

# ACCURSIO DIP

## ***Codificación, descodificación y recodificación del Derecho internacional privado en el siglo XXI***

***(Extended Version)***

10 Marzo 2016

por

**Javier Carrascosa González**

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

1. La obra de NATALINO IRTI, "L'età della decodificazione" (Giuffrè, Milano, 1979) constituye todo un clásico absolutamente imprescindible para los amantes del Derecho privado. La lectura de esta espléndida monografía, siempre aconsejable, suscita reflexiones de extraordinario interés más de treinta años después de su publicación también para los seguidores del Derecho internacional privado.

2. La Codificación del Derecho privado que tuvo lugar durante el siglo XIX produjo, por lo que respecta al Derecho internacional privado, un resultado parcialmente distinto al que se verificó en el Derecho Civil. En efecto, mientras que el Derecho Civil fue verdaderamente codificado en su práctica totalidad, en relación con el Derecho internacional privado se verificó una mini-codificación del mismo que se recogió en los artículos preliminares de los grandes Códigos Civiles europeos. En tal mini-codificación se condensaban, en efecto, las normas de conflicto de leyes más importantes de cada Estado. Así puede apreciarse en los Códigos Civiles italiano (1865), español (1889), alemán (1900), francés (1804), etc. Ahora bien, la Codificación decimonónica del Derecho internacional privado nunca reunió en un mismo texto legal todas las normas que regulan los tres sectores del Derecho internacional privado. En efecto, esta mini-codificación sólo se ocupó de agrupar sistemáticamente las "normas de conflicto de leyes". Las reglas relativas a la competencia judicial internacional y a la validez extraterritorial de decisiones quedaron fuera de dicho esfuerzo codificador en todos los países, España incluida. En 1974 España modernizó su mini-codificación del Derecho internacional privado con la famosa reforma del Título Preliminar del Código civil llevada a cabo por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo (BOE núm. 163 de 9 julio 1974). Pero siguió siendo una mini-codificación del Derecho internacional privado

3. A partir de 1919, año de la Constitución de Weimar, el siglo XX trajo Constituciones estatales que recogían un contenido nuclear y sólido de Derecho Privado. La Constitución, indica N. IRTI, pasa a ocupar el centro del sistema jurídico estatal, pues recoge los nuevos y grandes principios del Derecho privado y establece

un "programa de legislación". La Constitución indica al legislador los objetivos que debe alcanzar a través de la legislación estatal ordinaria. Ese "programa constitucional del Derecho Privado" obligó al legislador a descodificar el Derecho privado. El legislador estatal, así, se puso manos a la obra a lo largo del margen de los Códigos Civiles. En efecto, los principios constitucionales de Derecho Privado fueron desarrollados por el legislador estatal mediante "leyes especiales". Como el planeta Tierra dejó de ser el centro del Universo tras la obra de Nicolás Copérnico, ahora el Código Civil deja de ocupar el centro del Derecho Privado en cada Estado. La Constitución está en el centro y las leyes especiales de Derecho Privado están a su alrededor: son las leyes que desarrollan la Constitución sin pasar por el Código Civil. El Código Civil pierde su centralidad y se convierte, hay que admitirlo, en una Ley especial más.

4. Desde el punto de vista de la construcción del sistema jurídico, el Derecho privado constitucional también produjo un profundo impacto en el Derecho internacional privado. Aunque nuevas Leyes especiales de Derecho internacional privado vieron la luz al margen de las normas de conflicto recogidas en el Código Civil, estas leyes especiales con normas específicas de Derecho internacional privado no fueron muy numerosas. En realidad, el legislador español comprendió que el programa constitucional se podía desarrollar mucho mejor en Derecho internacional privado español mediante normas de conflicto de alta calidad, más especializadas y sofisticadas. A tal efecto, el legislador español procedió en las décadas de los 80 y 90 del pasado siglo, en una turbulencia de furor ratificador, a incorporar al sistema español un miríada de convenios internacionales que recogían normas de Derecho internacional privado. Estos convenios superaron las normas de conflicto contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, y, sin derogarlas, hicieron virtualmente inaplicables muchas de tales normas. De este modo, la especialización, la constitucionalización y la descodificación del Derecho internacional privado vino, en España, de la mano de los convenios internacionales y sólo muy parcialmente, mediante leyes especiales y reformas de las normas de conflicto recogidas en el Título Preliminar del Código Civil. El resultado fue que a comienzos del siglo XXI el Derecho internacional privado español estaba, en la práctica, totalmente descodificado y se contenía, fundamentalmente, en convenios internacionales de Derecho internacional privado y sólo residualmente en normas de producción interna. El Derecho internacional privado se presentaba, pues, a través de normas jurídicas fragmentarias, desorganizadas y frecuentemente contradictorias. Dicho escenario perjudicaba la seguridad jurídica y la certeza legal.

5. Ante tal panorama, algunos legisladores estatales decidieron llevar a cabo una auténtica codificación del Derecho internacional privado que fuera mucho más allá de la mini-codificación que tuvo lugar en el siglo XIX. Ejemplos claros son las leyes especiales de Derecho internacional privado de Suiza (18 diciembre 1987), Italia (31 mayo 1995) y Bélgica (16 julio 2004). Estas Leyes se caracterizan por dos datos fundamentales. En primer lugar, estas leyes reúnen en un único cuerpo legal, por vez primera en la historia, las normas de Derecho internacional privado relativas a la competencia internacional, la Ley aplicable y la validez extraterritorial de decisiones. En segundo lugar, estas leyes reordenan el panorama legal de Derecho internacional privado. Contienen en su articulado todas las normas de Derecho internacional privado

de un Estado, ya sean normas de producción interna o normas recogidas en los convenios internacionales. En efecto, estas Leyes especiales de Derecho internacional privado recuerdan a los operadores jurídicos la existencia y prevalencia aplicativa de los convenios internacionales de Derecho internacional privado. El resultado es muy positivo: los profesionales del Derecho internacional privado tienen en sus manos, perfectamente ordenado, todo el Derecho internacional privado del Estado en un solo instrumento legal. Se logra así, en Derecho internacional privado, la ansiada certeza legal. De todos modos, sólo algunos Estados codificaron su Derecho internacional privado en estas "leyes especiales de Derecho internacional privado" o "códigos de Derecho internacional privado". España no lo hizo. El Derecho internacional privado español fue mini-codificado en 1889 y en 1974 y posteriormente descodificado, a partir de los años ochenta del siglo pasado, a través de convenios internacionales.

6. Todo volvió complicarse de manera extrema con la llegada de un poderoso elemento nuevo: el Derecho internacional privado europeo. Desde 1957, año de la creación del entonces "mercado común", el Derecho de la Unión Europea había prestado escasa atención al Derecho internacional privado. Sin embargo, tras el Tratado de Amsterdam de 1997, las instituciones de la Unión Europea asumieron competencia legislativa para elaborar normas de Derecho internacional privado y comenzaron a crear un nuevo ordenamiento, el Derecho internacional privado europeo. Este nuevo ordenamiento está compuesto por una nutrida colección de Reglamentos que abordan los tres sectores del Derecho internacional privado en relación con sectores muy diversos: contratos, obligaciones extracontractuales, divorcio, insolvencia transfronteriza, etc. El Derecho internacional privado europeo también contiene Reglamentos procesales, que recogen "procedimientos europeos".

7. El Derecho internacional privado europeo constituye un ordenamiento jurídico propio que hace inaplicable áreas enteras del Derecho internacional privado español. Este Derecho internacional privado de la UE ha nacido ya descodificado. Como se ha indicado, el Derecho internacional privado europeo está formado por diversos Reglamentos aplicables en distintos sectores. El Derecho internacional privado de la UE carece de un "Reglamento General" que contenga una serie de normas comunes a todos los Reglamentos sectoriales. Este llamado "Reglamento Roma 0" no existe a la fecha presente. Un nutrido sector de la doctrina ha comenzado a subrayar la necesidad de reordenar el material normativo del Derecho internacional privado europeo y de dotar al mismo de unas "reglas generales" mediante este "Reglamento Roma 0" (S. Leible / H. Unberath, *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Sellier, 2013). El DIPr. de la UE carece de una Ley especial de DIPr.: los Reglamentos sectoriales reinan y una Ley única de DIPr. europeo no parece estar entre las prioridades del legislador europeo.

8. La situación actual del Derecho internacional privado en España, caracterizada, en primer lugar, por la presencia de un Derecho internacional privado español descodificado, desorganizado y en fase de cuarto menguante y en segundo lugar, por la emergencia de un Derecho internacional privado europeo también descodificado pero en fase de expansión, hace difícil, compleja y ardua para el operador jurídico la tarea de identificar las normas de Derecho internacional privado aplicables a un caso concreto así como la labor de selección de la solución jurídicamente correcta.

9. En este sentido sería deseable la elaboración de una Ley re-codificadora de Derecho internacional privado. Esta recodificación del Derecho internacional privado no consiste en la promulgación de un "texto refundido" de Derecho internacional privado o una Ley especial de Derecho internacional privado como la que existe en otros países, una Ley que pudiera, además, unificar conceptos o colmar lagunas del sistema. Esa idea jurídica totalizadora es propia de los códigos del siglo XIX y no resistiría el paso del tiempo ni se adaptaría a la cambiante realidad social de estos tiempos, que exige leyes veloces con poder transformador de la sociedad. No se trata de confeccionar un nuevo código de Derecho internacional privado. La Codificación, recuerda N. IRTI, es una idea decimonónica basada en la igualdad legal entre todos los sujetos de Derecho. Esta idea no sintoniza correctamente con los tiempos actuales, marcados por la velocidad tecnológica, por el carácter líquido de las relaciones personales y por las presiones de intereses sociales y económicos de alcance transnacional. Más adecuado parece potenciar otra idea: la elaboración de una "Ley sistémica" que opere como un "mapa normativo completo" o "red de disposiciones legales". Esta Ley sistémica tendría como objetivo presentar, de un modo organizado y coherente, las normas y las soluciones jurídicas de Derecho internacional privado europeo y español, así como recordar a los operadores jurídicos el orden aplicativo de las normas vigentes e insertar las soluciones jurisprudenciales en el sistema legal.

10. Por todo ello puede decirse que, desde el punto de vista de la construcción normativa, el Derecho internacional privado ha atravesado en España diversas fases: la mini-codificación de 1889 y 1974, la descodificación del Derecho internacional privado español a través de convenios internacionales, y la llegada de un Derecho internacional privado europeo descodificado. Es la hora de un nuevo impulso. En la ejecución de dicha idea recodificadora podría incluso abrirse paso una "opción americana": la elaboración de un "*Restatement*" del Derecho internacional privado aplicable en España. La Ley recodificadora de Derecho internacional privado podría ser elaborada no por el legislador, sino por académicos y expertos profesionales en la materia, como en los Estados Unidos ha hecho el *American Law Institute*, responsable de los prestigiosos *Restatements*. Esta Ley sistémica de Derecho internacional privado podría recoger una recodificación flexible, evolutiva y completa del Derecho internacional privado, adaptable periódicamente a los cambios legislativos y jurisprudenciales. La Ley recodificadora comportaría grandes beneficios para el estudio y para la aplicación práctica del Derecho internacional privado y, en definitiva, para que el Derecho internacional privado pueda proyectar soluciones justas a las situaciones privadas internacionales. La magnífica obra de NATALINO IRTI siempre invita a la reflexión. *Legends never die....*

-----