

Reflexiones en torno a una eventual codificación del Derecho internacional privado europeo

Reflections on the possible codification of European private international law

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS

*Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona*

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8943

Resumen: El trabajo analiza las posibilidades de una eventual codificación del Derecho internacional privado europeo partiendo de su carácter incompleto. Se identifican cuatro tipos de lagunas y se constata que el carácter incompleto es una característica estructural y no una situación transitoria lo que conduce a explorar una versión renovada de “código” para mejorar el acceso al Derecho mediante una racionalización y sistematización de las fuentes.

Palabras clave: Derecho internacional privado europeo, codificación, lagunas, función del Derecho internacional privado, alternativas para la racionalización y sistematización de las fuentes.

Abstract: The paper analyses a possible codification of European private international law on the basis of its incompleteness. Four types of gaps are identified and it is found that incompleteness is a structural feature and not a transitory situation, which leads to the exploration of a renewed version of a “code” in order to improve access to law by rationalising and systematising the sources.

Keywords: European private international law, codification, gaps, role of private international law, alternatives for the rationalisation and systematisation of sources.

Sumario: I. Introducción II. Codificación III. Las carencias del Derecho internacional privado europeo IV. Fragmentación e incompletitud necesarias V. Hacia un Código incompleto VI. Conclusión.

I. Introducción

1. El presente trabajo tiene por objeto reflexionar acerca de la posibilidad de codificar el Derecho internacional privado europeo. Por razones de espacio, el análisis se circunscribirá a las dificultades relacionadas con el ámbito material de un eventual Código europeo de Derecho internacional privado. Como es bien sabido, el Derecho internacional privado europeo se ha desarrollado paso a paso desde 1999, tras la asunción por la Unión de la competencia legislativa en materia de cooperación civil en virtud del Tratado de Amsterdam¹. En la actualidad, no existe una regulación europea completa. El Derecho internacional

¹ Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340 de 10.11.1997, pp. 1-144. En un primer momento el Derecho internacional privado europeo se vinculó al correcto funcionamiento del mercado interior. A partir del Tratado de Lisboa el espacio judicial europeo constituye un objetivo en sí mismo. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, t.1., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 222.

privado europeo coexiste en cada Estado miembro con el Derecho internacional privado autónomo, que sigue aplicándose allí donde no se han promulgado normas europeas. La codificación de las normas de Derecho internacional privado se hace, por tanto, difícil pues se trata de un sistema multinivel o binario y ni el legislador europeo ni los legisladores nacionales dominan la totalidad de la materia.

2. Un examen de las lagunas del Derecho internacional privado europeo muestra que el carácter incompleto no es probablemente, como podía imaginarse hace diez años, una situación pasajera. Hay ámbitos sustantivos enteros en los que no existen (¿todavía?) normas europeas en vigor, y otros en los que, a pesar de existir normas comunes, subsisten lagunas parciales, cuestiones específicas que el legislador europeo no ha logrado resolver uniformemente. Una especie de subsidiariedad inversa parece haberse impuesto en relación a la codificación internacional. El legislador europeo ha renunciado a regular situaciones relacionadas con terceros Estados y ha optado por participar en la codificación internacional. Especialmente en el ámbito del Derecho de familia, la elaboración de normas comunes de Derecho internacional privado europeo ha resultado ser una tarea titánica. La regla de la unanimidad establecida en el art. 81.3 TFUE hace muy difícil la adopción de soluciones uniformes, y el legislador europeo ha tenido que refugiarse en la cooperación reforzada, que conduce inexorablemente a la fragmentación de las fuentes.

3. Al mismo tiempo, parece necesario racionalizar el sistema de fuentes². La complejidad del Derecho internacional privado europeo se ha convertido en un obstáculo para los operadores jurídicos³. La adopción de medidas para mejorar el conocimiento del Derecho y la inteligibilidad de los textos es esencial para que las normas adoptadas sean útiles a los ciudadanos europeos que mantienen relaciones transfronterizas. La solución tradicional frente a la dispersión normativa sería la elaboración de un Código de Derecho Internacional Privado Europeo. La cuestión que nos planteamos es si la ilusión de completitud que proyecta el concepto de código y la labor de la Unión, necesariamente marcada por el carácter incompleto y fragmentario, son compatibles.

4. Por lo que se refiere al proyecto de Código de Derecho internacional privado francés actualmente en discusión, se ha escrito que para desempeñar plenamente su función informativa - clave de la accesibilidad al Derecho - el código debería ser completo, lo que dista mucho de ser factible⁴. Lo mismo cabe decir de la codificación europea. La codificación, entendida en términos tradicionales, no es, por tanto, un objetivo evidente, ni a corto ni a medio plazo. Sin embargo, esto no debería impedir la reflexión académica, pues la construcción de un verdadero sistema de Derecho internacional privado europeo es, por otra parte, una necesidad. Pero quizás sin Código o con un tipo de Código distinto al tradicional.

II. Codificación

5. El concepto de lo que es un código ha variado a lo largo de la historia. Las diversas recopilaciones de textos legislativos que se han elaborado en distintas épocas sólo tienen en común la voluntad de facilitar el conocimiento y la aplicación del Derecho⁵. La codificación, entendida inicialmente como una compilación de textos, fue un instrumento para luchar contra la dispersión de las fuentes y mejorar el acceso al Derecho. No obstante, a menudo, no se trataba simplemente de recopilar las normas tal y como existían, sino de exaltar el poder del soberano. Los compiladores del Digesto editaron los escritos jurídicos del pasado de manera significativa, y se modificó y adaptó el contenido de los textos clásicos

² C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "The unification of Private international Law in Europe: a success story?" , K. BOELE-WOELKI, *The future of family property in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2011, pp. 329-340.

³ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas" en C. OTERO GARCIA CASTRILLÓN, *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 197-209; A. YBARRA BORES, "Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: una relación compleja", *CDT*, 2022, vol. 14 n° 2, pp. 871- 899.

⁴ H. MUIR WATT /D. BUREAU/S. CORNELOUP, «¿De codice ferendo?», *Revue critique* 2022, p.473

⁵ B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, París, PUF, 1998, p. 12.

para adaptarlo a las necesidades políticas de Justiniano⁶. El ejercicio de codificación supuso, por tanto, la selección y reescritura de las normas existentes, así como su perfeccionamiento.

6. El Siglo de las luces supuso la aplicación del método a la labor legislativa. El espíritu de sistematización y exhaustividad que los juristas de Derecho civil asociamos al concepto de código es una característica de los Códigos del siglo XIX⁷. Los Códigos decimonónicos partían de la premisa de que las normas eran producto de la razón, lo que implicaba su carácter general y abstracto y su durabilidad a lo largo del tiempo⁸, algo que en épocas posteriores entraría en crisis.

7. En el imaginario de un jurista de Derecho civil, el Código se sigue entendiendo hoy como el registro sistemático y completo de todo un ámbito del Derecho en un único acto legislativo. Es dudoso que en la actualidad sea posible elaborar un Código de Derecho internacional privado europeo del tipo descrito. El Derecho internacional privado europeo dista mucho de ser un sistema, y aún más de ser un sistema completo. Carece de la estabilidad indispensable para cristalizar en un texto normativo que perdure en el tiempo. Por otra parte, es evidente que la proliferación incontrolada de normas especiales tampoco es deseable. La necesidad de coherencia ha sido ampliamente reconocida.

III. Las carencias del Derecho internacional privado europeo

8. Un primer obstáculo para la elaboración de un Código de Derecho internacional privado europeo es la existencia de lagunas⁹. La doctrina ha identificado cuatro tipos. Hay ámbitos enteros del Derecho privado que no están cubiertos, y lagunas parciales en ámbitos sobre los que sí que se ha legislado. Existen lagunas voluntarias, por deferencia a la normativa internacional, y lagunas asimétricas, ya que las normas de Derecho internacional privado no se aplican en la misma medida en todos los Estados miembros.

9. Hay ámbitos enteros del Derecho privado que no están cubiertos por la legislación de la Unión. Faltan normas comunes sobre las cuestiones de Derecho internacional privado relativas a los derechos reales o, en el ámbito del derecho de familia, sobre la filiación o la celebración del matrimonio. En el ámbito del Derecho de la persona, podríamos citar como territorio inexplorado el derecho al nombre o la protección adultos. Respecto a algunas de estas materias existe ciertamente jurisprudencia del TJUE¹⁰ e incluso pueden haberse presentado Propuestas de textos normativos¹¹ que están en curso de negociación, en otros es la comunidad científica la que ha formulado propuestas de textos articulados que podrían adoptarse¹². Sin embargo, el mero hecho de que aún no existan normas de Derecho positivo en vigor en sectores enteros del Derecho privado podría indicar que deberíamos esperar a que el trabajo

⁶ H. PIHLAJAMÄKI, "Codification" en JAN M. SMITS, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 276-282.

⁷ B. OPPETT, op. cit, p.17.

⁸ B. OPPETT, op. cit, p.55.

⁹ J. VON HEIN/ G. RÜHL, "Towards a European Code of Private international Law?", *RabelsZ*, 79 (2015), pp. 701-751; X. KRAMER et al, "A European Framework for PIL: Current gaps and future perspectives" (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58300/20121219ATT58300EN.pdf>).

¹⁰ Sobre la jurisprudencia del TJUE en el ámbito del Derecho de familia véase. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "The contribution of the Court of Justice of the European Union to international family law" en J. CARRUTHERS y BOBBY W.M. LINDSAY (ed) *Research Handbook on International Family Law* (de próxima publicación).

¹¹ Véase la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo {SEC(2009) 410} {SEC(2009) 411}, COM/2009/0154 final y la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos, COM/2023/280 final.

¹² Sobre el derecho al nombre, véase. A. DUTTA/R. FRANK/ R. FREITAG/ T. HELMS/ K. KRÖMER y W. PINTENS, "Ein Name in ganz Europa- Entwurf einer Europäischen Verordnung über das internationale Namensrecht", *Das Standesamt*, 2014, pp. 33-44, sobre los derechos reales véase la propuesta del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, *The law applicable to rights in rem in corporeal assets*, aprobada en la reunión de Milán de 2023 accesible en <https://gedip-egpil.eu/en/documents>.

legislativo estuviera más avanzado antes de abordar la codificación. Alternativamente, podríamos concentrarnos, al menos en una primera fase, en sectores materiales consolidados y avanzar paso a paso.

10. Las lagunas parciales, en ámbitos del Derecho en principio cubiertos por el legislador europeo, podrían ser más difíciles de gestionar. Son indicativas de dificultades técnicas y políticas. También muestran que el objetivo de construir un sistema coherente y completo no es prioritario. Cuando decide abordar una determinada materia, el legislador europeo puede perfectamente abstenerse de resolver cuestiones difíciles o controvertidas pues respecto a ellas se aplica el Derecho internacional privado autónomo. Es difícil imaginar una regulación nacional de Derecho internacional privado sobre las obligaciones extracontractuales que omitiera las violaciones de la intimidad y los derechos relativos a la personalidad, incluida la difamación¹³, por citar un ejemplo bien conocido. Esta es en cambio la situación del Derecho internacional privado europeo. No prevalece la necesidad de regularlo todo y el legislador se contenta con hacer lo que es posible.

11. Existen lagunas e incluso contradicciones en la parte general del Derecho internacional privado. Varias cuestiones pertenecientes a esta parte se regulan de forma diferente en los distintos instrumentos adoptados sin que sea siempre posible encontrar una justificación. Una cuestión tan específica como la remisión a un ordenamiento plurilegislativo se regula de forma diferente en los distintos Reglamentos¹⁴. Otros temas clave nunca se han abordado. El legislador europeo ha dictado un número muy elevado de normas de conflicto de leyes que pretenden lograr la uniformidad de resultados en el ámbito del Derecho aplicable. Este resultado no puede alcanzarse si la información y prueba del Derecho extranjero no se regula de manera uniforme¹⁵.

12. Las opiniones difieren en cuanto a la conveniencia de elaborar un denominado Reglamento Roma O que contenga la parte general del Derecho internacional privado europeo¹⁶. Quienes proceden de tradiciones jurídicas “codigofobas”¹⁷ o están menos apegados al método en materia legislativa¹⁸ no sienten la necesidad de una parte general. Otros no están convencidos de que no sea preferible disponer de soluciones diferentes para las distintas materias¹⁹. La doctrina es generalmente favorable a la elaboración de una Parte General²⁰ y el GEDIP incluso ha debatido un embrión de normas basadas en una propuesta de Paul Lagarde²¹. Persisten, no obstante, las dudas sobre la viabilidad de tal normativa desde un punto de vista institucional²². La Comisión Europea tampoco está convencida, y políticamente no

¹³ Art. 1.2 g) del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199 de 31.7.2007.

¹⁴ G. CHRISTANDL, “Multi-unit states in European Union Private International Law”, *Journal of Private International Law*, 9 (2013), pp. 219 ss

¹⁵ C. ESPLUGUES MOTA, « Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The Madrid Principles of 2010 », (2011) *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, pp. 273-297.

¹⁶ S. LEIBLE/ H. UNBERATH, *Brauchen wir eine Rom O Verordnung*, Jena, JWV, 2013.

¹⁷ A. FIORINI, « Qu’y a-t-il en un nom ? Un vrai code pour le droit international privé européen? », M. FALLON/ P. LAGARDE/ S. POILLOT- PERUZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, pp. 27-48.

¹⁸ M. BOGDAN, « Some Nordic Reflections on the Desirability of an EU Code of Private international Law » M. FALLON/ P. LAGARDE/ S. POILLOT- PERUZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, pp. 253-255.

¹⁹ Véase C. GONZÁLEZ BEILFUSS “España, la Unión Europea y los retos principales para la unificación del Derecho internacional privado”, en J. ALCAIDE FERNÁNDEZ/E.W. PETIT DE GABRIEL (eds), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 447-466.

²⁰ S. LEIBLE, “¿Auf dem Wege zu einer Rom-O Verordnung? Plädoyer für einen Allgemeinen

Teil des europäischen IPR” en N. WITZLEB et al (eds), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*,

Mohr Siebeck, Tübinga, 2014, pp. 429-448; D. MOURA VICENTE, “National styles of Academic discourse and their impact on European Private International Law”, en J. VON HEIN/E.M. KIENINGER/ G. RÜHL, *How European is Private international Law*, Amberes, Intersentia, 2019, pp. 280-282.

²¹ P. LAGARDE, “Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé”, *RabelsZ*, 2011, p. 673

²² R. WAGNER, « Do we need a Rome O Regulation? », (2014), *NILR*, p. 225-242.

es un proyecto que pueda fácilmente atraer apoyos. Una vez más, vemos que el objetivo de construir un sistema no es prevalente.

13. En tercer lugar, existen asimismo lagunas voluntarias debidas a una especie de subsidiariedad inversa que se ha impuesto con respecto a la codificación internacional²³. Cuando existen normas convencionales, no es infrecuente que el legislador europeo renuncie a la elaboración de normas europeas. Hay ejemplos en el Reglamento 2019/1111²⁴ por lo que respecta a la sustracción de menores. La propuesta inicial francesa de sustituir las normas del Convenio de La Haya de 1980²⁵ fue rechazada y las normas del Convenio se incorporaron al texto europeo²⁶. En idéntico sentido, el Reglamento 4/2009 sobre obligaciones de alimentos²⁷ incorpora al Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos²⁸. Por lo que se refiere a la protección de los mayores de edad, la reciente propuesta de la Comisión²⁹ va aún más lejos, ya que la remisión es global³⁰, a las normas de competencia y ley aplicable del Convenio de La Haya de 2000³¹. La iniciativa europea se limita a completar las normas del Tratado.

14. La completitud del Derecho internacional privado europeo se ve también comprometida por el hecho de que las lagunas no sean las mismas para todos los Estados miembros. Dinamarca no participa en las normas europeas de cooperación civil³² salvo que se celebre un Acuerdo especial³³; Irlanda puede elegir si participa o no en un instrumento concreto en virtud del privilegio del *opt in* que le reconoce el Protocolo especial adoptado cuando se ratificó el Tratado de Ámsterdam³⁴. Además, se han aprobado varios instrumentos en el ámbito del Derecho de familia a través de la cooperación reforzada³⁵, lo que significa que estas normas no forman parte del acervo comunitario y sólo se aplican en los Estados que han optado por participar en dicha cooperación. El círculo de Estados participantes en las distintas formas de cooperación reforzada tampoco es estable; varía de un instrumento a otro y puede cambiar con el tiempo, ya que todos los Estados miembros pueden adherirse a los instrumentos aprobados cuando lo deseen.

15. Las lagunas del Derecho internacional privado europeo son, pues, de carácter estructural y plantearían un desafío técnico a la promulgación de un Código de Derecho internacional privado europeo en el sentido tradicional. No parece posible colmar las lagunas materiales existentes sin abrir difi-

²³ P. BEAUMONT, "International Family Law in Europe - the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity", *RebelsZ*, 2009 (3), pp. 509-546.

²⁴ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DO L 178 de 2.7.2019,

²⁵ Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

²⁶ Art. 96 del Reglamento 2019/1111.

²⁷ Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009

²⁸ Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias

²⁹ Véase *supra* nota 12.

³⁰ Artículos 5 y 8 de la Propuesta.

³¹ Convenio de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos.

³² Artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

³³ Véase Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299 de 16.11.2005, Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, DO L 300 de 17.11.2005.

³⁴ Artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

³⁵ Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29.12.2010; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales, DO L 183 de 8.7.2016, Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183 de 8.7.2016.

les negociaciones. En ámbitos sensibles como la filiación, la propuesta actualmente sobre la mesa podría fracasar. Tampoco es seguro que sea posible colmar algunas lagunas parciales políticamente sensibles, como la difamación en relación con la libertad de expresión.

16. No pueden además ignorarse los obstáculos institucionales. Si se promulgara un Reglamento que contuviera el Código Europeo de Derecho Internacional Privado, habría que seguir el proceso legislativo ordinario para determinadas partes, pero seguiría siendo necesario obtener la unanimidad en el Consejo para el Derecho de familia. En este último ámbito existe el riesgo de que la unanimidad lograda en el pasado no pueda alcanzarse en el presente. Este riesgo es la verdadera razón por la que no se puso sobre la mesa de negociación la reforma de las normas de competencia judicial internacional en materia de divorcio, que han permanecido inalteradas desde su adopción en el Convenio de Bruselas II³⁶ en el momento de la revisión del Reglamento 2201/2003³⁷. Era demasiado arriesgado que se pudiera abrir un debate sobre el concepto de matrimonio, ya que ésta fue la razón principal por la que se adoptaron los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 mediante una cooperación reforzada³⁸.

17. La incorporación a un Código Europeo de Derecho Internacional Privado de los convenios internacionales de los que son parte los Estados miembros es más fácil cuando participan todos los Estados miembros. Se puede seguir utilizando la llamada “*Hinweismethode*” e indicar en el lugar apropiado que tal o cual Convenio regula una determinada cuestión. La referencia al Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en el Reglamento 4/2009³⁹, es un ejemplo de ello. En cambio, la integración de los Convenios es técnicamente más compleja cuando se trata de Convenios en los que sólo participan algunos Estados, como los Convenios nórdicos⁴⁰ o los Convenios de La Haya sobre accidentes de circulación por carretera⁴¹ o sobre responsabilidad por productos defectuosos⁴², ya que las normas que regulan estas materias varían de un Estado miembro a otro, según sea o no parte de dichos Convenios. Lo mismo ocurre cuando se trata de normas adoptadas en virtud de una cooperación reforzada. También en este caso hay Estados que aplican las normas europeas y otros que no.

18. Si el objetivo es elaborar un Código para ayudar a los profesionales, no parece posible incluir en él textos que no se aplican, ya que ello podría inducir a confusión. La dificultad estriba en que el Código no puede ser el mismo para todos los Estados miembros. Habría que buscar alternativas a la promulgación de un único acto legislativo de aplicación uniforme en los Estados miembros, ya que este objetivo no se corresponde con la fragmentación de fuentes que acabamos de describir. Pero antes de buscar alternativas, debemos considerar si la fragmentación de las fuentes es temporal o permanente.

IV. Fragmentación e incompletitud necesarias

19. El estado actual de las fuentes del Derecho internacional privado se presenta a menudo como una etapa provisional, un defecto del sistema que debería resolverse. Esta aproximación es claramente perceptible en relación con la cooperación reforzada, ya que ésta está abierta a la posibilidad de que los

³⁶ Acto del Consejo, de 28 de mayo de 1998, por el que se establece, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (98/C 221/01).

³⁷ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000; DO L 338 de 23.12.2003.

³⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS “Choice of court and residual jurisdiction in divorce: a plea for reform that is not expected any time soon?”, NIPR, 2021, p. 701-713.

³⁹ Véase el rt. 15 del Reglamento.

⁴⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS « Regulation (EU) No. 2019/1111 (Brussels II ter) and Third States: relations with other instruments », M. LINTON/ M. SAYED, *Festschrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag AB, 2022, pp. 133-136.

⁴¹ Convenio de 4 de mayo de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera

⁴² Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos.

Estados no participantes decidan adherirse. El hecho de que en el ámbito del Derecho de familia el procedimiento legislativo sea especial y requiera la unanimidad en el Consejo también se presenta a menudo también como una etapa intermedia, un signo de comunitarización insuficiente, que debería superarse.

20. Alfonso L. Calvo Caravaca y Javier Carrascosa, con el optimismo que les caracteriza, afirman que el Derecho internacional privado europeo se halla en un estado de construcción, pero confían en su crecimiento imparable y su vocación de regulación global⁴³. Por las razones que expondré a continuación tengo mis dudas de que el carácter fragmentario e incompleto vaya a poder superarse.

21. Es evidentemente en materia de derecho de familia, donde el legislador europeo encuentra mayores escollos. A primera vista, se trata esencialmente de dificultades políticas. Existe una verdadera guerra cultural en este ámbito, con debates marcados por la polarización en torno a posiciones invariables y opuestas. Para algunos, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una exigencia derivada del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual; para otros, el matrimonio sigue siendo una institución arraigada en valores religiosos y culturales y sólo puede ser la unión de un hombre y una mujer.

22. También en este caso cabría pensar que a largo plazo deberían prevalecer las posturas más abiertas. Sin embargo, hay que reconocer que la identidad nacional ampara posiciones divergentes y que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concede a los Estados un margen de apreciación bastante amplio. El Derecho de familia como tal no es competencia de la Unión y la diversidad e incluso la divergencia parecen ser una característica intrínseca. Sólo a largo plazo y de forma indirecta podría producirse una armonización de las normas sustantivas.

23. En este contexto hay que cuestionarse cuál es el rol que debe desempeñar el Derecho internacional privado⁴⁴. La Unión Europea no puede limitarse a prever el reconocimiento mutuo o la libre circulación del estatuto familiar sin que quepa cuestionar el origen y la legitimidad de lo que se va a validar mediante dicho reconocimiento. Esto me parece evidente en materia de filiación. La continuidad en el espacio de la relación padre-hijo es deseable, pero el Derecho también debe poder regular las formas en que las personas devienen padres. No es posible argumentar que el respeto a la vida familiar exige el reconocimiento de una relación paterno-filial establecida en otro Estado y, al mismo tiempo, ignorar que el establecimiento de esta relación podría ser contrario a otros derechos del menor, como el derecho del niño a conocer sus orígenes y a no ser objeto de transacciones comerciales.

24. Existen dilemas bioéticos muy delicados en este ámbito, y una regulación de Derecho internacional privado no puede ser ajena a ellos e instrumentalizarse de manera que sea factible eludir todo intento de regulación jurídica material. La necesidad de coherencia tiene también una dimensión vertical. El Derecho internacional privado de familia debe alinearse con los valores y principios que inspiran el Derecho sustantivo. Y debe reconocerse y respetarse que estos principios no son los mismos en todos los Estados miembros.

25. Si aceptamos el razonamiento anterior, debemos admitir que no es posible que el Derecho internacional privado europeo aborde todas las cuestiones. Hay demasiada diversidad en el Derecho sustantivo de familia, y los principios generales derivados del Derecho de la Unión, incluida la Carta, permiten interpretaciones diferentes y no bastan como argamasa para construir un Derecho internacional privado uniforme. En estas condiciones, no es realista esperar una regulación completa del Derecho internacional privado.

⁴³ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, t.1, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020p. 239.

⁴⁴ C. GONZÁLEZ BEILFUSS "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", *Anuario español de Derecho Internacional privado*, tomo IV, 2004, (pp.117-186).

V. Hacia un Código incompleto

26. El debate sobre la conveniencia de elaborar un Código de Derecho internacional privado se remonta a 2009⁴⁵. En una comunicación, la Comisión enumeró la adopción de un código de cooperación civil entre sus prioridades. En 2010, el Parlamento declaró que no se trataba de elaborar un compendio, sino de un verdadero código organizado en torno al objetivo de la coherencia⁴⁶. En el Programa de Estocolmo, el Consejo abogó por la consolidación, la racionalización y el fomento de la coherencia⁴⁷. La consolidación y codificación del Derecho internacional privado se consideraron deseables para mejorar la aplicación de las normas.

27. Los textos programáticos no especifican de qué tipo de código se trataría. No parece, sin embargo, tener mucho sentido recopilar las fuentes sin reelaborar y sistematizar las normas. Desde 2014, la Comisión publica un *Compendio de la legislación de la Unión Europea sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil*, que contiene toda la legislación de la Unión vigente en este ámbito. En Internet, donde puede descargarse gratuitamente, se presenta como “una herramienta indispensable para que los profesionales del Derecho puedan hacer frente a litigios o procedimientos no contenciosos transfronterizos”⁴⁸. Las valoraciones de los usuarios son más modestas, con sólo dos estrellas sobre cinco. Una simple recopilación de textos tiene muy poco valor informativo en la era de Internet. Sobre todo, no ayuda en la difícilísima tarea de localizar la fuente aplicable al caso.

28. Los textos legislativos deberían sistematizarse para que la recopilación tuviera algún valor añadido. Como la promulgación de un Código de Derecho internacional privado europeo completo es impracticable, una alternativa sería proceder por etapas. Encuentro, quizás porque es lo que conozco, una fuente de inspiración en el proceso de elaboración del Código civil catalán. El Derecho civil catalán también está marcado por el carácter incompleto, porque hay materias reservadas al legislador común español y porque se trata de un Derecho que sólo pudo renovarse y desarrollarse después de la Constitución de 1978. La codificación catalana se llevó a cabo por etapas, comenzando por las materias menos controvertidas, más maduras y completas. El Derecho internacional privado europeo podría seguir este ejemplo y empezar por el Derecho contractual, por ejemplo. Existen normas sobre competencia judicial internacional y conflicto de leyes que se aplican en todos los Estados miembros, así como una abundante jurisprudencia que podría incorporarse a los textos normativos.

29. Otra alternativa, no necesariamente excluyente, sería la elaboración de Códigos Modelo que pudieran adaptarse en cada Estado miembro para incluir las normas vigentes en el mismo.⁴⁹ Hay que admitir, sin embargo, que los distintos volúmenes de legislación privada que reúnen los actos normativos vinculantes, europeos o no, publicados en los Estados miembros cumplen parte de esta función. Pero se podría ir más lejos y refundir los textos para ayudar a los profesionales, como se propone en el proyecto de código de Derecho internacional privado francés. Tampoco es necesario que el texto resultante adopte la forma de un texto de derecho positivo. Podríamos inspirarnos en los *Restatements americanos* y elaborar guías de *soft law*.

⁴⁵ COM (2009) 262 *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*, p. 10.

⁴⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ,P7_TA (2010)0304.

⁴⁷ DO C de 04.05. 2010, n° 115, p.1.

⁴⁸ <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/a160c110-ac29-11e9-9d01-01aa75ed71a1>.

⁴⁹ Véase en Bélgica el *Code de Droit international privé* editado por J.-Y. CARLIER/ M. FALLON/ S. FRANÇO publicado por Larcier o en España la *Legislación básica de Derecho internacional privado* editada por N. BOUZA VIDAL/F.J. GARCIMARTIN ALFÉREZ/ C. GONZÁLEZ BEILFUSS/ M. VIRGÓS SORIANO publicada por Tecnos.

30. En cualquier caso, es evidente que la doctrina debe seguir explorando las opciones para codificar el Derecho internacional privado europeo, aunque la utilidad inmediata de estas propuestas no sea evidente. En mi opinión, éste es su verdadero papel. En una primera etapa de desarrollo acelerado del Derecho internacional privado europeo, la doctrina ha sido más bien reactiva. Ha intervenido en respuesta a las propuestas de la Comisión o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En esta segunda etapa de consolidación, es indispensable una reflexión conjunta y más profunda sobre el futuro del Derecho internacional privado europeo, ya que la asunción de competencias en Derecho internacional privado por parte de la Unión presupone un cambio de sistema, que aún no se comprende suficientemente.

VI. Conclusión

31. El examen del ámbito sustantivo del Derecho internacional privado europeo revela que el carácter incompleto es una característica estructural. El Derecho internacional privado es un ordenamiento jurídico multinivel con dos legisladores que comparten competencias. Esta situación no es coyuntural, sino inevitable, ya que el Derecho internacional privado no puede reducirse a una herramienta técnica para garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio y existen sectores del Derecho privado en los que las divergencias de los Estados miembros son profundas. La elaboración de un Código de Derecho internacional privado europeo en el sentido tradicional se convierte así en una tarea imposible, a menos que se revise el concepto de Código y se busquen alternativas a la elaboración de un texto único. En cualquier caso, es esencial encontrar una forma de introducir el método en la legislación para ayudar a los profesionales que actualmente se encuentran perdidos en la jungla de normas que proliferan sin control.