranjera. Y la única manera de realizarlo es fijando también el procedimiento de información.

Este podría ser el orden de jerarquización en la aplicación del Derecho extranjero:

1.º Imperativa aplicación de oficio de la ley extranjera cuando estuviera garantizada la información por el procedimiento oficial y directo. Aquí se incluiría a todos los Estados miembros del Convenio de Londres, o con el cual España tuviera establecida la reciprocidad diplomática en la cooperación internacional directa entre autoridades judiciales. Expresa inclusión de los Estados miembros de la CEE.

2.º Aplicación de oficio condicionada de la ley extranjera de un Estado tercero sin existencia de reciprocidad diplomática institucionalizada en materia de información. Con ello se induce a la utilización de una pluralidad metodológica, desde la vía diplomática y consular española y extranjera, hasta la certificación del Ministerio de Justicia, Instituciones de Derecho comparado y hasta el conocimiento personal y dictámenes de juristas, sometidos a información contradictoria.

3.º Se debería establecer un plazo razonable a la tramitación de la información. Es preciso compaginar la efectividad del expediente de la cooperación internacional con la economía del proceso, para evitar que se abuse en la utilización como medio dilatorio de la ejecución de la justicia.

ción..., *op. cit.*, p. 37). También queda algún internacionalista con criterios tradicionales o con textos un tanto retrasados (*Vid.* A. PÉREZ VOITURIEZ: La información de la ley extranjera..., *op. cit.*, pp. 95 a 98).

(61) ANTONIO MARÍN LÓPEZ: *Derecho internacional privado español, Parte general*, 2.ª ed., Granada 1986, pp. 259, 260.

4.º La sustitución del contenido de la ley extranjera aplicable por la *lex fori*, o, en su caso, la abstención, deberá tener carácter excepcional, como resultado negativo de la investigación obligada de la ley extranjera por la autoridad judicial competente (62).

2.2. *La integración comunitaria y la adaptación jurisprudencial*

El Derecho convencional internacional ha tenido sumo cuidado en no interferir la competencia interna estatal en el proceso de interpretación y aplicación de la ley extranjera. Es decir, que el juez puede acceder a la información del Derecho extranjero por el procedimiento directo y oficial en aplicación del Convenio internacional y luego es libre de interpretarlo a su modo, o de no aplicarlo. El Convenio de Londres es bien explícito:

«Los datos contenidos en una respuesta no vinculan a la Autoridad judicial de la cual emanare la petición.»

Es, por tanto, cada Derecho interno estatal el que debe reglamentar el sentido y alcance. Y debe ser así, obviamente, porque el Derecho convencional internacional es el resultado, mediante tratado, del acuerdo de voluntades estatales. Pero hoy estamos ya sobrepasando la barrera de la soberanía estatal absoluta y entrando en el mundo de la integración comunitaria, donde el Estado se relativiza, transfiere competencias propias a la entidad supraestatal. Y en el desarrollo comunitario también se utiliza el Derecho convencional internacional para agilizar la cooperación comunitaria.

Hemos visto al principio del análisis del Derecho convencional internacional como este alcanzaba cotas de supranacionalidad, acaso de manera aparentemente paradójica, en el Convenio de Bruselas en materia tan territorialista cual es que el Derecho comunitario incide en la necesidad de armonización de legislaciones internas, y reflejaba sus efectos indirectos en la aplicación de la ley extranjera. A la vista del fenómeno de la integración comunitaria parece razonable dar otra inteligencia a los criterios flexibles como el aquí analizado en materia de la información. El Convenio de Londres facilita la información recíproca de leyes extranjeras, pero en ciertas materias el Derecho comunitario afecta a las consecuencias internas de su aplicación (63).

3. Posibilidades de mejoras tecnológicas en el proceso de información

Es cierto que en el nivel organizativo, pese a la crítica generalizada, anteriormente expuesta, de desfase en el desarrollo «ad intra» de los acuerdos y re-

(62) A. PÉREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., p. 241.

(63) A. PÉREZ VOITURIEZ: *El procedimiento de información...*, Capítulo IIIº, pp. 57 a 86.

soluciones de Derecho convencional internacional y Derecho comunitario, se puede apreciar una meritoria labor de adaptación y de perfeccionamiento:

— La reestructuración orgánica del Ministerio de Justicia: En el Reglamento vigente de 1985 (64) se suprimen, entre otros, los gabinetes de Estudios internacionales y de Documentación y Publicaciones, pero se perfila la función de la cooperación de manera global y más coherente, dentro de la Secretaría General Técnica, integrada por una unidad con nivel orgánico de Subdirección General de «Cooperación Jurídica Internacional». Es interesante destacar que en el artículo 3.º. 3 se delinea la doble función de información de Derecho español y extranjero, y la participación como autoridad intermediaria. Se abre tímidamente el camino de coordinación con el Ministerio de Exteriores «sin perjuicio de las atribuciones generales del Ministerio de Asuntos Exteriores» (65).

— En Asuntos Exteriores se inicia el proceso de informatización en el gabinete de tratados internacionales y en la Dirección General de Asuntos Consulares se actualiza un tanto la tramitación de expedientes por vía directa a los Consulados Generales, desde comisiones rogatorias, hasta los expedientes de extradición, así como la información del Derecho español a los cónsules españoles en el exterior, sobre todo en materia de sucesiones y Derecho de familia.

— En la práctica del Ministerio de Justicia se ha acortado la tramitación inicial de las peticiones de información ad intra al eludir el diligenciamiento de la autoridad judicial por la vía ordinaria de exhorto al correspondiente juzgado de Madrid y se hace directamente a la Secretaría General Técnica, e igual vía directa en la fase de retorno. Así mismo se facilita la traducción, aunque sea defectuosa.

Ahora bien la actual infraestructura, aunque efectúe mejoras de buena voluntad y cumplimente el volumen de tramitaciones reales, es absolutamente deficiente para subvenir a las necesidades previsibles, desde el momento en que la sociedad tome conciencia y plantee su aplicación efectiva y las autoridades judiciales y los profesionales del Derecho ejerciten las acciones correspondientes a una mínima intensificación de la cooperación internacional.

Con una visión realista de futuro es imprescindible mejorar el proceso de información y en este sentido sugerimos las siguientes mejoras:

3.1. *Órgano de transmisión en el Ministerio de Asuntos Exteriores*

Actualmente el órgano de recepción español del Ministerio de Justicia actúa, a la vez, de órgano de transmisión. Es una de las alternativas previstas en

(64) BOE 16-VIII 1985, n.º 196.

(65) A. PÉREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera...*, op. cit., pp. 218-219.

el Convenio de Londres y se ha implantado de hecho, sin previa notificación. Probablemente esta ha sido una medida práctica para eludir las pretensiones del Ministerio de Asuntos Exteriores que, a veces, ha aflorado en las reuniones interministeriales. Pero, dejando aparte los criterios de oportunidad política interna, nuestro interés debe fijarse en cuáles sean las ventajas e inconvenientes objetivos que mejoran el procedimiento informativo:

Las ventajas de establecer el órgano de transmisión en el MAE: Es principalmente el servicio de traducción, obviamente más eficiente y con ello se resolvería la situación tradicional y sobre todo la imposible solución futura al seguir con la improvisación actual. También se aduce la mayor rapidez y seguridad de utilizar la valija diplomática para la comunicación exterior.

Las ventajas de continuar en el Ministerio de Justicia: Dado el desinterés de las autoridades judiciales, e incluso de los abogados, en tomar la iniciativa en la petición de información, parece que dirigirse al Ministerio de Justicia es más usual que cambiar de dirección, sobremanera teniendo en cuenta la tradicional fama de lentitud de la vía diplomática clásica.

Aparte de las consideraciones parciales, donde es indiscutible la ventaja del Ministerio de Asuntos Exteriores es en la tramitación de peticiones de información de Estados no miembros del Convenio, o cuando el peticionario no sea una autoridad judicial.

3.2. *Órgano de transmisión en las Comunidades Autónomas*

Hay países, como es el caso de la República Federal de Alemania, que descentralizan la función transmisora, distinguiendo las demandas del Tribunal Constitucional o de los Tribunales Federales, que quedan reservados al Ministerio de Justicia Federal y la de los Länder (Die Justiz Ministeriem der Länder). A la vista del régimen de Comunidades Autónomas ¿sería conveniente la adecuación directa a estas instituciones descentralizadas o, al menos, en forma coordinada con el Ministerio de Justicia? De esta manera se aproximaría el órgano de transmisión de la autoridad judicial interesada en el informe. El momento es oportuno en cuanto coincide con la creación, a nivel autonómico, del Tribunal Superior de Justicia.

Claro está que la efectividad de este procedimiento dependerá de la situación concreta de cada Comunidad Autónoma, tanto en su condicionamiento propio de los medios útiles y del grado de intensidad del tráfico jurídico externo. Así en Comunidades como la canaria, donde es fácil encontrar personal traductor y el nivel de relaciones aumenta con la afluencia turística, etc., parece oportuno este modelo que, en cambio, difícilmente convendría a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

3.3. *Ampliación del «ius agendi» a las autoridades administrativas y funcionarios públicos*

En el protocolo adicional de Estrasburgo de 1978, también ratificado por España, se dio la posibilidad de escoger entre dos alternativas, la del capítulo I.º que sólo extendía la competencia más allá de haberse iniciado el proceso (también cuando se «prevea» la instrucción de un proceso (art. 2.ª), y la del capítulo II.º que además introducía una importante ampliación:

«Formulada, no sólo por una autoridad judicial, sino también por cualquiera otra autoridad o persona que actúe dentro de un sistema oficial de asistencia judicial, o de asesoramiento jurídico, por cuenta de personas económicas débiles.» (art. 3.ª).

El Protocolo amplía el campo de actuación en una materia que corresponde al desarrollo de la cooperación internacional en el plano judicial y en la promoción de la equiparación social en el asesoramiento jurídico en materia civil y mercantil. La extensión a las autoridades no estrictamente judiciales también venía siendo una inquietud recogida en sugerencias por algunos Estados y preocupación, en alguna medida, en el mismo Convenio, referente a las autoridades fiscales, notariales y administrativas en general (66). Un cambio de actitud en esta dirección por el legislativo español incentivaría la utilización del servicio por agentes activos en peticiones de información. A su vez, forzaría, por acumulación de más expedientes, el aumento de personal especializado en el «órgano de transmisión», cualquiera que fuese la previa solución de dicho tema.

3.4. *Formación de funcionarios en la cooperación internacional*

Hemos afirmado con insistencia de que la base del problema real de la deficiente aplicación de la ley extranjera en España es la carencia de información y de formación técnica de quienes deben aplicarla. Es indudable que esta aseveración va dirigida directamente a nuestros jueces, pero no exclusivamente a ellos. Porque la aplicación de la ley extranjera también se efectúa extrajudicialmente, con la intervención de otros funcionarios públicos, desde notarios, registradores, fiscales y autoridades administrativas en general, así como de manera no conflictiva por los acuerdos entre profesionales en el ejercicio del Derecho.

Pero, de una manera especial, necesitan una adecuada formación los funcionarios dedicados precisamente a la tramitación del procedimiento de información de la ley extranjera, lo cual agilizaría su eficacia. La manera de llevarlo

(66) *Id.* p. 124.

a efecto no parece difícil en principio. Con independencia de cursos de especialización en Centros adecuados se debería comenzar por cumplir la temática del Derecho internacional privado en las oposiciones de funcionarios que de alguna manera fuesen a actuar en la materia, desde jueces y notarios, hasta funcionarios de estos Organismos.

3.5. *Utilización de la informática en la cooperación internacional*

En algunos países la informática ha bajado ya a los juzgados. Los jueces tienen al momento la jurisprudencia de todo el país ajustada al caso planteado. Es obvio las ventajas para posibilitar la mayor rapidez en el fallo y la seguridad de un conocimiento exhaustivo de su fundamentación jurídica, tanto legislativa como jurisprudencial. En nuestro país se inicia con muy diferentes niveles de eficacia y seguridad esta práctica. También se proyecta aplicarlo en los servicios ministeriales. Así ocurre, por ejemplo, en el gabinete de tratados internacionales del Ministerio de Asuntos Exteriores.

En el campo de la cooperación internacional hemos destacado las iniciativas en materia de Derecho penal que aspiran a poder conectar directamente los centros de informática jurídica estatal. En el campo privado de las Instituciones de estudio del Derecho comparado también de inicia este camino. En realidad las perspectivas futuras en el campo de la informática aplicada a la cooperación internacional son alucinantes. Las teorías utópicas de la doctrina clásica italiana de la incorporación material del Derecho extranjero, no ofrecen la menor dificultad técnica para convertirse hoy en un baladí proceso mecánico de conexión de ordenadores.

4. **Conclusión**

En lugar de hacer un esquema descriptivo, a modo de síntesis del temario analizado, queremos puntualizar algo que subyace en todo el discurso del estudio. Y este quid de la cuestión ha salido a la superficie en el último epígrafe con perspectiva de futuro. En efecto, se puede afirmar con verosimilitud que con la aplicación del procedimiento de información de la ley extranjera, desaparece el problema de la aplicación del Derecho extranjero.

Toda la problemática teórica, las construcciones jurídico formales de axiomas y postulados, o de impedimentos procesales en la práctica de la aplicación de la ley extranjera, radicaban en defectos técnicos en la comunicación internacional. Por tanto, con los avances actuales y su pertinente aplicación, desaparece el problema. Ciertamente que no basta con la existencia de la apropiada técnica de información, sino que es necesario la voluntad de utilizarla. Y aquí conectamos con una cuestión de otra índole, con la toma de conciencia de la necesidad social de una efectiva cooperación internacional.

En cuanto a nuestro país se refiere, acaso habría que empezar por el final. Porque es más fácil el aprendizaje de la técnica y su implantación que el cambio

de los usos inveterados y los modelos arcaicos que perpetúan esquemas jurídico formales como clichés reales. Esperemos que el esfuerzo en la formación universitaria del Derecho internacional privado, intensificado con la visión comunitaria actual, rompa el maleficio y con ello se supere rápidamente el desfase indicado en los epígrafes anteriores.