

Elaboración y significado de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 en el Derecho internacional privado español

Drafting and significance of the reform of the Preliminary Title of the 1974 Civil Code in the Spanish private international law

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado.
Miembro del Institut de Droit International

Recibido: 10.12.2024/ Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9352

Resumen: La reforma de 1974 del Título Preliminar del Código Civil español, al introducir por primera vez normas específicas de Derecho internacional privado (DIPr), constituyó un paso significativo, aunque insuficiente, hacia la modernización de este ordenamiento. Concebida en un contexto político y social poco favorable, la reforma se limitó esencialmente a las cuestiones de ley aplicable, dejando al margen aspectos fundamentales como la competencia judicial internacional o el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Esta opción, inspirada en tradiciones decimonónicas y en el modelo savigniano de atribución, dio lugar a un sistema rígido, con conexiones únicas, y mantuvo criterios antiguos como el de la nacionalidad en materias personales y familiares. Además, pese a la introducción de la noción de residencia habitual y la presencia de algunas cláusulas correctivas, el sistema resultó desfasado frente a las necesidades del tráfico jurídico internacional contemporáneo.

Con la llegada de la Constitución de 1978, la intensa actividad codificadora internacional y la integración europea, el panorama del DIPr español se transformó radicalmente. La Constitución exigió adaptar las normas a principios como la igualdad, repercutiendo en las conexiones discriminatorias que subsistían, y estimuló la protección de menores y la conciliación entre el principio de seguridad jurídica y la justicia material. Simultáneamente, la progresiva incorporación masiva de tratados internacionales y reglamentos de la Unión Europea diluyeron el protagonismo del Capítulo IV del Título Preliminar, que fue quedando rezagado y fragmentado ante la emergencia de fuentes internacionales y comunitarias. Esta evolución generó un “polisistema” complejo, en el que las normas internas del DIPr se conjugan con instrumentos internacionales y europeos, provocando dispersión normativa y dificultando la labor de operadores jurídicos y jueces, quienes deben identificar primero la norma pertinente de entre múltiples fuentes.

La situación actual pone de manifiesto la discusión acerca de la conveniencia de emprender una nueva reforma integral del DIPr español. Lejos de crear un ordenamiento radicalmente nuevo, se trataría de articular un marco general capaz de dotar al sistema de mayor coherencia, claridad y flexibilidad. Resultaría recomendable optar por una Ley Especial de DIPr, al estilo de otros países europeos y latinoamericanos, que sistematice las normas dispersas, las complemente y establezca conexiones más modernas, reconociendo la autonomía del DIPr respecto del Derecho interno. En caso afirmativo, esta ley debería tener un diseño tripartito contemplando conjuntamente competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de decisiones extranjeras, permitiendo así una visión unitaria, materialmente orientada a la obtención de resultados justos y eficaces. Además, la ley debería armonizarse con

las tendencias de unificación y comunitarización seguidas en la Unión Europea, integrando sinergias con el Derecho derivado de la UE y reconociendo la primacía de los instrumentos internacionales.

La experiencia de otros Estados y la propia evolución del ordenamiento español apuntan a que, pese a la europeización y las limitaciones de la acción legislativa nacional, una reforma integral del DIPr mediante una ley especial continúa siendo valiosa. Un texto coherente, sólido, adaptable y alineado con los valores constitucionales, el Derecho internacional y el comunitario, dotaría a España de las herramientas necesarias para afrontar las complejas demandas del tráfico jurídico internacional contemporáneo, superando la rigidez y fragmentación heredadas del modelo de 1974. De este modo, el DIPr español se modernizaría sin abandonar su raíz nacional, sirviendo como referencia para futuros desarrollos en un contexto cada vez más globalizado.

Palabras clave: Codificación, Derecho internacional privado, Título Preliminar, Código civil, Ley especial, armonización, modernización, fragmentación, europeización, reforma integral.

Abstract: The 1974 reform of the Preliminary Title of the Spanish Civil Code, by introducing for the first time specific rules of Private International Law (PIL), constituted a significant but insufficient step towards the modernisation of this system. Conceived in a political and social context that was not very favourable, the reform was essentially limited to questions of applicable law, leaving aside fundamental aspects such as international jurisdiction or the recognition and enforcement of foreign decisions. This option, inspired by nineteenth-century traditions and the Savignian model of attribution, gave rise to a rigid system, with single connections, and maintained old criteria such as nationality in personal and family matters. Moreover, despite the introduction of the notion of habitual residence and the presence of some corrective clauses, the system was out of step with the needs of contemporary international legal traffic.

With the arrival of the 1978 Constitution, the intense international codification activity and European integration, the panorama of Spanish private international law was radically transformed. The Constitution required adapting the rules to principles such as equality, having an impact on the discriminatory connections that remained, and stimulated the protection of minors and the conciliation between the principle of legal certainty and material justice. At the same time, the progressive and the massive incorporation of international treaties and European Union regulations diluted the protagonism of Chapter IV of the Preliminary Title, which was left behind and fragmented in the face of the emergence of international and Community sources. This evolution generated a complex 'polysystem', in which the internal rules of private international law are combined with international and European instruments, causing normative dispersion and making the work of legal operators and judges difficult, who must first identify the relevant rule from among multiple sources.

The current situation highlights the discussion about the convenience of undertaking a new comprehensive reform of Spanish private international law. Far from creating a radically new system, it would be a matter of articulating a general framework capable of providing the system with greater coherence, clarity and flexibility. It would be advisable to opt for a Special Private International Law Act, in the style of other European and Latin American countries, which systematises the dispersed rules, complements them and establishes more modern connections, recognising the autonomy of private international law with respect to domestic law. This law should have a tripartite design, jointly contemplating international jurisdiction, applicable law and recognition of foreign decisions, thus allowing for a unitary vision, materially oriented towards obtaining fair and effective results. Furthermore, the law should be harmonised with the unification and communitisation trends in the European Union, integrating synergies with secondary EU law and recognising the primacy of international instruments.

The experience of other States and the evolution of the Spanish legal system itself show that, despite Europeanisation and the limitations of national legislative action, a comprehensive reform of private international law by means of a special law continues to be valuable. A coherent, solid, adaptable text, aligned with constitutional values, international and EU law, would provide Spain with the necessary tools to face the complex demands of contemporary international legal traffic, overcoming the rigidity and fragmentation inherited from the 1974 model. In this way, Spanish private international law would be modernised without abandoning its national roots, serving as a reference for future developments in an increasingly globalised context.

Keywords: Codification, Private International Law, Preliminary Title, Civil Code, Special Law, harmonisation, modernisation, fragmentation, Europeanisation, comprehensive reform.

Sumario: I. Sentido de un Título Preliminar del Código civil en el movimiento de codificador. 1. Movimiento codificador y cuestiones de técnica jurídica: A) Ideal e ideología de los Códigos; B) Necesidad de un núcleo caracterizador del texto articulado; C) Ubicación de las normas de Derecho internacional privado. 2. Sentido y contenido de un Título Preliminar de. Preliminar del Código civil. 3. Alternativas reguladoras. 4. De la aplicación espacial de las leyes al Derecho internacional privado. II. La reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974. 1. Antecedentes. 2. Puesta en marcha del proceso. 3. Relaciones entre la Constitución y el Título Preliminar del Código Civil: A) Cuestiones de jerarquía normativa; B) Cuestiones de interpretación C) Delimitación del rango cuasiconstitucional. III. Inclusión de unas normas de Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código civil. 1. Experiencias en otros sistemas de nuestro entorno. 2. Proyectos. 3. Un peculiar proceso codificador: Comisión de Justicia, Comisión General de Codificación, Cortes Generales y Consejo de Estado. IV. El Derecho internacional privado en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el Texto articulado del Título Preliminar del Código civil. 1. Contexto histórico y normativo. 2. Ámbito de aplicación: A) Cuestiones de Derecho intertemporal; B) Inexistencia de una cláusula general de remisión a los tratados internacionales. 3. Caracteres globales a la reforma: A) Limitación a los problemas de Derecho aplicable; B) Rigidez de soluciones; C) Discreta apertura a materias no civilistas; D) Subsistencia de componente publicistas y normativistas. 4. Especialización de las categorías normativas: A) Apertura limitada; B) Características de las “normas reguladoras”; C) Características de las “normas de aplicación. V. Correcciones y vaciamiento del Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil. 1. Primera corrección: La Constitución de 1978: A) Acomodación de las normas de Derecho internacional privado a los principios y valores constitucionales; B) Incidencia de los principios y valores constitucionales en el Título Preliminar del Código civil. 2. Segunda corrección: protagonismo de los tratados internacionales: A) Asunción progresiva de una “dualidad estructural”; B) Dificultades de aplicación de los tratados internacionales. 3. Tercera corrección: “comunitarización” del Derecho internacional privado: A) Interacción entre las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales; B) Interacción entre los Reglamentos de la UE y la codificación de Derecho internacional privado de los Estados miembros; C) Oportunidad de un Código Europeo de Derecho internacional privado. VII. Alternativas y lineamientos para una eventual codificación estatal del Derecho internacional privado. 1. Modelos de la codificación. 2. Alternativas reguladoras: A) Mantenimiento del cauce del Código civil; B) Elaboración de una Ley Especial o de un Código de Derecho internacional privado. 3. Realizaciones concretas: A) Europa; B) América latina; C) Asia. VIII. Pertinencia de una nueva reglamentación del sistema español de Derecho internacional privado. 1. Cuestiones de técnica legislativa: A) Opciones y retos en presencia; B) La compleja elaboración de una Ley francesa de Derecho internacional privado; C) Propuesta de una Ley General de Derecho internacional privado para España de 2000. 2. Estado actual del sistema español de Derecho internacional privado. 3. Ámbitos de actuación del legislador español. 4. Directrices para una eventual reforma. IX. Consideraciones finales.

I. Sentido de un título preliminar del código civil en el movimiento de codificador

1. Movimiento codificador y cuestiones de técnica jurídica

A) Ideal e ideología de los Códigos

1. Corolario de concepciones diversa, a lo largo del siglo XIX el movimiento codificador comenzó a consolidarse en Europa con los primeros Códigos civiles que los gobiernos utilizaron como instrumento de construcción vertical del Estado–nación¹. La codificación, en tanto que proceso legislativo

¹ Es bien sabido que tras el *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794, cuyos 17.000 artículos contenían un mosaico de leyes, estatutos, prácticas judiciales y costumbres alemanas impregnadas concepciones feudales, el *Code Napoléon* y el *Allgemeines*

necesario para establecer una sistematización y organizada de normas jurídicas reguladoras, con carácter coherente y una metodología adecuada² de un área específica del Derecho, como el civil, penal, mercantil, entre otros, da lugar a una herramienta normativa que busca unificar y simplificar el acceso al Derecho, estableciendo principios claros y reglas detalladas aplicables en una determinada materia, a diferencia de la merca recopilación de leyes. En esencia, la filosofía que existe detrás de un código, aunque sea a veces implícita, varía según el contexto histórico y político en el que se redacta³, pues no solo es un instrumento técnico para organizar el Derecho, sino que es un fiel reflejo de las circunstancias sociales, económicas y políticas de su tiempo. Por tanto, la finalidad de la codificación puede ir desde consolidar la unidad jurídica de un Estado hasta promover ciertos valores, como la igualdad o la justicia, según el momento histórico ante el que nos situemos. Desde esta perspectiva un código es, además, de un conjunto de normas, una construcción jurídica y cultural que responde a un propósito de orden y racionalidad, cuyo contenido y estructura reflejan tanto las ideas predominantes como los desafíos del momento histórico en que se redacta⁴.

En este momento histórico, la noción de “código”⁵ pasó de referirse a un “libro de leyes” para hacer alusión a un conjunto de normas sistematizadas de una misma rama del Derecho, que organizan un cuerpo normativo coherente⁶. A diferencia de una “recopilación de leyes”, la presencia de un código supuso, de un lado, un marco unificado y metódico, promovido por el pensamiento ilustrado, que articuló de manera precisa todos los aspectos de una materia de gran complejidad y, de otro lado, la consecución de un Derecho racionalizado, perfeccionado y accesible al ciudadano. Con esta convicción, el movimiento codificador, impulsado por el individualismo liberal, tuvo la virtud de sistematizar el Derecho, eliminando la ambigüedad y las divisiones imprecisas, creando conceptos claros y estableciendo fronteras definidas. Como corolario de ello facilitó la comunicación y los intercambios, proporcionando previsibilidad y un marco de reglas simples y accesibles permisivas para el actuar de los individuos dentro de un espacio jurídico unificado y ordenado⁷.

Entendida como la compilación sistemática de normas, la codificación constituye una de las formas más antiguas y universalmente difundidas del fenómeno jurídico. En la tradición occidental, y en especial en el entorno europeo, su concepción y su significado modernos se gestaron durante la Ilustración, bajo la influencia de corrientes intelectuales tan relevantes como el humanismo jurídico, el racionalismo

bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (ABGB) pueden yuxtaponerse y presentarse precisamente por sus profundas diferencias. El Código Civil francés, promulgado en 1804, fue producto de una elaboración cultural profundamente influida por el pensamiento ilustrado francés y por una tradición jurídica específica representada por autores como Domat y Pothier. Este Código refleja una síntesis entre los ideales racionalistas de la Ilustración y la sistematización jurídica de la tradición romano-canónica adaptada al contexto francés. En contraste, el Código Civil austriaco de 1811 fue el resultado de un proceso diferente, desarrollado bajo la influencia del absolutismo ilustrado de los Habsburgo. Su redacción estuvo claramente marcada por las corrientes de pensamiento jurídico germánicas, que enfatizaban la sistematicidad y un enfoque más técnico en la codificación. Este Código no solo refleja un enfoque jurídico adaptado a las necesidades del imperio austrohúngaro, sino también una concepción del Derecho enmarcada en la estructura política centralizada y paternalista del absolutismo ilustrado. Ambos códigos, aunque compartieron el espíritu de la racionalización jurídica característica de la época, representaron soluciones distintas influenciadas por las tradiciones y contextos históricos de sus respectivas naciones. *Vid.* R. FERRANTE, “Un ruolo per l’interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB”, *Forum historiae Juris*. 2006, nos. 1 y 2.

² J.-M. JOSSELYN y A. MARCIANO, “The Making of the French Civil Code: An Economic Interpretation”, *Eur. J. L. & Econ.*, vol. 14, nº 3, 2002, pp. 193-203.

³ V.J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIème siècle au XIXème siècle, Essai de définition*, Éditions de l’Institut de Sociologie de l’Université libre de Bruxelles, 1967, pp. 22 ss.

⁴ F. TERRÉ, “La codification”, *Eur. L. Rev. Priv. L.*, vol. 1, nº 1, 1993, pp. 31-46; Y. CARTUYVELS, “L’idéal de la codification. Étapes et développements avant le 19e siècle”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 31, nº 2, 1993, pp. 85-107.

⁵ En la etapa napoleónica con la promulgación del *Code civile* de 1804 se consolidó de forma definitiva un modelo “moderno” de código que constituyó el modelo referencial de codificación del derecho a lo largo de los siglos XIX y XX al establecer un modelo paradigmático de código moderno. No fue el primer código en sentido estricto, su estructura lógica, lenguaje accesible y sistematización influyeron profundamente en los procesos de codificación de otros países, incluso entre aquellos que inicialmente se opusieron al movimiento codificador. *Vid.* P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 1-98. Centrado en el sistema italiano, sobre la gran relevancia “historiográfica” de la cuestión del método de interpretación del Código civil, *vid.* M. NARDOZZA, “Codificazione civile e cultura giuridica in Italia”, *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, 2012, 2. Paper 13.

⁶ J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIème au XIXème siècle*, Bruxelles, Éditions de l’Institut de sociologie, 1967, 500 pp.

⁷ P. BOURDEAU, “Habitus, code et codification”, *Actes de la recherche en Sciences Sociales*, nº 64, 1986, pp. 40-44, esp. p. 42.

y el iusnaturalismo. Aunque el Código Napoleón, promulgado a partir de 1804, no fue el primer intento de codificación en la historia, sí se convirtió en el referente paradigmático de lo que se ha dado en llamar “código” en sentido moderno, incluso para quienes mostraban recelo ante la idea misma de codificar⁸.

2. Inspirada en la Ilustración, la exaltación codificadora en Europa, consolidó una cultura jurídica basada en códigos como la expresión máxima del orden jurídico⁹. Esta concepción unitaria promovió un Derecho funcional y concreto, centrado en la voluntad democrática y en la “razón” como fuente principal del Derecho, en lugar del tradicional *ius commune*¹⁰. La ideología predominante, basada en el liberalismo¹¹ impulsó a que el Estado se limitara a garantizar la libertad de los ciudadanos sin interferir en la economía, mientras que la racionalización jurídica organizaba las normas en sistemas coherentes¹². Pero también estimuló la contradicción entre la aspiración a un Estado–nación centralizado y los nacionalismos culturales a partir de las tensiones inherentes a la búsqueda de uniformidad jurídica frente a la diversidad cultural y social de los territorios. En tanto que instrumentos jurídicos de unificación, los Códigos fueron diseñados para consolidar la autoridad del Estado–nación, promoviendo estructuras legales homogéneas que reflejaban la visión del poder central. Sin embargo, esta homogeneidad chocaba con la realidad de las identidades culturales locales y las diferencias históricas y sociales que los nacionalismos culturales europeos reivindicaban como base de su legitimidad. En el caso del Código Napoleón, su exportación y adaptación fuera de Francia encontró resistencia precisamente porque no respetaba las particularidades locales, especialmente en áreas sensibles como el Derecho de familia, donde las tradiciones, religiones y costumbres locales jugaban un papel central. Mientras Napoleón promovía un modelo de Estado centralizado y uniforme, los nacionalismos culturales enfatizaban la singularidad de las comunidades, defendiendo la necesidad de que las leyes reflejaran las características distintivas de cada pueblo. La tensión entre ambas corrientes se reflejó claramente en las reformas napoleónicas en Europa, que no buscaban acomodarse a las condiciones locales, sino que imponían una organización uniforme basada en las estructuras jurídicas francesas, y el auge de los nacionalismos culturales defendía la idea de que las leyes y las instituciones debían surgir de la propia historia, lengua y cultura de cada nación y se oponía al ideal napoleónico de una Europa unificada bajo principios jurídicos homogéneos, considerando que tal unificación no respetaba las identidades colectivas ni las realidades locales¹³.

Aunque el Código Napoleón se convirtió en un modelo para muchos países¹⁴, su imposición en contextos con tradiciones jurídicas y culturales divergentes generó rechazo y limitó su aplicación plena por la existencia de un conflicto fundamental entre la universalidad jurídica y la particularidad cultural. Un conflicto que resaltó los límites de la codificación como herramienta de unificación en contextos donde la diversidad cultural y las identidades locales eran elementos esenciales de la legitimidad social y

⁸ J. VANDERLINDEN, “Qu’est-ce qu’un code ?”, *Les Cahiers de droit*, vol. 46, nos. 1-2, 2005, pp. 29-51.

⁹ J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e siècle au XIX^e siècle – essai de définition*, Bruselas, Institut de sociologie ULB, 1967, pp. 163 ss.

¹⁰ En Europa se produce en el siglo XIX y parte del XX, tras la planificación política y cultural consecuencia de la Ilustración, una euforia codificadora consolidándose una cultura basada en el Código, cuya contemplación llega a sacralizarse (la “mole mayestática”, el “*altare consolidato*”...) como un elemento importante de la “mitología moderna”. Vid. J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, París, Montchrestien, 1997, pp. 190-224; L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Codificación, descodificación y recodificación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLV, 1992, pp. 473-485.

¹¹ J. VALLET DE GOYTISOLO, “Influjo de la Revolución Francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la legislación española”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLII, 1989, pp. 261-316.

¹² G. TARELLO, “Le idee della codificazione”, *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1971, pp. 31 ss. Frente a la acumulación de textos sin unidad interna apareció un “sistema” de normas organizadas con pretensiones de “generalidad” y de “plenitud” (R. FERRANTE, “Dans l’ordre établi par le Code civil”, *La scienza del diritto al tramonto dell’illuminismo giuridico*, Milán, Giuffrè, 2002, x+520 pp.; R. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. y prólogo de A. Vaquer Aloy), Madrid, Civitas, 2000).

¹³ En relación con nuestro país, un reconociendo de la originalidad de la teoría española de las fuentes y de la permanencia de las tradiciones españolas en el Código civil a partir de lo dispuesto en el art. 6 de la primera versión del Código civil se contiene en el estudio de L. NEVILLE BROWN, “The Sources of Spanish Civil Law”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 5, n° 3, 1956, pp. 364-377 esp. 364-65.

¹⁴ H. MAZEAUD, “Le Code civil et son influence en Europe”, *Travaux de la Semaine internationale de droit*, París, A. Pedone, 1954, p. 569.

política. Como consecuencia de ello el nacionalismo, generó códigos nacionales desconectados entre sí, lo que relegó el Derecho común romano–canónico y restringió el estudio de los sistemas extranjeros en favor de legislaciones estatales nacionales, en un contexto de baja integración económica internacional, acentuando con ello el pluralismo normativo y la necesidad de conferir una respuesta al mismo¹⁵.

3. Desde una perspectiva metodológica, el movimiento codificador, sobre todo tras la publicación del Código civil francés de 1804, calificado como el fenómeno más importante de la historia jurídica universal¹⁶, y su conversión como fuente inspiradora en numerosos países europeos (Grecia, 1827; Países Bajos, 1838; Italia, 1865; Rumanía, 1865; Portugal, 1867; España 1889), tuvo importantes consecuencias, aunque con posterioridad fue perdiendo progresivamente esta influencia como modelo directo de la codificación civil, manteniéndolo cuando se practicó a través de la legislación de un tercer Estado. No sólo en la doctrina francesa se considera que, en términos culturales, el Código civil es, a la vez, de una parte, tradicional y revolucionario y, de otra parte, expresión de valores y meramente formal y neutro. No hay que ignorar, pues, la fuerza de la tradición del Código Napoleónico ni subestimar su capacidad de adaptación a la era de la mundialización¹⁷.

En primer lugar, y con independencia de la exportación del modelo obedeció a factores diversos como, la fuerza de las armas, la seducción intelectual o la ausencia de otros modelos autóctonos¹⁸, contribuyó indudablemente a la “desnacionalización” del Derecho¹⁹, aunque la influencia francesa no eliminó por completo ciertas particularidades locales²⁰. En segundo lugar, produjo un considerable desarrollo del tradicional método de las glosas o de la exégesis²¹, contemplando el Derecho como algo perfectamente dado, acabado y definido en el Código y calificando la función de la ciencia como algo puramente dogmático, al emplear conceptos y categorías que podían o no coincidir con la estructura de los textos jurídicos a los que se refiere. Dentro de los defensores de esta importante corriente metodológica, dominante en Francia y en Bélgica hasta finales del siglo XIX, cabe citar a nombres como R.–T. Troplong, F. Demolombe, F. Laurent, Ch. Aubry o Ch. Rau y tuvo su origen, precisamente, a partir de los comentarios al Código de Napoleón²². Convertida la obra napoleónica en un documento intocable, los exégetas recomendaban siempre volver a él sus ojos y no salirse de sus cauces ateniéndose a su letra

¹⁵ Este fenómeno trajo consigo una serie de representaciones jurídicas nacionales inconexas unas respecto de las otras relegando el *ius commune* romano–canónico como fondo común tradicional; y tal desconexión se refleja no sólo en las legislaciones estatales sino también, en el sistema de enseñanza del Derecho en toda Europa, que va a quedar limitado al estudio exclusivo de los sistemas estatal, restringiendo en buena medida la contemplación de las experiencias jurídicas y de las doctrinas extranjeras; y a ello debe añadirse, también como factor que explica el periodo, el escaso nivel de integración económica internacional por lo cual las codificaciones nacionales no experimentaban influencias de las regulaciones realizadas en otros sistemas jurídicos. *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Código de Napoleón y su influencia en América Latina. Reflexiones a propósito del Segundo Centenario”, *El Derecho internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, t. I, Mérida (Venezuela), Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, 2005, pp. 151–190, esp. pp. 152–153

¹⁶ G. BOEHMER, “Rapport sur l’Allemagne”, *L’Influence du Code civil dans le monde*, Travaux de la Semaine internationale de droit, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française et Société de législation comparée, París, 1950, Pédone, 1954, p. 572.

¹⁷ J.–L. HALPÉRIN, “Deux cents ans de rayonnement du Code civil des Français?”, *Les Cahiers de droit*, vol. 46, nos. 1–2, 2005, pp. 229–251; R. MICHAELS, “Code vs Code Nationalist and Internationalist Images of the Code Civil in the French Resistance to a European Codification”, *Eur. Rev. Contract L.*, vol. 8, nº3, 2012, pp. 277–295.

¹⁸ M. GRIMALDI, “L’exportation du code civil”, *Pouvoirs*, vol. 107, nº 4, 2003, pp. 80–96.

¹⁹ A. MASFERRER, “Codification as nationalisation or denationalisation of law: the Spanish case in comparative perspective”, *Comparative Legal History*, vol. 4, nº 2, 2016, pp. 100–130.

²⁰ La doctrina holandesa acostumbra a insistir en este punto a propósito de la valoración de su Código civil de 1838. *Vid.* G. MEIJER y S.Y.Th MEIJER, “Influence of the Code Civil in the Netherlands”, *Eur. J. of L. & Econ.*, vol. 14, nº 3, 2002, pp. 227–236; A. WIJFFELS, “Balancing Rationality and Tradition : the French Code Civil and the Codification of Civil Law in the Netherlands, 1798–1838”, *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré?: mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. P. 285–318; M. VAN DER BURG, “Cultural and legal transfer in Napoleonic Europe: codification of Dutch civil law as a cross–national process”, *Comparative Legal History*, vol. 3, nº1, 2015, pp. 85–109.

²¹ Para el estudio de la función de interpretación jurídica en la era de la codificación a partir de las reglas de hermenéutica introducidas por el código napoleónico *vid.* D. ZIINO, *Profili dell’interpretazione giuridica*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 1–12.

²² J.–F. NIORT, *Homo Civilis. Contribution à l’histoire du Code civil français (1804–1965). Contribution à l’histoire du Code civil français (1804–1965)*, Aix–en–Provence, Presses universitaires d’Aix–Marseille, 2004, pp. 209–340.

cuando ésta es clara, o a los principios generales de sus leyes, cada vez que se presente una situación de vacío o ambigüedad de sus normas²³.

B) Necesidad de un núcleo caracterizador del texto articulado

4. El punto de partida de la codificación fue el conocimiento del Código a través de las mismas palabras y proposiciones empleadas en su redacción a partir de tres premisas: a) todo el Derecho civil se encuentra en el Código; b) el conocimiento del Derecho debe recaer sobre sus artículos y solamente sobre ellos; y, c) la ley debe interpretarse analizando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos²⁴. Y para la puesta en marcha de estas premisas se consideró procedente la elaboración de un conjunto de normas que configuraron la noción de “libro preliminar” o “título preliminar”²⁵.

Cualquier esfuerzo de codificación es un esfuerzo de equilibrio. Un auténtico código se caracteriza por establecer una estructura de normas que pueda considerarse como un “todo jurídico” y fijar el doble objetivo de seguridad jurídica²⁶ y fácil acceso a las normas jurídicas es esencial para este propósito. Ello no empece para que posea cierto grado de flexibilidad que le permita adaptarse a situaciones imprevistas y responder a nuevas circunstancias sociales que pueden surgir mucho después del día de su promulgación. Y en esta dimensión codificadora, una de las funciones que puede cumplir el Título preliminar de un texto articulado consiste en aportar ciertas reglas esenciales que le confieran una significación general, dotándolo de un núcleo caracterizador a modo de marco para la comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de las lagunas. Posee, desde esta perspectiva, una dimensión “constitucional” y “expansiva”, incorporando cláusulas generales y principios que actúan como guías fundamentales, estableciendo las pautas fundamentales que pertenecen a la teoría general del Derecho, definiendo cuáles son sus fuentes, estableciendo cómo debe dictar sentencia el juez y determinando cuándo entran en vigor y cuál es el ámbito de aplicación de las leyes, entre otros aspectos esenciales²⁷. En esencia, se puede afirmar que el Título Preliminar define las fuentes del Derecho, proporciona reglas de interpretación²⁸, ofrece guías para el ejercicio de los derechos, reconoce dis-

²³ S. SOLEIL, “Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?”, *Histoire de la Justice*, n° 19, 2009, pp. 225–241.

²⁴ Ello tendrá una evidente repercusión en la enseñanza del Derecho civil y en la función judicial, en el sentido de que los jueces deben limitarse a aplicar estrictamente el Código extrayendo del tenor literal de cada artículo solución apropiada para los supuestos controvertidos. De esta suerte la escuela de la exégesis que deriva del Código de Napoleón está caracterizada por rendir culto al texto legal, respetando la voluntad del legislador, que se deberá investigar, en caso de duda, a partir de las discusiones parlamentarias. Se trata de un método que establece fuertes limitaciones al juez en tanto que no permite su libre interpretación sino, exclusivamente, la aplicación de los textos al caso específico (J. BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil*, 2ª ed., París, E. de Boccard, 1924). En particular, y de acuerdo a esta concepción, la labor interpretativa de los jueces debía limitarse a una mera aplicación de las leyes, convirtiendo en meros instrumentos de la ley reducidos al establecimiento de los hechos y a la subsunción de los mismos bajo los términos de la ley; esto es, la aplicación estricta de la ley: *dura lex, sed lex*. Baste atender a la dispuesto en el art. 4 *Code*: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.

²⁵ W. WOŁODKIEWICZ, “‘Livre préliminaire’ ‘titre préliminaire’ dans le projet et dans le texte définitif du Code Napoléon”, *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 83, n° 3, 2005, pp. 441–455.

²⁶ M. Weber consideró la redacción sistemática de la ley como una garantía garante de la seguridad jurídica, sobre todo tras los conflictos sociales. Cf. M. WEBER, *Sociologie du droit*, París, PUF, 1986, p. 196. Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, “Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n° 7, 2023, pp. 225–301.

²⁷ M.-C. Belleau apuntó que antes de su adopción, el proyecto de código fue enviado a los magistrados de los Tribunales de Apelación y del Tribunal de Casación, quienes debían examinarlo, evidenciando esta medida marcadas diferencias conceptuales: mientras los codificadores contemplaban el Código con una visión crítica, conscientes de sus limitaciones, los jueces lo idealizaban, esperando soluciones más simples y directas. Los jueces, al exigir claridad y precisión, rechazaban la presencia de principios genéricos y abstractos, manifestando su interés por disponer de normas detalladas y concretas. Este desencuentro terminó reflejándose en el producto final: de un Anteproyecto de Libro Preliminar con 39 disposiciones, se llegó a un Título Preliminar mucho más reducido, integrado tan solo por seis artículos. Cf. M.-C. BELLEAU, “Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique”, *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 8, nos. 1–2, 1997–1998, pp. 67–120.

²⁸ P. ALVAZZI DEL FRATE, “El Code civil e l'interpretazione della legge”, *Lezioni di storia delle codificazione e delle costituzioni* (M. Ascheri, ed.), Turín, Giappichelli, 2008, pp. 141–155; A. GUZMÁN-BRITO, *Codificación del Derecho civil e interpretación de*

tintos principios generales (como la buena fe, el abuso, el fraude, etc.), y finalmente, establece el ámbito de aplicación del Código donde se inserta en relación con los derechos y bienes²⁹. Una iniciativa de tal calado suele incluirse en un acto legislativo global que sustituye una codificación anterior específica o regula grandes áreas del Derecho, promulgándose mediante el mismo procedimiento legislativo que el texto principal de la ley que se va a introducir.

En raras ocasiones, las leyes introductorias incluyen cuestiones anexas al texto general que se va a introducir y, a primera vista, se podría tener la impresión de que el problema de la parte introductoria de un Código civil es una simple cuestión de técnica legislativa. De hecho, esta parte preliminar sigue estando estrechamente vinculada a la clasificación de las materias de un Código civil por lo que su redacción no es sólo técnica, sino también profundamente científica, pues los redactores de un código deben tener en cuenta la evolución de la sociedad atendiendo a los cambios históricos experimentados por la sociedad afectada. Baste comprobar la complejidad de la reforma en curso en España del Derecho de obligaciones y contratos³⁰.

C) Ubicación de las normas de Derecho internacional privado

5. En lo que concierne papel del DIPr en el movimiento codificador, puede adelantarse que en gran medida permaneció al margen del mismo. La codificación surgió con el propósito de sistematizar y unificar el Derecho dentro de los Estados-nación, pero el DIPr, con su carácter transnacional y su dependencia de normas de conflicto, presentó desafíos particulares. A pesar de la proximidad entre las normas sustantivas nacionales y las normas de conflicto, estas últimas quedaron en gran medida fuera de los grandes códigos decimonónicos, como el Código Civil francés lo cual puede atribuirse a la dificultad de incorporar un conjunto de reglas que, por su naturaleza, no solo buscaban resolver conflictos internos, sino también coordinar ordenamientos jurídicos distintos. Como resultado, aunque el Derecho civil se consolidó como el núcleo del proceso codificador, el DIPr mantuvo una autonomía relativa, desarrollándose en muchos casos a través de leyes específicas o tratados internacionales, poniéndose de manifiesto las limitaciones del modelo de codificación tradicional frente a la complejidad del orden jurídico global y la necesidad de soluciones flexibles en un mundo donde las relaciones jurídicas trascienden las fronteras nacionales³¹. Baste atender a que el Código civil francés de 1804 apenas prestó atención al tratamiento de las relaciones privadas con un elemento internacional. Pero con el desarrollo de la industria y el transporte a lo largo del siglo XIX, las relaciones internacionales aumentaron y, en consecuencia, se hizo necesario aumentar el número y la precisión de las normas de DIPr³².

2. Sentido y contenido de un Título Preliminar del Código Civil

6. El concepto de disposiciones generales de Derecho positivo sostiene que la parte general o, en menor medida, el Título preliminar, debería incluir: el concepto de ley, con todo lo relativo a ella: promulgación, publicación, principio de irretroactividad, aplicación e interpretación de la ley por los tribunales; el principio de la fuerza vinculante del Derecho consuetudinario, si se acuerda aceptarlo;

las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales Códigos Civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX, Madrid, Iustel 2011.

²⁹ Una clasificación que entra en una tradición generalizada del Títulos preliminares de la codificación civil. Cf. L.M. DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 120.

³⁰ R. DURÁN RIVACOBA, "La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España", *Revista de Derecho*, vol. 11, nº 1, 2010, pp. 327-354; J.A. COBACHO GÓMEZ, "La pretendida reforma del Derecho español de obligaciones y contratos: la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil", *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico: convergencias entre los sistemas jurídicos de España y Puerto Rico* (R.M. Moreno Flórez, ed.) Madrid, Dykinson, 2017, pp. 61-84.

³¹ A. FLORINI, "Current developments: I. the codification of private international law: the belgian experience", *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 54, nº 2, 2005, pp. 499-519

³² B. NOLDE, "Les étapes historiques de la codification législative du droit international", *Rev. crit. DIP*, 1927, 362 ss.

el concepto de derechos subjetivos; los sujetos de derecho; las cuestiones relativas al objeto de los derechos subjetivos, etcétera. A pesar de su generalidad, estos principios derivan directamente del carácter racional del Código civil, lo que les confiere gran estabilidad, difiriendo por tanto de los de la filosofía del derecho o de la ciencia jurídica estrictamente teórica en que son disposiciones legislativas con fuerza coercitiva.

Semejante contenido atribuye al Tit. Prel. Cc un valor general en relación con el conjunto de la legislación de un país y frente a una posición doctrinal favorable a que debía contener únicamente disposiciones generales de “Derecho civil”, propiamente dicho, los conceptos jurídicos generales que incorpora serán susceptibles de aplicarse al mismo tiempo a otros ámbitos del Derecho. De este modo, se establece una especie de “unidad lógica” entre los distintos códigos y leyes de un país. Y a este argumento se une otro esencialmente histórico, al ser el Código civil la más antigua de todas las leyes, como fenómeno jurídico que produce el tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho³³, originado en una época y en un Estado concreto, Francia, donde la virtualidad de la Constitución estaba restringido al orden estrictamente político. Con ello se construyó un sistema orientado a resaltar conceptual y gráficamente la enorme importancia técnica de determinados preceptos para el ordenamiento jurídico en su conjunto y ponderar la necesidad de que los futuros cambios, en su caso, se efectuaran siempre con la más extraordinaria cautela y la más exquisita técnica jurídica y sólo una vez obtenido el oportuno consenso del mundo jurídico.

7. En general, los Códigos civiles se decantaron por incluir una parte introductoria comprensiva de diversos los principios fundamentales que lo sostienen, sus directrices generales, su estructura³⁴, su esencia y sus soluciones jurídicas³⁵, inclusión comprendida en su propia naturaleza y en su gran estabilidad. Son representación de la coherencia inherente a un conjunto normativo, incorporando en su núcleo el fundamento que justifica su existencia y la unidad que corresponde a un corpus normativo de semejante envergadura. Sin embargo, a lo largo del proceso codificador prolongado durante más de dos siglos, no ha existido unanimidad sobre cómo debía concebirse esta parte introductoria.

En la tradición jurídica francesa y latina, se suelen presentar esas reglas en forma sintética como un título o libro preliminar³⁶, mientras que los modelos inspirados en el Código civil alemán y la legislación civil derivada del mismo adoptan una forma muy desarrollada de parte general (*Einführungsgesetz*), que establece unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de Derecho basado en principios y valores. La primera representa el espíritu jurídico sintético que enuncia en la parte introductoria del Código civil una serie de principios generales, esencialmente de Derecho civil propiamente dicho. Es el caso del Código civil francés y, en general, de los primeros códigos civiles de los países latinos, donde el Título Preliminar se concibió como una breve síntesis del pensamiento jurídico incluyendo algunos conceptos fundamentales del Derecho privado y otros, relativamente escasos, del Derecho civil propiamente dicho³⁷.

La naturaleza de esta clase de disposiciones, así como su valor y función normativa, ha sido objeto de amplio debate doctrinal, sin demasiado éxito, con la excepción de la coincidencia de que estas disposiciones trascienden el ámbito propio del Derecho privado excediendo su extensión a las normas jurídicas no sólo al contenido del Código civil o a la generalidad de a las normas del Derecho privado, sino que están diseñadas, o al menos pretenden estarlo, para ser aplicadas a todos los órdenes del Derecho. En palabras de M. Herrero Rodríguez de Miñón, es “una norma de normas” porque establece las

³³ M. ATIENZA, “Constitución y argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2007, pp. 197–228.

³⁴ A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la pix bourgeoise*, París, LGDJ, 1972,

³⁵ Cf. V. LASSERRE-KIESOW, “L'esprit scientifique du code civil”, *Droits*, vol. 41, nº 1, 2005, pp. 53–68, esp. pp. 53–58.

³⁶ V.gr. Código civil francés de 1804 (y sus derivados: italiano, belga, rumano, etc.), Código civil suizo de 1912 y el Código Civil italiano de 1942. Como afirma R. FERRANTE, “*Non va ritenuto arbitrario, in questa sede, il richiamo al fantasma del livre préliminaire. In qualche misura esso condizionò, infatti, la cultura giuridica (di area) francese come una sorta di 'sottointeso normativo'.*” Cf. “Un ruolo per l'interprete...”, *loc. cit.*, nº 5)

³⁷ Por ejemplo, el Código Civil italiano de 1865, siguiendo el método del Código Civil francés adoptó una sección introductoria que contenía doce artículos y se titulaba “De la interpretación y aplicación de las leyes en general”, los siete últimos de los cuales estaban dedicados a las disposiciones de Derecho internacional privado.

condiciones de posibilidad del ordenamiento pues, aunque no regule las relaciones sociales, proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible³⁸.

3. Alternativas reguladoras

8. A grandes rasgos puede hablarse de tres disyuntivas fundamentales a la hora de regular esta materia introductoria. La primera, referida a la conveniencia de incorporarla en el propio Código civil o insertarla en una o varias Leyes especiales. La segunda, concerniente a si la parte introductoria del Código civil debe contener únicamente disposiciones generales de Derecho civil propiamente dicho o añadir a éstos conceptos jurídicos generales válidos para otros sectores del ordenamiento jurídico. Por último, la oportunidad de introducir unas normas de Derecho internacional privado a propósito de la determinación de las normas jurídicas en el espacio, que calificaremos con “solución integral”. Esta diversidad reguladora es una consecuencia directa de la psicología de los diferentes pueblos, que han optado por la codificación y de las diversas tradiciones jurídicas y de las circunstancias históricas que han influido en la vida y el derecho de dichos pueblos³⁹.

La historia de la codificación en el continente europeo una mostrado una evolución dispar en cada una de estas disyuntivas, con una tendencia a reducir la consideración principios teóricos, dando paso disposiciones generales de Derecho positivo útiles para una correcta interpretación de la ley, el mantenimiento del particularismo en orden al cauce legal de la ordenación de esta materia (como parte del texto articulado del Código civil, como parte integrante del mismo con una numeración separada⁴⁰ o como una Ley introductoria independiente) y la exclusión del tratamiento de las cuestiones de DIPr.

Cuando surgió la necesidad de elaborar un Código civil, fue sin duda para responder a una necesidad de organización sistemática del Derecho. No se trataba simplemente de una codificación en forma de recopilación de textos o de construcciones más o menos detalladas, y los seis primeros artículos se justificaban al enunciar los principios generales a partir de los cuales debían organizarse de manera lógica y racional las normas jurídicas, con lo cual, la principal característica de este título preliminar era poner de relieve las intersecciones e interacciones entre las distintas ramas del Derecho. Fueron inevitables nuevos enfoques de estos artículos para devolverles su importancia en los procesos de (re)codificación de múltiples ámbitos del Derecho, consistentes en la reelaboración de la cuestión de los fundamentos del Derecho, el desarrollo de las normas jurídicas, la aplicación de las normas y la aplicación de los textos jurídicos.

9. La impresión que se desprende de esta diversidad reguladora es que ha sido fruto de la psicología de los diferentes pueblos, de sus diferentes tradiciones jurídicas y de las circunstancias históricas que han influido en la vida y el derecho de los países en cuestión. Sin embargo, el pensamiento jurídico de los Estados en cuestión se ha plasmado en dos modelos importantes: el de un título preliminar y el de una parte general.

El primero representa el espíritu jurídico sintético, que enuncia en la parte introductoria del Código civil una serie de principios generales, muy a menudo de Derecho civil *stricto sensu*. Es el caso

³⁸ De acuerdo con este autor, “El título preliminar es una norma de general aplicación referente a las otras normas del ordenamiento –fuentes, aplicación, eficacia general–. Es una norma de normas, no porque de ella provengan las demás, sino porque establece las condiciones de posibilidad del ordenamiento (...). El título preliminar, pues, no regula las relaciones sociales, pero proporciona el marco conceptual en el que dicha regulación es posible” M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista Española de Administración Pública*, 1974, pp. 359–391, esp. p. 361.

³⁹ *Vid.* Un estudio particularizado estas opciones en O. IONESCU, “Le problème de la partie introductive du code civil”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 19, n° 3, 1967, pp. pp. 579–618, esp. pp. 679–592.

⁴⁰ Ejemplos de esta opción fueron el Código Civil de los Estados Unidos de Brasil, de 1 de enero de 1916, revisado en 1919 y 1949, que tiene una Introducción que comprende veintiún artículos, con numeración propia (A. CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Milán, Giuffrè, 2005) y este procedimiento se utilizó también en el Código Civil italiano de 1938–1942, con su Título Preliminar de veinte artículos y numeración separada, aunque fue una opción polémica a la hora de su inclusión. *Vid.* J. VALÉRY, “Osservazioni sulle disposizioni del Progetto di riforme del Codice civile italiano interessanti il Diritto internazionale privato”, *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. VII, fasc. II, 1932, pp. 169–170.

del Código y del Anteproyecto de Código civil francés y, en general, de los códigos civiles de los países latinos. basado en la elaboración de un Título preliminar, en cambio, se concibió como una breve síntesis del pensamiento jurídico, incluyendo algunos conceptos fundamentales del Derecho privado y otros, pocos, del Derecho civil. Este modelo también es característico de la legislación de los países latinos. Siguiendo el modelo francés muchos Códigos civiles principian su texto normativo con un conjunto de disposiciones generales de carácter previo o preliminar a su contenido propio, ocupándose en ellas de regular, con mayor o menor detalle, la aplicación y eficacia de la ley o de las normas jurídicas en general. Pese a que la naturaleza de esta clase de disposiciones, y a que su valor y función normativas, ha sido muy discutida en la doctrina, existe unanimidad en que las mismas exceden del ámbito propio del Derecho privado y que no son tan sólo reglas aplicables a las normas jurídicas contenidas en el Código civil, ni siquiera sólo a las normas jurídicas de Derecho privado, sino que, por el contrario, son o pretenden ser de aplicación a todos los órdenes del Derecho. La categoría de las “normas sobre normas” aparece especialmente referida, en la doctrina que se ha ocupado de ella, a lo que constituye el contenido del Tit. Prel. Cc regulando la producción de normas (fuentes del Derecho); la interpretación y aplicación de las normas; y las relaciones (espaciales y temporales) entre leyes distintas o entre ordenamientos diferentes.

Con cierta influencia del Código civil italiano de 1865⁴¹, los trabajos de la primera etapa de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el nacionalismo y el positivismo alemán y, sobre todo, la impronta de la doctrina F.K. von Savigny, el segundo es el enfoque analítico, que da lugar a una sección introductoria muy desarrollada que contiene cientos de artículos y enumera todas las disposiciones generales de Derecho civil. Este es el caso del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) y de los códigos derivados de él, total o parcialmente que, inspirándose en la pandectística alemana se practicó con el respaldo de la construcción de una suerte de parte general a partir de la cual pudieran extraerse los principios comunes a los distintos ámbitos del Derecho civil que luego se transformarían en normas detalladas⁴². La elaboración de este instrumento, prototipo de Código civil con una parte introductoria general es el Código Civil alemán se prolongó durante casi treinta años y los trabajos fueron inmensos culminando en dos proyectos sucesivos (de 27 de diciembre de 1887 y 21 de octubre de 1895), el último de los cuales incluyó una “segunda versión” de enero de 1896. Se promulgó el 18 de agosto de 1896 y se publicó el 24 de agosto de 1896 entró en vigor el 1 de enero de 1900. La Ley de introducción al Código Civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* o EGBGB siguió al propio Código en todas sus modificaciones y con sus 2118 artículos, constituye un imponente añadido a la parte general del Código incluyendo algunos conceptos jurídicos generales; asimismo y regulando en gran medida cuestiones de DIPr, de acuerdo con la concepción alemana (arts. 7 a 31)⁴³. Este modelo codificador sería seguido en otras iniciativas codificadoras europeas⁴⁴.

Tanto en teoría y como en la práctica, es difícil pasar de un sistema a otro. Sólo identificándonos con los datos históricos, sociales y jurídicos que caracterizan a la respectiva legislación civil podremos comprender su concepción y su técnica. Así es como conseguiremos justificar la existencia de dos for-

⁴¹ E. JAYME, “Potere político e codificazione del diritto internazionale privato da Mancini a Bismarck”, *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradiso*, Florencia, Olschki, 1982, pp. 1171–1181; *id.*, *Pasquale Stanislao Mancini: II diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Pádua, Cedam, 1988, pp. 27–28.

⁴² En la ciencia jurídica continental moderna procedente de la *Pandektenlehre* alemana, la doctrina basada en el Digesto de Justiniano fue desarrollada a partir de las enseñanzas de Friedrich Karl von Savigny ocupando un lugar central por su importancia como jurista y como historiador. *Vid.* M. ASCHERI, “A turning point in the Civil law tradition: from Ius Commune to Code Napoléon”, *Tulane L. Rev.*, vol. 70, n.º 4, 1996, pp. 1041–1051.

⁴³ *Vid.* D. ANZILOTTI, “Una pagina di storia della codificazione civile in Germania”, *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. III, Pádua, Cedam, 1966, pp. 99–188; W. SIMONS, “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique en Allemagne”, *Rec. des Cours*, vol. 15, 1926, pp. 485–497.

⁴⁴ El modelo alemán fue seguido en otras iniciativas codificadoras entre las que cabe referirse a los siguientes Códigos: Código Civil griego de 1946 (G.S. MARIDAKIS, “Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé”, *Rec. des Cours*, vol. 85, 1954, pp. 107–237), Código Civil húngaro de 1960 (T. LÉH, “La codification du droit coutumier hongrois”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 12 n.º 3, 1960, pp. 559–573); Código Civil checoslovaco de 1964 (P. KALENSKY, “A propos de la nouvelle codification tchécoslovaque du droit international privé”, *REDI*, vol. XVII, n.º 2, 1964, pp. 225–240; F. FLORIO, *La codificazione del diritto internazionale privato e processuale in Cecoslovacchia*, Milán, Giuffrè, 1967; R. BYSTRICKY, *Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé*, Leiden, Nijhoff, 1968) y Código Civil polaco de 1964 (G. GARCÍA CANTERO, “Notas bibliográficas sobre el Derecho civil polaco”, *Anuario de Derecho Civil*, 1976, pp. 837–848).

mas diferentes de concebir la parte introductoria de un código civil. El Derecho comparado y la necesidad de unidad en el pensamiento humano nos llevan, no obstante, a buscar en los dos ordenamientos ideas comunes sobre las instituciones del Derecho privado. Esto puede ser útil para interpretar nuestra propia legislación y para hacer progresar la ciencia del derecho en su conjunto.

En ambos casos, en la construcción de una “Ley de Introducción” o de un “Título Preliminar” intervienen métodos, tradiciones jurídicas y, sobre todo, formas de pensar diferentes lo que obliga a examinar su contenido e intentar justificar los elementos constitutivos de cada uno de ellos.

10. Una última cuestión, de carácter más bien técnico, es si el título preliminar debe incorporarse al propio Código civil o si debe constituir una división aparte, con una numeración disímil de los artículos. Ciertamente, el Código civil italiano de 1865, siguiendo el método del Código civil francés⁴⁵, había adoptado un título preliminar que incluía doce artículos y se titulaba “De la interpretación y aplicación de las leyes en general”, dedicados los siete últimos a las disposiciones de DIPr pero, pese a este formato, incluía una numeración separada del Código propiamente dicho y esta misma técnica se utilizó en la versión del Código de 1938–1942, con su Título Preliminar de veinte artículos y numeración autónoma⁴⁶. Dicha técnica también fue utilizada en la redacción del código Civil de los Estados Unidos de Brasil, de 1 de enero de 1916, revisado en 1919 y 1949, que contó con una Introducción que comprendía veintiún artículos, con numeración propia; después una Parte General, compuesta por tres libros⁴⁷; y una Parte Especial compuesta por cuatro libros. También se utilizó en el anteproyecto rumano de 1933, pero posteriormente se abandonó.

Para muchos sistemas como el español, que pudo (aunque no lo hizo) recoger múltiples experiencias comparadas como consecuencia de su redacción tardía, el sistema del Título preliminar pareció preferible desde el principio por adaptarse mejor a la tarea de interpretación del Derecho civil y a las exigencias del razonamiento jurídico. Por razones de unidad del Derecho privado dicho Título contenía, en primer lugar, disposiciones sobre la ley y sobre determinados aspectos de la misma: promulgación, aplicación, interpretación, irretroactividad; sobre los derechos subjetivos y su ejercicio; sobre los sujetos de la ley; y, por último, la inclusión de determinados principios de aplicación general, como la regla de la apariencia jurídica, etc. Al admitirse fuentes distintas de la ley, como la costumbre, su referencia estaba justificada en la parte introductoria del Código civil.

4. De la aplicación espacial de las leyes al Derecho internacional privado

11. Vaya por delante que el movimiento codificador alteró por completo la teoría de las fuentes del DIPr a la vez que, desde la perspectiva doctrinal, contribuyó a particularizar y a nacionalizar este ordenamiento. La historia de la codificación arrancó y se desarrolló en el continente europeo proyectándose con posterioridad a otras áreas geográficas ajenas al *common law*. En una primera etapa, caracterizada por la utilización principal de los Códigos civiles como sede de las normas de DIPr, pueden señalarse tres períodos claramente diferenciados, en los cuales aún no se aprecia una auténtica autonomía “sustancial” del DIP⁴⁸. El primero estaba aun fuertemente influenciado por las doctrinas estatutarias y se sitúa a caballo entre los siglos XVIII y XIX, si bien tendrá proyecciones más tardías, señaladamente en la redacción del Tit. Prel. Cc de 1889. El segundo reflejó la recepción del pensamiento de los autores “clásicos” del DIPr en Europa y se exteriorizó en un vasto movimiento generado a lo largo del siglo XIX. Por último, un tercer período coincidió con los dos primeros tercios del siglo XX, y se manifiesta en un mayor grado de perfección técnica y de adaptación a las necesidades sociales. Esta elección del lugar donde colocar las normas de DIPr, el Código civil como texto principal, vinculará el movimiento codificador al sector

⁴⁵ A. GUIDO, “Le Code civil et l’Italie”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 57, n° 3, 2005. pp. 571–625.

⁴⁶ A. GIARDINA y R. Quadri, *Aplicazione della legge in generale (art. 16–21)*, Bolonia, N. Zanichelli, 1978.

⁴⁷ J.P. SCHMIDT, “El origen de la ‘Parte general’ del Derecho privado brasileño”, *Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 80, 2018, pp. 33–48.

⁴⁸ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El sistema español de Derecho internacional privado”, en el colectivo editado por la UNED, *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 31–58.

propriadamente del Derecho aplicable, marginando de este bloque normativo la reglamentación de las cuestiones de Derecho judicial internacional⁴⁹, que tendría durante un largo período un tratamiento vinculado a los Códigos procesales. Es una etapa, a partir de la cual la ordenación de las normas de DIPr adquirirá un carácter fragmentario que muchos sistemas estatales, como el español, no han podido superar.

Como apuntase J.D. González Campos⁵⁰, la inclusión DIPr en los Códigos civiles condicionó profundamente su regulación y contenido, generando limitaciones significativas en su desarrollo teórico y práctico. Dado que estos cuerpos normativos estaban diseñados para regular esencialmente relaciones civiles, el enfoque dominante de la época, influido por el paradigma de F.K. de Savigny⁵¹, relegó tanto las relaciones mercantiles como las de Derecho público, lo que llevó a una visión limitada de la materia. Durante largo tiempo, la doctrina de DIPr se centró exclusivamente en el conflicto de leyes, dejando de lado la dimensión judicial de la disciplina y la importante relación *forum/ius*⁵². Y este enfoque restringido ocasionó un notable retraso en el desarrollo de esta dimensión procesal, que fue prácticamente ignorada en los Códigos iniciales. Por esa razón, el DIPr no alcanzó una verdadera codificación en el sentido de una sistematización completa de la materia.

Por lo general, los Códigos civiles introdujeron únicamente un número muy limitado de normas, presentadas en categorías amplias que dejaban numerosos vacíos y no reflejaban la complejidad real del tráfico jurídico internacional. Esta falta de exhaustividad y precisión normativa restringió la capacidad de los ordenamientos para ofrecer soluciones adecuadas a los problemas privados internacionales, consolidando una visión parcial y fragmentada del DIPr dentro de los Códigos civiles condicionado condicionó no solo el desarrollo normativo del DIPr, sino también su tratamiento doctrinal, al subordinarlo a un marco concebido principalmente para relaciones civiles internas, marginando aspectos fundamentales de su naturaleza transnacional

12. Las primeras codificaciones de Derecho civil contenían algunas normas de conflicto. Este fue el caso del Código prusiano de 1792 y del Código Napoleón de 1804, en los que un pequeño número de disposiciones de DIPr estaban dispersas entre los artículos de Derecho material. Con posterioridad el Código civil italiano de 1865 adoptaría un enfoque más perfeccionado mediante disposiciones preliminares (*disposizioni preliminari*) sobre conflictos de leyes, redactadas según el principio de nacionalidad bajo la influencia de Mancini y una pauta similar se siguió en el BGB alemán, cuya ley introductoria (*Einführungsgesetz*) contenía normas básicas de DIPr⁵³.

Al iniciarse el proceso de la codificación civil moderna, el legislador del Código Civil francés de 1804 hizo preceder, no sin dificultades⁵⁴, su articulado por un Título Preliminar que dio cabida a normas generales relativas a la aplicación territorial de la legislación francesa, al efecto irretroactivo de la ley, a la solución ante los vacíos o defectos de la ley y a la prevalencia de las normas de orden público, entre otras. El referido resultado vino, sin embargo, precedido de un gran debate pues los trabajos sobre la parte preliminar, titulada *Livre préliminaire*, del proyecto de Código Civil del año VIII, y examinar las diferencias que caracterizan las tres versiones sucesivas del proyecto. El primer proyecto, presentado por Portalis, contenía 41 y luego 39 artículos y estaba influido por *Les lois civiles dans leur ordre naturel* de Domat⁵⁵, pero fue impugnado, tanto por los tribunales de apelación como en el curso de los trabajos en el *Conseil d'Etat*. El "Discurso Preliminar" podría considerarse el preámbulo del proyecto de Código civil elaborado por la comisión gubernamental entre agosto de 1800 y enero de 1801⁵⁶. Dicho Discurso

⁴⁹ Salvo el caso de los arts. 14 y 15 Cc francés.

⁵⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. algunas propuestas para un debate", *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 351-269, esp. p.352.

⁵¹ *Id.*, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5237 ss.

⁵² *Id.*, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé", *Rec. des Cours*, vol. 156 1977, pp. 227 ss, esp. pp. 248 ss.

⁵³ F. RIGAUX, "Codification of private international law: pros and cons", *Louisiana L Rev.*, vol. 60, n° 4, 2000, pp. 1321-1330.

⁵⁴ J.-F. NIORT, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, capítulo I, n° 53, capítulo III, n° 19.

⁵⁵ J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel : le droit public et legum delectus*, Paris, chez Nyon aîné ..., 1777.

⁵⁶ J.C. MARTÍNEZ SALCEDO, "Codificación del derecho, interpretación de la ley y discrecionalidad judicial", *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol.15, n° 29, 2015 pp.17-30.

del Código civil, aunque formalmente firmado por los cuatro miembros de la comisión redactora, es esencialmente obra de Jean-Étienne-Marie Portalis, cuya visión moderada impregnó la redacción del Código. Portalis sostenía que los legisladores deben actuar con modestia, reconociendo que un código no puede ni debe pretender abarcarlo todo. Este enfoque refleja su creencia en la importancia de la interpretación judicial y doctrinal, un principio que cristaliza en su célebre afirmación: “Los códigos que rigen a los pueblos se crean con el tiempo; pero, en realidad, no los creamos nosotros”⁵⁷.

13. El Discurso no solo introduce el Código, sino que también lo legitima, proyectándolo como un símbolo de reconciliación y continuidad jurídica⁵⁸. Antes de que el proyecto fuera enviado al *Corps législatif*, casi todas las normas generales y máximas del proyecto fueron eliminadas del texto de la ley por innecesarias y peligrosas. Transformado “, el proyecto de “Libro preliminar”, el “Título preliminar” resultante así depurado sólo contenía ocho artículos, pero también fue rechazado por el legislador. Finalmente, el proyecto, redactado por Portalis, reducido a seis artículos fue votado y aceptado por el Cuerpo legislativo el 14 de Ventoso del año IX. Dichos preceptos tenían como objeto la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes, sin que en el texto, a diferencia de lo que sucedió en otros códigos civiles, como es el caso del español de 1888–1889, se previese una enumeración de las fuentes del Derecho⁵⁹.

Los seis primeros artículos del Código Civil francés, vigentes casi sin cambios desde 1804, representan los fundamentos del ordenamiento jurídico francés y un testimonio de la estabilidad normativa. A pesar de los debates sobre la conveniencia de su actualización, su permanencia resalta la coherencia y continuidad del sistema jurídico. En la concepción del Código, el objetivo no fue simplemente compilar normas existentes, sino sistematizar el Derecho bajo un marco lógico y racional, por eso estos primeros artículos desempeñan un papel esencial al establecer principios generales que organizan las normas internas del Códigoprojectando una conexión intrínseca entre las diversas ramas del Derecho. Operaron, de esta suerte, como un punto de partida metodológico y conceptual para asegurar la unidad y operatividad del ordenamiento, reforzando la claridad y previsibilidad que caracterizan al sistema jurídico francés. Y se reflejan en la estructura fundamental que proporcionan abordando los fundamentos del Derecho, el desarrollo y la aplicación de normas, y sus efectos. Enmarcados bajo el título preliminar, “De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general,” estos preceptos aseveraron la estabilidad del sistema jurídico francés y abarcan aspectos como la promulgación, publicación, efectos, interpretación y el principio de irretroactividad de la ley.

Sin duda el eje central de este instrumento está constituido por el art. 3º, a cuyo tenor, “Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio. Los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen a los franceses, incluso cuando residan en país extranjero”⁶⁰. Las características de este precepto pueden reducirse a tres. En primer lugar, las evidentes lagunas que ofrece, toda vez que guarda silencio acerca de la regulación de los bienes inmuebles, forma de los actos, contratos y sucesiones; estas lagunas encuentran su justificación en el escaso apoyo doctrinal que tenían los redactores

⁵⁷ J.-E.-M. PORTALIS, *Discurso preliminar del primer proyecto de Código Civil (Pequeños Grandes Ensayos)*, México, UNAM, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial (17 enero 2020). El Discurso no solo tiene un valor incalculable como documento histórico-jurídico, sino que también es una obra maestra de propaganda jurídica. En él, Portalis presenta al Código Civil como una síntesis magistral entre las ideas innovadoras surgidas de la Revolución y el legado jurídico del Antiguo Régimen. Este equilibrio, cuidadosamente articulado, exalta el logro del Consulado al pacificar una sociedad desgarrada por los tumultos revolucionarios. *Vid.* C. DELPLANQUE, “Jean-Étienne-Marie Portalis, un philosophe des droits de l’homme?”, *Code civil et les droits de l’homme*, Paris, Harmattan, 2005, pp. 117–127

⁵⁸ Sobre el esencial papel desempeñado por el Consejo de Estado francés en el proceso codificador *vid.* P.-Y. GAUTIER, “Pour le rétablissement du Livre préliminaire du Code civil”, *Droits*, n° 41, 2005, pp. 37–52; W. WOŁODKIEWICZ, “‘Livre préliminaire’, ‘Titre préliminaire’ ...”, *loc. cit.*, pp. 441–456; S. SAFATIAN, “La rédaction du Code civil”, *Napoleonica. La Revue*, n° 16, marzo 2013, pp. 49–63, esp. pp. 53–55.

⁵⁹ *Vid.* la obra dirigida por G. FAURÉ y G. KOUBI, *Le Titre Préliminaire du Code Civil*, Paris, Economica, 2003

⁶⁰ *Vid.* H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Droit international privé*, 8ª ed., t. I, Paris, L GLJ, 1993, pp. 456 ss; acerca de la incidencia de la teoría estatutaria en el precepto G. VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse du droit international privé*, (Paris, F. Pichon, 1897), reimpresión, Paris, Cujas, 1972, pp. 186 ss; A. LAINÉ, “La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé”, *Revue de droit international privé*, 1905, pp. 21 ss; *id.*, “Le droit international privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts”, *Journ. dr. int.*, 1885, pp. 129 ss y 249 ss; 1896, pp. 146 ss; 1887, pp. 21 ss. s

del Código al margen, bien entendido, de la referida doctrina estatutaria; puede afirmarse, a partir de aquí, que el precepto francés es producto de una época de transición y que su redacción es, a la vez, confusa y ecléctica y de difícil vinculación con precedentes concretos. En segundo lugar, la técnica de reglamentación que introduce, basada en la determinación de la esfera espacial de vigencia del propio ordenamiento, esto es, se utiliza una técnica marcadamente unilateralista. Finalmente, el referido art. 3 se caracterizó por adoptar la “nacionalidad” de la persona como conexión para determinar la ley aplicable a las materias incluidas dentro del denominado “estatuto personal”, sustituyéndose la conexión que tradicionalmente dominaba esta materia, que era la domiciliar; esta novedad es importante, pues se verá reflejada a lo largo del proceso codificador del siglo XIX. En concreto, el art. 3º Cc influyó parcialmente en el Cc español de 1889⁶¹

14. Junto a ello, hay otras cuestiones, de gran importancia y muy discutidas, relativas al contenido del título preliminar. Se trata de cuestiones generales de la mayor importancia y objeto de discusión: los actos jurídicos y las disposiciones de DIPr.

Las razones que justificaron esta inclusión se basaron en que, después de haberse contemplado el ámbito de la aplicación de la ley en el tiempo (principio de irretroactividad), se consideraba lógico hablar de su aplicación en el espacio (principios de Derecho internacional privado). Por eso buena parte de los códigos civiles procedieron este modo. Sin embargo, pueden plantearse objeciones científicas y técnicas entre otras, “que no fuera objeto de una verdadera codificación, entendida como sistematización completa de una materia, pues de ordinario los Códigos civiles sólo incluyeron un número muy reducido de normas, con categorías muy amplias en cuanto a la materia regulada”⁶². Pese a la cercanía, al menos a efectos regulatorios, de las normas sustantivas nacionales y de las normas de DIPr, este último bloque normativo quedó en gran medida al margen del gran proceso de codificación del siglo XIX. Un proceso elaborado sobre un cierto número de paradigmas que todavía subyacen en la actualidad como respuesta a la inseguridad jurídica derivada de la crisis de las fuentes del Derecho⁶³. Hubo que esperar al desarrollo de la industria y el transporte para que aumentaran las relaciones transfronterizas y, por consiguiente, para que aconteciese la necesidad de formular y sistematizar las normas de DIPr. Paradójicamente, en unos momentos de crisis de la codificación del Derecho privado, se asiste hoy a una revitalización de la

Esta opción, basada en la determinación del ámbito espacial de aplicación de las normas tuvo la virtud de centrarse preferentemente en la regulación de los “conflictos de leyes”, considerándose que ocuparse de otras cuestiones desbordaría el propio espíritu del Título Preliminar, lo que dificultaría el manejo del código en la práctica diaria⁶⁴. El resultado de los debates anteriores acerca del lugar de las disposiciones de Derecho internacional privado en el cuerpo del propio Código civil sigue siendo bastante dudoso y lleno de vacilaciones. Los progresos que se realicen en este ámbito podrían inclinar la balanza en favor de un estatuto separado, a la espera de un código de DIPr lo más universal posible.

II. La reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974

1. Antecedentes

15. Coincidió la puesta en marcha de la redacción del Código civil español con la vigencia de la Constitución de 1812, cuyo art. 258 estipulaba que “El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”, con independencia de que diversos avatares políticos condicionaran esta

⁶¹ Y ejerció una impronta importante, ejerciendo una impronta directa en América: Códigos de Luisiana de 1809 y 1824, de Haití, de 1825, de Bolivia de 1831, de Costa Rica de 1841, de la República Dominicana de 1845 y 1884 y del Perú de 1851.

⁶² J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol. LII, nº 2, 2000, pp. 351–370, esp. p. 352.

⁶³ Y. CARTUYVELS, “L’idéal de la codification. Étapes et développements avant le 19^e siècle”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 31, nº 2, 1993, pp. 85–107.

⁶⁴ *Vid.* R. MONACO, “Uno sguardo sulla codificazione del diritto internazionale privato italiano”, *Libro-homenaje a Haroldo Valladão. Temas de derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. P. 245–273.

opción codificadora y sólo vio la luz un Código penal en 1822⁶⁵. El Proyecto Código civil de 1821 fue presentado como la sede donde habían de recogerse el conjunto de las normas jurídicas invocables ante los tribunales y aplicables por éstos excediendo desde un principio el propio contenido del Derecho privado⁶⁶, a partir de la recepción de la *Codification Proposal* de Jeremy Bentham⁶⁷. Su título Preliminar (“De las Leyes”), aunque inspirado en el *Code*, era de una extensión desmesurada abarcando los arts. 1 a 33 distribuidos en cuatro Capítulos: I) “De la naturaleza de la ley”; II) “De la formación de las leyes; III) “De la expedición, circulación y promulgación de las leyes” y IV) “De la observancia de las leyes”⁶⁸.

Reconocida históricamente la codificación como forma más adecuada de organizar la coordinación de las leyes del ordenamiento jurídico y orilladas las especulaciones codificadoras gestadas durante el “Trienio liberal”, la Comisión General de Codificación, fue constituida en el año 1834 por el Rey Fernando VII para redactar un Código mercantil y tras diversos acontecimientos fue restablecida tras la guerra civil con dos secciones: la primera, de Derecho privado, que comprendía el Derecho civil, el mercantil y sus procedimientos; la segunda, de Derecho público, para las materias de Derecho penal, social, político y administrativo y sus procedimientos propios, con su presidente de sección respectivo y siete vocales cada sección⁶⁹. Tras este apoyo institucional, desde el proyecto de 1836, a lo largo de las distintas etapas de redacción del Código civil español (proyectos de 1851, de 1869 y de 1882–1888) existió unanimidad en sus redactores de la conveniencia de incluirse un Título preliminar que prestara atención a las reglas relativas a las leyes, su promulgación, efecto y observancia siguiendo el ejemplo del Código civil francés, aunque el resultado tuviese un carácter más explícito y exhaustivo por el diferente contexto en que fue redactado, así un siglo después y la existencia de mayores referentes derivados de los muchos Códigos aparecidos en este largo periodo. Esta inclinación quedaría plasmada en los proyectos de Ley Bases de 12 de enero de 1885 y 11 de marzo de 1888 y en el Anteproyecto de 30 de abril de 1888⁷⁰, que precedieron a la primera versión del Código civil de 1889.

El movimiento unificador, proveniente de Francia, evolucionó a mediados del siglo XIX, con la influencia de autores como Savigny y la Escuela Histórica⁷¹, que irrumpieron con fuerza en Alemania, defendiendo la creación del Derecho no como fuente de la razón –la idea francesa– sino como espíritu del pueblo, una idea contraria a la codificación, el movimiento unificador del Derecho⁷². Así, cuando se empezó a vislumbrar la posibilidad de promulgar un único Código Civil en España, el de 1851 (el Código Civil francés de 1804 es el ejemplo en el que se mira), dicho proyecto fracasa por la denominada cuestión foral⁷³, hasta que en 1889 el Código Civil, el actual –con su Ley de Bases de 1888– parte de la

⁶⁵ C. PETIT, “Los códigos del trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº 21, 2020, pp. 106–137, esp. p. 106.

⁶⁶ C. PETIT, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, 2019, pp. 267–378.

⁶⁷ *Vid. Codification Proposal, addressed by Jeremy Bentham to All Nations Proffesing Liberal Opinions*, Londres, McCreery Tookcourt, 1822, reproducido en P. SCHOLFIELD y J. HARRIS, *Legislator of the World”: Writings on Codification, Law, and Education*, Oxford, Clarendon Press, Oxford, 1998. Resulta de gran interés para la comprensión de esta etapa pre-codificadora los estudios de J. VANDERLINDEN, “Code et codification dans la pensée de Jeremy Benthán”, *Revue d’Histoire du Droit*, 1964, pp. 45–78; T. DI FILIPPO, “Jeremy Bentham’s Codification Proposals and Some Remarks on Their Place in History”, *Buffalo L. Rev.*, vol. 22, nº 1, 1972, pp. 239–551; J. HARRIS, “Los escritos de codificación de Jeremy Bentham y su recepción en el primer liberalismo español”, *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 8, 1999, pp. 9–29.

⁶⁸ M. PESET REIG, “Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 28, nº 1, 1975, pp. 29–100, esp. 42–49; A. Mora Cañada, “En los comienzos de la codificación civil española”, *Forum Historiae Iuris*, 2005, nº 32.

⁶⁹ *Vid. E. INIESTA PASTOR*, “La Comisión General de Codificación (1843–1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXIII, 2013, pp. 65–103.

⁷⁰ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, “El Anteproyecto de Código civil en 30 de abril de 1888”, *Anuario de Derecho Civil*, 1960, nº 4, pp. 1171–1194.

⁷¹ R. ZIMMERMANN, “L’héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d’une science juridique européenne”, *Rev. int. dr. écon.*, t. XXVII, 2023, pp. 95–127.

⁷² *Vid. J. BARÓ PAZOS*, *La codificación del Derecho civil en España: 1808–1889*, Santander, Univ. de Cantabria, Serv. de Publicaciones, 1992, pp. 267 ss; J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, “L’influence de l’École historique dans la codification du droit espagnol au XIXe siècle”, *Revue historique de droit français et étranger*, nº 3, 2015, pp. 356–374.

⁷³ M. REPÁRAZ PADRÓS, “La crítica contemporánea al Proyecto de Código Civil de 1851”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, nº 3, pp. 1015–1220;

persistencia de esos Derechos forales –“por ahora”, se dice en la primera redacción del Código civil, no así en la actual– y de su mantenimiento mediante el sistema de apéndices, un sistema que fracasó en su tiempo y que posteriormente dio paso, durante la segunda mitad del siglo XX, al de las compilaciones⁷⁴.

2. Puesta en marcha del proceso

16. Antes de pasar al estudio de esta materia debe tenerse muy presente una consideración previa: que la totalidad del proceso de reforma del Tit. Prel. Cc se desarrolló en el peculiar marco legislativo del régimen franquista, carente de libertades democráticas, pese a un simulacro de Estado de Derecho⁷⁵, por lo que todas las consideraciones que se realicen a continuación deben situarse en este especial contexto⁷⁶.

El 9 de octubre de 1940, en una reunión de la Sección Primera a la que asistieron los miembros Felipe Clemente de Diego, Ignacio de Casso y Romero y Eduardo Callejo de la Cuesta, se examinó un informe de este último que preveía la reforma del Título Preliminar. Se iniciaron entonces los trabajos prelegislativos encaminados a tal fin, pero los avances fueron lentos, ya que el legislador acometió otras reformas civiles consideradas más urgentes, en particular la que dio lugar a la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modificaron numerosos artículos del Código civil relativos a la capacidad de la mujer, la herencia y la adopción⁷⁷.

Con el objeto de coordinar y solucionar problemas de competencia con otros Institutos investigadores, como el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, la Comisión General de Codificación y el Instituto de Estudios Políticos, el nuevo Ministro de Justicia, Antonio Iturmendi Bañales, reorganizó de nuevo la Comisión por Decreto de 23 octubre de 1953. modificado por el de 16 de junio de 1954 que quedó constituida con tres secciones, la primera dividida en tres subsecciones, de Derecho civil, Derecho mercantil y Derecho internacional privado, respectivamente; la segunda, de Derecho público, con otras tres subsecciones, correspondientes al Derecho penal, Derecho administrativo y Derecho social; y la tercera, de Organización de Tribunales y Derecho procesal, con dos subsecciones relativas a las dos mencionadas disciplinas.

17. Casi diez años después se reanudó con mayor continuidad la actividad redactora del Título Preliminar. Gracias a estos trabajos, la Comisión General de Codificación, reunida en sesión plenaria el 12 de julio de 1962, pudo examinar un primer proyecto de reforma elaborado por la Sección de Derecho de Derecho privado. Entre 1962 y 1965, diversos ministerios españoles y organismos jurídicos cualificados emitieron sus dictámenes sobre la reforma propuesta y con el nuevo material aportado por todos estos informes, la Sección reelaboró el texto de 1962 y redactó un segundo Anteproyecto de Ley de modificación del Tit. Prel. Cc, que fue aprobado por la Comisión Permanente de la Comisión el 27 de abril de 1966. A continuación, el Gobierno sometió este nuevo texto, convertido en Proyecto de Ley, a las por entonces Cortes Españolas⁷⁸.

El sistema elegido para llevar a cabo la reforma del Título Preliminar consistió en dos fases: la primera fue la aprobación por las entonces Cortes españolas de una Ley de Bases de la reforma; la segunda fue la redacción por el Gobierno (en realidad, por la Comisión General de Codificación y, por

⁷⁴ E. ROCA TRÍAS, “La codificación y el Derecho foral”, *Revista de Derecho Privado*, 1978, 596–642; *id.*, “La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t.XXX, 2012, pp. 175–200, esp. p. 176.

⁷⁵ *Vgr.* F. HERRERO TEJEDOR, “El Estado de Derecho en las Leyes Fundamentales españolas”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 152, 1967, pp. 175–206.

⁷⁶ *Vid.* sobre este sistema, F. CARVAJAL RODRIGO, “La potestad normativa de las Leyes Fundamentales de España”, *Revista de estudios políticos*, n° 169–170, 1970, pp. 63–78. Entre las críticas al mismo *vid.* N. SESMA LANDRIN, “Franquismo ¿Estado de Derecho? Notas sobre la renovación del lenguaje político de la Dictadura durante los años 60”, *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, 5, 2006, pp. 45–58; M.A. GIMÉNEZ MARTÍNEZ, “Las leyes fundamentales y la construcción del constitucionalismo cosmético franquista”, *Glossae: European Journal of Legal History*, n° 12, 2015, pp. 381–408.

⁷⁷ M. BATLLE VÁZQUEZ, “Observaciones sobre la reforma del Código civil (la Ley de 24 de abril de 1958)”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n° 205, 4, 1958, pp. 426–453.

⁷⁸ J.M^a CASTÁN VÁZQUEZ, “Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil”, *Documentación Jurídica*, 1974, pp. 1.137 ss

supuesto, sobre las bases dictadas por la Cámara) de los nuevos artículos del Título Preliminar. El sistema fue similar al utilizado en 1888–89 para promulgar el Código civil, que fue precedido de una Ley de Bases, la de 11 de mayo de 1888; esta vez, sin embargo, el procedimiento legislativo tropezó con cierta resistencia por parte de algunos procuradores que hubieran preferido que la Cámara discutiera no las bases sino los artículos propiamente dichos del Código. En síntesis, puede decirse que a partir de este texto el Gobierno envió a las Cortes un “Proyecto de Ley de Bases” el 20 de octubre de 1966, nombrándose una Ponencia para informarlo⁷⁹. En 29 de noviembre de 1966, la Ponencia comunicó a la Presidencia de las Cortes su criterio favorable a aceptar estas enmiendas y, por lo tanto, a devolver el proyecto al Gobierno. De ahí que este proyecto de Ley de Bases se mantuviera en hibernación en la Cámara durante más de siete años.

18. Por fin, el 8 de junio de 1972 la Presidencia del Gobierno dio cuenta a la de las Cortes Españolas de que el Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de mayo anterior, había acordado que el indicado proyecto de ley siguiera en aquella legislatura la tramitación correspondiente. Superada esta situación, el Presidente de las Cortes, visto el informe emitido por la Ponencia designada para su estudio⁸⁰, consideró que el anterior acuerdo equivalía a la nueva remisión a las Cortes del proyecto y ordenó la publicación en el BOCE del Dictamen de la Comisión de Justicia⁸¹, abriéndose plazo para la presentación de enmiendas. Tras esta operación, se designó una nueva Ponencia compuesta por Batlle Vázquez, Cienfuegos Linares, Escrivá de Romani y de Olano, Fernández Nieto, García Carrero, Ruiz Gallardón y Rivas Guadilla y se presentaron treinta y ocho escritos de enmiendas, de los cuales diez erantían el carácter de enmiendas a la totalidad, siendo los primeros firmantes de estas últimas Pérez Olea, Sanz–Orrio y Sanz, Cabanillas Gallas, Esperabé de Arteaga, Madrid del Cacho, Martínez Fuertes, Bau Carpi, Beltrán de Heredia Onís, Díaz–Llanos y Lecuona y García Valdecasas⁸².

La Ponencia estudió tanto el proyecto enviado por el Gobierno como las enmiendas, presentadas y, después de numerosas reuniones de trabajo donde, además de los referidos enmendantes, intervinieron por la Comisión Hernández Navarro, Padrón Quevedo, Hernández Gil, Escudero, Liaño Flores, Hernández Claumarchirant, Botija Cabo, Cremades Royo, Rosón, Vahente Soriano, Angulo Montes⁸³, Viola, López Medel, Baringo, Martínez Esteruelas y Utrera Ravassa, aplazándose el debate al 15 de noviembre de 1972, cuando el Ministro de Justicia, Antonio María de Oriol y Urquijo, presentó el proyecto a la Comisión de Justicia de las Cortes.

En cualquier caso, tras el debate, el voto mayoritario eliminó los obstáculos generales al sistema de bases y la Comisión pudo iniciar la discusión de las bases concretas, que dio lugar a numerosas enmiendas al texto del Proyecto. El diputado M. Rivas Guadilla, representante de los Colegios de Abogados en las Cortes, resumió en la misma sesión los trabajos de la Comisión de Justicia. Nada más iniciarse los debates, el cauce legislativo utilizado fue objeto de algunas críticas en el sentido de reivindicar el papel legislativo de las Cortes Españolas frente a las delegaciones legislativas al Gobierno y en llamar la atención de la ausencia de precedentes en anteriores reformas del Código civil⁸⁴. Una vez aprobado el nuevo texto por la Comisión, el Ministro de Justicia Antonio María Oriol y Urquijo lo defendió en el

⁷⁹ La Ponencia estaba integrada integrada por Manuel Batlle Vázquez, Pío Cabanillas Gallas, José Castán Tobeñas, Raimundo Fernández–Cuesta, José Poveda Murcia y Carlos Trias Bertrand. Al proyecto se presentaron siete enmiendas, de las cuales las de los señores Trias Bertrand, Huerta Ferrer, Villegas Girón y Rivas Guadilla fueron a la totalidad.

⁸⁰ Integrada por Manuel Batlle Vázquez, Julio Cienfuegos Linares, Francisco Escrivá de Romani y de Olano, Marcelo Fernández Nieto, Melitino García Carrero, Manuel Rivas Ouadilla y Rafael Ruiz Gallardón.

⁸¹ BOCE 22 febrero 1973, nº 1.256, pp. 30645–30647.

⁸² BOCE 22 febrero 1973, nº 1257, pp. 30544 ss.

⁸³ Apuntó a este respecto Rivas Guadilla que tanto las enmiendas de totalidad como una enmienda muy razonada y brillante del señor Angulo Montes al articulado fueron objeto de muy amplia y detenida de deliberación por parte de la Ponencia, que no encontró medio legal alguno para establecer un sistema de vuelta del texto articulado, con el fin de que se examinara la adecuación del mismo en las bases BOCE, 14 marzo 1973, nº 8, p. 33. El punto 4 de la Base Cuarta fue redactado por la Ponencia en la forma consignada durante el debate que tuvo lugar en la Comisión, aceptando, fundamentalmente, la tesis en ella sostenida por el señor Angulo Montes: “La tutela y las demás instituciones de –protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Las medidas provisionales de protección se regirán por la ley de su domicilio y las formalidades de constitución en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española.” (*ibid.*, p. 37).

⁸⁴ Intervención de J. Esperabé de Arteaga González (BOCE, 14 marzo 1973, nº 8, pp. 13–14).

Pleno de las Cortes del 14 de marzo de 1973, destacando la importancia de la reforma, que había sido minuciosamente elaborada, y exponiendo los detalles de la misma⁸⁵, siendo aprobado por amplia mayoría en la Cámara⁸⁶; a continuación, fue promulgado por el Jefe del Estado convirtiéndose en la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Tit. Prel. Cc, esencial para la modificación del Tit. Prel. Cc, que incluyó como rúbrica “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”.

Partiendo de que la reforma propuesta difería, según su preámbulo, “de las anteriores porque, referida al Título Preliminar, versa sobre un sector del ordenamiento jurídico de indudable carácter general”, esta Ley autorizó al Gobierno a modificar el Título Preliminar en el plazo de un año, a propuesta del Ministerio de Justicia, ajustando los principios establecidos en la ley y desarrollándolos a lo largo de los 16 artículos. El Gobierno encargó entonces la labor de redacción del texto articulado a la Comisión General de Codificación, que finalizó la tarea antes de que expirara el plazo, donde desempeñó un papel destacado, como se verá más adelante, el vocal Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, con una nueva redacción del texto articulado. El flamante Ministro de Justicia, Ruiz-Jarabo, que acababa de suceder a Oriol y Urquijo se embarcó inmediatamente en la tarea de llevar a buen término la reforma, enviando el texto al Consejo de Estado y el alto órgano consultivo español, reunido en sesión plenaria el 4 de abril de 1974, lo aprobó en el muy detallado Dictamen nº 38.900, redactado prácticamente en su totalidad por el letrado Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, cuya presentación destacaba el buen trabajo realizado por la Comisión General de Codificación, si bien formulaba una serie de preguntas al tiempo que acompañaba algunas sugerencias⁸⁷.

19. Prescindiendo de una valoración de la corrección de la tesis del valor materialmente constitucional de las normas del Tit. Prel. Cc y de las razones por las que tales normas se incorporaron en su momento a los Códigos civiles, baste retener que el Código Civil, cuyos arts. 1 a 16 constituyen el llamado “Título Preliminar”, “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, regulando nada menos que las fuentes del Derecho, las reglas de aplicación de las normas jurídicas, las reglas de eficacia general de las normas, las normas de DIPr, el ámbito de coexistencia con normativa foral o especial y la vecindad civil. Esta sistematización: a) puso fin a la incoherencia metodológica de la “solución integral” inherente al Código civil francés de 1804 y al Título Preliminar Cc español de 1889. ya que, al incorporarse a un capítulo autónomo, las disposiciones de DIPr ya no aparecen junto a las relativas a los efectos de las leyes o a la aplicación del Derecho sino a un dedicado exclusivamente a la regulación de las relaciones privadas internacionales, favoreciendo la codificación de este particular sector⁸⁸; b) permitió que las disposiciones incluidas en el capítulo autónomo fuesen precisas y detalladas, aunque sin seguir el ejemplo seguido en otros Códigos civiles, como el portugués de 1966 en función de las situaciones jurídicas objeto de regulación.

Para muchos sistemas como el español, que pudo recoger múltiples experiencias comparadas como consecuencia de su redacción tardía, el sistema del Título preliminar pareció preferible desde el principio por adaptarse mejor a la tarea de interpretación del Derecho civil y a las exigencias del razonamiento jurídico. Por razones de unidad del Derecho privado incluyó, en primer lugar, disposiciones sobre la ley y sobre determinados aspectos de ésta: promulgación, aplicación, interpretación, irretroactividad; sobre los derechos subjetivos y su ejercicio; sobre los sujetos de la ley; y, por último, la inclu-

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 40–46.

⁸⁶ Nueve votos en contra y ocho abstenciones (*ibid.*, p. 46)

⁸⁷ Como pusiera de relieve A. Hernández Gil, refiriéndose a la labor del Consejo de Estado consistente, por lo general en la época “en comprobar la legalidad que ha de resultar de la concordancia del texto articulado con la Ley de Bases de la que es desarrollo”, quedó en este caso desbordada. En su opinión el Consejo, “extremando sus propósitos de colaboración, no se limitó al cumplimiento de esa labor estricta, sino que, acogiéndose en términos amplios a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Estado, reconsideró la totalidad del texto y formuló reparos y sugerencias cuyo alcance excede notoriamente al control de la legalidad”. A este efecto de “realizó un minucioso estudio de las reglas de derecho internacional privado, advirtiendo la falta de algunas y propugnando la sustitución, a estos fines, del criterio de la nacionalidad y el domicilio por el de la residencia habitual” (Cf. A. HERNÁNDEZ GIL, “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, pp. 376–377).

⁸⁸ Pero esta solución daría lugar a una nueva incoherencia a propósito de las posteriores reformas parciales del Código civil como ocurrió en con la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que incluyó dentro del Título IV del libro primero del Cc, un Capítulo XI titulado “Norma de Derecho internacional privado”.

sión de determinados principios de aplicación general, como la regla de la apariencia jurídica, etc. Si un Código admite fuentes distintas de la ley, como la costumbre, éstas aparecerán sin duda en la parte introductoria del código civil. Junto a ello, hay otras cuestiones, de gran importancia y muy discutidas, relativas al contenido del título preliminar. Se trata de cuestiones generales de la mayor importancia y objeto de discusión: los actos jurídicos y las disposiciones de Derecho internacional privado.

20. La reforma del Título Preliminar supuso el más importante de los cambios introducidos en el Código Civil español hasta aquella fecha, tanto por la materia de las normas reformadas como por su ámbito de aplicación, habida cuenta de que sus normas más allá del mero Derecho civil y eran también aplicables a otras ramas del Derecho, como se puso de relieve, por ejemplo, en su art. 8 o en su art. 10.6°. La reforma desarrolló lentamente y, en el curso de su elaboración, muchos juristas (ya sea mediante la participación en los trabajos, informes o debates) prestaron su colaboración o dando su opinión. Queda para otro momento realizar una crítica retrospectiva de la reforma, puede señalarse, que el Real Decreto 1836/74 representó un paso considerable hacia la modernización del Código Civil español. Las disposiciones que incluyeron en el nuevo Título Preliminar, aunque siguieron constando de dieciséis artículos, fueron considerablemente más amplias que las del Título derogado. Se agruparon en cinco capítulos agrupando, respectivamente, las fuentes del Derecho, la aplicación de las normas jurídicas, la eficacia de las normas jurídicas, las normas de Derecho internacional privado y el ámbito de aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos (es decir, el Derecho común y el Derecho foral) coexistentes en aquellos momentos en el territorio español.

3. Relaciones entre la Constitución y el Título Preliminar del Código Civil

A) Cuestiones de jerarquía normativa

21. Carente de una Constitución como referente⁸⁹, en los albores del régimen político franquista, la teoría de las fuentes del Derecho encontraba su principal referencia en las obras generales de Derecho civil diseñada para responder a las exigencias del Derecho privado, resultando manifiestamente insuficiente para explicar la complejidad de un ordenamiento jurídico que, en su dimensión formal, era mucho más amplio y sofisticado que el contenido en el Tít. Prel. Cc.⁹⁰, demandando un análisis más riguroso y sistemático que desbordaba las categorías del Derecho privado tradicional⁹¹. Para hacerse una idea de la importancia incomparable que tuvo en su día la reforma de este instrumento baste atender que la doctrina y la jurisprudencia vinieron repitiendo con reiteración su carácter de “norma sobre normas”, de “normas estructurales”⁹² o de “normas de integración”⁹³ con valor cuasi-constitucional⁹⁴. No es casual

⁸⁹ El régimen de Franco careció de una verdadera Constitución que garantizase los principios de un Estado de Derecho con una clara separación de poderes. A lo largo del tiempo, y atendiendo a las exigencias de adaptación tanto internas como externas, se elaboran una serie de leyes, con el rango de Fundamentales. No hubo un acto constituyente momentáneo, ni siquiera un periodo breve de institucionalización, tratándose de un proceso de varios años, jalonado precisamente a través de estos cuerpos normativos, a los que se confería expresamente rango constitucional. Cf. J. GASCÓN Y MARÍN, “Jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo”, *Estudios Jurídicos*, 2, 1941, pp. 111–131. Vid. las consideraciones críticas de, asimismo, M.Á. GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, CEPC, 2014, p. 37

⁹⁰ Sin duda el referente obligado era la obra de F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general*, t. I, Valladolid, Editorial Casa Merín, 1943; Madrid, Instituto de Estudios Políticos 1955.

⁹¹ Cf. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la ‘Revista de Administración Pública’ (1950–1999)”, *Revista de la Administración Pública*, nº 150, 1999, pp. 533–576.

⁹² J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 448

⁹³ P. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, I, *Introducción y Parte General*, Pamplona 1990, p. 2011.

⁹⁴ Vid. M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 198, 1974, pp. 89–112. En el “Proyecto de ley de bases” para encarar dicha modificación (BOCE 22.6.1972) se afirma: “La reforma que ahora se propone difiere de las anteriores porque referida al título preliminar versa sobre un sector del ordenamiento jurídico de indudable carácter general, tanto desde el punto de vista del territorio a que se aplican como por la naturaleza y alcance de las propias normas no circunscriptas al estricto Derecho privado”.

que tras la reforma de 1974 el Título incluya como subtítulo: “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, sustituyendo la denominación de 1889: “De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación”, omitiendo toda referencia a cualquier fuente distinta de la ley⁹⁵.

Actualmente, con una situación constitucional consolidada se sigue hablando de esa cuasi constitucionalidad del Tit. Prel. Cc⁹⁶, ahora en relación con la Constitución de 1978⁹⁷, también para realzar esa importancia⁹⁸. Sin embargo, con la desaparición histórica de las razones que justificaban la inclusión en el Código civil de las reglas sobre las fuentes y su aplicación, también perdió valor la pretensión de considerar estas reglas como materialmente constitucionales.

Por lo demás, las “normas sobre normas” lo son por su estructura, independientemente de su naturaleza y de su posición en la jerarquía normativa. Siempre han existido “normas sobre normas” en el ordenamiento jurídico, dentro y fuera del Tit. Prel Cc; y siguen existiendo ahora, dentro y fuera de la Constitución. Es, así, evidente que las indicadas “normas sobre normas” no tienen por qué tener necesariamente valor o naturaleza constitucional: de hecho, es notorio que no lo tenían antes de la Constitución de 1978 todos los preceptos de esa clase contenidos en el título preliminar del Código, por poner algún ejemplo las reglas de Derecho internacional privado o interregional; y no lo tiene hoy ninguno de ellos, por los propios caracteres con que la Constitución de 1978 representa.

La quiebra de una visión estrictamente liberal del ordenamiento desplazó el centro de gravedad del Derecho privado al Derecho público, que experimentó un notable desarrollo. Esto implicó que el Código civil perdiera el monopolio de regular las normas sobre las normas como se comprueba que leyes materialmente constitucionales incluyeron preceptos al respecto, como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en España⁹⁹.

⁹⁵ M. SERNA VALLEJO, “La codificación civil española y las fuentes del Derecho”, *Anuario Historia del Derecho*, t. XXXII, 2012, pp. 11–36, esp. p. 25–32.

⁹⁶ El Tribunal Supremo ha recogido expresamente en sentencias posteriores a la Constitución ese valor cuasiconstitucional del Título Preliminar del Código Civil. Por ejemplo, los arts. 6.4º y 7.2º respecto de la prohibición de abuso de derecho y fraude de ley, SSTS Soc 7 diciembre 1985 y 15 julio 2013, o respecto de la publicación en el BOE y las reglas de vigencia de las normas, STS C–A 13 abril 2012 o sobre la vocación generalizadora y cuasiconstitucional de interpretación conforme a la realidad social que establece el Código Civil, STS Pen 11 de diciembre de 1990 “La realidad social a la que el Código Civil, con vocación generalizadora y cuasiconstitucional, llama para dar contenido a la operación de búsqueda del sentido y alcance de las normas, puede y debe servir para orientar al legislador y también al juzgador, con sometimiento incondicionado siempre al principio de legalidad”. Ahora bien, ello no altera el dato de que la Constitución no incluye ni prevé tal rango cuasiconstitucional ni, por tanto, por el Tribunal Supremo puede conferirse al Título Preliminar, salvo como concepto puramente explicativo para resaltar lo indiscutible, su incomparable relevancia. Cf. P. DE PABLO CONTRERAS, “La función normativa del título preliminar del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, nº 2, 1996, pp. 533–606, esp. pp. 533–539 (la nota 11 de este estudio queda para una antología de tópicos jurídicos).

⁹⁷ Como escribe J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “es cierto, en efecto, que nuestro texto fundamental presta al fenómeno de la producción de normas una atención cuantitativamente muy superior a cualquiera otra de nuestras restantes Constituciones históricas. Pero no hay en ella, desde luego, una pretensión de regulación general, de ambición similar a la que luce en el Título Preliminar del Código Civil: la atención que dedica al tema es claramente asimétrica y fragmentaria” (cf. “El sistema de fuentes del Derecho...”, *loc. cit.*, p. 544).

⁹⁸ Respecto de la posibilidad de que el Título Preliminar sea o no materialmente constitucional P. Lucas Verdú llegó a afirmar que, aunque se encuentre fuera de la Constitución, la interpretación constitucional “reduce la soberbia de la Constitución”, entendida como primacía constitucional, precisamente porque las reglas de la interpretación se encuentran fuera de ella. Cf. P. LUCAS VERDÚ, “Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española”, *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián, 1984 p. 212; *id.*, “Política y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, pp. 144 ss. En estudios posteriores este autor apuntó hacia la existencia de una conexión material entre la Constitución y los preceptos del Título Preliminar ya que “la Carta Fundamental no contempla las reglas interpretadoras ni las fuentes del derecho porque entonces sería un texto larguísimo. No hay que olvidar que no siempre las Constituciones insertan en su texto tales reglas. Así, pues, el Título Preliminar del Código civil es constitucional. No hay que olvidar que no toda Constitución siempre contiene preceptos fundamentales. Recordemos el artículo 6 de la Constitución gaditana, ni toda la materia constitucional aparece en la Ley Mayor” (cf. P. LUCAS VERDÚ, “La enseñanza del Derecho constitucional y de su correspondiente método”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 84, 2007, pp. 337–362, esp. p. 349;).

⁹⁹ L.M. Díez Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, p. 58.

B) Cuestiones de interpretación

22. Desde el punto de vista de la interpretación¹⁰⁰, la relación entre la Constitución y el Tít. Prel. Cc se fundamenta en la supremacía de la norma constitucional como norma de normas o norma de producción jurídica. Aunque por razones históricas las disposiciones sobre fuentes del Derecho y la interpretación de normas se encuentran en el Código civil¹⁰¹, esta circunstancia no excluye que dichas reglas deban conformarse obligatoriamente a los principios y valores constitucionales. A este respecto, el Tít. Prel. Cc puede considerarse una norma “materialmente constitucional” en tanto regula aspectos fundamentales de la producción normativa y de la estructura del ordenamiento jurídico, funciones que corresponden también a la Constitución. Ahora bien, esta condición no otorga al referido título un estatus excepcional que lo dispense del principio de supremacía constitucional. Como cualquier otra norma de rango legal, los preceptos contenidos en esta rúbrica están plenamente sometidos a la Constitución, lo que significa que deben interpretarse y aplicarse siempre en conformidad con el texto constitucional. Además, su eventual derogación o modificación debe respetar los procedimientos y límites establecidos por el ordenamiento jurídico, garantizando que cualquier cambio sea compatible con los valores y principios fundamentales de la norma suprema¹⁰².

La interpretación de las normas contenidas en el Título Preliminar, al igual que la de cualquier disposición jurídica, debe realizarse desde una perspectiva constitucional. Esto implica que las reglas y principios contenidos en el Título Preliminar deben leerse a la luz de los valores constitucionales, integrándose de manera armónica al sistema jurídico que establece la Constitución¹⁰³.

C) Delimitación del rango cuasiconstitucional

23. Por lo tanto, aunque el Título Preliminar desempeña una función estructural clave en el ordenamiento, su naturaleza no es equiparable a la de las normas constitucionales. En cambio, su contenido y aplicación están necesariamente condicionados por los principios y reglas superiores de la Constitución, lo que refuerza la coherencia del sistema jurídico y garantiza su sometimiento a los valores fundamentales del orden constitucional. El Tit. Prel. Cc constituye un pilar fundamental del ordenamiento jurídico español, con una aplicación transversal que, en mayor o menor medida, afecta a todo el sistema normativo. Su calidad técnica y su carácter sistemático han llevado a la doctrina y la jurisprudencia a atribuirle un valor cuasiconstitucional, un término empleado inicialmente para destacar su relevancia estructural y técnica en una época en que no existía una Constitución en sentido moderno.

En el contexto actual, el Título Preliminar sigue siendo descrito como “cuasiconstitucional” para subrayar su importancia, pero debe recordarse que, en términos estrictamente jurídicos, su fuerza radica en la autoridad interpretativa que ha ganado en la práctica, más que en un estatus normativo superior dentro del sistema constitucional. Por tanto, cualquier reforma de este título exige no solo un alto grado de cautela, sino también el máximo rigor técnico y el consenso del mundo jurídico, como un reconocimiento de su trascendencia estructural en el ordenamiento.

24. El concepto de cuasiconstitucionalidad, aunque gráficamente potente, no implica una categoría jurídica específica¹⁰⁴. La Constitución de 1978 establece con claridad la jerarquía normativa, reser-

¹⁰⁰ Vid. con carácter general F. DE CASTRO Y BRAVO, “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 30, nº 4, 1977, pp. 809–858. 1

¹⁰¹ M. CASALS COLLDECARRERA, “La interpretación”, *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Ilustres Colegios Oficiales de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1975, p. 23.

¹⁰² F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho*, t. I, Madrid, Tecnos, 1984, p. 57; J. IGARTUA SALAVERRIA, “La interpretación de la Constitución: demarcación y perspectivas”, *La interpretación de la Constitución. III Cursos de Verano de San Sebastián*, 1984, pp. 15 ss; M.A. Pérez Álvarez, *Interpretación y jurisprudencia*, Aranzadi, 1994, pp. 134 ss.

¹⁰³ T. FREIXES SANJUÁN y J.C. REMOTTI CARBONELL, “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 12, nº 35, 1992, pp. 97–109.

¹⁰⁴ Por ejemplo, el hecho de que el Tit. Prel. Cc se refiera a las exigencias de la buena fe, así como a la prohibición de abuso del

vando el rango constitucional exclusivamente para la propia Constitución, y diferenciando entre leyes orgánicas y ordinarias, además de normas con rango de ley como los reales decretos–leyes. El Tit. Prel. Cc, siendo una norma preconstitucional, no encaja en ninguna categoría superior; es simplemente una ley ordinaria, como el resto del Código civil y esta condición implica una protección jurídica limitada. En rigor, dicho Título no goza de los blindajes previstos para las leyes orgánicas ni está excluido de posibles modificaciones mediante normas de rango inferior, como reales decretos–leyes, salvo en aspectos concretos que por su materia podrían caer dentro de las restricciones constitucionales, como cuestiones de filiación. Sin embargo, su permanencia prácticamente inalterada desde su reforma en 1974 refleja su altísima calidad técnica y el consenso jurídico que ha acompañado su aplicación¹⁰⁵.

El art. 149.1º.8 CE confiere al Estado competencia exclusiva en materia de reglas sobre la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, lo que incluye aspectos regulados por el Título Preliminar¹⁰⁶. Sin embargo, esta conexión no implica que dichos preceptos adquieran rango constitucional o que estén exentos de modificación mediante instrumentos normativos como un Real Decreto–ley¹⁰⁷. Este hecho pone de manifiesto que, a pesar de su relevancia, el Título Preliminar carece de una protección efectiva frente a cambios legislativos impulsados por intereses coyunturales o partidistas. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de dar plena validez al Tít. Prel. Cc como aplicable a todo el ordenamiento con ocasión de la figura del fraude de ley, contemplada en el art. 6.4º¹⁰⁸ o del postulado de la buena fe¹⁰⁹, como instituciones generales del ordenamiento, pero sin atribuirles rango constitucional. Esto refuerza la distinción entre el valor práctico de sus categorías jurídicas y la ausencia de un blindaje normativo que garantice su estabilidad. En este contexto, se ha planteado la necesidad de fortalecer la protección jurídica del Título Preliminar, ya sea incluyéndolo explícitamente en la Constitución, otorgándole rango de ley orgánica o excluyéndolo de la posibilidad de regulación mediante real

derecho y de fraude de ley, no basta para que estas nociones puedan considerarse revestidas de rango constitucional. Aun asumiendo que las normas que integran el Tit. Prel. Cc tienen un cierto alcance general, no circunscrito al Derecho civil, lo cierto es que esto no resulta suficiente para calificar esas normas como constitucionales, ni para atribuirles un nebuloso carácter quasi constitucional y ello por la sencilla razón de que el Tit. Prel. Cc no forma parte de la Constitución J. PICÓ I JUNOY, “El debido proceso ‘leal’. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3–4, 2004, pp. 143–182; M. CHACÓN CADENAS, “La buena fe en el proceso civil”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 1–2, 2005, pp. 7–44, esp. pp. 8–9.

¹⁰⁵ I. de Otto fue contundente a este respecto, no compartiendo la idea de que el Título Preliminar del Código Civil contenga materia constitucional, sino que lo subordina claramente al marco constitucional y relativiza su vigencia a lo dispuesto por la Constitución en materia de fuentes del Derecho (Cf. I. OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 84).

¹⁰⁶ Según la STC nº 236/2000, de 16 de octubre: “ha de tenerse presente que el art. 149.1º.8 CE, al configurar una ‘garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política’ de las Comunidades Autónomas donde exista un Derecho civil propio, foral o especial” admitiéndose que el mismo precepto “ha reservado al Estado la competencia exclusiva para dictar ‘las normas que resuelvan los conflictos de leyes’” (...) Esta normativa se contiene en los Capítulos IV y V del Tit. Prel. Cc, y de ella dos extremos merecen ser señalados (...) “De un lado, que respecto a los conflictos internos (...). De otro, lo previsto en el art. 16.1º, al disponer que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas leyes en el territorio español se resolverán, con ciertas particularidades, ‘según las normas contenidas en el Capítulo IV’. De las que el art. 9.4º es la aplicable a la filiación y determina que esta materia se regirá ‘por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo’” (BOE 17.11.2000).

¹⁰⁷ Real Decreto–ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género” pues según su preámbulo “se respetan los límites constitucionalmente establecidos para el uso de este instrumento normativo, pues este real decreto–ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado” y, además “representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia”. Con este precedente no se podría impedir que un determinado Gobierno cambie sin previo aviso hasta el Tit. Prel. Cc por Real decreto–ley, si le pareciera oportuno y cambiar todo el ordenamiento jurídico en su conjunto simplemente cambiando algún artículo de ese Título Preliminar, si lo considera oportuno.

¹⁰⁸ STC 37/1987, de 26 de marzo “El fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4º Cc, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por la tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código civil su encaje normativo” (FJ 8) (BOE 14.4.1987).

¹⁰⁹ STC 198/1988, de 24 de octubre: “Un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, ya recogido en el título preliminar del Cc (art. 7.1º) es el de la buena fe en el ejercicio de los derechos” (BOE 26.11.1988).

decreto-ley. De no hacerlo, el riesgo de modificaciones irreflexivas podría comprometer la coherencia y estabilidad del ordenamiento jurídico en su conjunto.

25. Con independencia de la interpretación constitucional, si el Derecho español es en su totalidad un orden coherente en los términos indicados, se debe precisamente al Tit. Prel. Cc, que establece apodícticamente su plenitud y establece, de modo imperativo, los criterios que permiten obtener su univocidad o consistencia. Lo primero se obtiene a través de la enumeración de las fuentes (art. 1.º) y la eliminación de las situaciones de anomía que son las lagunas (art. 4.1.º), de manera que los jueces “tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan” (art. 1.7.º) sin que se pueda pretextar “silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 6.º antiguo). En cuanto a la univocidad o consistencia, el Título Preliminar estableció los mecanismos lógicos para eliminar las antinomias en sentido propio, esto es, las que impiden al sujeto agente cumplir una norma sin violar otra. Para ello delimitó el Derecho vigente en España mediante una “ordenación sistemática de las fuentes” (arts. 1º y 13) según exigía la Ley de Bases de 1973 con pretensiones de establecer una jerarquía entre las mismas.

Prescindiendo de una apreciación en torno a la corrección de la tesis del valor materialmente constitucional de las normas del Tit. Prel. Cc y de las razones por las que tales normas se incorporaron en su momento a los Códigos civiles, baste retener que el Código Civil, cuyos arts. 1 a 16 constituyeron el llamado “Título Preliminar”, reguló nada menos que las fuentes del Derecho, las reglas de aplicación de las normas jurídicas, las reglas de eficacia general de las normas, las normas de DIPr, el ámbito de coexistencia con normativa foral o especial y la vecindad civil. Hay que tener en cuenta, además, la condición supletoria del Código civil y del Derecho civil sobre el resto del ordenamiento¹¹⁰.

III. Inclusión de unas normas de Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código civil

1. Experiencias en otros sistemas de nuestro entorno

26. Esbozado el marco general, se impone una breve reflexión en torno a la justificación de la inclusión de unas normas de DIPr en el Tit. Prel. Cc. Las razones que respaldaron esta inclusión se basaron en que, después de haberse contemplado el ámbito de la aplicación de la ley en el tiempo (principio de irretroactividad, *v.gr.* art. 2.3º Cc), sería lógico hablar de su aplicación en el espacio (principios de DIPr). Por eso buena parte de los códigos civiles procedieron este modo. Sin embargo, existían serias objeciones científicas y técnicas a semejante proceder al diferir en buena medida la propia naturaleza de estas disposiciones de las privativas la del Derecho civil propiamente dicho. Por eso se alzó una opinión proclive a regularlos en una ley aparte, especial y sustraerlos del Tit. Prel. Cc, como lo hiciera la Ley polaca de DIPr de 1926¹¹¹, propiciando una regulación más adaptada a las particularidades de este ordenamiento, mientras que otros como el español siguieron la posición originaria. Entre los diversos estudios críticos del Código civil italiano, realizados por los más altos tribunales, Facultades de Derecho y especialistas en Italia y también por estudiosos extranjeros de la época se llegó a la conclusión de que era de mayor utilidad proceder a la regulación de las cuestiones propias del DIPr en una ley específica¹¹². Esta opción ni hizo mella en la actitud adoptada por el legislador español, basada en la determinación del ámbito espacial de

¹¹⁰ M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2022, pp. 128–129.

¹¹¹ Pionera en su género fue la Ley de 2 de agosto de 1926 sobre la ley aplicable a las relaciones internacionales privadas, integrada por 42 artículos distribuidos en los siguientes Títulos: I) Personas (arts. 1 a 4); II) Forma del negocio jurídico (art. 5); III) Derechos reales (art. 6); IV) Obligaciones (arts. 7 a 11); V) Matrimonio (arts. 12 a 17); VI) Relaciones paternofiliales (arts. 18 a 22); VII) Tutela (arts. 24 a 27); VIII) Sucesiones (arts. 28 a 34); IX) Disposiciones generales, incluyendo reenvío, remisión a un sistema plurilegislativo y aplicación de la ley extranjera (arts. 36 a 39). *Vid.* J. SOLKOWSKI, “Conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique en Pologne”, *Rec. des Cours*, vol. 41, 1932, pp. 607 y ss.; sobre el contexto de esta importante ley, *vid.* L. BABINSKI, “Le droit international privé en Pologne (loi du 2 août 1926)”, en *Rev. crit. DIP*, 1927, pp. 463 ss.; M. UDINA, “Il diritto in-ternazionale privato della Repubblica polacca”, *Riv. dir. int.*, 1927, pp. 187–226.

¹¹² *Vid.*, por todos, P. PICONE, “La riforma italiana del diritto internazionale privato”, *REDI*, vol. XLVIII, nº 1, 1996, pp. 9–38.

aplicación de las normas tuvo la virtud de centrarse preferentemente en la regulación de los “conflictos de leyes”, considerándose que ocuparse de otras cuestiones desbordaría el propio espíritu del Tit. Prel. Cc, lo que dificultaría el manejo del código en la práctica diaria. El resultado de los debates anteriores sobre el lugar de las disposiciones de DIPr en el cuerpo del propio Código civil sigue siendo bastante dudoso y lleno de vacilaciones y los progresos que se realicen en este ámbito podrían inclinar la balanza en favor de un estatuto separado, a la espera de un código de DIPr lo más universal posible.

Siguiendo el modelo francés y durante muchos años, se ha podido comprobar que gran parte de los Códigos civiles fueron precedidos con un conjunto de disposiciones generales de carácter previo o preliminar a su contenido propio, ocupándose en ellas de regular, con mayor o menor detalle, la aplicación y eficacia de la ley o de las normas jurídicas en general. Pese a que la naturaleza de esta clase de disposiciones, su valor y función normativas, ha sido muy discutida en la doctrina, existe unanimidad en que las mismas exceden del ámbito propio del Derecho privado, que no son tan sólo reglas aplicables a las normas jurídicas contenidas en el Código civil, ni siquiera sólo a las normas jurídicas de Derecho privado, sino que, por el contrario, son o pretenden aplicarse a “todos” los órdenes del Derecho. La categoría de las “normas sobre normas” aparecía especialmente referida, en la doctrina que se ha ocupado de ella, a lo que constituye el contenido del Tit. Prel. Cc regulando la producción de normas (fuentes del Derecho); la interpretación y aplicación de las normas; y las relaciones (espaciales y temporales) entre leyes distintas o entre ordenamientos diferentes.

2. Proyectos

27. Resulta un lugar común la afirmación según la cual los preceptos de sobre la determinación del ámbito espacial de la ley en 1889 nacieron viejos¹¹³ y suscitaron una repulsa unánime de la doctrina internacionalista española¹¹⁴. Esta desaprobación fue adquiriendo mayor envergadura a medida que los años pasaban y se evidenciaba la necesidad de una reforma profunda de las normas de DIPr incluidas en el Tit. Prel. Cc.

- i) Dicha repulsa había encontrado un cierto impulso con la redacción de la normativa de DIPr relativa al Protectorado de Marruecos (Dahir sobre la condición de los españoles y extranjeros en Marruecos de 1914)¹¹⁵, una ordenación moderna y completa para su época que pudo haber sido tenida muy en cuenta por el legislador de 1974, pero que no la tuvo. Bien entendido que este impulso no fue obra española, pues el texto se limitó a incorporar las normas dictadas para la Zona francesa (Dahir de 1913 *sur la condition civile des français et des étrangers*¹¹⁶), la primera ordenación sistematizada francesa de DIPr¹¹⁷ (y por el momento la única).
- ii) Al otro lado del Atlántico, junto al movimiento codificador de carácter regional que promovieron los Tratados de Montevideo, se registró otro paralelo de mayor alcance, que también prestó atención a cuestiones de DIPr a partir de las denominadas “Conferencias Panamericanas” que tuvieron lugar a partir de 1889 y que, en nuestro campo concreto, cristalizaron en el “Código Americano de Derecho internacional Privado” (denominado

¹¹³ Ello es particularmente cierto en este particular sector del ordenamiento jurídico; por ello no deben ser encuadrados en la línea argumental sustentada por A. Hernández Gil según la cual “desde el primer momento se tendió a considerar el Código civil como viejo y caduco” (cf. A. HERNÁNDEZ GIL, “En defensa del Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 776 ss.; *id.* “El lenguaje en el Código civil”, *Obras completas*, t. 6, Madrid, Espasa Calpe, 1987, pp. 367–368.

¹¹⁴ *Vid.* M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. I, 4ª ed., Madrid, SPFDUCM, 1976, pp. 558 ss

¹¹⁵ Dahir de 1 de junio sobre de 1914 la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado español de Marruecos, Cátedra de DIPr de la UCM, *Textos y materiales de Derecho Internacional Privado*, vol. I, *Textos y documentos*, Madrid, SPFDUCM, 1970, pp. 41–44.

¹¹⁶ La comisión redactora de esta reglamentación contó con el asesoramiento de dos catedráticos de la Universidad de París; A. DE GOUFFRE DE LAPRADELLE y L. RENAULT. *Vid.* A. ACQUAVIVA, *La condition civile des étrangers au Maroc* (Dahir du 12 août), Paris, Sirey, 1037; F.-P. BLANC, “Le caractère composite du droit marocain: La réception, en 1913, du droit protectoral dans le respect de la tradition juridique”, *Revue juridique de l’Océan Indien*, 2005, Le rayonnement du droit français dans le monde, 2005, pp. 31–44.

¹¹⁷ F.-P. BLANCH, “Le dahir de Moulay Youssef et le décret de Raymond Poincaré relatifs ‘à l’organisation judiciaire du Protectorat français du Maroc”, *Revue franco maghrébine de droit*, n° 6, 1998, pp. 103 ss, esp. p. 109

también “Código Bustamante”) que fue concluido en 1928 y adoptado por 15 Estados (fundamentalmente centroamericanos), aunque con numerosas reservas y cláusulas de salvaguardia que dificultaron en la práctica su entera aplicación. La consideración de un tratamiento común en materia de DIPr se remonta a la época de la II República española donde está presente una idea de base: la de comunidad histórica iberoamericana y un punto de encuentro, toda vez que durante este periodo, se registró una cierta aproximación al Código de Bustamante por parte de ciertos juristas españoles, que propugnaban la eventual incorporación de nuestro país al mismo¹¹⁸, y también de algunos juristas iberoamericanos¹¹⁹, por entender que ello acarrearía ventajas positivas y recíprocas en las relaciones bilaterales entre determinados países iberoamericanos y España. Esta iniciativa suscitó una importante polémica doctrinal y el tema sería abandonado tras la guerra civil, aunque durante muchos años, hasta la reforma del Tit. Prel. Cc de 1974, ciertos autores españoles de la categoría de A. Miaja de la Muela siguieron propugnando la adhesión. Mas, indudablemente, tuvo la virtud de marcar un hito histórico importante y acaso el punto de máximo acercamiento.

- iii) Hubo que esperar hasta el año 1943 para que el profesor José Yangüas Messia, Catedrático de la Universidad Central, presentase un proyecto a la Comisión General de Codificación (CGC) de reforma de los preceptos de DIPr del Tit. Prel. Cc, el cual sería asumido por ésta al año siguiente dentro del Anteproyecto de reforma del Código civil aprobado el 25 de enero de 1944¹²⁰. Se trataba de un texto de alcance limitado, que evitaba la formulación de un cuerpo legal sistemático y completo manteniendo una concepción claramente influenciada por los resultados de la inmediata codificación italiana y deliberadamente conservadora “porque no ha llegado todavía la hora de una total reforma en nuestro Código civil” y tampoco resultaba “aconsejable el sistema de una ley especial, desconectada y aparte”¹²¹. Reflejaba, en efecto, una estructura de base estatutaria limitada exclusivamente a las cuestiones de ley aplicable relativas a las personas, la familia y las sucesiones (art. 8), a la propiedad (art. 9) y a las obligaciones y contratos (art.10). El art. 11 estaba destinado a las cuestiones de aplicación de las normas de conflicto, limitadas al reenvío, los efectos de la ley extranjera, el orden público y el fraude de ley. Por último, con una discutible orientación sistemática, se prestaba atención al ámbito de aplicación de los efectos de las leyes penales, policía y seguridad pública (art. 9.2º) y a la ley aplicable a la forma de los actos (art. 10.3º). Esta iniciativa, empero, no tuvo continuidad.
- iv) Casi veinte años más tarde, y en circunstancias socio-económicas muy distintas, la CGC designó a otro ponente individual, el profesor J.Mª Trias de Bes, Catedrático de la Universidad de Barcelona, para elaborar un nuevo texto, que fue presentado en 1962 siendo

¹¹⁸ Respecto a la eventual incorporación de España al “Código Bustamante” Vid. I. BEATO SALA, “Sobre la accesión o adhesión de España al Código americano de DIPr, denominado ‘Código Bustamante’”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 167, 1935, pp. 603–616 (reproducido en *Revista de Derecho Internacional*, t. XXVIII, 1935, pp. 163–175); F. DE CASTRO, “¿Debe adherirse España al Código Bustamante?”, *Revista de Derecho Privado*, vol. XXII, 1935, pp. 1–6; *id.*, “De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al Código Bustamante”, *ibid.*, vol. XXII, 1935, pp. 306–307; M. DE LASALA LLANAS, “Posibilidad de la accesión de España al Código americano de DIPr (‘Código Bustamante’)”, *ibid.*, vol. XXI, 1934, pp. 221–228; *id.*, “¿Puede adherirse España al Código Bustamante?”, *ibid.*, vol. XXII, 1935, pp. 217–221. G. PARRA ARANGUREN, “El Código Bustamante: su vigencia en América y su posible ratificación por España”, *Libro-Homenaje a Luis Loreto: con ocasión de los 50 años de habersele conferido el título de abogado de la República, 1922–1972*, Caracas, Contraloría General de la República, 1975, pp. 201–282; J. QUERO MOLARES, “La adhesión de España al Código americano de DIPr”, *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, t. 165, 1934, pp. 695–721 y J. SAMTLEBEN, *DIPr en América Latina: Teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 73–76.

¹¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, desde la perspectiva hondureña, E. ALVARADO GARCÍA, “Honduras y la adhesión de España al Código Bustamante”, *Revista de Derecho Internacional*, t. XXVII, 1935, pp. 284–293; desde la perspectiva salvadoreña, y en términos verdaderamente emotivos, E. ÁLVAREZ, “El Código de DIPr (Código Bustamante) y la adhesión de España”, *ibid.*, t. XXVIII, 1953, pp. 176–200. Asimismo, H. CORVINGTON, “Una opinión de profesor sobre la extensión del campo de aplicación del Código Bustamante y la oportunidad de su adopción por el Gobierno de España”, *ibid.*, t. XXXI, 1937, pp. 88–99.

¹²⁰ Anteproyecto de reforma del Código civil aprobado por el pleno de la CGC el 25 de enero de 1944, Cátedra de DIPr de la UCM, *Textos y materiales...*, *op. cit.*, pp. 45–46.

¹²¹ *Cf.* Preámbulo del Proyecto, *ibid.*, p. 45.

el antecedente directo del sistema introducido en 1974¹²². Merece la pena recordar que el ponente, profundamente catalanista, tuvo el mérito de incluir en el texto un capítulo completo (el Capítulo V) dedicado al “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídico-civiles coexistentes en el territorio nacional”, que una vez incorporada al Código, ha llegado hasta nuestros días. La historia legislativa del “Proyecto Trias”, cuyo autor falleció tres años después, generó una extensa documentación representativa de la producción normativa del régimen anterior.

Con un texto más escueto y de peor redacción, la anterior propuesta figuró en el Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Tit. Prel Cc de 4 de octubre de 1966¹²³. Dicho texto sentó una serie de directrices que deberían ser tenidas en cuenta por la Comisión General de Codificación entre las que figuraron, en la materia que nos ocupa, una referencia, ciertamente imprecisa a las conclusiones “de las conferencias de Derecho internacional”, refiriéndose por descontento a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado¹²⁴. A continuación el contenido de las bases propuestas era verdaderamente genérico (“nociones tan consagradas por el Derecho internacional como la calificación, el reenvío y el fraude a la ley, habrán de ser objeto de adecuada revisión, recogiendo también respecto de la aplicación de la ley extranjera, el correctivo del orden público”), conservador (“sin introducir innovaciones sustanciales en cuanto al orden público”) y escueto (“con respecto a la forma de los actos jurídicos, se reducirá a facultativa la regla *locus regit actum* de acuerdo con la doctrina y práctica internacionales”). El texto resultante del proyecto paso a integrarse en las bases Cuarta (persona, familia, tutela y protección de los incapaces y sucesiones), Quinta (bienes, obligaciones y forma de los actos) y Sexta (problemas generales de aplicación de la norma de conflicto). Siguiendo las prescripciones del “Proyecto Trias” la base séptima de reservó para las respuestas a los conflictos internos¹²⁵.

3. Un peculiar proceso codificador: Comisión de Justicia, Comisión General de Codificación, Cortes Generales y Consejo de Estado

28. Una referencia obligada a los trabajos codificadores que dieron como resultado la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Tit. Prel. Cc, referidos a los “conflictos” internacionales de leyes¹²⁶, puede sintetizarse como sigue. El Consejo de Estado envió a las Cortes un “Proyecto de Ley de Bases” y los trabajos de la Comisión de Justicia dieron lugar a un Dictamen que confirió una nueva redacción a las bases 4 a 6, cuyo texto se reproduce a continuación con una propuesta de texto articulado donde ya se percibe lo que sería el resultado final de la reforma

“Cuarta. En el ámbito del Derecho internacional privado se desarrollará el principio de la ley personal determinado por la nacionalidad, de manera que comprenda la capacidad y estado civil de las

¹²² Capítulos IV y V del Anteproyecto de Ley de reforma del Título Preliminar del Cc de 14 de noviembre de 1962, *ibid.*, pp. 47–53. *Vid.* los comentarios de A. MIAJA DE LA MUELA, “Riflessioni sull’elaborazione di un nuovo sistema spagnolo di diritto internazionale privato e di diritto interregionale”, *Dir. int.*, vol. XVII, 1963, pp. 307–340 (texto castellano en el *Libro homenaje al Dr. Serrano Serrano*, II, Valladolid, 1965, pp. 607–642). La labor de J.M^a TRIAS DE BES en esta importante reforma fue oportunamente destacada por A. HERNÁNDEZ GIL, “Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil”, *Obras Completas*, t. I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, p. 378.

¹²³ *Vid.* los trámites en las Cortes Españolas, núms 17 y 18..

¹²⁴ *Vid.* R. VIÑAS FARRÉ, *Unificación del Derecho internacional privado: Conferencia de la Haya Derecho internacional privado*, Barcelona, J.M. Bosch, 1978.

¹²⁵ Cátedra de DIPr de la UCM, *Textos y materiales...*, *op. cit.*, pp. 53–55.

¹²⁶ Sobre la Ley 3/1973, de 17 de marzo de Bases para la modificación del Título Preliminar Cc (BOE, 21.3.1973; *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. IX, 1973, pp. 491–496), *vid.* P.A. FERRER SANCHÍS, “La revisión del Título Preliminar del Código civil español, en especial, del sistema de DIPr”, *Jurídica*, nº 5, 1973, pp. 221 ss.; E. RUÍZ VADILLO, “Comentario a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil”, *Revista General de Derecho*, nº 29, 1973, pp. 506–512 y 618–644; J.A. TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, “El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXIX, 1974, pp. 401–435; R. VIÑAS FARRÉ, “Le nuove basi del diritto internazionale spagnolo”, *Bolletino Informativo dell’Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 1973, pp. 10–19.

personas, los derechos y deberes de familia y la sucesión hereditaria, teniendo en cuenta los criterios siguientes:

1. Las relaciones personales entre los cónyuges se regularán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido, al tiempo de la celebración.

Las relaciones patrimoniales, a falta de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges conforme a la nueva ley nacional común.

2. Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre o bien por la de la madre en defecto de aquél o si sólo la maternidad ha sido reconocida o declarada.

3. La adopción se regirá por la ley del adoptante en cuanto a sus efectos y capacidad para adoptar, aplicándose además la ley personal del adoptado en cuanto a los requisitos de consentimiento y autorización. Las formalidades del acto se regirán por la ley del país en que se constituya.

4. La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Las medidas provisionales de protección se regirán por la ley de su domicilio; y las formalidades de constitución en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española.

5. La sucesión hereditaria se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sea el país donde los bienes se hallen.

6. A las personas que careciesen de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, les será de aplicación, a los efectos de esta base, la ley del lugar de su domicilio o residencia.

7. En los supuestos de doble nacionalidad previstos en las leyes españolas se estará a lo que determinen los Tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con el último domicilio y, en su defecto, la adquirida en último lugar. Prevalecerá, en todo caso, la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los Tratados internacionales.

8. A los efectos de esta base, será igual mente ley personal de las personas jurídicas la de su nacionalidad.

9. Se mantendrá el criterio de que las leyes penales, de policía o de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

Quinta. 1. En la regulación de la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes muebles o inmuebles, así como de las formas de su publicidad, se establecerá un criterio unitario basado en el principio de la aplicación de la ley del lugar donde se hallen, sin perjuicio del tratamiento especial que pueda darse a determinados bienes, tales como buques, aeronaves, títulos-valores, propiedad intelectual o patentes.

2. Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a la que las partes se hubieren sometido expresamente de entre las que tuvieren alguna vinculación con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la del domicilio común, y, en último término, la del lugar de perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio de aplicar la ley del lugar de cumplimiento en cuanto a determinadas modalidades de la ejecución.

Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que se deriven.

Las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante.

3. Serán válidos, a efectos del ordenamiento español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad no existiese en; la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos referentes a inmuebles situados en el extranjero.

4. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o común de los otorgantes

Podrá regularse con carácter especial el su puesto de que la ley que rige el acto o con trato exija para su validez una determinada forma o solemnidad.

Cuando los referidos actos, contratos o testamentos fueren autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero será de aplicación la ley española.

Sexta. Se regularán el reenvío, las calificaciones, la salvaguarda del orden público y el fraude de ley, de conformidad con los siguientes criterios:

1. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto. puedan hacer a otra ley que no sea la española.

2. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.
3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.
4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española¹²⁷.

Dicho texto fue recibido con cierta hostilidad por los procuradores orgánicos, toda vez que se presentaron 38 enmiendas, diez de ellas a la totalidad¹²⁸.

29. Iniciados los debates en el Pleno de las Cortes Generales el protagonismo correspondió al procurador “orgánico” por el tercio familia de la provincia de Salamanca y antiguo profesor de Derecho internacional en aquella Universidad, Jesús Esperabé de Arteaga¹²⁹, que comenzó su labor sin éxito al no admitirse su solicitud de que el proyecto de dicha Ley fuese devuelto al Gobierno para ser armonizado con recientes tendencias del DIPr¹³⁰, aunque su intervención tuvo la eficacia de llamar la atención sobre las lagunas existentes en el Proyecto, en un discurso que parece redactado, o al menos directamente inspirado, por el Catedrático de la Universidad de Valencia Adolfo Miaja de la Muela, en aquellos años indiscutible maestro del DIPr español. Debe dejarse constancia que no se refirió exclusivamente a las cuestiones conflictuales derivadas de las relaciones del tráfico externo, abordando con rigor materias complejas como las derivadas de las “relaciones de sistemas” que darían lugar a la redacción vigente del art. 1.5º Cc con referencias a la necesidad de respetar los postulados de la recientemente aprobada Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969. Dentro de las cuestiones específicas de DIPr se preocupó por la introducción del denominado “conflicto de autoridades” en materia de tutela de menores que se incorporaría al art. 9.6º Cc, se hizo eco de la doctrina sentada por la Res. DGRN de 23 de abril de 1970 con referencia a la doctrina vaticana de la encíclica *Gaudeum et Spes*¹³¹ para calificar de “estatuto odioso” el concepto de hijo ilegítimo no natural¹³² e hizo algunas referencias a la necesidad de prestar atención al problema de la aplicación del Derecho extranjero recordando, aunque sin citarlos la doctrina sentada por el profesor A. Miaja de la Muela en torno a las “soluciones sanas a conflictos de leyes”¹³³. Como no podía ser de otra manera no faltó la referencia al reenvío y a su casuística, acaso el único concepto del DIPr que conocían los juristas de la época¹³⁴.

Pero acaso lo más relevante de la intervención de este procurador fue, de un lado, dar a conocer en qué consistía el DIPr y que el legislador español, al regular los conflictos de leyes, asumía una función de legislador internacional, siguiendo las tesis sustentadas por el referido Catedrático de la Universidad de Valencia¹³⁵.

¹²⁷ BOCE 22 febrero 1973, nº 1.257, pp. 30546–30547.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 30547–30548.

¹²⁹ Esperabé de Arteaga, que luego fue diputado en las Cortes Generales por la UCD, había realizado una tesis doctoral bajo la dirección del profesor I. BEATO SALA, que prologó su edición. *Vid.* J. ESPERABÉ DE ARTEAGA, *La propiedad literaria y artística en el campo del Derecho Internacional Privado. Tratados relativos a la protección internacional del derecho de pensar*, prologada por su director, Salamanca, Imprenta y librería de Francisco Núñez Izquierdo, 1932.

¹³⁰ Cf. A. MIAJA DE LA MUELA, “Cuestiones referentes a la norma de conflicto. el reenvío”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 21, 1978, pp. 159–210.

¹³¹ BOCG, nº 8 14.3.1973, p. 17.

¹³² Aunque sin referirse al concepto elaborado por la doctrina española de aquellos años a partir de decisiones como la citada en torno al concepto del “efecto atenuado del orden público” que llegó a prosperar con la introducción en el art. 12.3º Cc relativo al orden público de la expresión “manifiestamente contrario”.

¹³³ BOCG, nº 8 14.3.1973, p. 17. *Vid.* A. MIAJA DE LA MUELA, “Soluciones ‘sanas’ a los conflictos de leyes: *favor negotii* y respeto a los derechos adquiridos”, *REDI*, vol. XVII, nº 1, 1964, pp. 16–38.

¹³⁴ BOCG, nº 8 14.3.1973, pp. 17–18.

¹³⁵ De acuerdo con el procurador orgánico democristiano: “Nadie piensa hoy que el Derecho internacional privado sea una rama del Derecho internacional. Cada Estado tiene el suyo. Pero siendo un Derecho interno, el Derecho internacional, privado hay que dictarlo con una axiología y una teleología internacionales. ¿Por qué? Porque la comunidad que va a regir es más amplia; porque el bien común que va a proteger es distinto, y porque el legislador interno, al elaborar su propio sistema de conflicto de leyes, hace de legislador internacional (...). En efecto, el Derecho internacional privado no viene constituido por disposiciones de carácter material destinadas a regir a los españoles dentro de nuestro territorio. Son más bien normas adjetivas aplicables a los españoles en el extranjero y a los extranjeros en España, por lo que el escenario es tan amplio, que se trata, nada menos, que de la comunidad internacional, de la comunidad que forman todos los Estados y todos los pueblos del mundo. En estas condiciones, hay que

Y, de otro lado, considerar que el cauce del Código civil no era el lugar adecuado y propugnar la necesidad de dedicar una ley especial en la materia¹³⁶.

La lectura de los debates permite comprobar los rudimentarios conocimientos de los procuradores en Cortes sobre el contenido y problemas del DIPr, con abundantes referencias al reenvío¹³⁷, y sus principales preocupaciones, orientadas esencialmente a las soluciones referidas a los denominados “conflictos de leyes internos”. Se puede apreciar en ellos que una consciente omisión hacia los problemas inherentes a la competencia de los tribunales españoles en los litigios con elementos extranjeros, en el sentido de que esta cuestión no debía considerarse antes de la aprobación de una pretendida Ley de la Justicia, “para no condicionar esta última o exponerse a regulaciones contradictorias”¹³⁸. Algunas de las cuestiones abordadas manifestaban una cierta voluntad de cambio como la necesidad de superar el criterio excesivamente territorialista que impregnaba el texto contenido en las Bases que se estaban debatiendo¹³⁹.

30. A partir de aquí la CGC elaboró por delegación del Gobierno un texto articulado que sería dictaminado por el Consejo de Estado, donde fue esencial la participación del Letrado M. Herrero Rodríguez de Miñón. No hay que olvidar que una parte sustancial del informe elaborado por este alto organismo influyó decisivamente en el capítulo específico del DIPr. La labor del Consejo de Estado consistente, por lo general en la época “en comprobar la legalidad que ha de resultar de la concordancia del texto articulado con la Ley de Bases de la que es desarrollo”, quedó en este caso desbordada¹⁴⁰.

Al remitirse el dictamen al Ministerio de Justicia se produjo un nuevo debate en el que intervinieron algunos miembros de la C.G.C. aunque ninguno de ellos era especialista en Derecho internacional privado. Afortunadamente esta carencia fue completada por la labor del mercantilista A. Bercovitz Rodríguez-Cano, que se había incorporado a la Comisión en 1968 y que solicitó el asesoramiento de su amigo el por entonces catedrático de la Universidad de Oviedo Julio D. González Campos. Tras varias reuniones entre ambos durante el verano de 1973 en la costa malagueña, el futuro magistrado del Tribunal Constitucional elaboró un texto articulado del Capítulo IV del Título Preliminar configurando

mirar hacia afuera para evitar soluciones discordantes en casos iguales y conseguir objetivos internacionales, como recomendó el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Siena de 1952 (...). En segundo término, y esto es importante, el bien común protegible no es el bien común interior, no es el bien común clásico. Este, el internacional, está integrado por una combinación metódica y equilibrada de justicia y seguridad, en la que la seguridad juega alguna vez como valor autónomo; e incluso también, a veces, la seguridad está por encima de la justicia (...). Entonces, queda claro que el legislador interno, el español, al regular estas materias, asume una función de legislador internacional, que ha de coordinar con tareas análogas de otros legisladores con soberanía igual a la suya. Se está en presencia de lo que Scelle llamó desdoblamiento funcional, de hacer el legislador interno de legislador internacional, por la inexistencia de un orden legislativo de carácter supranacional y la necesidad que hay de que la tutela de los nacionales en el extranjero y de los extranjeros en España sea cumplida. Ante la laguna, otro ordenamiento jurídico diferente –el nuestro– asume el cumplimiento de la función vacante” (BOCG, nº 8 14.3.1973, pp. 14–15). *Vid.* A MIAJA DE LA MUELA, “El legislador interno en funciones de legislador internacional ante los conflictos de leyes,” *Curso monográfico sobre la Ley de bases para la Modificación del Título Preliminar del Código civil*, Valencia, 1975, p. 189 ss.

¹³⁶ Según la intervención de Esperabé de Arteaga, “De aquí podemos sacar a los fines de totalidad en que nos movemos estas dos consecuencias: primera, que no teniendo carácter material y sustantivo estas normas, ya que las reglas de conflicto se reducen a determinar qué ley se va a aplicar, si la propia o la extraña, su sitio de recogida o encuadramiento no es el Código Civil. Su puesto está, como en otros países, en una ley aparte. En segundo término, que todo esto de buscar equilibrio, con precisión, entre justicia y seguridad, es demasiado complejo para que quepa en el estrecho marco de una Ley de Bases. Por lo que ni el Derecho internacional privado debe aparecer regulado en el frontispicio del Código Civil, ni se le pue de regular, si no se quiere correr un riesgo grave, mediante una Ley de Bases” (BOCG, nº 8 14.3.1973, p. 14–15)

¹³⁷ Manuel Rivas Guardilla, tras censurar que el procurador Esperabé de Arteaga no hubiera mantenido en la Comisión de Justicia las “lecciones” expuestas en el pleno, consideró la cuestión del reenvío era “una materia opinable en la doctrina de los internacionalistas, que, repito, en definitiva, es materia polémica y no tiene una consagración que haya sido totalmente aceptada” (*ibid.*, p. 31).

¹³⁸ Rafael Díaz-Llanos y Lecuona, BOCE 14 marzo 1973, nº 8, p. 25.

¹³⁹ Rafael Díaz-Llanos y Lecuona: “El proyecto sigue incidiendo en el criterio excesivamente territorialista representado por J.P. Niboyet (del que los juristas soviéticos dicen que es ‘el más reaccionario de todos los internacionalistas burgueses’) e introducido en nuestra Patria. Según este criterio, las reglas de conflicto deben de estar al servicio de las condiciones demográficas de cada país, de forma que los que reciben emigrantes no tengan que aplicar la ley extranjera a diario. Sin embargo, la situación española ha cambiado por completo, pues si bien seguimos exportando emigrantes, recibimos turistas y en cantidad tan masiva, que en ellos se basa nuestro desarrollo. Sería quizá prudente haber suavizado el viejo criterio territorialista” (*ibid.*).

¹⁴⁰ Cf. A. HERNÁNDEZ GIL, “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, pp. 376–377

la denominada “Enmienda de Bercovitz” que fue utilizada con gran habilidad para este último para cambiar el sentido a muchos obsoletos e inadecuados mandatos que figuraban en la Base 4ª, logrando introducir las reformas más innovadoras y progresistas de los preceptos en vigor, que fueron aprobados por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.

IV. El Derecho internacional privado en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Tit. Prel. Cc

1. Contexto histórico y normativo

31. El entonces presidente de la Comisión General legislativa de Codificación, Antonio Hernández Gil, calificó la culminación de la tarea emprendida con el texto ya publicado del Título Preliminar como “la reforma de mayor entidad e importancia introducida en el Código Civil español desde su promulgación en 1889”. Mas a pesar del innegable progreso alcanzado por el legislador en 1974, en comparación con el estado previo, la reforma resultó ser insuficiente y desfasada ante los cambios operados en las realidades sociales, políticas, técnicas y en el propio régimen de convivencia e intercambio que son apreciables en la dinámica de las personas y los pueblos. Tal insuficiencia se manifestó claramente al no brindar la certeza de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las diversas situaciones jurídicas que, con tanta riqueza y matices, caracterizan el mundo contemporáneo.

El 31 de mayo de 1974 el Decreto 1836/1974, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Tit. Prel. Cc, desarrolló las directrices de la Ley de Bases sancionada con fuerza de ley el texto articulado del Tit. Prel. Cc, que incorporaba la primera revisión sustancial de los preceptos introductorios de este bloque normativo¹⁴¹. El capítulo IV (“Normas de Derecho internacional privado”) incluye la siguiente redacción:

Art. 8. 1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.

2. Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España.

Art. 9. 1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

¹⁴¹ Dentro de la bibliografía de la reforma se encuentran las siguientes obras colectivas: *Anuario de la Escuela Judicial*, vol. XI, 1974, dedicado a “Las normas de DIPr en el Título Preliminar del Código civil”; *Comentarios a las reformas del Código civil*, 2 vols., Madrid, Tecnos, 1977; M. ALBALADEJO, ed., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1977 y sobre todo, la 2ª ed. que conforma el vol. II del t. I, Madrid, Edersa, 1995; Academia Matritense del Notariado, *El Título Preliminar del Código civil*, 2 vols., Madrid, Edersa, 1977; E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado español. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980; y los siguientes estudios: J.A. CARRILLO SALCEDO, “Le nouveau droit international privé espagnol”, *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXXII, 1976, pp. 9–35; J. Mª CASTÁN VÁZQUEZ, “La réforme du titre préliminaire du Code civil espagnol”, *Rev. int. dr. comp.*, 1974, pp.835–844; J.A. CREMADES SANZ PASTOR, “Droit international privé”, *J. Cl. dr. comp., Législation comparée*, Espagne, fasc. 11, 1974, pp. 257–296; B.M. CREMADES Y A. MACEDA, “Das neue spanische IPR”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, vol. 21, nos 7–8, 975, pp. 375–379; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Tráfico jurídico externo y sistema de DIPr*, 2ª ed. rev., Oviedo, Apel, 1985, pp. 173–180; *id.*, “Private International Law”, *Spanish Business Law* (B.M. Cremades ed.), Deventer, Kluwer, 1985, pp. 51–70; P. GONZÁLEZ BOTELLA, “El nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, nº 55, octubre 1974; M. HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑÓN, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *loc. cit.*, pp. 359–391; *id.*, “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *loc. cit.*, pp. 89–112; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol”, *Rev. crit. DIP*, 1976, pp. 397–423; A. MARÍN LÓPEZ, “El DIPr en el Título Preliminar del Código Civil”, *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de*, nº 98, 1974, pp. 419–433; M.C. PAGLIA, “Comentarios a las normas de DIPr español en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, *Gaceta del Notariado* (Rosario), nº 71, 1977, pp. 131 ss; F. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, “La reforma del sistema español de DIPr”, *Doc. Jur.*, 1974, pp. 1137–1157; E. SERRANO ALONSO, “Aproximación al Título Preliminar del Código Civil”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, nº 8, 1974 (anexo); B. VON HOFFMAN Y A. ORTÍZ-ARCE, “Das neue spanische internationale Privatrecht”, *Rabels Z.*, 1975, pp. 647–491 (texto modificado castellano en *REDI*, vol. XXX, 1977, pp. 57–89

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

2. Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.

3. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualesquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional.

4. Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre.

5. La adopción, en cuanto a sus efectos y a la capacidad para adoptar, se regulará por la ley del adoptante.

En la adopción por marido y mujer a falta de ley nacional común, se aplicará la del marido al tiempo de la adopción.

La ley personal del adoptado deberá observarse en lo que respecta a su capacidad, consentimiento y modo de suplirlo o completarlo.

Para la constitución de la adopción serán competentes las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante o, cuando se trate de una adopción hecha por marido y mujer, las autoridades del Estado de su nacionalidad común; y en su defecto, las del Estado en que el adoptante tenga su residencia habitual o los cónyuges adoptantes su residencia habitual común.

Las formalidades del acto habrán de atenerse a la ley del lugar en que se constituya la adopción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, apartado 3.

6. La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual.

Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española.

Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que so hallen en territorio español.

7. El derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación.

En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio.

8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

9. A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente.

10. Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.

11. La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.

En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales.

Art. 10. 1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen.

La misma ley será aplicable a los bienes muebles.

A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino.

2. Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen.

3. La emisión de los títulos-valores se atenderá a la ley del lugar en que se produzca.

4. Los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte.

5. Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen.

6. A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios.

7. Las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante.

8. Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero.

9. Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.

La gestión de negocios se regulará por la ley del lugar donde el gestor realice la principal actividad.

En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido.

10. La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción. Sin embargo, se aplicará la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa.

11. A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.

Art. 11. 1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen.

Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.

2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.

3. Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero.

Art. 12. 1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.

2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.
3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.
4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.
5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado.
6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español.

La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”.

Este texto entró en vigor en unos momentos en los que la sociedad española vivía inmersa en problemas de mayor envergadura pues era el preludio de un proceso de cambio sustancial para dicha sociedad, dentro de lo que se vendría en llamar como “tardofranquismo”, que había anunciado poco más de un mes antes la “revolución de los claveles” portuguesa, de se prolongaría a lo largo de cuatro difíciles años.

Al margen del nada edificante contexto socio-político, una valoración de la reforma del Tit. Prel. Cc de 1974 no puede realizarse asépticamente, aislada del entorno normativo de la época. Ciñéndonos al tráfico jurídico externo, resulta obligada la referencia al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, de extranjería que por primera vez en España insertaba una manifestación palmaria de indiferencia a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, también, a la vigencia de unos preceptos del Código civil en materia de nacionalidad basados en la defensa a ultranza del principio de unidad jurídica de la familia, donde la mujer casada o los hijos se sometían sin inflexiones a la nacionalidad del marido o del padre, plasmados un año después en la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges; y, todo esto, por no referirse al imperialismo jurisdiccional que dominaba el sector de la competencia judicial internacional, cuyo carácter exorbitante habían demostrado sus perniciosos efectos en las relaciones del tráfico privado externo vinculadas a nuestro país.

32. En el contexto socio político español de comienzo de los años setenta del pasado siglo resultaba muy difícil explicar a los operadores jurídicos y a los estudiantes universitarios el Derecho internacional privado español y mucho más cuestionable estimular su interés respecto de unos problemas importados generalmente de la práctica comparada, principalmente francesa, pues las circunstancias de nuestro país no lo propiciaban especialmente. De ahí la importancia de la aparición de la primera edición en 1971 del manual de J.A. Carrillo Salcedo¹⁴², por enfrentarse decididamente ante los problemas propios del tráfico privado externo español eliminando prescindibles elucubraciones históricas sin manejo de las fuentes directas empleadas y sin conexión con los problemas abordados, innecesarias referencias al DIPr comparado e inadecuados análisis exegéticos de textos del DIPr convencional, en los que España no participaba y que, con carácter muy excepcional, podían ser de aplicación por parte de nuestros operadores jurídicos. Porque si los sectores del DIPr ajenos al “Derecho aplicable”, ofrecían una reglamentación deficiente y rígida, y este último constituía un auténtico páramo normativo. Es cierto que la reforma del Código civil. de 1974 no puso fin a esta situación, pero sería injusto ignorar que sentó sólidas bases para una reglamentación mucho más moderna, en un contexto de la reforma del Código civil operada desde 1889¹⁴³. Con todo, el peso de la época en que fue redactado se dejó sentir muchos años después.

En cualquier caso, la reforma en lo que concierne al DIPr no puede rechazarse en bloque pues, a partir de la obra del Consejo de Estado y de ciertos vocales de la CGC¹⁴⁴, se introdujeron algunas mejo-

¹⁴² J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971.

¹⁴³ Cf. A. HERNÁNDEZ GIL, “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, p. 373.

¹⁴⁴ Como en toda gran obra codificadora, como la efectuada en 1974, figuran nombres relevantes. Sin embargo, la perspectiva

ras que estimularon la reflexión científica con docenas de estudios, comenzando a variar a partir de ella el tratamiento jurisprudencial del tráfico privado externo totalmente obsoleto en relación con los países de nuestro entorno¹⁴⁵. Pero las eventuales mejoras no lograron sobrepasar las deficiencias estructurales de la reforma.

33. La regulación del Tít. Prel. del Cc no tomó en consideración los criterios inspiradores de la codificación interna e internacional existentes en 1974 más que con carácter residual; el estrecho marco que trazó la Ley de Bases de 1973 no permitió a algunos vocales de la CGC, que eran conscientes de la trascendencia de la reforma, adaptarse a las nuevas corrientes del DIPr, salvo casos aislados. De esta suerte, el texto final fue un híbrido entre la influencia italiana del “Proyecto Yanguas” (no en vano este autor tomó como punto de referencia el Cc italiano de 1942), y ciertas aportaciones procedentes del ámbito convencional y comparado (principalmente del Cc portugués de 1966) introducidas por el vocal de la C.G.C. A. Bercovitz. Dichas aportaciones, empero, no lograron socavar los elementos básicos del sistema, que nació con varias décadas de retraso.¹⁴⁶ Otras peculiaridades del sistema italiano debidas a la influencia de P.S. Mancini fueron, el carácter perfectamente bilateral de sus normas y la ausencia casi absoluta de cláusulas en favor de la *lex fori* (en el pensamiento de Mancini, esto se debía a la paridad de Estados que tenía, aunque se le consideraba el fundador de la escuela nacionalista de Derecho internacional privado)¹⁴⁷.

Tampoco el referido Capítulo IV, agotó con mucho, las normas del DIPr español, ni siquiera las generadas por las normas contenidas en tratados internacionales. Ciertamente, eran muy pocos los Convenios internacionales suscritos por España en el ámbito del Derecho aplicable; baste referirse al Convenio de La Haya relativo a la tutela de menores, de 12 junio 1902, que ya había quedado totalmente desfasado en aquellos momentos, sobre todo tras el fallo alcanzado por la CIJ en 1958; esta circunstancia no impidió, sin embargo, que tal texto inspirase de alguna manera el art. 9, 6.º, del Código civil, contribuyendo a reiterar en el Derecho internacional privado autónomo una reglamentación obsoleta.

de los años debe ofrecer luz sobre los fríos datos nominalistas fruto de la presencia formal en instancias codificadoras más sin efectiva y eficaz aportación. Los preceptos del DIPr español de 1974 registraron cinco nombres propios: A. Miaja de la Muela (por medio del procurador J. Esperabé de Arteaga), M. de Angulo Rodríguez (a través de su padre el procurador Angulo Montes) en la fase de la Ley de Bases y J.D. González Campos (con el concurso del vocal de la CGC Alberto Bercovitz), en la etapa de redacción del texto articulado y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón en el Dictamen del Consejo de Estado, donde el “futuro padre de la Constitución” “mostró que la excelencia de sus orígenes académicos en la Cátedra de Derecho internacional privado de la Universidad complutense no había sido en vano. Baste atender a que una parte sustancial del informe elaborado por este alto organismo influyó decisivamente en el capítulo específico de este ordenamiento y la razón de no haber podido ir más adelante fueron los limitados cauces que permitió el peculiar proceso de reforma legislativa.

¹⁴⁵ Resulta obligado aquí referirse al “Seminario Interdisciplinar para la Reforma del Título Preliminar del Código civil”, que tuvo lugar en la Universidad de Oviedo el curso académico posterior a mayo de 1974, con las consiguientes interrupciones que el lector podrá suponer, y que fue dirigido por los profesores J.D. González Campos y V. Montés Penadés. El nulo apoyo de las autoridades académicas de la época impidió desgraciadamente una publicación global de las ponencias y comunicaciones a cargo, al margen de los profesores citados de L. Díez Picazo, L.I. Sánchez Rodríguez, M.P. Andrés Sáenz de Santa María, J.M^a Laso Prieto, M. Atienza, J.C. Fernández Rozas, entre otros... Quede, sin embargo, constancia de este esfuerzo colectivo e interdisciplinar, poco usual en la Universidad española de la época, y de la que da buena cuenta el prólogo del libro de M. ATIENZA y otros, *Política y derechos humanos*, Valencia, Torres, 1976. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La aportación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al progreso del Derecho internacional”, *Historia de la Facultad de Derecho (1608–2008)*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2010, pp. 495–570, esp. p 557

¹⁴⁶ El sistema italiano de DIPr vigente en aquellos momentos seguía conservando las características derivadas de los art. 6 a 12 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1865 fruto de la inspiración directa de P.S. Mancini basada esencialmente en: a) la primacía de la ley nacional en el ámbito del estatuto personal y del Derecho de familia; b) el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, aunque exclusivamente en el ámbito de los contratos civiles y mercantiles; c) la atribución de un papel central a las leyes territoriales tanto en lo que se refiere a la disciplina de los derechos reales como al concepto de orden público. Vid. J. DIENA, “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique en Italie”, *Rec. des Cours*, vol. 17, 1927, pp. 361 ss; P. ESPERSON, “Le droit international privé dans la législation italienne”, *Journ. dr. int.*, 1884, pp. 175 ss; C.F. GABBA, “Gli articoli 6–12 del titolo preliminare del Codice civile italiano”, *Annali della Giurisprudenza italiana*, t. I, 1867, 4ª parte, pp. 3–12; N. STOLFI, *Diritto civile*, vol. I, 1, Turín, UTET, 1919, pp. 676–753. Los anteriores postulados fueron reafirmados y desarrollaron en la codificación de 1939–42, que estableció las normas generales de conflicto en los art. 17–31 de las disposiciones preliminares, e introdujo en el propio código (arts. 2505–2510) otras normas, que en cualquier caso no han desempeñado ningún papel importante en la práctica, sobre las sociedades mercantiles con elementos internacionales.

¹⁴⁷ T. BALLARINO, “Codification du droit international privé italien”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1990, vol. 10, 1992, pp. 95–116.

Afortunadamente, en el seno de la CGC la referida norma fue matizada introduciendo algunas soluciones procedentes del Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 octubre 1961, al que tardaría España muchos años en incorporarse. Pero lo más sorprendente es que en el momento de la redacción del artículo 9, 7.º, del Código civil España país hacía dos meses que se había incorporado al Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, de 24 octubre 1956, que mantenía unas soluciones marcadamente diferentes al mencionado precepto. Y ello es tanto más grave por cuanto ya en La Haya se había elaborado en 1973 un nuevo Convenio en la materia¹⁴⁸

2. Ámbito de aplicación

34. Las normas de DIPr suscitan problemas generales que buscan respuestas para el funcionamiento del sistema estatal en su conjunto, afectando la formación de este ordenamiento, sus fuentes jurídicas, y su ámbito de eficacia en el tiempo y espacio. En la aplicación posterior del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc, destacaron dos cuestiones importantes: la validez temporal de sus normas, afectada por las modificaciones legislativas y la incorporación de España a numerosos tratados internacionales, y la incidencia de estos tratados en el sistema. Menos problemático fue la determinación de la validez territorial de los arts. 8 a 12 Cc, ya que, según el art. 12.6º.I, los tribunales y autoridades españolas aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español, subrayando el carácter territorial de estas normas dentro de España¹⁴⁹.

A) Cuestiones de Derecho intertemporal

35. Desafortunadamente, el sistema español DIPr se caracteriza por la insuficiencia de las normas de Derecho transitorio o por la proyección en las mismos de discutibles valores que muchas veces desvirtúan el propósito originario de la revisión legal que se ha operado. En efecto, las tradicionales normas transitorias, situadas confortablemente en los Códigos civiles, no pueden dar una respuesta coherente a estas cuestiones. Es bien sabido que la regla tradicional encuentra cabida en el art. 2.3º Cc y que su formulación, dirigida exclusivamente al intérprete de la ley¹⁵⁰, procede de textos declarativos de derechos de la persona. Indudablemente, dicha regla se formuló como una reacción frente a las injusticias cometidas por leyes y por decisiones judiciales con efectos retroactivos, como un corolario del principio de legalidad y en favor del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica¹⁵¹. Es más, la regla pretende ser un sustento a la libertad civil y constituye un postulado de seguridad jurídica consustancial para el ejercicio del comercio.

No obstante, a lo largo del siglo XIX y a principios del siglo XX la doctrina puso de relieve las situaciones injustas a que la regla en su estado puro podría dar lugar, así como el fracaso de un criterio

¹⁴⁸ Esta situación sería evidenciada en la CGC por el vocal A. Bercovitz, que proponía una redacción alternativa sobre la base de este último instrumento internacional (cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 67 ss).

¹⁴⁹ Desde una perspectiva conflictualista y de coherencia metodológica se criticó la ubicación de este apartado dentro de la norma general del art. 12 Cc pues situar obligación del juez de aplicar las normas de conflicto al final de las disposiciones generales puede comprometer la imparcialidad que establece la norma de conflicto bilateral, que otorga igual peso a la ley del foro y a la ley extranjera. Para preservar esta igualdad, las normas de conflicto deben aplicarse tan pronto como el juez o las autoridades detecten un elemento extranjero en el caso. De ahí que la obligación de aplicación de oficio debería ubicarse al inicio del artículo, inmediatamente después de la operación de calificación, garantizando así un enfoque coherente en las relaciones internacionales privadas. Cf. C. BECHEREL, *La codification en droit international privé: une perspective universaliste en matière de conflit de lois?*, Thèse, Université de Normandie, 2022, p. 34.

¹⁵⁰ Cf. F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas juridico-administrativas*, Sevilla, 1982, pp. 36 ss.

¹⁵¹ Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España* (reimpr.), Madrid, 1984, pp. 635–636. Un estudio de la evolución histórica de la regla con anterioridad al Cc se encuentra en los trabajos de A. MARÍN MONROY, “La irretroactividad de la ley en los Fueros”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 183, 1943, pp. 521–525; “La irretroactividad de la ley en las Partidas”, *ibid.*, n° 184, 1943, pp. 569–578; *id.*, “La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo”, *ibid.*, n° 186, 1943, pp. 751–757 y n° 189, 1944, pp. 94–161; *id.*, “La irretroactividad de la ley. Derecho romano transitorio”, *ibid.*, n° 201, 1945, pp. 99–105.

apriorístico y general con vocación de resolver todos los supuestos de conflicto intertemporal que pudieran presentarse¹⁵². Reconocer la aplicación inmediata de la nueva ley planteará siempre el problema de armonizar dicha aplicación a relaciones subsistentes al amparo de la ley anterior. Resulta, pues, imposible resolver la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la ley a partir de criterios axiomáticos y, en cualquier caso, la aplicación analógica de las disposiciones transitorias del Código civil a soluciones concretas no parece que sea la solución adecuada¹⁵³. Sobre todo, en una época de profundos cambios legislativos en los que el Código ha perdido el carácter de sacralidad que poseyó en sus orígenes. La regla general del 2.º Cc posee, por tanto, un carácter subsidiario que sólo podrá utilizarse cuando la nueva ley nada haya establecido en torno a su carácter retroactivo.

Se observa en algunas modificaciones del Cc español cómo los valores introducidos por las nuevas normas se proyectan a situaciones anteriores. En concreto, el principio constitucional de igualdad de los hijos ante la ley que inspiró la Ley 11/1981, de 13 de mayo, poseía una retroactividad plena en las disposiciones transitorias, 1ª, 5ª y 6ª, en tanto que incluye una retroactividad relativa, en orden a la aplicación de la disposición más beneficiosa, en las disposiciones transitorias 2ª, 3ª y 4ª. De todas estas normas, la disposición transitoria poseía un carácter general que, desdichadamente, encontró muchas dificultades para aplicarse en toda su extensión por la jurisprudencia¹⁵⁴. También resulta paradigmática de la proyección de los nuevos valores con carácter retroactivo, la solución ofrecida por las Disposiciones transitorias de la Ley 2/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Cc y de la LEC en materia de adopción

Si desde la propia dimensión del DIPr se ha estimado que las normas de conflicto poseían un sistema de Derecho transitorio *ad hoc*, distinto del de las normas materiales, siendo esta tesis defendida con vigor desde distintas posiciones¹⁵⁵, hoy tanto la doctrina, como la jurisprudencia comparada se inclinan, al menos como regla de base, por la asimilación¹⁵⁶. Con independencia de que este planteamiento no pueda ser aceptado en función de la acción del principio de especialización, que debe incidir por igual en el DIPr y en el Derecho intertemporal¹⁵⁷, no cabe duda alguna de que en el resto de los sectores del DIPr existen problemas intertemporales que con frecuencia poseen una mayor entidad, aunque sólo sea desde una observación global de la práctica de los Tribunales.

36. Consecuentemente, se imponen unas reflexiones generales en torno a la dimensión intertemporal de las normas de conflicto del Código civil. La primera y más importante de ellas gira en torno a la omisión en la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974 de disposiciones transitorias para reglamentar los efectos de las situaciones generadas con anterioridad. Y ello en atención a tres datos esenciales: a) que el sistema anterior no respondía en su totalidad a criterios conflictuales, encontrándonos con un supuesto de sucesión de procedimientos de reglamentación que ofrecía una nueva dimensión al problema; b) que el sistema anterior ante su insuficiente reglamentación había sido completadas por

¹⁵² Un estudio verdaderamente exhaustivo sobre esta cuestión fue realizado por D. DONATI, “Il contenuto del principio della irretroattività della legge”, *Riv. italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. LV, 1915, pp. 235–257 y 117–193.

¹⁵³ Vid. por todos, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 653–673.

¹⁵⁴ Una relación valorativa de la misma se encuentra en el estudio de J.A. SERRANO GARCÍA, “El Derecho transitorio de la filiación en la jurisprudencia”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIX, 1986, esp. pp. 1.281 ss, donde también se detallan los distintas posiciones doctrinales al respecto. Fuera de este contexto, aunque centrado en la misma Ley, vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, “Sobre la disposición transitoria 7ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil”, *Diario La Ley*, nº 1936, 1988, pp. 1–2.

¹⁵⁵ Dentro de las diversas síntesis sobre las doctrinas en presencia destaca la realizada por A. GIARDINA, *Successione di norme de conflitto*, Milán, Giuffrè, 1977, pp. 65–97. Entre las posiciones que más vigorosamente han defendido la especialidad de las normas de conflicto en la materia cabe retener la de Niedner, según la cual, debido al carácter de Derecho público de dichas normas tienen efecto retroactivo; en la misma dirección pero más moderadamente se pronunció I. SZASZY, “Les conflits de lois dans le temps (Théorie des droits privés)”, *Rec. des Cours.*, vol. 47, 1934, pp. 169–170.

¹⁵⁶ En nuestro país, J. de YANGÜAS MESSIA había rechazado vigorosamente las doctrinas partidarias del principio de retroactividad de las normas de DIPr –recuérdese que este autor era partidario de la denominada concepción estricta–; no obstante, en su opinión, debe prevalecer el respeto a los derechos adquiridos al amparo del sistema legislativo del juez (*Cf. Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 303–304).

¹⁵⁷ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1349–1370.

normas de origen jurisprudencial, cuyas soluciones no coincidían totalmente con las nuevas; y, c) que el sistema anterior incluía determinadas normas de carácter convencional que quedaron contrariadas por las introducidas en 1974.

En el primer caso, baste retener que, como puso de relieve J.D. González Campos, “las razones avanzadas por la doctrina en favor de la retroactividad, en relación con el simple cambio operado en un sistema de normas de conflicto no poseen igual entidad frente a un supuesto..., de cambio en el tiempo de los ‘métodos de solución’ que el DIPr puede utilizar”¹⁵⁸ y que la práctica española ofrece numerosos ejemplos de esta cuestión que reclamaron un tratamiento pormenorizado; baste retener la incidencia sobre el art. 10.6º Cc del art. 1.4º del Estatuto de los Trabajadores de 1980¹⁵⁹, por poner un ejemplo concreto. Del segundo y tercer problema, habla por sí sola una de las más importantes decisiones de la jurisprudencia española en materia de DIPr: la SAP Granada de 12 de febrero de 1975¹⁶⁰.

No es éste el momento de exponer las soluciones adoptadas acerca del carácter retroactivo de la norma de conflicto, por contraposición al resto de las normas del ordenamiento jurídico. Esta cuestión, alcanza gran relevancia tras la entrada en vigor de un nuevo sistema conflictual (recuérdese la polémica que suscitó la entrada en vigor de la Ley de Introducción al Código Civil alemán en 1900)¹⁶¹. Nos limitaremos a advertir que en la hora actual la mayoría de los autores se han inclinado decididamente por la solución del problema con el concurso de las normas generales internas sobre irretroactividad de las leyes¹⁶²; si bien existen posiciones más matizadas.

37. Desde la perspectiva del sistema autónomo español la respuesta a esta hipótesis se complica por el hecho de que el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, guardó silencio sobre el régimen transitorio a seguir¹⁶³, y ante esta omisión habría que poner de manifiesto el tema del eventual carácter retroactivo de la norma de conflicto en el Derecho español: ¿deberán primar los derechos adquiridos, o debe de estarse a la nueva conexión en base a la especialidad de la norma? La primera solución cuenta hoy con los plácemes de la doctrina, pero en estricta aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil –complementarias del actual párrafo 3º del art. 2 de este cuerpo legal– y considerando al DIPr como “Derecho de aplicación del Derecho”, el tema es susceptible de un examen más pormenorizado.

Tomando como referencia los nuevos valores que se incorporarán cuando nuestro legislador se decida a reformar las normas de DIPr del Capítulo IV del Título Preliminar del Cc, debe resaltarse en que esta iniciativa quedaría mermada si no incorpora normas transitorias que extiendan los nuevos valores a las situaciones constituidas con anterioridad sobre la base de la especialización de las materias reguladas. Indudablemente, la regla tradicional sigue siendo válida en materia de obligaciones contractuales, como evidencia, por ejemplo, el art. 28 del Reglamento Roma I 1980, al incorporar el indudable valor de la seguridad jurídica. Pero otras instituciones requieren soluciones más específicas, sobre todo

¹⁵⁸ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, nota a la STS 1ª 5 de abril de 1966, *REDI*, vol. XX, 1967, pp. 307 ss.

¹⁵⁹ Vid. M. MOYA ESCUDERO, “Reflexiones en torno al párrafo 4º del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos (Escuela Social de Granada)*, vol. VIII–IX, 1979–80, pp. 349–362; *id.*, “La ley aplicable al contrato de trabajo en Derecho internacional privado español (Desplazamiento de la conexión autonomía)”, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 79–97.

¹⁶⁰ En esta decisión se recoge un complejo problema de sucesión en el tiempo de la norma de conflicto del foro, suscitado durante la vigencia de la Ley de Bases de 1973 y la entrada en vigor de la reforma de 1974. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto personal del apátrida”, *Bol. Informativo del Departamento de Derecho Político (UNED.)*, nº 3, 1979, pp. 201–236; *id.*, “Sobre la ley rectora del estatuto personal del apátrida”, *Anuario Estudios Sociales y Jurídicos (Escuela Social de Granada)*, vols. VIII–IX, 1979–80, pp. 27–76.

¹⁶¹ Vid. J. DIENA, “De la rétroactivité des dispositions législatives de droit international privé”, *Jour. dr. int.*, 1900, pp. 937 ss.; D. ANZILOTTI, “La questione della retroattività delle regole di Diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int.*, 1970 (reproducido en sus *Scritti di Diritto internazionale privato*, Padua, 1960, pp. 377–391); A. Giardina, *op. cit.*, pp. 16–21 (con abundante documentación bibliográfica y jurisprudencial); B. SCHNEIDER, “L’application dans le temps des nouvelles règles de conflit. L’expérience allemande”, *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXVIII, 1972, pp. 164 ss.

¹⁶² Así, A. MIAJA DE LA MUELA, tras examinar las doctrinas en presencia y a propósito de la entrada en vigor del Tit. Prel. Cc de 1974 estimó que “no existe razón alguna para desviarse en su solución del criterio del correspondiente Derecho interno” (*Cf. Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 392).

¹⁶³ La STS 3ª 14 noviembre 1974 planteó indirectamente el problema intertemporal respecto a la recepción de los tratados en el Derecho interno español. Debe tenerse en cuenta que la Ley de Bases de 1973 presentaba una concepción dualista, en tanto que el actual art. 1.5º Cc se inclinó por la tesis monista. Vid. la nota de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *REDI*, vol. XXX, 1977, P. 126.

en el ámbito del Derecho de familia, que extiendan las conquistas jurídicas de una sociedad democrática a situaciones generadas con anterioridad (igualdad de los esposos y de los hijos ante la ley, eficiencia global de mercado, etc...). Los ejemplos seguidos en las últimas reformas globales del DIPr en Europa avalan esta afirmación, aunque con un contenido diverso¹⁶⁴. Se trata de una especialización en orden al contenido del DIPr, pero adolece de excesiva generalidad, al no matizar la extensión retroactiva de la ley a determinados supuestos concretos¹⁶⁵.

38. Las previsiones anteriores debieron de ponerse a prueba con las sustanciales modificaciones al sistema introducido en 1974, pues tras un siglo de estabilidad comenzaron a producirse modificaciones sustanciales en el sistema español de normas sobre Derecho aplicable. En primer término, como consecuencia de las modificaciones parciales realizadas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo o por la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; en segundo término, por medio de la modificación de determinadas normas insertas en otros apartados del Código civil, como la practicada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, en materia de testamentos; en tercer lugar, por la aparición de nuevas disposiciones en el Cc como la relativa al divorcio de 1981 (nueva redacción del art. 107 Cc); por último, con carácter *ex novo*, o modificativas del sistema anterior: Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios (art. 10), Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque (arts. 98 a 105 y 162 a 167); Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual (arts. 145 a 148); etc.. Este proceso corrió paralelo a una política de incorporación masiva a tratados internacionales que alcanzará su máxima expresión el año 1987¹⁶⁶; y, por si esto fuera poco, la eventual y necesaria reforma, dada la interacción de regímenes normativos en vigor, del Tít. Prel. Cc, orientada en base a nuevos postulados, puede aumentar en el futuro la inestabilidad a la hora de determinar la ley aplicable en el tiempo a una determinada situación del tráfico externo. Estamos, pues, en un periodo histórico en el que la aplicación en el tiempo de las normas de DIPr adquiere un especial relieve. Si las normas jurídicas y, en concreto, las propias de este ordenamiento, se dictan para regir una conducta futura proyectando el legislador unos determinados valores e intereses, dichas normas deben de contar con un instrumento normativo de carácter complementario que atienda a los hechos del pasado o a las situaciones de *facta pendentia*.

B) Inexistencia de una cláusula general de remisión a los tratados internacionales

39. La reforma de 1974 del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc no incluyó una norma expresa que afirmara la primacía de los tratados internacionales en materia de Derecho aplicable, a pesar de la tradición en España de reconocer esta primacía en otros sectores del Derecho internacional privado. Esto contrasta con normativas más modernas que hacen referencia explícita a la primacía de los tratados internacionales. La ausencia de esta cláusula de remisión general podría generar problemas de delimitación normativa en un contexto de creciente pluralidad normativa, donde las normas de origen internacional están ganando terreno. La inclusión de una cláusula de remisión general sería pedagógica y facilitaría al operador jurídico la elección de la norma adecuada dentro de esta pluralidad normativa. Frente a lo que ocurre en las modernas codificaciones de DIPr, la reforma de 1974 no incluyó en el Capítulo IV del Tit. Prel. Cc una norma expresa que recordase la primacía de los tratados internacionales en esta materia.

¹⁶⁴ En concreto, la Ley federal suiza de DIPr de 18 de diciembre de 1987, fiel al esquema tripartito (competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones), tras establecer con carácter general la regla de la irretroactividad (art. 196), fija soluciones concretas en los tres artículos siguientes para cada uno de estos sectores (*vid.* G. BROGINI, “Regole intertemporali del nuovo diritto internazionale privato svizzero”, *Conflits et harmonisation. Mélanges en l’honneur d’Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 453–470).

¹⁶⁵ El caso contrario es el de Alemania, pues la disposición transitoria que incluye la Ley de reforma del *EGBGB* de 1986 es un ejemplo a seguir en cuanto a técnica jurídica (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 185–186). Baste señalar que en extensión supera a la de los arts. 8 a 12 C.c., siendo un ejemplo de especialización de las soluciones en el tiempo afectadas por las nuevas disposiciones.

¹⁶⁶ *vid.* las consecuencias para el sistema español de DIPr de esta incorporación masiva a Convenios internacionales en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 148 ss.

Es cierto que existen referencias concretas en algunas normas (art. 9.º, en relación con los Convenios sobre doble nacionalidad y art. 10.4º respecto a los derechos de propiedad intelectual e industrial), pero no existe una cláusula general de remisión. Indudablemente, en el momento en que se redactó el referido Capítulo los tratados internacionales eran observados con cierto recelo por parte del legislador y en cualquier caso era manifiesta su escasa incidencia en aquellos momentos en el sector del Derecho aplicable. Ello no disculpa al redactor del Tít. Prel. Cc de 1974, pues existía una fuerte tradición en nuestro país de afirmar la primacía de los tratados internacionales en otros sectores del DIPr. Baste recordar lo dispuesto en el art. 70 LEC en materia de competencia judicial internacional, en el art. 951 LEC respecto de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, en el art. 300 LEC en relación con el cumplimiento de los emplazamientos y otras diligencias judiciales procedentes de Tribunales extranjeros, o en el art. 15 Cc sobre el ejercicio del comercio por extranjeros en España. Y esta tendencia se reiterará, más recientemente, en el art. 21.1º LOPJ en orden a la determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles; en el art. 276 LOPJ respecto de la cooperación internacional de las actuaciones judiciales; en el art. 1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, en el art. 1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en el art. 2 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en el art. 9 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria...¹⁶⁷

La vocación hacia la aplicación prioritaria de los tratados internacionales de DIPr está presente en la mayor parte de los sistemas que, al igual que España, se inspiran en una concepción “monista” en orden a la incorporación de los tratados al orden jurídico interno, confiriéndose así un carácter supletorio al DIPr “autónomo”. No obstante, en el supuesto español, la solución a las cuestiones de incorporación de las normas de DIPr de origen convencional viene determinada en la Constitución y en El Tít. Prel. del Cc, lo que a veces dificulta tal incorporación y plantean problemas de jerarquía interna de las normas internacionales¹⁶⁸; ello cuando no estamos ante convenios que, por su escaso uso, por su antigüedad, o por su carácter reciente son desconocidos por los jueces¹⁶⁹.

40. La existencia de una cláusula de remisión a los tratados internacionales comporta una técnica normativa de alto contenido pedagógico que advierte al operador jurídico de la primacía del régimen convencional sobre el sistema autónomo, que sólo es de aplicación con carácter subsidiario cuando se observe la inexistencia de un Convenio internacional en la materia. Y, en un sector como en el Derecho aplicable, tan sensible a la reglamentación internacional, tal cláusula de remisión general parece altamente aconsejable. Ciertamente que en su defecto operan las normas generales del sistema (arts. 93 a 96 CE y art. 1.5º Cc), pero cabe insistir en esa función pedagógica, sobre todo en un sistema que como el español, las normas de origen internacional están devorando progresivamente la regulación contenida en el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc, con los consiguientes problemas de delimitación normativa. Estamos en la actualidad ante un ordenamiento caracterizado por la pluralidad normativa y la labor primaria del operador jurídico debe ser la elección de la norma adecuada al caso dentro de dicha pluralidad.

3. Caracteres globales a la reforma

A) Limitación a los problemas de Derecho aplicable

41. La denominación misma del Capítulo IV, en su calidad de rúbrica introductoria, suscita una primera crítica de alcance global habida cuenta que los arts. 8 a 12 Cc aludieron a un ámbito sumamente restringido del DIPr, entendido como el conjunto de principios y normas que regulan las situaciones

¹⁶⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Virtualidad de los tratados internacionales en la ordenación del Derecho privado transnacional”, *Derecho de los tratados* (M.L. Flores, coordinadora), Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2023, pp. 455–527.

¹⁶⁸ Cf. K. SIEHR, “Codificazioni del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali”, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 497–507.

¹⁶⁹ Cf. E. JAYME, “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”, *Rec. des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 68–69. Indudablemente el Auto TS de 11 de febrero de 1981 marcó un importantísimo punto de inflexión en la jurisprudencia española en favor de la aplicación de los tratados internacionales. Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La primacía de los tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras”, *RCEA*, vol. VII, 1991, pp. 9–13 y bibliografía allí citada.

internacionales. Dichos preceptos se limitaron a responder, ciertamente de manera parcial, a cuál era el Derecho aplicable entre los diversos ordenamientos presentes, con el fin de resolver el ejercicio de los derechos subjetivos en los casos de la vida privada internacional. Pero dejaron fuera elementos esenciales para dar respuesta a esa situación.

En particular, no abordaron la ordenación de los casos en los que los Tribunales españoles podían conocer de litigios que incorporaban elementos extranjeros (competencia judicial internacional, reconocimiento de sentencias extranjeras...), ni aquellos en los que la presencia de un extranjero condicionaba el régimen del procedimiento, ni tampoco la determinación de la eficacia de las decisiones judiciales emitidas por Tribunales extranjeros en España, cuestiones deficientemente reguladas por entonces en la LEC de 1881 y que revestían un carácter esencial para un ordenamiento que aspiraba a brindar una respuesta integral a los desafíos del tráfico jurídico internacional, distinguiéndose de la mera solución de un eventual conflicto de leyes. Desde sus orígenes, el ordenamiento jurídico español había confiado en diversos cuerpos normativos para abordar estas problemáticas.

Y es que en el DIPr español han existido y coexistido diversos procedimientos de producción normativa, que habían adquirido en los últimos años un protagonismo decisivo y que estaban confiriendo al Capítulo IV del Tit. Prel. Cc un carácter cada vez más residual.

B) Rigidez de soluciones

42. En esta misma dimensión de técnica legislativa, la moderna codificación se decanta por el abandono de las normas de conflicto de conexión única para ofrecer conexiones de carácter alternativo, más adaptadas a las distintas relaciones e instituciones jurídicas que entran en contacto con el tráfico privado externo. No ocurrió así, en términos generales, en el Capítulo IV del Título Preliminar del Cc cuyas normas respondían en esencia al modelo conflictual elaborado por F.K. von Savigny en su estado más puro. Debe recordarse que el autor alemán partía de que la función de la norma de conflicto no era otra que determinar un Derecho material entre los aplicables teóricamente a un supuesto determinado, una ley única con exclusión de todas las demás, con excepción de los correctivos impuestos por la propia norma conflictual. Se trataba de un método, con un alto componente de automatismo y mecanicismo ignorante muchas veces consideraciones de justicia y centrado, precisamente, en la función de la norma de manera dogmática y rígida, primando el objetivo de certeza y de seguridad jurídica sobre cualquier otro.

Un ejemplo significativo del sistema español de 1974 es el art. 10.9.º. Sin perjuicio de que más tarde volvamos sobre este precepto, cabe adelantar que la designación que hace a “una” sola ley persigue una finalidad básica, cual es la seguridad y la certeza mediante la simple localización geográfica de un Derecho extranjero. Otro ejemplo lo ofreció el art. 9. 8.º al determinar que la sucesión por causa de muerte se rige, en cualquier caso, por la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento: en este caso, al ir acompañada la conexión de una concreción temporal, el margen de flexibilidad es absolutamente inexistente. Son normas que responden con toda claridad a los objetivos trazados por F. K. von Savigny un siglo y medio antes. Este modelo rígido contrasta ampliamente con el seguido por las normas de conflicto contenidas en los Convenios internacionales suscritos por nuestro país, que manteniendo la estructura tradicional incorporan una orientación material, de resultado, que permite mayor margen al Juez o a la autoridad que las aplica. Se trata de la denominada “norma de conflicto multilateral”, que persigue aplicar al caso la ley más estrechamente vinculada al mismo, de acuerdo con una aproximación metodológica de signo funcionalista¹⁷⁰. La cuestión es si las normas del capítulo IV del Título Preliminar del Código civil pueden de algún modo incorporar en sí mismas ciertos remedios para evitar una rigidez excesiva y deformadora en la localización de la ley aplicable o, si se quiere, los eventuales peligros de estar inexorablemente ante una ley única¹⁷¹.

¹⁷⁰ J.D. González Campos, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. 4, Pamplona, Civitas, 1996, pp. 5239–5270.

¹⁷¹ A. Fernández Pérez, “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma en conflicto”, *REDI*, vol. LXVII, nº 2, 2015, pp. 83–109.

43. Partiendo de la rigidez como regla de base, pueden observarse algunas inflexiones que permiten la apuntada orientación funcionalista, muy desarrollada en la doctrina española de los años ochenta. Así, cuando el art. 10.1º.II, estableció la aplicación de la ley de situación de bien a los derechos reales sobre bienes muebles, el hecho de que la situación del bien sea una circunstancia variable facilita la opción por parte de dos o más leyes distintas (situación del bien en el momento de constituirse el derecho real, al tiempo de producirse sus efectos frente a terceros o en el momento de presentarse la acción), para regular los diversos aspectos de la institución considerada. Asimismo, la utilización de la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales como conexión (art. 10.5º), constituyó en sí misma un remedio técnico no formalista ni mecánico; y, en términos parecidos, las denominadas conexiones subsidiarias, existentes en muchos preceptos del capítulo IV, traducen una concepción de política legislativa que se concretan con el empleo de las mismas.

Pero, sin duda, la norma que permitió en mayor medida los objetivos que se proponen y, por tanto, no es correlativa en su solución a la del art. 10.9º, fue el art. 11.1º. Dicha norma, frente a la introducida en la redacción del Código civil de 1889, que contenía la designación a una ley única para la forma de los actos jurídicos (“a las leyes del país en que se otorguen”) ofreció posibilidades técnicas para huir de la rigidez y proporcionar cierto arbitrio a las partes o al Juez en la determinación de la ley aplicable; y, a la vez, constituyó un excelente ejemplo de previsión de conexiones alternativas¹⁷². El precepto introdujo una técnica que, a partir de la satisfacción de un determinado valor, el *favor negotii*, abre la posibilidad de aplicación de una pluralidad de ordenamientos extranjeros (“ley del país en que se otorguen”, “ley aplicable a su contenido”, “ley personal del disponente”, “ley común de los otorgantes” y, en materia de bienes inmuebles, “ley del lugar en que éstos radiquen”). De esta suerte se superó la solución de la redacción de 1889 de perseguir obsesivamente la seguridad jurídica por el cauce de la ley única, pues las conexiones alternativas poseen un mayor grado de funcionalismo. No obstante, tanto el Juez como las partes están limitadas y, en última instancia, la función judicial opera dentro de un límite de posibilidades cerradas, que aleja el método de la “norma de conflicto multilateral” de la solución nortamericana de la *proper law*, pero que constituye un relativo acercamiento entre ambas.

C) Discreta apertura a materias no civilistas

44. Los arts. 8 a 12 Cc introducidos en 1974 no proporcionaron una reglamentación general para el conjunto de las relaciones privadas internacionales, centrándose principalmente en la solución de conflictos de leyes “civiles” y excluyendo las relaciones comerciales internacionales. Esta ordenación, aunque pretendía ser general, reguló solo parcialmente las relaciones del Derecho internacional privado, ignorando la influencia de normas de Derecho público sobre las relaciones civiles y mercantiles. Además, incluso en el ámbito civil, estos preceptos nacieron incompletos, regulando muchas cuestiones de forma muy general y con conexiones únicas que a menudo no son adecuadas para las necesidades actuales del Derecho internacional privado. También omitieron varias instituciones civiles importantes, como los esponsales, la celebración y nulidad del matrimonio, y contratos específicos.

El carácter marcadamente “civilista” de las normas de DIPr en el Tit. Prel. Cc presentó algunas excepciones, pero estas no demostraron una intención del legislador de crear un “sistema general”. Por ejemplo, el art. 8.1º se limitó a establecer la aplicabilidad de las leyes penales, de policía y de seguridad pública en el territorio español, mientras que el art. 8.2º determina la ley aplicable al procedimiento civil, que estaría mejor situada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, el art. 10.6º, se refirió a la ley aplicable al contrato de trabajo, pero esta materia debía regularse de manera más adecuada en el Estatuto

¹⁷² Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ-ARCE, “Artículo 11”, *Comentarios al Código civil...*, loc. cit., pp. 406 ss; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La forma de los actos jurídicos en el Derecho internacional privado”, *Documentación Jurídica*, nº 24, 1979, pp. 873–893; J.M. ESPINAR VICENTE, “El artículo 11 del Código civil español. Una posible lectura”, *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos. Escuela Social de Granada*, vol. X–XI, 1981–1982, pp. 423–441; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Artículo 11”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 797–842; M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998.

de los Trabajadores¹⁷³. A pesar de la exclusión general de las relaciones comerciales internacionales, el Título Preliminar menciona de manera inconsistente los “títulos valores” (art. 10.3º) y las compraventas de muebles corporales en establecimientos mercantiles (art. 10.5ºII), lo que demuestra una falta de coherencia en la técnica legislativa.

El carácter civilista del Tit. Prel. Cc en Derecho internacional privado se evidencia en su enfoque en conflictos de leyes civiles, excluyendo relaciones comerciales internacionales. La reforma de 1974 mantuvo la ley nacional para cuestiones personales y jurídicas, aunque esto resultó anticuado. Se incorporó la noción de “residencia habitual” sólo en ciertos casos. La autonomía de la voluntad en contratos está restringida, a diferencia de codificaciones modernas y del Convenio de Roma de 1980 y posteriores Reglamentos de la UE que introdujeron mayor flexibilidad. Las normas sobre obligaciones no contractuales también se vieron desactualizadas y en parte corregidas por la adhesión de España a convenios internacionales, especialmente en accidentes de tráfico y responsabilidad por productos frente a lo dispuesto en el art. 10.9º.I Cc.

45. Sin negar que las normas de conflicto continúan desempeñando un papel importante en el tráfico mercantil internacional¹⁷⁴, su insuficiencia ha impulsado el desarrollo de normas transnacionales de Derecho uniforme junto a importantes manifestaciones de autorregulación por parte de los participantes en dicho tráfico¹⁷⁵. Si bien la convivencia de ambos enfoques resulta necesaria para abordar la complejidad del comercio globalizado poniendo de manifiesto que la unificación de normas, tanto de conflicto como sustantivas, sigue siendo un objetivo relevante y que las iniciativas internacionales desempeñan un papel esencial en la modernización y adaptación del DIPr al entorno contemporáneo. Las normas de conflicto clásicas como las contenidas en el Tit. Prel. Cc, diseñadas para designar la ley aplicable a una relación jurídica conectada con dos o más ordenamientos, mostraron su insuficiencia para responder adecuadamente a los problemas derivados del tráfico mercantil internacional y se enfrentan a desafíos derivados de la globalización, la transformación de las relaciones comerciales y la creciente complejidad de los mercados internacionales. En efecto, el método conflictual, aunque útil en su contexto original, ha sido objeto de fuertes críticas en el ámbito del Derecho de los negocios internacionales por: a) una abstracción excesiva, pues el referido método es conceptual y general, lo que dificulta su aplicación en un entorno comercial dinámico y práctico; b) la falta de adecuación al tráfico internacional, al “nacionalizar” las relaciones internacionales mediante la referencia a un ordenamiento jurídico interno, este método ignora que muchas normas nacionales no fueron concebidas para abordar situaciones internacionales, lo que genera incoherencias e incertidumbre; y, c) la resistencia de los operadores de los negocios internacionales, que han mostrado recelo hacia estas normas, ya que prefieren soluciones más concretas y ajustadas a las necesidades del tráfico internacional¹⁷⁶.

Frente a las limitaciones del método conflictual, el tráfico mercantil internacional ha sido testigo del desarrollo de normas transnacionales de origen extraestatal, como las elaboradas por la Uncitral o el Unidroit. Estas normas, aparte de internacionalizar el comercio mediante la armonización o unificación de reglas aplicables a nivel global, ofrecen soluciones adaptadas a las particularidades del comercio internacional, superando las dificultades asociadas a la remisión a sistemas nacionales. Sin embargo, la

¹⁷³ M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 10.6º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 694–703.

¹⁷⁴ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Editorial: Consejo Superior del Notariado, Madrid, 2003 (capítulo IX); *id.*, “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII, *Comercio exterior* (J.V. González García, dir.), Madrid, Iustel, 2009, pp. 83–137; *id.*, “Carencias de la unificación en la ordenación de las transacciones internacionales” *Derecho mercantil internacional. La unificación del Derecho privado*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2012, pp. 13–70. Desde esta perspectiva conflictualista resulta obligada la referencia al libro Y. LOUSSOUARN y J.D. BREDIN, *Droit du commerce international*, París, Sirey, 1969, pp. 8–9 y en España J.Mª ESPINAR VICENTE, “Notas para una reflexión sobre las enseñanzas del Derecho mercantil internacional”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 1, 1996, pp. 321–338.

¹⁷⁵ S. SÁNCHEZ LORENZO, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho Privado Material”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 2, 2005, Madrid, Eurolex, pp. 1765–1786

¹⁷⁶ F.K. JUENGER y S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Conflictualismo y lex mercatoria en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 15–47. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación...*, *op. cit.*

creación de un verdadero Derecho uniforme en el ámbito mercantil sigue siendo limitada. Aunque estas normas reducen la dependencia del método conflictual, no lo eliminan por completo. La coexistencia de normas uniformes y reglas conflictuales sigue siendo necesaria, especialmente ante la escasez de instrumentos uniformes aplicables a todos los casos¹⁷⁷.

La evolución del DIPr refleja un esfuerzo por superar las deficiencias de las normas de conflicto tradicionales y la distinción entre la nacionalización, mediante la aplicación de normas de conflicto tradicionales, y la internacionalización, mediante la unificación normativa, se ha vuelto menos tajante. El trabajo de los legisladores internacionales refleja un enfoque híbrido en el que ambas técnicas se complementan para garantizar la seguridad jurídica en el comercio internacional. Entre los desarrollos recientes destaca la integración de normas materiales por instituciones como la Conferencia de La Haya, que ya no se limita a producir normas de conflicto¹⁷⁸, sino que incursiona en el Derecho sustantivo y el trabajo conjunto de organismos internacionales como Uncitral y Unidroit, que abordan simultáneamente el desarrollo de normas de conflicto y la creación de normas sustantivas.

46. El pronunciado carácter “civilista” de las normas de Derecho internacional privado del Título Preliminar del Código civil ofrece algunas excepciones, pero éstas en modo alguno evidencian una vocación genérica del legislador por construir un “sistema general” que incluya la reglamentación de los conflictos de leyes en materia mercantil, no obstante, incurre en algunas excepciones que son inexplicables en pura técnica legislativa; en concreto, al referirse a las “personas jurídicas” (art. 9.11°), a los “títulos valores” (art. 10.3°), a la “propiedad industrial” (art. 10.4°) y a las “compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles” (art. 10.5°.II).

- i) El art. 9.11°.I Cc se centra exclusivamente en determinar la ley aplicable al estatuto personal de las personas jurídicas, dejando de lado problemas muchas cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la personalidad jurídica en contextos internacionales, como aquellos vinculados al ejercicio de actividades económicas en otros Estados. Aunque el artículo establece que la constitución de una sociedad española debe regirse por el Derecho español, esto funciona bien cuando los fundadores buscan constituir una sociedad conforme a las normas españolas. Sin embargo, surgen problemas cuando una sociedad debe considerarse española pese a haber sido constituida conforme a un Derecho extranjero. Este tipo de situaciones exige un análisis adicional en el ámbito del reconocimiento de sociedades extranjeras¹⁷⁹. Por último, este precepto resulta insuficiente frente a la globalización del tráfico societario al no abordar adecuadamente las complejidades derivadas de la globalización del tráfico societario, donde el reconocimiento y la operatividad de las sociedades en distintos países son cuestiones centrales. La norma no ofrece soluciones claras para situaciones en las que las sociedades creadas según un Derecho extranjero buscan operar en España, ni para el reconocimiento de estas. Por consiguiente, aunque el art. 9.11° Cc proporciona un marco básico para regular el estatuto personal de las personas jurídicas, su enfoque es insuficiente para resolver los problemas derivados del tráfico societario internacional. Las lagunas en el reconocimiento de sociedades extranjeras y las tensiones entre los criterios de nacionalidad dificultan la aplicación de esta norma en contextos transfronterizos, revelando la necesidad de un marco normativo más adaptado a la realidad global.

¹⁷⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209–5237; *id.*, “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”, *La unificación jurídica europea* (J.M. García Collantes, dir.), Madrid, Civitas, 1999, pp. 16–44.

¹⁷⁸ J. BASEDOW, “The Hague Conference and the Future of Private International Law: A Jubilee Speech”, *Rebels Z.*, 2018, n° 4, p-p. 922–943.

¹⁷⁹ Según el art. 28 Cc, las personas jurídicas tienen nacionalidad española si cumplen con una doble condición: estar domiciliadas en España y haberse constituido conforme a la ley española. Sin embargo, las normas sectoriales, como las relativas a sociedades anónimas (art. 5 LSA) y sociedades de responsabilidad limitada (art. 6 LSRL), introducen un criterio adicional vinculado a la sede real (presencia del establecimiento o explotación principal en España). Esta combinación de criterios puede generar incertidumbre y dificultades prácticas en el ámbito internacional.

- ii) A la hora de abordar la determinación del Derecho estatal aplicable a la fusión internacional de sociedades el art. 9.11º II Cc deben tenerse en cuenta las respectivas leyes personales de las sociedades participantes en la operación. Sin embargo, esta regulación genera incertidumbres y problemas prácticos, pues la literalidad del precepto podría interpretarse como una remisión automática y conjunta a todas las leyes personales de las sociedades implicadas, lo que sería impracticable en muchos casos¹⁸⁰. La interpretación más aceptada reconoce que esta acumulación no siempre procede, requiriendo analizar la cuestión concreta a regular para decidir si se aplican todas las leyes involucradas o sólo una de ellas. Esta falta de claridad genera inseguridad jurídica y dificulta la operatividad en fusiones complejas. A ello se añade que el precepto no establece criterios específicos para decidir en qué casos debe aplicarse una ley personal o si deben concurrir varias. Esto obliga a un análisis casuístico que puede llevar a resultados inconsistentes y a interpretaciones divergentes por parte de los operadores jurídicos. Para cuestiones esenciales como la disolución y extinción de las sociedades que desaparecen en la fusión, el artículo remite al Derecho nacional de cada sociedad fragmentando la regulación complicando la coordinación entre los diferentes ordenamientos jurídicos involucrados, al no prever un tratamiento armonizado para operaciones transfronterizas.
- iii) El art. 10.3º Cc regula la emisión de títulos valores en el ámbito internacional, consolidando la ley del lugar de emisión como el criterio rector en la regulación de títulos valores y fortaleciendo la seguridad jurídica y la competitividad del mercado español en el contexto internacional. Este precepto garantiza: que el mercado de emisión de títulos en España opera bajo un conjunto homogéneo de reglas, independientemente de la nacionalidad o sede social de la sociedad emisora a la vez que asegura un marco estable y confiable para quienes adquieren títulos emitidos en España¹⁸¹. Sin embargo, el alcance de este precepto es limitado y su enfoque unilateral plantea desafíos significativos en un contexto globalizado. Para mejorar su eficacia, sería necesario un enfoque más integral y coordinado con las normativas internacionales, capaz de abordar las etapas completas de los títulos valores y facilitar su integración en mercados transnacionales.
- iv) El art. 10.4º Cc establece que los derechos de propiedad intelectual e industrial serán protegidos en España conforme a la ley española, respetando los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte¹⁸². Este precepto, aplica la *lex loci protectionis* alineándose con los compromisos asumidos por España en convenios y tratados internacionales, promoviendo una armonización con los estándares internacionales en materia de propiedad intelectual e industrial¹⁸³. Su enunciado aunque es unilateral en su formulación, admite la aplicación de leyes extranjeras en casos específicos, como en procedimientos relacionados con derechos protegidos en otros territorios, ampliando su funcionalidad en contextos internacionales. En cuestiones de infracción y daños, el art. 10.4º deja sin efecto al 10.9º, lo que puede generar conflictos interpretativos en cuanto a la responsabilidad por actos ilícitos relacionados con la propiedad intelectual o industrial.

D) Subsistencia de componente publicistas y normativistas

47. Como resultado, el Decreto 1836/74, de 31 de mayo sustituyó el enunciado de su “Título Preliminar”, rotulado “De las Leyes, de sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación”, por

¹⁸⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.11º”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., t. I, vol. II, Madrid, 1995, pp. 479–525.

¹⁸¹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art. 10.3º”, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 110–111; M. MOYA ESCUDERO, “Art. 10.3º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., t. I, vol. II, Madrid, 1995, pp. 572–576.

¹⁸² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La propiedad intelectual en el Derecho internacional privado español*, Granada, Comares, 1994

¹⁸³ M. VIRGÓS SORIANO, “Art. 10.4.º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 587–608.

una rúbrica mucho más congruente: “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”¹⁸⁴. Al mismo tiempo dividió la materia regulada en cinco capítulos, dedicando el cuarto (arts. 8 a 12) a las “Normas de Derecho internacional privado”.

Apareció así, por vez primera en el Código civil español, una referencia al ordenamiento jurídico regulador de las relaciones del tráfico privado externo. Dicha referencia supuso, indudablemente, un cambio de concepción del legislador, que pasó de un enfoque en el que subsistía un componente “publicista” y “normativista”, donde el acento se ponía en las relaciones entre Estados soberanos y en los “conflictos” entre distintas leyes en presencia respecto a la regulación de un caso determinado de “Derecho civil”, a una concepción “privatista” cuyo punto de partida será radicalmente diverso. A partir de 1974, se introduce, en rigor, un sistema normativo que tomará como referencia una serie de hechos y relaciones de la vida real que se hallan vinculados con distintos órdenes jurídicos, entre ellos el español, y que, por este hecho, deben tener una respuesta por parte de nuestro ordenamiento.

Las nuevas normas pusieron fin a una determinada concepción, basada en “las leyes y sus efectos” en el espacio, que se acomodaba a la tradicional “teoría de los estatutos”, “hasta donde sea conveniente”, de conformidad con lo establecido en la Base 2ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, que fijaba las bases para la publicación del Código civil¹⁸⁵, el nuevo sistema se caracterizará, en términos generales, por una reglamentación de carácter bilateral. Los preceptos elaborados en 1974 se configuraron, según la Exposición de motivos del Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, “no en términos unilaterales preocupados sólo del Derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según nuestro ordenamiento, cual es el Derecho, propio o extranjero, aplicable”¹⁸⁶. Dicho de otro modo, estábamos en presencia de un conjunto de normas dictadas por nuestro legislador, “de Derecho internacional privado”, cuyo cometido era la reglamentación de la vida jurídica internacional de los operadores jurídicos a diferencia de las denominadas “normas de Derecho material”, que reglamentan situaciones jurídicas conectadas únicamente con el ordenamiento español.

48. Pese a este indudable avance del legislador de 1974, frente a la situación anterior, “insuficiente de suyo y desfasada por los cambios operados en las realidades sociales y políticas, en la técnica y en el propio régimen de convivencia e intercambio apreciable en las personas y en los pueblos” no se consiguió una reforma satisfactoria. Baste referirse a que no albergó “la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo”¹⁸⁷. En efecto, la propia rúbrica del Capítulo IV suscitó con carácter introductorio una crítica de carácter global. Y es que los arts. 8 a 12 Cc aluden a un aspecto muy limitado del ordenamiento jurídico conocido con el nombre de “DIPr”, entendido como el conjunto de principios y normas que regulan las situaciones internacionales. Dichos preceptos determinan, de manera muy parcial, cuál es el Derecho aplicable, entre diversos ordenamientos en presencia, para determinar el ejercicio de los derechos subjetivos de los supuestos de la vida privada internacional, pero ignoran aspectos de mayor relevancia si cabe. En concreto, la ordenación de los casos en los que los Tribunales españoles pueden conocer de litigios que incorporan un elemento de extranjería (competencia judicial internacional), o aquellos en donde la presencia de un extranjero condiciona el régimen del procedimiento o, finalmente, la determinación de la eficacia que tienen en España las decisiones judiciales dictadas por Tribunales extranjeros. Se trata de cuestiones esenciales a un ordenamiento cuya función es una “respuesta global” a los problemas del tráfico privado externo y no la solución de un eventual “conflicto de leyes”, que en el ordenamiento jurídico español han descansado, desde sus orígenes, en cuerpos normativos diversos.

¹⁸⁴ Cf. M. BATLLE VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1978, pp. 39–40.

¹⁸⁵ Sumamente expresiva de esta concepción es la rúbrica dedicada por J. CASTÁN TOBEÑAS a esta materia, que se refiere a los “Límites de la eficacia de las normas jurídicas en el espacio” (cf. *Derecho civil español, común y foral*, 10ª ed., t. I, vol. I, Madrid, Reus, 1962, pp. 470 ss).

¹⁸⁶ Contrariamente ese propósito de bilateralidad, algunas normas contenidas en el Capítulo IV del Tit. Prel. Cc incluyen técnicas de reglamentación alternativas que integran en sí mismas la consecuencia jurídica o efecto sustancial. Cf. P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 85 ss.

¹⁸⁷ Exposición de Motivos del Decreto 1836/74.

49. La distribución de materias reguladas en el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc siguió reflejando la impronta estatutaria y evidenció una escasa adaptación a las necesidades contemporáneas del tráfico jurídico externo. Así, el art. 9 abarcó cuestiones propias del “estatuto personal”, ofreciendo una respuesta al tema de la capacidad, aunque dejando fuera aspectos relevantes como los derechos de la personalidad. Además, se extendía al “estatuto familiar”, incluyendo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, filiación y alimentos entre parientes, e incluso otras materias más alejadas de su núcleo originario, como las sucesiones *mortis causa*. El art. 10 se dedicaba al denominado “estatuto real y obligacional”, mientras que el art. 11 reguló el “estatuto formal”. Finalmente, el art. 12 abordó los denominados “problemas generales” de aplicación de las normas de conflicto. Sin embargo, la solución de estos problemas no quedó restringida exclusivamente a este último artículo.

En virtud de su vinculación con normas específicas, los arts. 9 y 10 ofrecieron respuestas concretas a problemas particulares, como la ley aplicable a individuos con doble nacionalidad (art. 9.9º)¹⁸⁸, la regulación de los apátridas o personas con nacionalidad indeterminada (art. 9.10º)¹⁸⁹ y la aplicación de la ley del foro en casos contractuales que vulneraran el interés nacional (art. 10.8º)¹⁹⁰.

Esta estructura reflejó una organización basada en conceptos tradicionales que, aunque lógica en su contexto histórico, evidenció limitaciones frente a las exigencias de un tráfico jurídico internacional cada vez más complejo y dinámico.

4. Especialización de las categorías normativas

A) Apertura limitada

50. Las normas de DIPr contenidas en el Capítulo IV del Tít. Prel Cc no poseen un contenido uniforme, pese a formar parte de un subsistema integrado. Dicho subsistema comprende dos tipos de normas. Unas, denominadas “reguladoras”, que tienen como función llevar a cabo la reglamentación sustancial de las situaciones del tráfico externo, estableciendo concretas respuestas jurídicas a tales situaciones (arts. 8 a 11). Otras, llamadas “de aplicación”¹⁹¹, cuya misión es dar respuesta a los problemas surgidos en el proceso de aplicación de las primeras por parte del Juez u otra autoridad estatal (art. 10.8º, y art. 12). Estas normas diversas integran, en su conjunto, el denominado método de atribución o indirecto que ha sido el que presidió el origen de la reforma.

Frente a la escueta situación anterior a 1974, en la que el legislador daba respuesta a grandes bloques de relaciones jurídicas en únicamente siete normas, la reforma de 1974 se orientó a una cierta especialización de las soluciones fragmentando dichas relaciones y dando respuestas concretas a situaciones mucho más localizadas. Baste retener que la reforma de 1974 introdujo 33 normas concretas¹⁹². Esta diversidad, aunque a todas luces insuficiente, supuso de algún modo un distanciamiento del modelo de norma savigniana, que presentaba un relativo grado de generalidad o abstracción; dicho modelo, presente en el Código civil de 1989, pretendía resolver los problemas del tráfico externo alejado de las circunstancias concretas del litigio, aunque ha tenido defensores, pues responde a unos evidentes objetivos de política legislativa semejantes a los que avalan éstas a una solución basada en una “ley única”. La defensa de la generalidad de la norma de conflicto descansa en el denominado por la doctrina francesa

¹⁸⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Artículo 9.9º del Código civil: doble nacionalidad”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 392–428.

¹⁸⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 9.10º del Código civil: ley aplicable de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada”, *ibid.*, pp. 429–479.

¹⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *REDI*, vol. XXXI, nos. 1-3, 1978-1979, pp. 111-137.

¹⁹¹ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 58–59. Por el carácter instrumental que presentan las normas de aplicación respecto a las normas reguladoras, al establecer los cauces que ha de seguir el intérprete al utilizarlas, reciben también la denominación de “normas de funcionalismo”. Cf. J.Mª ESPINAR VICENTE, *DIPr español*, vol. I, Málaga, Facultad de Derecho, 1984, p. 116.

¹⁹² Cf. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, I, 9ª ed., Madrid, 1985, p. 567.

“respeto a los grupos normativos” o a la unidad en la reglamentación de las instituciones¹⁹³. Al evitarse la fragmentación en la regulación de un supuesto concreto, por ejemplo, las “sucesiones por causa de muerte” a través de normas de conflicto generales, al que el Tít. Prel. dedicó un único precepto (art. 9.8º) frente a más de 400 artículos de Derecho material del Código civil, se aseguró un cierto nivel de coherencia en la solución final de una institución, sometiéndola a los mismos principios rectores, colmando las lagunas y desechando eventuales desajustes.

No obstante, la generalidad de la norma de conflicto, a la vez que su rigidez, puede afectar a legítimos valores de seguridad jurídica y de justicia material. Por eso el moderno diseño de norma de conflicto multilateral utiliza la especialización como elemento de combate frente a la generalidad de la norma de conflicto tradicional, consiguiendo, en tal sentido, la sectorialización del Derecho privado y la respuesta adecuada a los problemas concretos. Baste como ejemplo comparar la generalidad del art. 10.9º con la especialización que introdujo el Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que otorga soluciones concretas en función de que en el accidente intervengan uno o varios vehículos, el país de la matriculación de éstos, el lugar donde ha ocurrido el accidente, la residencia habitual de la víctima, etc¹⁹⁴. En suma, cabe concluir que pese a que el legislador de 1974 inició una tímida apertura hacia la especialización, manifiesta en el ámbito del Derecho de familia, el sistema conflictual surgido del Capítulo IV del Tít. Prel. Cc fue marcadamente anacrónico, lo que obligó muchas veces al intérprete a una difícil labor de adaptación de la norma al caso concreto; algo que no favorece la tendencia unitaria a la reglamentación de las relaciones del tráfico privado externo.

B) Características de las “normas reguladoras”

51. La generalidad de la norma de conflicto, a la vez que su rigidez, puede afectar a legítimos valores de seguridad jurídica y de justicia material¹⁹⁵. Por eso el moderno diseño de norma de conflicto multilateral utiliza la especialización como elemento de combate frente al carácter a general de la norma de conflicto tradicional, consiguiendo, en tal sentido, la “sectorialización” del Derecho privado y la respuesta adecuada a los problemas concretos. Baste como ejemplo comparar la generalidad del art. 10.9º Cc con la especialización que introduce el Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que otorga soluciones concretas en función de que en el accidente intervenga uno o varios vehículos, el país de la matriculación de éstos, el lugar donde ha ocurrido el accidente, la residencia habitual de la víctima, etc. Pese a que el legislador de 1974 inició una tímida apertura hacia la especialización en el ámbito del Derecho de familia, el sistema conflictual del Capítulo IV del Tít. Prel. Cc continuó siendo anacrónico obligando muchas veces al intérprete a efectuar una difícil labor de adaptación de la norma al caso concreto; algo que no favorece la tendencia unitaria a la reglamentación de las relaciones del tráfico privado externo.

52. Las normas del Capítulo IV mantuvieron una estructura clásica compuesta por tres elementos: el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica y el punto de conexión, buscando determinar cuál era el Derecho aplicable, ya fuese nacional o extranjero, a través de un punto de conexión localizador de la relación jurídica en función de la consecuencia jurídica. Este enfoque savigniano predominó en los arts. 9 a 11 Cc.

En el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc, se incluyeron normas que empleaban técnicas de reglamentación unilateral o imperativa con el objetivo de definir el ámbito de aplicación de la ley española en el espacio. Por ejemplo, el art. 10.4º estableció que “los derechos de propiedad intelectual e industrial se

¹⁹³ A.L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto del siglo XXI”, *Pacis artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, vol. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1335–1374.

¹⁹⁴ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) nº 864/2007 (Roma II)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505–532; *id.*, “Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 727–740; *id.*, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012

¹⁹⁵ S. VRELLIS, “La justice ‘matérielle’ dans une codification du droit international privé”, *E pluribus unum : liber amicorum Georges A.L. Droz : on the progressive unification of private international law*, Kluwer Law International, 1996, pp. 541–562.

protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española”. Esta norma, difícil de formular bilateralmente, se enfocaba en la protección de derechos dentro de un territorio específico y bajo una ley determinada. La protección de estos derechos implica un enfoque unilateral y favorece la cooperación entre Estados, como lo prevén los convenios y tratados internacionales en los que España es parte¹⁹⁶.

Junto a esta tendencia generalizada, también se aprecia el unilateralismo obligado en ciertas normas formuladas con carácter bilateral. Así, el art. 10.1º Cc determina, en su primer párrafo, que “la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se registrarán por la ley del lugar donde se hallen”. De ahí que la norma contenida en el art. 10.1º, párrafo primero del Cc español haya merecido la calificación de “norma de conflicto aparentemente bilateral”.

53. La reforma del Código Civil de 1974 se centró en mantener el criterio de la ley nacional en lo relativo a la persona y sus relaciones jurídicas, como reflejado en el art. 9. Este criterio, de “estatuto personal,” comprendió una amplia gama de materias, incluyendo la capacidad, el estado civil, las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, las relaciones paterno-filiales, la adopción, la tutela, los alimentos y las sucesiones. Inusitadamente, también se extendió a las donaciones y, subsidiariamente, a las obligaciones contractuales. Semejante enfoque situó al sistema reformado en una posición similar a la de finales del siglo XIX, periodo dominado por la doctrina de P.S. Mancini, cuando la tendencia actual en torno al “estatuto personal” es mucho más restrictiva, limitándose al estado y condición de la persona, y a los problemas de capacidad y régimen de las incapacidades¹⁹⁷. La reforma no compensó el predominio de la ley nacional con una consideración adecuada de la ley local. Aunque se introdujo la noción de “residencia habitual” gracias a la “enmienda” de A. Bercovitz, ésta solo se aplicaba en casos donde la ley nacional resultaba impracticable, en situaciones residuales, o de urgencia. Además, los tribunales valoraron incorrectamente esta noción, que entró en conflicto con el art. 40.1º Cc de 1889, que define el domicilio como el lugar de la residencia habitual para el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones civiles. Esto creó una discrepancia entre dos conceptos cuyo contenido diverge en la actualidad.

Por otra parte, el imperio de la ley nacional no fue compensado en modo alguno con lo que M. Herrero Rodríguez de Miñón denominase la “aurora de la ley local” en el nuevo Tít. Prel., pues si bien es cierto que se insertó, por obra de A. Bercovitz, la noción de “residencia habitual”, esta conexión sólo era operativa en aquellos supuestos en que la ley nacional era impracticable (arts. 9.9º y 10º) o en situaciones residuales (arts. 9.7º) o de urgencia (art. 9.6º) y, por si fuera poco, dicha noción fue es incorrectamente valorada por nuestros Tribunales¹⁹⁸. En efecto, la noción de “residencia habitual” introducida en 1974 choca con lo dispuesto en el art. 40.1º Cc, cuya versión es de 1889. De acuerdo con este precepto, “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de la residencia habitual...”; es decir, identifica dos conceptos cuyo contenido es dispar en la actualidad.

C) Características de las “normas de aplicación”

54. Situado el Derecho español en la familia jurídica europea-continental, no puede extrañar que el sistema español de DIPr sea un sistema de base legal y no judicial, como ocurre en los países del *common law*. Ello implica una consecuencia importante que, ante la opción entre certeza o seguridad

¹⁹⁶ Además, el art. 22.1º LOPJ refuerza la competencia judicial exclusiva de los tribunales españoles en materia de registros y validez de patentes y derechos similares. Si la protección de estos derechos se busca en otro Estado donde se registraron, es lógico que no se litigue en España. Y, por otra parte, bilateralizar la competencia judicial sería inapropiado, ya que el tribunal español carecería de competencia y no se aplicaría la ley extranjera.

¹⁹⁷ B. Audit, “L’évolution du statut personnel de droit privé : Apogée, déclin, remise en cause”, *150 ans de contributions au développement du droit international: livre du sesquicentenaire de l’Institut de Droit International (1873–2023)*, París, A. Pedone, 2023, pp. 861–872.

¹⁹⁸ Vid. J. Mª ESPINAR VICENTE, “El concepto de residencia habitual en el sistema español de DIPr”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 3 ss. En efecto, la noción de “residencia habitual” introducida en 1974 choca con lo dispuesto en el art. 40.1º Cc, cuya versión es de 1889.

jurídica y justicia del resultado, el legislador español se ha inclinado por la primera. Esta regla de base no tiene, sin embargo, carácter absoluto, pues la reforma del Tít. Prel. Cc de 1974 introdujo en varias normas de conflicto puntos de conexión de carácter alternativo con el objeto flexibilizar las soluciones. Pero la norma fundamental que se introdujo en la materia fue el art. 12 Cc que incluyó una serie de mecanismos (conflicto de calificaciones, reenvío, orden público, fraude a la ley, etc...) a través de los cuales puede modificarse sustancialmente la remisión practicada por la norma de conflicto fundada en consideraciones de justicia del resultado.

Es exponente el art. 12 de la rigidez del sistema en la regulación de problemas particulares en DIPr. Aunque la incorporación de España a convenios internacionales ha limitado su ámbito, se mantienen críticas:

- i) Por el uso de la *lege fori* en conflictos de calificaciones por más que la doctrina haya dispensado una lectura más flexible al art. 12.1^o¹⁹⁹; y la exclusividad del “reenvío de retorno”. aunque debe tenerse en cuenta que con posterioridad a 1974 tanto el legislador español como la participación de España en ciertos tratados internacionales han introducido otras modalidades de reenvío²⁰⁰; y la crítica ha sido mucho severa al valorar el excesivo papel que el art. 12.3^o confiere al orden público como correctivo funcional del método de atribución, pero debe tenerse en cuenta también que el juego de la excepción ha quedado muy limitada por la incidencia del régimen convencional que vincula a nuestro país y que se inclina por una solución mucho menos rígida a través de la expresión “manifiestamente incompatible²⁰¹”.
- ii) Por una formulación incompleta de las instituciones reguladas en relación con otras manifestaciones codificadoras de nuestro entorno. Tal es el caso de la regulación del fraude a la ley en DIPr, donde el art. 12.4^o se limitó a ofrecer una definición de la figura, incompleta también, pues omite la referencia al fraude a la ley extranjera, sin indicar expresamente cual es la consecuencia jurídica de los actos cometidos a su amparo. Y lo propio ocurre con la norma que resuelve el denominado problema de la “remisión a un sistema legislativo”, pues el art. 12.5^o no resuelve todos los problemas en presencia, aunque también aquí es muy relevante la regulación convencional de esta figura; además, la generalidad, rigidez y formalismo de este precepto plantea serios problemas de aplicación en el caso de que el sistema plurilegislativo reclamado carezca de normas expresas para resolver los conflictos interlocales o interpersonales internos, o bien sus normas no puedan ser aplicadas por falta de prueba suficiente o por conducir a un resultado manifiestamente contrario al fin o resultado material perseguido por la norma de conflicto, cuando ésta se halla materialmente orientada²⁰². En lo que concierne a la crítica al art. 12.6^o nos remitimos a nuestro comentario a este precepto, cuya redacción fue insuficiente y ha dado lugar a una gran confusión

¹⁹⁹ Cf. J.A. CARRILLO SALCEDO, “Art. 12.1^o”, *Comentarios a las reformas...*, loc. cit., pp. 588–592.

²⁰⁰ La solución del art. 12.2^oCc no es la única. Dando prueba de la endémica falta de coordinación que caracteriza la codificación del Derecho internacional privado en España, han aparecido disposiciones que admiten las dos modalidades de reenvío; nos referimos a los arts. 98 y 162 Ley 19/1985, de 16 julio, Cambiaria y del Cheque, que, tras declarar que la capacidad de la persona para obligarse por estos títulos–valores se determina por su ley nacional, establecen que “si esta ley declara competente la ley de otro país, se aplicará esta última”. Desde otro punto de vista, es de señalar que la aplicación del reenvío puede y debe ser descartada, en muchos casos, en la aplicación de las normas de conflicto de origen convencional. En algunos textos, dicha exclusión es expresa, el caso más relevante es el del art. 15 Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio 1980, que eliminó cualquier posibilidad de reenvío (tal y como figura en el art. 20 del Reglamento Roma I). Pero, además, en muchos textos convencionales es implícita la aplicación del Derecho material extranjero, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado. Así, por ejemplo, el art. 4 del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973.

²⁰¹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 12.3^o del Código civil: orden público”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 894–926.

²⁰² En tales casos, se impone arbitrar una solución subsidiaria que no ha sido prevista por el legislador español, que en este punto no retuvo el valor de la enmienda original ni los ejemplos de la codificación comparada o internacional, aunque si existen respuestas doctrinales de gran contundencia. Cf. M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “El art. 12.5^o del Código civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1978, pp. 72 ss.

por parte de nuestros Tribunales y Autoridades, condicionando decisivamente el normal juego de las normas de conflicto del Capítulo IV del Tít. Prel. Cc²⁰³.

- iii) Por registrar ciertas ausencias, justificables unas, como el caso de la denominada “cuestión previa”²⁰⁴, pero incomprensibles otras como, por ejemplo, la ausencia de una norma que estableciese la competencia residual del Derecho del foro, la inexistencia de una norma genérica que solucionase el problema del conflicto móvil cuando no exista respuesta en la norma de conflicto pertinente, etc..

Frente a estas críticas, se han ofrecido lecturas del art. 12 Cc que permiten conducir a una mayor flexibilidad del sistema²⁰⁵. Indudablemente las denominadas “normas de aplicación” de las reglas de conflicto pueden ofrecer determinados efectos correctores por parte del juez para evitar soluciones forzadas o excesivamente rígidas. Aunque el reenvío constituye una técnica que ha sido censurada desde diversos puntos de vista, máxime cuando el principio de base radica en que la remisión al Derecho extranjero se entiende hecha a su Derecho material. Sin embargo, resulta indiscutible la flexibilización que puede introducir como factor de corrección de la propia rigidez de las normas de conflicto del foro.

V. Correcciones y vaciamiento del capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil

1. Primera corrección: La Constitución de 1978

A) Acomodación de las normas de Derecho internacional privado a los principios y valores constitucionales

55. Los valores y principios que emanan de los textos constitucionales a partir de la segunda guerra mundial se encuentran presentes en todos los ámbitos del Ordenamiento jurídico y el DIPr no podía ser una excepción, en el sentido de que sus normas deben acomodarse a los preceptos constitucionales o, si se quiere, los principios constitucionales han de inspirar aquéllas, siendo esta proyección particularmente relevante a la hora de establecer un sistema normativo, o en el momento de la aplicación judicial²⁰⁶.

²⁰³ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 12.6º del Código civil: Aplicación del Derecho extranjero”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 973–1.082.

²⁰⁴ Al margen de su valor teórico, la doctrina de la cuestión previa no presenta relevancia práctica alguna en nuestro ordenamiento, toda vez que nuestros Tribunales y autoridades están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español. Es cierto que los párrafos 2º y 5º del art. 12 Cc introducen sendas excepciones en materia de reenvío y remisión a un Estado plurilegislativo, pero precisamente es obligado insistir en la interpretación restrictiva a que se hace acreedora toda excepción, unido ello al carácter expreso de las referidas normas, lo cual conduce a la exclusión de cualquier otra excepción contraria al mandato del art. 12.6º.I Cc. En definitiva, sea cual sea la ley aplicable a la cuestión principal, únicamente podrán utilizarse normas de conflicto españolas en la selección de la ley aplicable a la cuestión previa (Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 534).

²⁰⁵ La doctrina española, sin embargo, no fue unánime al respecto. Cf. N. BOUZA VIDAL, “Art. 12.2º”, *Comentarios al Código civil...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 890.

²⁰⁶ Una aproximación a las relaciones entre DIPr en la doctrina extranjera se encuentra en los siguientes estudio: T. BALLARINO, “Costituzione e diritto internazionale”, *Dir. int.*, vol. XXIV, 1970, pp. 18–47; *id.*, “Norme costituzionali di eguaglianza e il diritto internazionale privato”, *Studi in onore di M. Udina*, II, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 921–949; N. CARE, *Concepts du droit international privé et droit constitutionnel : compétence dans l’élaboration des règles de conflits de lois et formes de l’Etat*, Beau Bassin, Éditions universitaires européennes, 2011; J.G. CASTEL, “Constitutional aspects of private international law in Australia and in Canada”, *Rec. des cours*, vol. 126, 1969, pp. 1–109; I.M. FERID, “L’interdependenza del diritto costituzionale e del diritto internazionale privato”, *Dir. int.*, vol. VII, 1963, pp. 143–152; P. E. HERZOG, “Constitutional Limits on Choice of Law”, *Rec. des Cours*, vol. 234, 1992, pp. 239–330; C. LABRUSSE, “Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale : (à propos de la décision du tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)”, *Rev. crit. DIP*, vol. 63, 1974, p. 1–46; K.M. LEWAN, “The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 17, nº 3, 1968, pp. 571–601; R. M. G. MOURA RAMOS, *Direito internacional privado e Constituição*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1979; W. MÜLLER-FREIENFELS, “Conflicts of Law and Constitutional Law”, *Univ. Chicago L. Rev.*, vol. 54, 1978, pp. 598–11; F. RIGAUX, “Droit constitutionnel et droit international privé”, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruselas, Bruylant, 199, pp. 111–137; K. SIEHR, “Diritto internazionale privato e diritto costituzionale”, *Foro italiano*, 1975, vol. XCVIII, 1975, pp. 1–19.

Superada la tradición de las primeras etapas del constitucionalismo, que ponía el acento en la dimensión orgánica, la Constitución española de 1978 reflejó una serie de valores²⁰⁷ y aportó unas regulaciones de carácter directo o indirecto respecto de las cuales el DIPr no es inmune, como evidencia la enorme incidencia que tuvo en España sobre el Tit. Prel. Cc aprobado tan sólo cuatro años antes, como lo fue, aunque en una medida mucho menor, la Constitución de 1931²⁰⁸. Al igual que en otros Estados de nuestro entorno, los valores y principios que emanan de los textos constitucionales, en España se encuentran presentes en todos los ámbitos del Ordenamiento jurídico reflejando una tensión entre la importancia doctrinal y práctica de este último y su limitada protección normativa dentro del sistema constitucional. Aunque el Título Preliminar se había considerado hasta entonces como una pieza maestra del sistema, al establecer principios generales que tenían una aplicación transversal, su calificación como “cuasiconstitucional” quedó más como una apreciación simbólica que jurídica. Ya hemos apuntado que, formalmente, el Título Preliminar es una ley ordinaria, sin el blindaje jurídico de las leyes orgánicas ni de las disposiciones constitucionales²⁰⁹.

56. El DIPr no podía ser una excepción, con la consiguiente adecuación de sus normas a los preceptos constitucionales o, si se quiere, los principios constitucionales del foro han de inspirar aquéllas, siendo esta proyección particularmente relevante a la hora de establecer un sistema normativo, o en el momento de la aplicación judicial²¹⁰. Sentado esto se imponen cuatro consideraciones.

- i) Desde la perspectiva de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con el art. 149.1.8º CE, la creación de normas de DIPr es materia que pertenece a la competencia exclusiva del Estado²¹¹. Hay pues Derecho estatal en toda el área del DIPr de acuerdo con las previsiones constitucionales, que se justifica en la unidad del ordenamiento jurídico y que presupone que los diversos subsistemas que lo integran guardan una cohesión en su conjunto²¹².
- ii) Al hilo de lo dispuesto en el art. 9.3º CE, el ordenamiento español reposa en los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, con una importante consecuencia: que el DIPr se configura en “base legal”, lo cual limita, en principio, la acción de nuestros Tribunales encaminándola hacia soluciones basadas en la seguridad jurídica. Ahora bien, si

²⁰⁷ Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, “La Constitución, el Derecho, el Ordenamiento y los valores”, *Obras completas*, t. I, Madrid, Espasa Calpe, pp. 401–452.

²⁰⁸ De acuerdo con F. DE CASTRO, a propósito de la entrada en vigor del texto constitucional de 1931, “La Constitución –norma hipotética necesaria para la construcción lógica de una teoría del Derecho– es, para el Derecho positivo, la norma básica que da validez a todas las disposiciones del Ordenamiento jurídico. En el Derecho moderno, los Códigos constitucionales son, además, el conjunto de principios de carácter dogmático, un programa a realizar que se impone al legislador... Casi todas las ramas del Derecho sufren alteraciones; el Derecho internacional privado también las experimenta y, de bastante importancia”. Cf. F. DE CASTRO Y BRAVO, “La Constitución española y el DIPr”, *Revista de Derecho Privado*, t. XIX, 1932, p. 74 Junto a este estudio, en la doctrina española los trabajos más representativos del sistema de la Constitución E. de 1931 son los siguientes: J.R. DE ORÚE, “Preceptos internacionales en la Constitución de la República Española”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 160, 1932, pp. 385–465; J. PUENTE EGIDO, “Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto: examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 o 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges”, *REDI*, vol. XXV, 1972, pp. 327–348.

²⁰⁹ Vid. *supra*,

²¹⁰ Debe reconocerse que la aparición de estos valores ha venido en estricta conexión con la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en las Constituciones democráticas, y el punto de referencia obligado fue la Sent. del Trib. Federal de Alemania (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1971. Vid. R. ARROYO MONTERO, “Derecho internacional privado y Constitución: proyección en la jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *REDI*, vol. XL, nº 2, 1988, pp. 89–103.

²¹¹ En los debates parlamentarios que dieron como resultado el texto constitucional hubo un serio intento de sustituir la expresión actual del art. 149.1.8º “normas para resolver conflictos de leyes”, por la de “normas de DIPr” (Enmienda nº 697 del G.P. Comunista: “regulación de las relaciones jurídico civiles en lo que se refiere a: (...) d) El DIPr y, en particular, los conflictos de leyes entre las distintas legislaciones civiles de España”, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. I, Madrid, Congreso de los Diputados, 1980, p. 429). Ello hubiera evitado posteriores problemas; en cualquier caso, “el sentido de la dicción constitucional parece apuntar en la misma dirección”. Cf. A. ARCE JANÁRIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1988, p. 106).

²¹² *Ibid.*, p. 94.

esta es la regla general, la Constitución. no supone un freno para soluciones basadas en la justicia del resultado. Realmente, no impide que el legislador pueda utilizar la técnica de las denominadas “normas flexibles”, satisfacer determinados intereses de política legislativa a través del empleo de normas de conflicto materialmente orientadas, esto es, que contienen expresamente un elemento material que dirige el proceso de selección de la ley aplicable, o del establecimiento de determinados foros de competencia judicial internacional de carácter concurrente.

- iii) Estos valores deben ser contemplados en íntima conexión con la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en las Constituciones democráticas, de la cual es un claro ejemplo lo dispuesto en el art. 10.2º CE al insertar una cláusula de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, que impone la exigencia de interpretar los derechos reconocidos español de acuerdo con la Declaración Universal de 1978, resultando un precepto no sólo adecuado en el plano de los principios éticos, sino esencial en el marco jurídico de aplicación de las normas²¹³. El punto de referencia obligado en esta materia fue la Sent. del Trib. Federal de Alemania (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1971, pero la jurisprudencia española ha dado reiteradas muestras de esta recepción normativa²¹⁴.
- iv) La justicia del resultado puede obtenerse también en el proceso de aplicación de las normas que introduce, una nota de “relatividad” en la exigencia de seguridad jurídica dentro del ámbito del DIPr²¹⁵. Puede afirmarse, de esta suerte, que la CE no cercenó el papel del juez, al permitirle un gran margen de apreciación en la solución del supuesto preciso.

B) Incidencia de los principios y valores constitucionales en el Título Preliminar del Código civil

57. La propia Constitución permitió extender aún más el ámbito de los postulados que se acaban de enunciar. Desde un primer momento, los valores y principios constitucionales se reflejaron en todos los sectores del DIPr, empezando por la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales y en el del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras²¹⁶. Pero aún fue más

²¹³ Cf. P. Andrés Sáenz de Santa María, “Art. 10.2º”, *Comentario mínimo a la Constitución española*, Barcelona, Critica, 2018, p. 57.

²¹⁴ Debe dejarse constancia de que este fallo fue directamente alegado y utilizado en el razonamiento del juzgador en la jurisprudencia española, como evidencia con nitidez la Sent. Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón de 13 de octubre de 1986. Trata el caso de una española que contrajo matrimonio civil con arreglo a la lex loci en Dinamarca, con un alemán federal, en 1971, inscribiéndose tal matrimonio en el Registro Civil Central español en 1975. Con posterioridad, la esposa interpuso demanda de separación matrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón, reconviniendo el marido sobre la base de la nulidad del matrimonio, pues, en la fecha de la celebración, su esposa carecía, a su juicio, de la capacidad nupcial pertinente con arreglo a la ley española vigente en aquellos momentos, toda vez que él era divorciado de anterior matrimonio canónico. El Juzgado rechazó la reconvencción, admitiendo la demanda, aludiendo a la profunda evolución generada en el sistema matrimonial español, tras la promulgación de la CE de 1978. En concreto, la decisión se refirió a la evolución que “se va produciendo al socaire del profundo cambio social con repercusión en el orden jurídico, que se ha experimentado en España en los últimos veinte años, y que se refleja, plasma y culmina tras el cambio político, con la promulgación de la CE y así, a partir de ésta, el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ya venía sufriendo fuertes embates en la doctrina y en la opinión pública, pierde su rango constitucional como se deduce del ap. 2 del art. 2 de aquella norma suprema y deja de constituir materia y objeto de la noción de orden público, y los principios de libertad religiosa, de no discriminación por razón de discriminación, y de aconfesionalidad del Estado –arts. 14 y 16 C.E.– impiden que, en adelante, la validez civil de un matrimonio dependa de la prueba de acatolicidad del contrayente español y de la prueba de la soltería o viudez del otro, pero no sólo es que estas pruebas no sean ya exigibles ni tengan actual aplicación en nuestro vigente ordenamiento jurídico, sino que son contrarias, radicalmente contrarias, a los principios que informan la C.E. y, por tanto, a la concepción y noción actuales de orden público, concepción y noción que, sin duda, tienen un carácter variable y dependiente de circunstancias más políticas que jurídicas”. Se trata, de un texto modélico que, como ha señalado R. Arroyo Montero, refuerza la primacía de la C.E. y el papel predominante que poseen los derechos fundamentales en el ámbito del DIPr. *Vid. R. ARROYO MONTERO, “Derecho Internacional Privado y Constitución: Proyección en la jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal en Alemania”, REDI, vol. 40, nº 2, 1988, pp. 89–104.*

²¹⁵ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Introducción*, Madrid, UAM, 1984, pp. 156–157.

²¹⁶ Junto a la inspiración de ciertos foros de competencia en los valores e intereses protegidos por nuestra Constitución, éstos condicionan la interpretación de todo el sistema de competencia judicial internacional. Así, M. Amores Conradi extrajo de los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y garantía de los derechos de defensa (art. 24 CE) una serie de principios rec-

variada e intensa la acción de los principios y valores constitucionales en el sector del Derecho aplicable, afectando de lleno a muchos preceptos del Tit. Prel. Cc y justificando la rúbrica que intitula este apartado en torno a la “corrección del sistema”.

Dentro de los múltiples ejemplos que podrían resaltarse en este contexto destaca, indudablemente, el de la incidencia del principio de igualdad sobre las conexiones de las normas de conflicto. De otra parte, la introducción de nuevas instituciones y la supresión de otras, en virtud de un texto constitucional, ofrece importantes consecuencias en un sistema de DIP. Ambas circunstancias pueden apreciarse en el caso español a partir de 1979, asistiéndose no sólo a un proceso de reforma legislativa en profundidad, sino al importante giro experimentado en los parámetros interpretativos del sistema²¹⁷. Debe insistirse en este punto en el efecto de la CE respecto a las normas del Tit. Prel. Cc contrarias a su espíritu²¹⁸.

En términos más generales y abstractos cabe pensar que si el Preámbulo y el Título Preliminar de nuestra norma fundamental configuran a España como un Estado que propugna como uno de los valores esenciales de su ordenamiento jurídico la igualdad, ello necesariamente se tradujo, en el plano de la reglamentación de la vida privada de las personas, en un mayor equilibrio entre la *lex fori* y el Derecho extranjero y en el abandono de las viejas aspiraciones del imperialismo jurisdiccional. Si cada sistema de DIPr autónomo ofrece una filosofía de las relaciones privadas internacionales que está anclada en el “ser” de sus principios básicos, puede afirmarse que la Constitución española, ajena por completo a autarquías y a xenofobias, está presidida por una *policy* diferente de la que informaba el anterior sistema de DIPr, y esta *policy*, indudablemente, gira en torno a la igualdad, no sólo en el trato entre las partes, sino entre el Derecho extranjero y el Derecho del foro.

58. Al margen de la incidencia del principio de igualdad, resulta obligada una alusión a la repercusión que tuvo la Constitución sobre el sistema de DIPr previsto en el Tit. Prel. Cc al introducir algunas instituciones y modificar otras existentes con anterioridad²¹⁹.

tores de la estructura del sistema de competencia judicial internacional, cuyas normas presentan ya un carácter pseudoconstitucional basado en el derecho al juez ordinario predeterminado en la Ley. En concreto, tales principios pueden resumirse en: suficiente positivación de los criterios atributivos de competencia, volumen de competencia atribuida apto para garantizar el derecho al acceso a la justicia, garantía de los derechos de las partes a través de cargas procesales razonables, adecuación a las exigencias del tráfico internacional y orientación material necesaria de determinados foros de competencia. La acción de los principios constitucionales contenidos en el art. 24 CE fue palpable asimismo en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones, puesto de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en orden, principalmente, a determinar la inconstitucionalidad en la concesión o denegación del reconocimiento, susceptible de conculcar los derechos de defensa de las partes. *Vid.* M.A. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, vol. XLI, nº 1, 1989, pp. 113–156.

²¹⁷ Como pusiera de relieve J.M^a ESPINAR VICENTE, es evidente que no es posible entender hoy cada instituto jurídico de un modo aislado, su “regulación, interpretación y aplicación dependen de la premisa mayor que se formula en el texto constitucional”. *Cf.* J.M. ESPINAR VICENTE, “Constitución, desarrollo legislativo y DIPr”, *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 109–134

²¹⁸ Y para ello nada mejor que traer a colación lo dispuesto en la STC 80/1982, de 20 de diciembre en el sentido de que la constitucionalidad sobrevenida de dichas normas genera su nulidad en atención al valor normativo inmediato de nuestro texto fundamental; nulidad que puede ser apreciada por el juez sin necesidad de una declaración previa de inconstitucionalidad. Esta cuestión obliga a suscitar el tema de la vigencia de ciertos preceptos contenidos en el Tit. Prel. Cc y, en concreto, de ciertas conexiones o situaciones atentatorias del principio de igualdad. A este respecto cabe afirmar que dichas conexiones (art. 9.2º y 3º Cc, en cuanto de referían a la ley nacional del marido) y situaciones (art. 14, nº 4 Cc, en cuanto establece que la mujer casada seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados la de su padre) han quedaron derogadas claramente y que no existe ninguna situación de vacío legal pues los principios de autointegración del sistema dan soluciones oportunas a las eventuales lagunas que pueden suscitarse. *Vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “The Spanish Constitution and Private International Law in Constitutional Jurisprudence”, *Spanish Yearb. Int’l L.*, vol. 9, 2003, pp. p. 1–26; *id.*, “Spanish Constitutional Court Practice on Private International Law”, *The legal practice in international law and European Community law: a Spanish perspective*, Leiden..., Nijhoff, 2007, pp. 537–565.

²¹⁹ Para una visión del proceso de reforma constitucional sobre el DIPr *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El Anteproyecto de Constitución y el DIPr español”, ponencia presentada en la *Reunión de Profesores de Derecho internacional, sobre el tema Constitución y Derecho internacional*, Madrid, 9–10 febrero 1978. Acerca de las relaciones entre la CE de 1978 y el DIPr español *vid.* R. ARROYO MONTERO, “DIPr y Constitución...”, *loc. cit.*, pp. 89–103; J.A. CARRILLO SALCEDO, “L’évolution du droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1991–1993)*, París, Pédone, 1994, pp. 122–127; J.M. ESPINAR VICENTE, “Constitución, desarrollo legislativo...”, *loc. cit.*, pp. 109–134; M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Reencuentro con la jurisprudencia republicana en materia de divorcio internacional”, *Bol. Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, nos 20 y 21, 1984, pp. 107–121.

- i) Del primer caso fue particularmente significativo el art. 32.2º que, al determinar que la ley regulará “las causas de separación y disolución y sus efectos”, impulsó una reforma sustancial del Derecho de familia, singularmente a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Cc y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que no solamente ha afectado al ámbito material, sino al propio del DIPr en una triple dimensión: Derecho aplicable (art. 107.1º Cc), reconocimiento y ejecución de sentencias (art. 107.2º Cc) y competencia judicial internacional (Disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, que más tarde serían sustituidas por el art. 22 LOPJ)²²⁰.
- ii) Del segundo caso, en relación con la forma del matrimonio, los arts. 14, 16 y 32 CE tuvo fiel reflejo la redacción de los arts. 49 a 51, 65 y 80 Cc practicada por la citada Ley 30/1981, aunque la reforma no fuese todo lo satisfactoria que hubiera sido de desear; desde el momento en que el Código civil atribuye efectos civiles a la celebración del matrimonio en forma religiosa se genera una situación que, como ha apuntado J.D. González Campos, no puede quedar aislada de un presupuesto: la *professio religionis* de los contrayentes, lo que es claramente contrario a los presupuestos del mandato constitucional (art. 16.2º)²²¹.

59. Con un incomprensible retraso de casi diez años, los valores constitucionales contenidos en los arts. 14 y 39.2º CE y referidos a la igualdad jurídica y protección del hijo se proyectaron en la sustancial reforma de los párrafos 4º y 5º del art. 9 Cc operada por la Ley 21/1987, por la que se modifican determinados artículos del Cc y de la LEC en materia de adopción; a partir de aquí los nuevos parámetros del DIPr de la filiación determinaron: estar, con carácter unitario, a la ley nacional del hijo en orden al establecimiento de la filiación, la protección del interés del menor, con un oportuno tratamiento judicial del problema y, en lo que concierne a los problemas de Derecho transitorio que la aplicación de las nuevas normas suscita, estar, en todo caso, al *favor filii*.²²²

Pasando a los ejemplos concretos, el principio de igualdad de trato entre las partes debía traducirse en un equilibrio a la hora de determinar las conexiones de la norma de conflicto, de suerte que una no quedase privilegiada respecto de la otra. En este orden de ideas puede apuntarse que los arts. 14 y 32.1º CE sancionan los principios de no discriminación por razón de sexos y de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, siendo de destacar que en otros Ordenamientos constitucionales de nuestro entorno como sucedió en Italia o en Portugal, la doctrina llamó la atención de cómo el sistema de conexiones era susceptible de atentar contra dichos principios mediante una utilización privilegiada de la ley nacional del marido o del padre sobre la ley nacional de la madre o de la esposa.

Un tercer aspecto significativo del Tít. Prel. Cc afectó a ciertas soluciones particulares que eran especialmente injustificadas, por concernir al principio de igualdad de sexos, si bien con posterioridad quedarían modificadas tras la CE de 1978 y por la normativa de desarrollo de la misma. Debe recordarse, a este respecto, que nuestra norma fundamental propició la entrada en vigor de la Ley 21/1987, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y, entre ellos, el 9.4º que superponía la ley

²²⁰ Vid. sobre los antecedentes, J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Incidencia de las reglas de conexión del proyecto de ley sobre matrimonio y divorcio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXX, 1980, pp. 151–168; *id.*, “La anunciada ley del divorcio y la problemática de DIPr”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, pp. 1.006–1.025; A. BONET NAVARRO, “Disposiciones adicionales”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 953–961; J.A. CARRILLO SALCEDO, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 1–35, esp. pp. 19 ss.; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y P. ABARCA, “Art. 107”, *Matrimonio y divorcio...*, *op. cit.*, pp. 907–931; J. LISBONNE, “A propos de la loi espagnole sur le divorce: quelques réflexions de droit international privé et comparé”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1981, pp. 420–425; V.L. SIMÓ SANTOJA, “Aspectos internacionales del divorcio en España”, *Estudios en homenaje a prof. doutor A. Ferrer-Correia*, vol. I, Coimbra, 1986, pp. 755 ss.; Mª L. TRINIDAD GARCÍA, “Cuestiones de divorcio en el Derecho internacional privado francés y español: algunas precisiones de un análisis comparativo”, *Las relaciones de vecindad*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. del País Vasco, 1987, pp. 499–524.

²²¹ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5ª ed. rev., Madrid, CESSJ, Ramón Carande, 1993, pp. 404 ss.

²²² N. BOUZA VIDAL, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en Derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, pp. 897–931;

nacional del padre a la de la madre en la solución de las relaciones paterno-filiales del tráfico externo. En la actualidad, se está a la ley personal del hijo. Mas todavía habían quedado desperdigados en el Tít. Prel. Cc una serie de preceptos discriminatorios entre sexos, con independencia de que, en rigor, debieran haber sido considerados derogados por la CE. Afortunadamente, esta labor de adaptación se ha completado con la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Cc en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que ha dado una nueva redacción a los arts. 9.2º y 3º Cc, sustituyendo la anterior conexión discriminatoria por otras más acordes con los valores constitucionales²²³. En cualquier caso se trató de revisiones de pura “depuración” de las normas del Ordenamiento contrarias a la CE que poseyeron escasa trascendencia desde una perspectiva global de modernización del sistema español de Derecho aplicable²²⁴.

2. Segunda corrección: protagonismo de los tratados internacionales

A) Asunción progresiva de una “dualidad estructural”

60. Es innegable el extraordinario aumento en el DIPr de las fuentes internacionales, principalmente por vía convencional, como lo es también el hecho de que comiencen a vislumbrarse una serie de límites al legislador interno, pero estos fenómenos no son más que índices del grado de cooperación internacional de la comunidad internacional contemporánea. Una cosa es que el legislador o el juez atiendan la llamada de lo internacional y de lo universal a la hora de realizar su labor, y otra muy distinta que deban cumplimentar necesariamente objetivos supranacionales. El DIPr en cuanto estructura formal debe reflejar los intereses y la ideología dominante en un Estado determinado, intereses e ideología que no tienen por qué contrariar al internacionalismo.

Al mismo tiempo, esa llamada ha sido una constante en la jurisprudencia española, asistiéndose a un movimiento pendular respecto de la posición adoptada durante el período de la autarquía política y económica. Resulta singular y ciertamente positivo, por lo que tiene de superador de la etapa anterior, que con cualquier pretexto nuestros Tribunales invoquen el internacionalismo²²⁵.

En un largo proceso de más de siglo y medio el marcado carácter nacional de los procedimientos de producción normativa en virtud de los cuales la regulación por cada Estado a través de su legislación o de su jurisprudencia tenía en cuenta sus propios intereses, dio paso a nuevas fórmulas entre las cuales ocupan un papel protagonista los tratados internacionales elaborados en el seno de determinadas organizaciones internacionales²²⁶. Sin duda en este sector la labor realizada por la Conferencia de La

²²³ Vid. M.A. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nos. 11–12, 1991, pp. 39–72; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “No discriminación por razón de sexo: DIPr español”, *A.D.C.*, t. XLIV, 1991, pp. 233–249; *id.*, “La Ley 11/1990, de 15 de octubre: de la no discriminación por razón de sexo a la discriminación entre los ordenamientos jurídicos”, *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 272–275; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Proposición de Ley de reforma parcial del Título Preliminar del C.c. (arts. 9, apartados 2 y 3 y 14)”, *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 679–681.

²²⁴ Cf. J. D. González Campos, “Prólogo” a la obra a A. Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, p. 11.

²²⁵ Por citar un ejemplo concreto, baste acudir a la STS 1ª 22 mayo 1989, que en un supuesto de hipoteca naval y en relación al privilegio de los créditos resultantes de los contratos de servicios del capitán, de la tripulación y de las otras personas al servicio de a bordo, entendió que el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas de 10 de abril de 1926 era la norma de pertinente aplicación, frente a normas internas posteriores de carácter contrario por cuanto: “La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que, sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales, se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional”.

²²⁶ H. VAN LOON, “The role of international organisations regarding the codification of private international law”, *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea*, XXIII Convegno, Ferrara, 6–8 giugno 2018, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 163–182.

Haya de Derecho Internacional Privado desde su primera sesión de 1893²²⁷ ocupó un indiscutible protagonismo²²⁸.

61. A partir de la presencia de la vía convencional la ordenación de las relaciones privadas de carácter transnacional fue perdiendo sucesivamente su carácter unitario dando lugar a una “dualidad estructural” generada por la existencia de normas establecidas por el legislador estatal y por aquellas elaboradas en el orden internacional, sea por obra del acuerdo entre dos o más Estados o producto de un acto normativo de una Organización internacional²²⁹. El resultado se materializó en una pluralidad de sub-estructuras de producción jurídica concretadas en tres contextos diversos: a) las normas que se producen en el ámbito de un Estado determinado en función de su peculiar concepción de la justicia para reglamentar las situaciones internacionales; b) las normas generadas en virtud de tratados internacionales entre Estados, y c) las normas creadas en virtud de actos de organizaciones internacionales en el marco de un proceso institucional de integración jurídica²³⁰.

La coexistencia de codificaciones nacionales junto con un amplio número de fuentes internacionales y regionales pone de manifiesto una característica esencial del DIPr: su pluralismo²³¹, que no solo se refleja en la diversidad de fuentes que lo conforman, sino también en sus conceptos, métodos y objetivos, los cuales están profundamente marcados por esta multiplicidad. En este contexto, la noción de que las codificaciones nacionales puedan contribuir a la formación de un Derecho internacional privado de alcance universal no resulta extraña para los enfoques universalistas. Estas codificaciones, al interactuar con fuentes internacionales y regionales, actúan como puentes entre las diferentes tradiciones y sistemas jurídicos, fomentando un diálogo normativo que enriquece la disciplina y apunta hacia una mayor convergencia jurídica en el ámbito internacional²³².

62. Resulta irrefutable que el proceso de producción jurídica inmediatamente posterior a la entrada en vigor del del Tít. Prel. Cc ofreció nuevas realidades. La tónica general del sistema español había sido, hasta entonces, la de una participación más que discreta en la codificación internacional como consecuencia del aislacionismo económico primero y político después de España en el concierto de las naciones y de la ausencia de España o nula intervención de nuestros representantes en las instituciones internacionales de codificación del DIPr. En contraste con lo que ocurría en otros países de nuestro entorno más inmediato, señaladamente Alemania, Francia, Países Bajos o Suiza, la política de incorporación de España a los instrumentos internacionales rectores del tráfico externo fue, hasta finales de los años ochenta, más bien modesta y suscitó importantes problemas en orden a su elaboración y a su aplicación. Sin embargo, en los años ochenta del pasado siglo se produjo un giro copernicano situando a la reglamentación convencional como la dominante en el sistema español de DIPr, incluso, en el ámbito de los “conflictos de leyes”.

Como resultado de dicho proceso, la importancia de los convenios internacionales en el sistema español de DIPr se volvió esencial hasta el punto de que existen pocos Estados que se hayan obligado por

²²⁷ T.M.C. ASSER, “La codification du droit international privé : première conférence tenue à La Haye, du 12 au 27 septembre 1893”, *Rev. dr. int. leg. comp.*, vol. 25, 1893, pp. 521–548.

²²⁸ M.H. VAN HOOGBRATEN, “La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye”, *Rec. des Cours*, vol. 122, 1967, pp. 337–425 ; V. GOESEL, “Codification du droit international privé et droit des traités: le centenaire de la Conférence de La Haye”, *Ann. fr. dr. int.*, vol. 38, 1992, pp. 358–376, 1992 ; N. de ARAÚJO, D. TREJOS VARGAS y L. da GAMA E SOUZA, “The Hague Conference on Private International Law and the Codification of Private International Law”, *Derecho internacional privado y Derecho internacional público: un encuentro necesario*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2011, pp. 205–219.

²²⁹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Efforts concertés d’unification et coexistence des règles de Droit international privé dans le système étatique”, *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, La Haya, M. Nijhoff Publ., 1996, pp. 105 ss, esp. p. 105

²³⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Introducción*, Madrid, UAM, 1984, pp. 126 ss; *id.*, “El sistema español de Derecho internacional privado”, en la obra colectiva editada por la UNED, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., vol. I, Madrid, 1996, pp. 48–60.

²³¹ H. GAUDEMÉT-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses”, *Rec. des Cours*, vol. 312, 2005.

²³² A. LEANDRO, “La codificazione del diritto internazionale privato fra strumenti internazionalistici e diritto dell’Unione europea”, *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea. XXIII Convegno*, Ferrara, 6–8 giugno 2018, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2019.

tantos textos internacionales como el nuestro, merced en buena medida a una “euforia internacionalista” que siguió a la apertura internacional y europea de nuestro país a partir de finales de los años ochenta. Una apertura que en muchos casos provocó una política convencional apresurada y poco medida, generó durante en largo período, una abundante jurisprudencia contradictoria en la solución de los problemas propios de delimitación del ámbito material, territorial y temporal de los convenios de DIPr²³³.

63. Puede afirmarse que el proceso de reforma política que se inauguró en 1977 supuso una auténtica “revolución” en el sector de las fuentes del DIPr español. No en vano en los últimos años España se fue incorporando a más de medio centenar de tratados multilaterales y ha ampliado, asimismo, el número de tratados bilaterales (más de treinta) que afectaron directamente a materias propias de DIPr (excluyendo de esta relación los Convenios de nacionalidad y de extranjería) y ofrecieron un papel positivo en orden a la cooperación internacional²³⁴, al tiempo que propiciaron un desarrollo sin precedentes del DIPr español y, lo que es más importante, vinculó a España al círculo de países iberoamericanos al tiempo que se consolidaban los resultados alcanzados por la Conferencia de La Haya de DIPr, la CIEC y el Consejo de Europa. Todo ello con el añadido de la entrada en vigor para España (en aquellos años) del Convenio de Bruselas de 1968 (y del de Lugano de 1988) y del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, fruto de la pertenencia de España a la Comunidad Europea. Bien es verdad que dicha evolución contrastaba con la ausencia de modernización de amplios sectores normativos de DIPr de fuente interna, como reflejó, por ejemplo, el régimen del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras; en particular, las normas contenidas en los arts. 951 ss LEC hasta la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. La nueva situación, sin embargo, debió ser contemplado desde una óptica más relajada y más crítica.

- i) Las consecuencias inmediatas fueron más cuantitativas que cualitativas, como evidencia el hecho de que el sector más “internacionalizado” fue el del Derecho judicial internacional y el de la cooperación entre autoridades, en concreto, el régimen de la asistencia judicial internacional y el de la colaboración entre autoridades encargadas del Registro civil. Encontrándose a su lado y en progresión creciente el sector del Derecho aplicable, donde el Derecho convencional reglamenta un número cada vez más importante de materias: menores, alimentos, sucesiones, propiedades, obligaciones contractuales, responsabilidad civil.
- ii) Se observó una manifiesta falta de coordinación entre las instancias españolas, materializada en procesos correlativos en el tiempo y diversos en su contenido en relación con la codificación interna y la incorporación de España a tratados internacionales sobre la misma materia²³⁵; ello sin olvidar durante un periodo la deficiente traducción española que ofrecían estos textos y el gran número de errores y omisiones que contienen. La frecuencia de acudir a la técnica de la “corrección de errores” en el BOE, fue una buena muestra de la deficiencia con que las autoridades españolas responsables abordan estas cuestiones²³⁶.

Cada vez con mayor frecuencia, la práctica obliga a que, con carácter preliminar, el jurista se vea obligado a identificar la norma pertinente para la solución del caso controvertido. Dicha labor de

²³³ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Los tratados internacionales en el sistema español de DIPr y su aplicación judicial”, *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. I, Madrid, 1997, pp. 153–194; *id.*, “Problemas de asimilación de los tratados internacionales de DIPr en un sistema de base estatal: la experiencia española”, *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et des amis à l’occasion de son soixante-dixième anniversaire*, vol. II, Université de Lausanne. Faculté de droit., 1999, pp. 1447–1468; *id.*, “La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 47–62.

²³⁴ Vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La cooperación internacional como objeto del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*, Bilbao, 1991, pp. 171–225.

²³⁵ Recuérdese que la redacción del art. 9.7º Cc se realizó en un momento en que nuestro país se incorporaba al régimen de los Convenios de La Haya en materia de alimentos. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Las obligaciones alimenticias en el derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 67–108.

²³⁶ Cf. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Unificación y traducción al castellano de los Convenios de La Haya de DIPr”, *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 703–705.

individualización, si bien era relativamente sencilla hace medio siglo (pues el sistema español de DIPr era fundamentalmente interno) ofrece hoy una extraordinaria complejidad en función de la interacción de normas susceptibles de dar una respuesta a un caso concreto. Para ello es menester conocer el alcance preciso de cada uno de los procedimientos de producción jurídica que conforman el DIPr español y, en un segundo momento, delimitar la norma pertinente aplicable al supuesto de la vida internacional.

Al lado de los problemas derivados de las “relaciones de sistemas”, se encuentran los problemas de aplicación de los tratados internacionales de DIPr por nuestros Tribunales y autoridades²³⁷. Hasta la fecha se ha podido hablar con razón de una evidente y manifiesta inaplicación²³⁸, justificada en su día por razones claramente ideológicas y expresada en un recelo de nuestra jurisprudencia hacia todo lo proveniente del exterior. Evidentemente, el periodo histórico que concluyó a finales de los años setenta no era propicio para la plena aplicación del DIPr convencional pues en aquellos años dominaba en España una importante reticencia hacia la eficacia directa y hacia la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico interno, que no sólo era explícita en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, sino en amplios sectores doctrinales, que incluso llegaban a otorgar un carácter puramente “cultural” a este tipo de instrumentos. De ahí la necesidad de una cláusula general de remisión a tratados internacionales en el Capítulo IV del Tít. Prel. Cc.

B) Dificultades de aplicación de los tratados internacionales

64. Al lado de una clara y simple inaplicación de los tratados internacionales en el ámbito propio del DIPr se ha venido observando hasta tiempos recientes una práctica, en trance de superación, de incompleta o incorrecta aplicación de estos instrumentos por parte de nuestros operadores jurídicos, principalmente de los Tribunales. Dicha práctica, que pudo justificarse en una etapa por razones de inexperiencia en tales menesteres y por la inexistencia de repertorios de Convenios completos y puestos al día, sobre todo, en lo que respecta al ámbito de los Estados parte y a los problemas de la aplicación en el tiempo, no resulta de recibo en la actualidad. En este punto es totalmente imprescindible una correcta utilización de las “cláusulas finales” de los Convenios antes de la aplicación de sus normas materiales²³⁹, un control veraz de los Estados parte y un estudio detallado del alcance de las reservas y de las declaraciones interpretativas²⁴⁰.

No todo ha de ser, sin embargo, negativo. La situación descrita está discurriendo en los últimos tiempos por unos derroteros muy distintos. Y ello con base en lo que hemos calificado de “euforia internacionalista” en la actuación de los Tribunales de justicia españoles, coetánea con una etapa de incorporación masiva de España a tratados internacionales. Frente a una auténtica hostilidad, en unos

²³⁷ Dentro de la doctrina extranjera *Vid.* P. LAGARDE, “La condition de réciprocité dans l’application des traités internationaux: son appréciation par le juge interne”, *Rev. crit. DIP*, 1975, pp. 25 ss; A. VON OVERBECK, “L’application par le juge interne des conventions de droit international privé”, *Rec. des Cours*, vol. 132, 1971., pp. 1–106.

²³⁸ La “cifra negra” a la que se ha referido A. REMIRO BROTONS (*Cf.* “La aplicación de los tratados internacionales en el Derecho español”, *Diario La Ley*, 17 diciembre 1982, pp. 1 ss.).

²³⁹ *Vid.*, en relación con los Convenios de la Conferencia de La Haya, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. XLV, nº 1, pp. 39-62.

²⁴⁰ Se trataba de una labor no exenta de dificultades, que obliga a un conocimiento previo del Derecho de los tratados y en la que son instrumentos de consulta imprescindible las Resoluciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la aplicación del art. 32 R. Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales. Dichas Resoluciones, que se publican en el BOE generalmente cada cuatro meses, parten de una clasificación–tipo de los tratados multilaterales, cuyas rúbricas más importantes para el DIPr son la “E” (tratados jurídicos) y, dentro de esta, la “E.C.” (Derecho civil e internacional privado), la “G” (marítimos) y la “H” (aéreos), que incluyen, estas últimas, un apartado “C” que recoge los aspectos propios del Derecho privado. Cada Resolución informa, de acuerdo con el art. 32, sobre la participación de otros Estados en aquellos tratados multilaterales en los que España sea parte, con inclusión, en su caso, de las reservas formuladas por esos Estados y de las objeciones a las mismas hechas por España; la retirada de las reservas y cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España. Afortunadamente internet ha facilitado muchos los cosas a partir de la web del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación: [<https://www.exteriores.gob.es/es/ServiciosAlCiudadano/TratadosInternacionales/Paginas/Tratados-con-Estados.aspx>].

casos, o a un solapamiento consciente, en otros (que muchas veces trataba de obviar un desconocimiento manifiesto de las complejas normas sobre aplicación de los tratados) frente a los textos internacionales que obligaban a España y que eran de pertinente aplicación, se observa ahora una actitud radicalmente distinta que, en el ámbito concreto del DIPr se hace explícita en numerosos fallos.

Desde los años ochenta del pasado siglo, hasta la “comunitarización” del DIPr la reglamentación convencional fue la dominante en el sistema español, incluso, en el ámbito de los “conflictos de leyes”. Por eso, la interpretación y aplicación del Capítulo IV del Título Preliminar del Cc no pudo prescindir durante un largo período de esta dimensión. Lo dicho anteriormente debe verificarse a través de un análisis sectorial que permita comprobar el verdadero alcance de las normas de conflicto del Cc y de los denominados “problemas de aplicación” que se recogen en el art. 12 de este cuerpo legal.

3. Tercera corrección: “comunitarización” del Derecho internacional privado

A) Interacción entre las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales

65. Tuvo la virtud la denominada “comunitarización” del DIPr en la UE de desplazar los problemas derivados de la interacción de las normas del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc con la adopción y aplicación de los tratados internacionales hacia los relativos al ámbito y límites de las competencias de la UE (art. 5 TUE). A partir de aquí la coordinación entre las normas de DIPr de la UE y las contenidas en convenios internacionales adquirió un interés especial²⁴¹ pues es evidente que las normas del DIPr procedentes de la UE predominan sobre las normas de origen convencional o las que son fruto del legislador estatal, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario²⁴². De ahí que, la cuestión se traslade a una discusión “competencial” con el objeto de determinar si los Reglamentos se han excedido de su esfera de actuación centrada en las “relaciones intracomunitarias”.

- i) El DIPr de la UE presenta unos límites *ratione materiae*, que vienen dados por las propias libertades, políticas y los objetivos marcados en los Tratados constitutivos, que diseñaron el mercado interior, para cuyo establecimiento y funcionamiento se reserva la política de aproximación y armonización jurídica y de cooperación jurídica en materia civil. El Tratado de Lisboa no alteró esencialmente estos postulados. El art. 65 TCE fue sustituido por el art. 81 TFUE que regula la cooperación judicial en materia civil, “cuando resulte necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Un precepto que ha de ponerse en relación con el art. 67 TFUE (antiguo art. 61 TCE), que incluye la necesaria relación que ha de existir entre el espacio de libertad, seguridad y justicia y el respeto a los derechos fundamentales²⁴³; y así, en un corto espacio de tiempo, aparecieron una multitud de Reglamentos de la UE en sectores jurídicos materiales muy diversos que, incluso, se han producido en el ámbito de la denominada “cooperación reforzada” (art. 20.2º TUE), lo cual comportó,

²⁴¹ Dentro de otros muchos ejemplos cabe referirse a la STJCE 4 mayo 2010, as. C-533/08: *TNT Express Nederland BV*. Dicha decisión consideró que la remisión establecida en el art. 71 del Reglamento 44/2001, en beneficio de los foros de competencia establecidos en los Convenios especiales (en este caso, el CMR, en materia de transporte de mercancías por carretera), forma parte, en realidad, del propio Reglamento por lo que al aplicar la norma convencional especial se está dando cumplimiento a sus previsiones de dicho Reglamento comunitario. *Vid.* J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *Diario La ley*, nº 7499, 29 de octubre de 2010; asimismo, P.J. KUIJPER, “The Changing Status of Private International Law Treaties of the Member States in Relation to Regulation No. 44/2001: Case No. C-533/08, *TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG*”, *Legal Sigues of Economic Integration*, vol. 38, 2001, pp. 89-104.

²⁴² M. WILDERSPIN y X. LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *Rev. crit. DIP*, 2002, pp. 1-37 y 289-313.

²⁴³ Las competencias en materia de DIPr abarcan toda la esfera del Derecho privado, pero cabe señalar que, en principio, la aprobación de medidas relativas al Derecho de familia requiere unanimidad (art. 81, ap. 3, TFUE). En el año 2000 se estableció un marco más amplio a nivel de la UE. No obstante, en el marco actual persisten las lagunas y la cuestión radica en si es necesaria una regulación más exhaustiva y, de ser así, cómo debería efectuarse.

al margen de otras consideraciones, una mayor fragmentación normativa y un incremento de la complejidad a la que se enfrentan los operadores jurídicos²⁴⁴. La propia naturaleza de estos instrumentos condiciona decisivamente su aplicación e interpretación por los tribunales, que han de ser uniformes en todos los Estados miembros.

- ii) Con la limitación que impone el marco fundamentalmente económico de la integración, sólo el Derecho privado de carácter patrimonial quedaría afectado, al menos directamente, por el DIPr de la UE. El Derecho de persona, familia y sucesiones, ajeno *prima facie* a los objetivos de la integración económica, supondría un marco de actuación reservado al DIPr estatal y vedado a la acción de los órganos comunitarios, por lo que su desarrollo, en tal caso, sólo podría venir dado en función del DIPr convencional entre Estados miembros, con la excepción de aquellas cuestiones directamente vinculadas a la libre circulación de personas. Una postura que viene confirmada, además, por un principio fundamental del Derecho de la UE, consistente en el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, de la que formaría parte su propio sistema jurídico, en aquellas materias cuya armonización o unificación no fuera necesaria para la consecución de los objetivos de la integración.
- iii) Debieron tenerse en cuenta los límites impuestos por el principio de subsidiariedad consistente en que, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción emprendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada. Si bien en ciertos casos este principio puede justificar una ampliación de la acción de la UE, lo cierto es que en el ámbito jurídico-privado el principio de subsidiariedad ha producido supuestos de reducción o limitación de la producción normativa comunitaria²⁴⁵.

66. Los problemas apuntados se suscitaron, dentro del propio DIPr por la pretensión del legislador europeo de consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia configurado en un plazo excesivamente breve²⁴⁶. Ahora bien, la diversidad de técnicas de reglamentación y codificación del DIPr de la UE provocó también problemas de coherencia interna, particularmente entre el DIPr (reglamentos y directivas) y el DIPr convencional²⁴⁷ que se resolvieron en favor de la primacía del Derecho institucional sobre el régimen convencional, tal y como expresamente preveían las cláusulas de compatibilidad que se incluyen en los instrumentos comunitarios²⁴⁸.

²⁴⁴ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. Aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, nº 7913, 2012.

²⁴⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario”, *Dereito*, vol. V, nº 1, 1996, pp. 9–48, esp. 14–19.

²⁴⁶ A. DURÁN AYAGO, “Europeización del DIPr: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo* (Iustel), nº 29, 2013.

²⁴⁷ M. DESANTES REAL, “La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gastéiz 1993*, Madrid, 1994, pp. 57–121, esp. pp. 84 ss; E. JAYME y Ch. KOHLER, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome”, *Rev. crit. DIP*, 1995, pp. 1 ss. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “International Conventions and European Instruments of Private International Law: Interrelation and Codification”, *The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law*, Frankfurt Main, Peter Lang, 2012, pp. 185–212.

²⁴⁸ El legislador comunitario también dictado Reglamentos y Directivas en materia de Derecho privado sustantivo (contratos de consumo, multipropiedad, viajes combinados, contratos de agencia, responsabilidad por productos, etc.) cuya función es procurar la armonización de los Derechos privados nacionales, tanto para las situaciones intracomunitarias como puramente internas. Esta normativa institucional suscita a menudo problemas de aplicación espacial en situaciones internacionales, tanto si vinculan a Estados miembros entre sí como a éstos con terceros Estados. Cuando el reglamento o directiva carecen de indicadores de aplicación espacial adecuados, puede resultar necesario acudir, para su aplicación, a las normas de DIPr tanto institucionales como convencionales. *Vid.*, por todos, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado”, *Derecho patrimonial europeo* (L. Prats Albetosa, G. Palao Moreno y M.J. Reyes, coords.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003, pp. 363–382.

66. El ámbito competencial nos conduce a la delimitación de la competencia externa de la UE a la hora de legislar sobre materias de DIPr. Es cierto que la STJCE 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo: "AETR"* se centró en la materia económica por lo que su proyección al DIPr debe interpretarse de manera restrictiva²⁴⁹, aunque siempre teniendo en cuenta el principio de lealtad comunitaria que obliga a los Estados a actuar en favor de la consecución de los objetivos contenidos en el Tratado²⁵⁰. Expresivos de esta lealtad fueron dos Reglamentos de 2009, hechos ambos con el objetivo de regular el proceso que se ha de seguir cuando varios Estados miembros quieran celebrar tratados con terceros Estados sobre materias sobre las que la Unión ya ha legislado²⁵¹. Cabe recordar que cuando se negociaba el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 ya se planteó por el Consejo europeo ante el TJUE la consulta de si la entonces Comunidad Europea era a quien correspondía firmar el Convenio, al considerarse que era competencia exclusiva de la Comunidad en tanto la materia del Convenio de Lugano y, por tanto, coincidente con la del Reglamento (CE) 44/2001, o si por el contrario, eran los Estados los que debían firmar el Convenio individualmente. Como es sabido, el Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006 estableció que la competencia para celebrar el nuevo Convenio de Lugano correspondía íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea, por afectar directamente al correcto funcionamiento del mercado interior²⁵². Y, con ello, condicionó drásticamente la posibilidad de que los Estados miembros suscribiesen tratados con terceros Estados en materias propias cooperación judicial en el orden civil; dicho en otros términos, se estableció un régimen de "libertad vigilada" a que podían quedar sometidos los Estados miembros en materia de conclusión de Convenios bilaterales con terceros Estados²⁵³.

En las relaciones con terceros Estados, la primacía del Derecho de la UE y la necesidad de aplicar un DIPr específico en las relaciones intracomunitarias puede suscitar interrogantes en la aplicación y cumplimiento de convenios internacionales, por lo que en la práctica se habilitan "cláusulas de desconexión" que facilitan la ratificación del convenio internacional y su aplicación a las relaciones extracomunitarias sin afectar a la aplicación "intracomunitaria" del DIPr de la UE²⁵⁴. El objetivo tradicional de las cláusulas de desconexión ha sido permitir a un grupo de Estados el establecimiento de reglas particulares, que tendrán prevalencia sobre el instrumento general para sus relaciones internas. En el DIPr, no obstante, el objetivo de una cláusula de desconexión es regular de manera coherente la aplicación distributiva de dos textos normativos que obliguen a los Estados parte²⁵⁵. Es cierto que en materia de DIPr la competencia debe ser compartida entre la Unión y los Estados miembros, pero si se trata de adherirse a un Convenio internacional multilateral que verse sobre una cuestión sobre la que ya ha legislado la Unión Europea y cuyo ámbito puede afectar a los intereses de la Unión, los Estados deberán solicitar permiso a la Comisión y adherirse en bloque, tal y como lo han hecho en el Convenio

²⁴⁹ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, "Técnica normativa, Derecho extranjero y pluralidad de fuentes", *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1723 ss.

²⁵⁰ *V.gr.*, "Declaración sobre los arts. 71 y 72 del Reglamento 44/2001 y sobre las negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr permite a los Estados miembros celebrar convenios con terceros Estados "sobre materias cubiertas por el mismo, siempre que se trate de acuerdos que no afecten al Reglamento" (ap. 5).

²⁵¹ Reglamento (CE) 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 y Reglamento (CE) 664/2009, de 7 de julio de 2009. Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, "La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países", *Diario La Ley*, nº 15579, de 30 de septiembre de 2009.

²⁵² M.J. ELVIRA BENAYAS, "Las competencias externas de la UE y el DIPr tras el Dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano", *REEL*, nº 16, 2008.

²⁵³ Cf. A. BORRÁS, "Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil: comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero de 2006", *Revista General de Derecho Europeo* (Iustel), nº 10, mayo 2006; M. GUZMÁN ZAPATER, "Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de DIPr (a propósito del Dictamen del TJCE 1/ 2003, de 7 febrero 2006)", *REEL*, nº 14, 2007.

²⁵⁴ A. BORRÁS, "Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire", *Festschrift für Eric Jayme*, t. I, Múnich, Sellier, 2004, pp. 57-72

²⁵⁵ Como puso de relieve el Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, "la existencia en un acuerdo de un cláusula denominada 'de desconexión', según la cual dicho acuerdo no afecta a la aplicación por parte de los Estados miembros de las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario, no constituye una garantía de que las normas comunitarias no se vean afectadas por las disposiciones del acuerdo gracias a la delimitación del ámbito de aplicación respectivo de unas y otras, sino que, por el contrario, puede ser un indicio de que las citadas normas sí resultan afectadas.

de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Ahora bien, esta posición maximalista defendida por la Comisión en virtud de la cual pretende asumir la posición del legislador estatal en sus relaciones con terceros Estados no es pacífica, sobre todo porque muchos textos provenientes de la UE carecen de la calidad técnica deseable²⁵⁶.

B) Interacción entre los Reglamentos de la UE y la codificación de Derecho internacional privado de los Estados miembros

67. En la UE se avanzó decididamente hacia una codificación integral del DIPr y tal empresa se pretendió no solo consolidar las normativas nacionales y europeas en un marco coherente, sino también fortalecería la integración jurídica y una referencia unificada para los Estados miembros. La fragmentación existente a principios del presente siglo, cuando los Estados miembros adaptaban sus marcos nacionales en paralelo con las disposiciones europeas, reflejó una falta considerable de armonización que una codificación europea podría mitigar²⁵⁷. Por ello, este debate trascendió del ámbito nacional, subrayando la necesidad de una visión más amplia y coordinada, para afrontar los desafíos de un DIPr en un contexto crecientemente interconectado y supranacional.

Paralelamente a una aportación sustancial del Tribunal de Justicia²⁵⁸, los avances más notables de la unificación jurídica europea se produjeron en el marco del DIPr patrimonial, pues quedó acreditado que los objetivos de armonización se materializaron a través de procedimientos normativos de especial relevancia para ese ordenamiento²⁵⁹. De ahí que se haya sostenido con razón que la UE, en tanto que resultado de la integración de los Estados miembros, no podía sino estimular de forma enérgica el desarrollo coordinado del DIPr de dichos Estados²⁶⁰. En este marco de la cooperación civil y mercantil hasta la fecha la vía utilizada ha sido la de los convenios internacionales²⁶¹ al responder a la puesta en práctica y promoción de la propia política integradora. Entre estos Convenios, se distinguía aquéllos que derivaban directa o indirectamente de las previsiones contenidas en el art. 293 TCE y del art. K.3 del TUE (Convenios CPE) anterior a la modificación producida por el Tratado de Amsterdam, de mayor interés para el DIPr, de aquellos otros Convenios internacionales inscritos en la política comercial común de la Comunidad, que suelen incluir reglas del tráfico externo, de forma semejante a las que se incluyen en los contratos entre Estados y empresas privadas²⁶². Huelga decir el papel estelar lo ocupó, en su momento tanto la incorporación de los Estados miembros al Convenio de Bruselas de 1968, para la competencia judicial y al reconocimiento de decisiones, como al de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como los textos y proyectos elaborados en materias tales como la propiedad industrial, quiebra y concursos, sociedades, asistencia judicial internacional o supresión de legalizaciones.

²⁵⁶ Cf. A. BORRÁS, “La celebración de convenios internacionales de Derecho internacional privado entre Estados miembros de la UE y terceros Estados”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 83–96.

²⁵⁷ J. MEEUSEN, “Interaction between EU Regulations and Member State Codification of Private International Law”, *How European is European private international law?: sources, court practice, academic discourse*, Cambridge, UK, Intersentia, 2019, pp. 61–110.

²⁵⁸ J.-S. BERGÉ, “Dynamique interprétative de la Cour de justice et codification européenne de droit international privé”, *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé?*, París, Dalloz, 2009, pp. 157–169.

²⁵⁹ Vid. F. SCHOCKWEILER, “La Codification du droit international privé dans la Communauté européenne”, *E pluribus unum: liber amicorum Georges A.L. Droz: on the progressive unification of private international law*, Kluwer Law International, 1996, ; P. de MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, 1997, pp. 413–445.

²⁶⁰ Cf. A.V.M. STUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 232, 1992, p. 284.

²⁶¹ M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne”, *Rec. des Cours*, t. 253, 1995, pp. 9–282; *id.*, “L’eupéanisation du droit international privé: une codification en marche?”, *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, 2009, pp. 487–540.

²⁶² Ch. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam,” *Rev. crit. DIP*, 1999, pp. 1–30.

68. Los fenómenos de integración económica y jurídica propiciaron una importancia creciente del DIPr. En el ámbito de la UE, la generación de normas de origen institucional (reglamentos y directivas especialmente), atendió a las necesidades impuestas por los objetivos y el correcto funcionamiento del mercado interior. Más allá de estos objetivos, la elaboración de convenios entre los Estados miembros permitió ampliar los contenidos y el ámbito de las normas de DIPr, si bien la vía convencional en una primera etapa no permitió caracterizar la materia regulada como auténtico Derecho institucional, sino, todo lo más, como DIPr convencional específico.

El desarrollo del DIPr en la UE se inició con la introducción del Título IV en la versión del TCE derivada del Tratado de Ámsterdam. La competencia comunitaria en materia de cooperación judicial en materia civil implicó la integración del viejo tercer pilar en este nuevo Título. Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 65 TCE (actualmente art. 81 TFUE), se procedió a “comunitarizar” algunos de los convenios o proyectos de convenios existentes en cuestiones de DIPr y a promulgar actos comunitarios en otras materias. En la hora actual, el DIPr en la UE se encuentra fragmentado en un creciente número de reglamentos que abordan cuestiones específicas, como la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en ámbitos como el contractual, el familiar o el sucesorio. Si bien este enfoque sectorial ha permitido abordar problemas específicos con rapidez y precisión, también ha generado complejidades significativas. Los diferentes reglamentos, al no estar plenamente armonizados, presentan solapamientos normativos, diferencias en terminología jurídica y problemas de interacción entre disposiciones procesales y sustantivas²⁶³:

Con todas estas disposiciones el DIPr experimentó en la UE una expansión significativa en las últimas tres décadas, mitigando incertidumbres derivadas de la diversidad normativa entre los Estados miembros, pero generando nuevos desafíos. La proliferación de reglamentos ha complicado la delimitación de sus ámbitos de aplicación, generando solapamientos, usos inconsistentes de términos jurídicos y problemas en la interacción entre normas de procedimiento y legislación aplicable²⁶⁴. Ante esta situación, se plantea si la UE debe adoptar un nuevo acto legislativo para racionalizar y unificar el marco del DIPr, garantizando así su coherencia y funcionalidad.

Sin duda, la “europeización” del DIIPr evita los problemas derivados de los complejos procedimientos de adopción y reforma de convenios internacionales, pero suscita a su vez dudas y dificultades acerca de los límites competenciales de la Unión Europea y el alcance del art. 81 TFUE, pues generalmen-

²⁶³ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que a partir del 10 de enero de 2015 se sustituye por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012; Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, sustituido por el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, aplicable a partir del 26 de junio de 2017; Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil; Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, modificado por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015; Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, modificado por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015; 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; Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Dicha competencia no solo afecta a los sectores típicos del Derecho procesal civil internacional, sino que se extiende al ámbito del Derecho aplicable, como se deduce del art. 81.2º. c) TFUE.

²⁶⁴ La resultante de esta incertidumbre afectó tanto a abogados, que necesitan ofrecer a sus clientes claridad sobre jurisdicción, leyes aplicables y reconocimiento de resoluciones extranjeras, como a jueces, quienes requerían un sistema accesible para manejar casos transfronterizos, con la necesaria seguridad jurídica y previsibilidad, que veían amenazados por la fragmentación. Con carácter anecdótico cabe referirse a una guía en la materia elaborada en EE UU con un título muy oportuno. *Vid.* M. REIMANN, *Conflict of Laws in Western Europe: A Guide Through the Jungle*, Transnational Publishers, Inc., 1995.

te los reglamentos adoptados han ido mucho más allá de las relaciones intracomunitarias y de lo que es conveniente o preciso para el buen funcionamiento del mercado interior. Finalmente, el ejercicio de estas competencias legislativas por parte de la UE ha provocado una limitación de las competencias externas de los Estados miembros en la ratificación de convenios internacionales, dando lugar a que la competencia de la UE para la incorporación de convenios internacionales en materia de DIPr privado se convirtiese en una competencia exclusiva, extensiva a la aceptación de la adhesión de terceros Estados²⁶⁵.

Y, como corolario de la asunción de competencias externas en materia de DIPr, a partir del 3 de abril de 2007 la UE pasó a ser miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado²⁶⁶.

C) Oportunidad de un Código Europeo de Derecho internacional privado

69. Con el objeto de establecer un régimen que permitiese la celebración por los Estados miembros de convenios con terceros Estados en materias específicas, los Reglamentos (CE) n° 664/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, y n° 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 han establecido un procedimiento de autorización en las materias relativas a los Reglamentos Bruselas II, Bruselas III, Roma I y Roma II. Si bien estos reglamentos compartieron similitudes en su ámbito de aplicación y estructura, no configuran un sistema coherente ni homogéneo de DIPr en el seno de la UE. A ello se añade que no cubrieron todas las cuestiones relevantes, dejando áreas importantes sin regulación específica. Para complicar aún más el panorama, las normas nacionales de los Estados miembros continuaron aplicándose en los ámbitos no regulados por el DIPr europeo, lo que refuerza la disparidad y dificulta la armonización normativa²⁶⁷.

Como era previsible, la entrada en vigor de estos instrumentos ha dado lugar a un proceso inicial de codificación que plantea la necesidad de reflexionar sobre la posible arquitectura de un “Código Europeo de Derecho Internacional Privado”, pues persiste la duda de si debe basarse realmente en normas uniformes comunes a todos los Estados miembros o si sigue dependiendo de tratados estatales y mecanismos de cooperación reforzada. En todo caso, la interpretación y aplicación del DIPr europeo aún parecen estar influidas por las tradiciones jurídicas nacionales, lo que podría conducir a una refragmentación del corpus jurídico, en lugar de consolidarlo como un sistema plenamente uniforme.

Siendo este proceso constante surge el interrogante en torno a la necesidad y utilidad de un Código Europeo de DIPr y su justificación desde el punto de vista jurídico como práctico. La situación actual presenta deficiencias significativas, como el amplio ámbito de aplicación de los instrumentos europeos existentes, que han dejado poco margen para el legislador nacional, si olvidar que, la “codificación progresiva” ha generado discrepancias terminológicas e incoherencias metodológicas, que solo podrían resolverse con un Código unificado. No parecen existir obstáculos desde el punto de vista competencial o de interpretación uniforme por parte del TJUE acerca de la viabilidad de un instrumento de este tipo ya que se ha avanzado mucho en la unificación de áreas clave como la competencia judicial, el Derecho de obligaciones e importantes sectores de Derecho de familia. Pero esta viabilidad sigue siendo incierta y en función de la voluntad política de los Estados miembros no parece que sea este el momento adecuado

²⁶⁵ Dictámenes 1/2013 TJUE (Gran Sala) de 14 de octubre de 2014. *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota sobre Tribunal de Justicia (Gran Sala), Dictamen 1/2013, de 14 de octubre de 2014”, *REDI*, vol. XLVI, 2015, pp. 241–245.

²⁶⁶ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La admisión de la Comunidad Europea en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y la reforma de su Estatuto: líneas generales y principales cuestiones en un proceso aún no concluido”, *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 1157–1161. *Vid.* Decisión del Consejo 2006/719/CE, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de DIPr. *Vid.* P. McELEVAY y A. SCHULZ, “The Accession of the European Community to the Hague Conference on Private International Law”, *Int'l Comp. L.Q.*, vol. 56, n° 4, 2007, pp. 939-949; J.J. KUIPERS, “The European Union and the Hague Conference on Private International Law – Forced Marriage or Fortunate Partnership?”, *The European Union's emerging international identity: views from the global arena*, Leiden..., Brill, 2013, pp. 159–186

²⁶⁷ En ese contexto se produjo un debate sobre la conveniencia de adoptar un conjunto de normas generales o un reglamento especial, conocido como “Roma 0”, que permitiese reducir esta complejidad y avanzar hacia una mayor coherencia. Sin embargo, no se ha alcanzado aún un consenso sobre la viabilidad de esta propuesta ni sobre el alcance que debería tener un instrumento normativo de estas características. *Vid.* F.M. WILKE, *A conceptual analysis of European private international law: the general issues in the EU and its member states*, Cambridge, Intersentia, 2018.

para una empresa de esta envergadura²⁶⁸. Y, en todo caso la metodología para emprender una tarea de este tipo debe ser superadora de los modelos tradicionales de codificación, nacionales o internacionales que permita avanzar hacia una codificación europea que unifique y armonice su normativa dentro de un contexto jurídico supranacional²⁶⁹.

70. La cuestión de si las instituciones de la UE deben continuar promulgando reglamentos separados en materia de DIPr o consolidar estas normas en un acto legislativo único y coherente plantea un importante debate sobre la eficiencia, coherencia y operatividad del sistema normativo de la Unión.

Un acto legislativo consolidado de esta naturaleza tendría el potencial de resolver estas dificultades, ofreciendo un marco unificado que facilite la aplicación de las normas y reduzca la carga interpretativa para jueces, abogados y otros operadores jurídicos. Y también podría aumentar la coherencia del sistema, al tiempo que refuerza la seguridad jurídica y la previsibilidad, factores cruciales en el tráfico jurídico transfronterizo.

No obstante, la consolidación también plantea desafíos. La diversidad de los reglamentos actuales refleja la naturaleza específica y técnica de las distintas áreas del DIPr, y unificar todas estas normas en un solo instrumento legislativo podría dificultar la flexibilidad necesaria para abordar los problemas únicos de cada ámbito. Sin olvidar que un acto legislativo único podría tardar años en desarrollarse, lo que podría retrasar la adaptación de la UE a nuevas necesidades jurídicas y económicas.

En conclusión, la consolidación de las normas de DIPr de la UE en un único acto legislativo coherente sería un paso lógico hacia una mayor armonización y eficiencia, pero debe realizarse con cuidado para no comprometer la especificidad y eficacia que los reglamentos sectoriales actuales han logrado en áreas particulares. Un enfoque híbrido que combine la consolidación de principios generales con reglamentos específicos podría ofrecer una solución intermedia que maximice los beneficios de ambos modelos.

71. Buena parte de la complejidad actual proviene del crecimiento continuo de las normativas. Ante este panorama, se plantea la cuestión de si el sistema de DIPr en la UE requiere un nuevo acto legislativo que simplifique y armonice las normas, facilitando su aplicación y garantizando la coherencia en un ámbito jurídico cada vez más integrado.

El 11 de octubre de 2012, la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) encargó un informe sobre el coste de la no Europa (CoNE) con vistas al posible establecimiento de un código europeo de Derecho internacional privado²⁷⁰. Este informe analiza la cuestión formal del código y, más concretamente, las “lagunas” del Derecho internacional privado de la Unión Europea que deben colmarse, así como el coste que supone su persistencia para los ciudadanos y las empresas. También presenta argumentos cuantitativos y cualitativos a favor de la creación de un Código europeo de DIPr justificada por razones tanto económicas como jurídicas, y su adopción generaría múltiples beneficios. En primer lugar, mejoraría la transparencia y accesibilidad al reunir las normas en un corpus único y coherente, facilitando que ciudadanos y profesionales comprendan y accedan a las disposiciones aplicables en sus relaciones

²⁶⁸ M. CZEPELAK, “Would We Like to Have a European Code of Private International Law?”, *European Rev. Pr. L.*, vol. 18, nº 4, 2010, pp. 705–728.

²⁶⁹ *Vid.* las interesantes consideraciones de M. FALLON, “Les conditions d’un code européen de droit international privé”, *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé?* (M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot–Peruzzetto, eds., París, Dalloz, 2009, pp. 1–34. M. FALLON, P. LAGARDE y S. POILLOT–PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas..., Peter Lang, 2012.r

²⁷⁰ Rapport sur le coût de la non–Europe (CoNE 3/2013, *Un code européen du droit international privé*, Addep Value (EAVA) CoNE 3/2013 (elaborado por Blanca Ballester) [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/504468/IPOL–JOIN_ET\(2013\)504468_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/504468/IPOL–JOIN_ET(2013)504468_FR.pdf)]. Paralelamente se publicó el resultado de un estudio encargado por el Parlamento Europeo (estudio IP/C/JURI/IC/2012–009), titulado “Un marco europeo de Derecho internacional privado: carencias actuales y perspectivas de futuro”⁴⁴. El estudio fue realizado por expertos neerlandeses del Instituto T.M.C. Asser (contratista), el Instituto Jurídico Internacional y la Universidad Erasmus de Rotterdam, previa consulta con un grupo de expertos de toda la UE. Se elaboró bajo la dirección de X. Kramer. *Vid.* “Deficiencias actuales y perspectivas de futuro del Derecho Internacional Privado europeo: ¿hacia un Código de Derecho Internacional Privado?” [<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201301/20130110ATT58829/20130110ATT58829ES.pdf>]

jurídicas internacionales. En segundo lugar, simplificaría la aplicación del DIPr en casos de dimensión internacional, aunque persistirían ciertos desafíos, como las contradicciones entre las diversas fuentes normativas, especialmente en lo relativo a tratados internacionales preexistentes. En tercer lugar, un Código aumentaría la claridad normativa y la seguridad jurídica, reduciendo formalidades administrativas. La introducción de una parte general permitiría centralizar definiciones y principios básicos, eliminando redundancias y contradicciones en los instrumentos actuales.

Con todo no solo se optimizaría la redacción de nuevos actos normativos, sino que también reduciría costos y esfuerzos legislativos, mientras fortalece la coherencia interpretativa. Adicionalmente, un Código contribuiría a una mayor armonización entre los Estados miembros, facilitando la comunicación entre profesionales del Derecho y mejorando el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, uno de los objetivos clave del Título V del TFUE. Asimismo, eliminaría incentivos para el *forum shopping*, promoviendo igualdad y equidad en la elección de jurisdicciones. En síntesis, un Código Europeo de Derecho Internacional Privado no solo simplificaría y unificaría el panorama normativo, sino que también reforzaría la seguridad jurídica y la cooperación entre los Estados miembros, beneficiando tanto a los ciudadanos como a los operadores jurídicos.

VII. Alternativas y lineamientos para una eventual codificación estatal del derecho internacional privado

1. Modelos de la codificación

72. En las páginas anteriores se ha puesto de relieve como codificación del DIPr tras la entrada en vigor la reforma del Tít. Prel Cc de 1974 se vio envuelta a las tensiones inherentes a la multiplicación normativa y al constante flujo de legislación internacional y en su caso de la UE, suscitando interrogantes acerca de la viabilidad y utilidad en un sector donde los instrumentos internacionales y regionales han adquirido un papel predominante. Pese a estas dificultades, muchos Estados europeos optaron por codificar sus normas del tráfico externo, incluso en tiempos recientes atendiendo a dos necesidades fundamentales. En primer término, asegurar coherencia interna pues, aunque el DIPr está influido por tratados y reglamentos comunitarios, cada Estado se enfrenta problemas particulares que pueden no estar suficientemente cubiertos por esos instrumentos permitiendo un código nacional crear un marco jurídico claro, que unifique y sistematice las normas aplicables en este ámbito, aportando mayor seguridad jurídica tanto a los operadores jurídicos como a los ciudadanos. En segundo lugar, responder a experiencias extranjeras exitosas que consideraron en su día que la codificación nacional es una buena herramienta para consolidar su autonomía normativa frente a la creciente influencia de instrumentos internacionales²⁷¹.

Dentro del examen de los “modelos” en presencia, de la codificación estatal del DIPr se impone excluir, por estar basadas en muy diversos postulados, señaladamente la adopción del *common law*, las técnicas de solución seguidas en los países anglosajones. No obstante, pese a la referida incidencia del *common law*, no puede dejarse de mencionar la labor realizada en los Estados Unidos por el *American Law Institute* que, a través de los dos *Restatements* de 1934 y de 1969, ha sistematizado y ordenado las principales decisiones judiciales en materia de DIPr. Pese a su carácter eminentemente doctrinal los *Restatements* constituyen, en la práctica, unos auténticos Códigos de DIPr que han ejercido una notable influencia en los últimos tiempos no sólo en la codificación estatal en Europa, sino en la codificación internacional del DIPr. Los textos expresados ofrecen un contenido sustancialmente diverso. De contenido muy clásico el primero (influido muy de cerca por la obra de J.H. Beale), se caracterizó por el empleo de soluciones de gran rigidez que fueron cuestionadas por la jurisprudencia norteamericana (asuntos *Auten c. Auten*, *Babcock c. Jackson*); ello forzó la elaboración del *Restatement Second*, cuyas soluciones, ejemplo de flexibilidad y realismo, constituyen una de las piezas maestras de nuestros días para la

²⁷¹ Pese a que el DIPr ha sido históricamente una disciplina moldeada más por juristas y doctrinarios que por legisladores, el esfuerzo por codificar refleja un compromiso con la claridad, previsibilidad y accesibilidad del Derecho. Cf. B. OPPETIT, “Droit international privé, droit savant”, *Rec. des Cours*, vol. 234, 1992, p. 342.

solución de los problemas del tráfico externo. El hecho de que tales soluciones hayan encontrado cabida en sistemas tan diferentes como los del continente europeo, muestran su marcada correspondencia con la realidad social de nuestro tiempo²⁷².

73. Cualquier intento de codificación del DIPr de un Estado no es una tarea fácil, pues no puede limitarse a elaborar un primer borrador tomando como referencia únicamente la normativa y jurisprudencia nacional y los escritos académicos que la interpretar y aplican. La conveniencia, viabilidad y marco conceptual de una codificación en la materia difícilmente puede evaluarse satisfactoriamente, en cualquier Estado, sin tener en cuenta, de un lado, las experiencias de otros Estados que ya han avanzado por este camino y, de otro lado, las diversas opciones metodológicas en presencia que permitan optar por la codificación–compilación o por la codificación–modificación restableciendo un cierto grado de seguridad jurídica

Dicha técnica, sin embargo, no es exclusiva, sino que se combina con otra que puede calificarse de “codificación parcial” con dos manifestaciones principales.

- i) La primera consiste en aprovechar las sucesivas reformas del Derecho material para introducir normas de DIPr²⁷³ y utilizada por el legislador español a través de las sucesivas reformas del Código civil pues en unos casos ha introducido nuevas normas sobre el tráfico externo en un contexto de reforma del Derecho material, como evidenció en su momento la Ley 30/1981, de 7 de julio, que se modificó entre otras cosas el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que dedicó los arts. 73 a 106 a las cuestiones de Derecho material, incluyendo el art. 107 a las “Normas de Derecho internacional privado”. De no hacerse así a la hora de una reforma se corre riesgo de una disociación si dicha reforma sólo afecta a las cuestiones de Derecho material mientras subsista la norma de DIPr en un título o capítulo propio del Código civil. Así aconteció en un primer momento con el art. 9.4º Cc tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, con los problemas de Derecho transitoria a que dio lugar.
- ii) La segunda viene determinada por una Ley de reforma de todas las normas de DIPr diseñadas en distintos cuerpos legales que, manteniéndose en su sede originaria se modifican de forma armoniosa y fue la seguida por el legislador de la R.F. de Alemania en 1986²⁷⁴.

²⁷² *Vid., inter alia*, P. WIGNY, “Le ‘Restatement’ américain du droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, 1936, pp. 67–85; M. Giuliano, “Il diritto internazionale privato e processuale nel Restatement of the Laws 2d.”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1974, pp. 226–229; B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the Law, Conflicts os Laws*, Paris, LGDJ, 1979; R.J. WEINTRAUB, “The Restatement Third of Conflict of Laws: an Idea whose Time has not Come”, *Indiana L. J.*, vol. 75, nº 2, 2000, pp. 679–686.

²⁷³ *V.gr.*, la seguida por el legislador francés a través de las reformas del Cc operadas por la Ley nº 75–3, de 3 de enero de 1972 sobre filiación o la Ley 75–617, de 11 de julio de 1975, relativa a la reforma del divorcio. Respecto de la primera *vid. Rev. crit. DIP*, 1972, pp. 154–155; R. SABATIER, “Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme?”, *Semaine Juridique*, 1971, I, p. 2400; J. FOYER, “La réforme du droit de la filiation et le droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. Pr.*, 1969–71, Paris, Dalloz, 1972, pp. 107–125; H. BATIFFOL y P. LAGARDE, “L’improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation”, *Journ. dr. int.*, t. 99, 1972, pp. 765–796; M. SIMON–DEPITRE y J. FOYER, *Le nouveau droit international de la filiation*, Paris, L. Techniques, 1973; A. HUET, “Les conflits de lois en matière d’établissement de la filiation depuis de la loi du 3 janvier 1972”, *Les conflits de lois en matière de filiation*, Paris, LGDJ, 1973, pp. 19–63; D. ALEXANDRE, “Les conflits de lois en matière d’effets de la filiation”, *ibid.*, pp. 65–94. Respecto de la segunda *vid.* Ph. FRANCESCAKIS, “Le surprenant art. 310 nouveau du Code civil sur le divorce international”, *Rev. crit. DIP*, 1975, pp. 553–594; A. CORNEC, “Le nouveau divorce international (art. 310 du Code civil)”, *Gazette du Palais*, 1976, 2, pp. 612–614; J. FOYER, “Tournant et retour aux sources en droit international privé (l’art. 310 nouveau du Code civil)”, *Semaine Juridique*, 1976, I, pp. 2762 ss; M. SIMON–DEPITRE, “Le nouvel art. 310 du Code civil”, *Journ. dr. int.*, t. 103, 1976, pp. 823–830; T.E. CARBONNEAU, “The New Art. 310 of the French Civil Code for International Divorce Actions”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 26, 1978, pp. 446–460.

²⁷⁴ En particular, el DIPr de la Ley de Introducción consistía principalmente en normas de conflicto unilaterales, que sólo fueron interpretadas y ampliadas a normas de aplicación universal por decisiones judiciales y desarrollos doctrinales, que ya habían tenido lugar antes de la segunda guerra mundial. Después de la Segunda Guerra Mundial surgió repetidamente la necesidad de una codificación nueva y más elaborada del DIPr, especialmente cuando los tribunales consideraron inconstitucionales algunas de las disposiciones existentes durante los años setenta. Esto dio lugar a varios borradores en el transcurso de las décadas siguientes. Tras

2. Alternativas reguladoras

A) Mantenimiento del cauce del Código civil

74. Las opciones de codificación del DIPr presentan distintos enfoques, cada uno con ventajas y limitaciones en términos de coherencia, exhaustividad y autonomía. La primera opción consiste en integrar las disposiciones de DIPr dentro de los capítulos correspondientes del Código civil. Este método ofrece una solución metodológicamente coherente al situar las normas internacionales junto a las disposiciones de Derecho material que las complementan, estructurando el texto en dos apartados: uno dedicado al Derecho interno y otro que regula las transacciones internacionales. Sin embargo, esta integración no siempre garantiza la autonomía formal o sustantiva del DIPr, ya que sigue subordinado a la estructura general del Código Civil.

El segundo enfoque propone la inclusión de las disposiciones de DIPr en un libro o título independiente dentro del Código Civil. Esto puede generar un efecto de exhaustividad, al agrupar todas las normas de DIPr en un solo apartado, promoviendo una cierta autonomía formal. Sin embargo, esta exhaustividad no siempre es sistemática, ya que las disposiciones de un libro o título pueden ser menos completas que las incluidas en capítulos específicos. Este enfoque permite una autonomía formal incipiente, pero su capacidad para desarrollar una autonomía sustancial depende de la coherencia y plenitud del contenido regulado.

Sin duda el modelo de una técnica de este tipo es, como se ha señalado, el Cc portugués de 1966, que dedica Capítulo III del Título I de su Libro I (arts. 14 a 65) a reglamentar los *Dereitos dos estrangeiros e conflitos de leis*, con una correcta sistemática y un pormenorizado tratamiento de los problemas concretos para la época en que fue redactado²⁷⁵. En este examen comparativo ocupó un lugar destacado la reforma del Código civil de Portugal de 1966 al introducir en su Libro Primero (Parte General) un Capítulo III (“Derechos de los extranjeros y conflictos de leyes”), cuyos arts. 14 a 65 contemplan una regulación de Derecho internacional privado muy similar al de una Ley especial²⁷⁶

75. El ámbito donde se ha desarrollado el “modelo del Código civil” no es, sin embargo, privativo del continente europeo. Si nos trasladamos al continente americano y, en concreto, al círculo de países iberoamericanos se observa aún la inercia del pasado con el Código civil como sede principal de las normas del DIPr sobre todo en lo que concierne al sector del Derecho aplicable. La tendencia apuntada experimenta, empero, diversas inflexiones pues en algunos Códigos civiles se están produciendo reformas sustanciales en la línea de las modernas tendencias del DIPr, como evidencia, de un lado, la reforma del Código civil peruano realizada en 1984 (arts. 2046 ss), que reemplazó al denominado “Código Benavides” de 1936 dedicando su Libro X y último al Derecho internacional privado, eliminado así el estrecho margen que ofrecía el Título Preliminar²⁷⁷ y la elaboración del Código civil y comercial de la Nación en Argentina de 2014.

- i) *Perú*. A diferencia de los Códigos anteriores de 1852 y 1936, las reglas de DIPr no están comprendidas en el Tit. Prel. Cc, sino en un Libro propio. Dichas reglas descansan en Libro X del Código civil han sido fruto de una larga depuración de opiniones legislativas adoptadas frente a varios anteproyectos y proyectos preparados a lo largo de diecinueve años por

una larga y cambiante historia, el Derecho internacional privado alemán alcanzó su forma actual, en la Ley introductoria principalmente a través de dos leyes de reforma, que entraron en vigor el 1 de septiembre de 1985 y el 1 de junio de 19996.

²⁷⁵ . Vid. I. GARCÍA VELASCO, *Concepción del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971; A. FERRER CORREIA, “Les problèmes de codification en droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 145 (1975-II), pp. 57 y ss; id., *Direito internacional privado. Alguns problemas*, Coimbra, 1981; L. DE LIMA PINHEIRO, “The Methodology and the General part of the Portuguese Private International Law. Codification: A Possible Source of Inspiration for the European Legislator?”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 14, 2012–2013, pp. 153–172

²⁷⁶ Vid. R.M.G. de MOURA RAMOS, “A codificação do direito internacional privado português em perspectiva, meio século mais tarde”, *REDI*, vol. LXXI, 2019, pp. 27–48. 9

²⁷⁷ *IL*, vol. XXIV, 1985, pp. 1002–1014, y nota de A. GARRO, *ibid.*, pp. 997–1001; *Rev. crit. DIP*, 1986, pp. 192 ss y nota de J. LISBONNE; J. SAMTLEBEN, “Neues Internationales Privatrecht in Perú”, *Rebels Z.* 1985, pp. 486–521.

diferentes especialistas bajo la dirección de , la profesora Delia Revoredo. El texto vigente se introdujo en 1984 el Libro X del Código Civil Peruano, estructurado cuatro títulos. el Título I (Disposiciones generales). Título II, (Competencia Jurisdiccional), Título III (Ley aplicable) Título IV (Reconocimiento y Ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros)²⁷⁸.

- ii) *Argentina*: Ocupa un lugar destacado el laborioso proceso seguido en Argentina²⁷⁹, con una propuesta de inserción en el Código civil de un bloque normativo de normas de DIPr relativas a la competencia judicial internacional y al Derecho aplicable²⁸⁰ que culminó con éxito con motivo de la publicación del nuevo Código Civil y Comercial aprobado el 1 octubre 2014, en cuya confección la profesora A. Dreyzin de Klor ejerció un importante papel. Dentro de su extenso articulado de este importante texto legal las normas de DIPr están ubicadas en el Libro Sexto (“Disposiciones comunes a los derechos personales y reales” y dentro de este último en el Título IV (“Disposiciones de Derecho internacional privado”). Dicho Título incluye 78 artículos distribuidos en tres capítulos. El primero, relativo a las “disposiciones generales” tras referirse a las fuentes del DIPr (art. 2594) regula los problemas tradicionales de aplicación de las normas de conflicto: aplicación judicial del Derecho extranjero (art. 2595), reenvío (art. 2596), fraude a la ley (art. 2598), normas imperativas (art. 2599) y orden público (art. 2600), a los que añade un precepto de nuevo cuyo relativo a la “cláusula de excepción” (art. 2597). Dicha cláusula, importada de los sistemas suizo, belga y de Quebec operará ante la inexistencia de lazos relevantes entre el supuesto y el Derecho designado por la norma de conflicto, hecho que demuestra que el factor de conexión pierde su razón de ser al no proporcionar seguridad jurídica o previsibilidad respecto a la ley aplicable. Problemas constitucionales derivadas de la estructura territorial argentino, impidió incorporar al Libro Sexto un capítulo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias²⁸¹. Un balance global apunta a que el sistema parece ahora más equilibrado y en sintonía con los requisitos actuales de las relaciones jurídicas internacionales de lo que solía ser en su origen²⁸².

B) Elaboración de una Ley Especial o de un Código de Derecho internacional privado

76. La codificación autónoma mediante una ley especial o un código de DIPr separa completamente la regulación del DIPr de la del Derecho civil interno, asegurando la autonomía formal y permitiendo un enfoque exclusivo en las relaciones privadas internacionales. Sin duda a partir del cauce de la Ley especial el DIPr no sólo gana autonomía material, sino que se posibilita una reglamentación minuciosa de materias que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial. Las codificaciones autónomas suelen dividirse en tres categorías principales: normas sobre conflicto de

²⁷⁸ D. REVOREDO DE MUR, “Comentarios al libro X del Código civil”, *Derecho & Sociedad*, n° 11, 1996, pp. 114–119; C. DELGADO BARRETO, “Principales inclusiones, y modificaciones generales y patrimoniales al Libro X: Derecho Internacional Privado”, *Thémis. Revista de Derecho*, n° 66, 2014, pp. 347–358.

²⁷⁹ Vid. S.L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, “La reforma del Derecho Internacional privado en la República Argentina, ¿la cenicienta se convertirá en princesa?”, www.elDial.com; *id.*, “La Ley de Derecho Internacional privado en la República Argentina: mito o realidad?”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, n° 4, 1999, “El Proyecto argentino en materia de Derecho Internacional privado: Reforma a la italiana?”, www.dirititalia.com, diciembre 2000; N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La reforma del Derecho internacional privado en la República Argentina”, *Revista Estudios Internacionales*, 14, 2007.

²⁸⁰ La Ley 26994 por la cual se adopta el Código Civil y Comercial entró en vigor el 1° de enero de 2016. Dicho texto, incluye contiene una regulación general de ciertos sectores del DIPr argentino en el Título IV del Libro Sexto del Código (Disposiciones comunes a los derecho personales y reales). Vid. A.C. BELLUSCIO, “Le Code civil et commercial argentin de 2014: (aperçu general et droit des personnes et de la famille)”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 67, n° 3, 2025, pp. 663–393; A. DREYZIN DE KLOT, “La aplicación del Derecho internacional privado en Argentina: Implementación del nuevo Código civil y comercial”, *AEDIPr*. t. XVIII, 2018, pp. 571–585; A. MARGARITA PORCELLI, “Fuentes del derecho internacional privado en el sistema jurídico argentino: jerarquía normativa y su interpretación jurisprudencial”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 21, n° 1, 2019, pp. 15–59.

²⁸¹ A. DREYZIN DE KLOT, “La ausencia de normas de reconocimiento y ejecución de sentencias en el Proyecto de Código de DIPr argentino”, *DeCITA. Derecho del comercio internacional*, n° 4, 2005, pp. 469–484.

²⁸² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic”, *Labels Z.*, vol. 80, n° 1, 2016, pp. 130–150.

jurisdicciones, normas sobre conflicto de leyes y normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Este enfoque ofrece un efecto de exhaustividad, ya que regula de manera coherente y completa los aspectos fundamentales del DIPr. No obstante, esta exhaustividad puede ser limitada, ya sea porque ciertas leyes especiales se enfocan únicamente en conflictos de leyes o porque las disposiciones no están sistematizadas de manera uniforme.

Los códigos autónomos de DIPr, a diferencia de las leyes especiales, aspiran a una regulación completa y coherente del DIPr en su conjunto. Sin embargo, la elección de una codificación autónoma no garantiza siempre una regulación plenamente exhaustiva. La proliferación de leyes especiales refleja la transición de la codificación integral a la autónoma, marcando una ruptura con la codificación conjunta del Derecho civil y el DIPr. Este cambio permite reconocer y abordar las especificidades de las relaciones internacionales privadas, justificando la autonomía formal del DIPr y consolidando su regulación separada del Derecho interno.

En definitiva, cada enfoque presenta ventajas y desafíos. La codificación integral asegura coherencia con el Derecho interno, mientras que la autónoma proporciona mayor flexibilidad y reconocimiento de las particularidades del tráfico jurídico internacional. La elección entre estos modelos depende de las necesidades específicas del ordenamiento jurídico, pero en cualquier caso, debe buscarse un equilibrio entre la sistematicidad, la exhaustividad y la funcionalidad en la regulación del DIPr.

Una codificación integral permite recoger textos preexistentes, ir más allá de la jurisprudencia hasta ahora existente o inexistente en determinados ámbitos y crear una estructura normativa armoniosa. En Europa esta tendencia se inició hace algunas décadas y ha permanecido inalterada hasta la actualidad, a pesar del fenómeno descrito de la “comunitarización” del DIPr y se ha extendido a América Latina y a algunos países de nordeste asiático.

3. Realizaciones concretas

A) Europa

78. En Europa la tendencia generalizada apunta al establecimiento de una Ley Especial (y en caso de Bélgica a un código) como se desprende de los siguientes modelos:

- i) *Austria*: Con la Ley Federal de 15 de junio de 1978, en vigor desde el 1 de enero de 1979 comúnmente denominada “Ley de Derecho internacional privado” (*IPR-Gesetz*), fue uno de los primeros países europeos que se dio un marco legislativo reciente a sus normas de Derecho internacional privado, que antes estaban contenidas en leyes fragmentarias y dispersas. A pesar de múltiples vicisitudes en el proceso codificador²⁸³, el texto final aprobado, presenta solo ligeras modificaciones respecto al anteproyecto original de Schwind, destacando la relevancia y solidez del trabajo inicial en la configuración del DIPr austriaco. La Ley de 1978, confirmó un lugar destacado Derecho de familia y al Derecho de sucesiones, que nunca antes habían tenido una solución real²⁸⁴.

²⁸³ La idea de la codificación del Derecho internacional privado en Austria no se consolidó plenamente hasta 1962, cuando se encomendó al profesor Schwind la elaboración de un anteproyecto que sentaría las bases de la legislación actual. Este anteproyecto, presentado en 1970, adoptó como principio fundamental el del vínculo más estrecho (*die engste Beziehung*), una teoría ya propuesta por Savigny. Según este enfoque, para determinar el estatuto personal deben considerarse factores culturales como la lengua y las relaciones familiares, priorizando el ordenamiento jurídico con el que exista una conexión más efectiva. La influencia de este principio quedó reflejada en la Ley Federal, cuyo art. 1 establece que cualquier acción con un elemento extranjero debe valorarse según el ordenamiento jurídico con el vínculo más estrecho. Este documento, notablemente bien elaborado, se utilizó como base para un proyecto gubernamental posterior. Sin embargo, este último fue criticado por sus deficiencias en la redacción y recibió una acogida desfavorable en el Parlamento austriaco. El proceso de codificación continuó en un clima de tensiones, marcado por debates y propuestas de enmienda. F. SCHWIND, “La codification du droit international privé en Autriche”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, vol. 54, 1977, p. 355–369;

²⁸⁴ G. SADAR, “Verso una codificazione del diritto internazionale privato e processuale austriaco”, *Comunicazioni e studi*, vol. 15, 1978, pp. 301–380.

- ii) *Suiza*: Ley federal sobre DIPr de 18 diciembre 1987 constituye un auténtico Código de DIPr a pesar de su denominación. Con sus 225 artículos, constituye una de las codificaciones más completas y exhaustivas a escala abordando de manera integral aspectos clave como la competencia judicial, el procedimiento civil internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, consolidándose como un modelo de referencia en la sistematización de esta disciplina²⁸⁵. La codificación exhaustiva del DIPr, como la suiza, ofrece múltiples ventajas frente a la dispersión normativa en múltiples actos legislativos o reglamentos separados. Reunir todas las disposiciones en un solo cuerpo normativo facilita el acceso, reduce la fragmentación, y minimiza las fricciones entre las normas sobre competencia judicial y las relativas a la ley aplicable. Además, fomenta una visión uniforme y coherente de la materia, incrementa la claridad y la seguridad jurídica, y simplifica significativamente el uso de las normas, tanto para los operadores jurídicos como para los ciudadanos²⁸⁶. Son muchas las novedades que incorporó, desde su propia estructura, de contenido amplio y no sólo centrado en el sector del Derecho aplicable, y las soluciones que concentra, hasta las instituciones que introduce, cuya confluencia entre las doctrinas norteamericanas y las europeas²⁸⁷ ilustrarían decisivamente a la codificación posterior del DIPr en otros muchos sistemas estatales²⁸⁸. Dentro de estas novedades destaca la regulación conjunta del *forum* y del *ius*, tras un importante debate inicial sobre esta cuestión²⁸⁹.
- iii) *Italia*: Tras de cincuenta años de vigencia del Código de 1942 el sistema italiano apenas había sido modificado por la legislación, ni por iniciativa autónoma del Parlamento, ni para adecuar el ordenamiento jurídico italiano a los tratados internacionales que unifican las normas de conflicto. Esta circunstancia es tanto más notable cuanto que, entretanto, el sistema de Derecho civil italiano se ha reformado casi por completo en el ámbito del Derecho de familia, al que las normas de conflicto suelen ser muy sensibles²⁹⁰. La Ley nº 218, de 31 mayo 1995, un verdadero modelo de codificación que debería ser el referente en una futura iniciativa española en la materia, sustituyó los arts. 16 a 31 de las disposiciones sobre la ley en general previstas en el Código civil. Ley DIP italiana (Ley No. 218 del 31 mayo 1995) incluye cinco Títulos y que reparten 74 artículos²⁹¹.

²⁸⁵ S.T. McCAFFREY, “The Swiss draft law on private international law. An overview”, *Am. J. Int’l L.*, vol. 28, 1980, pp. 236 ss; T. KADNER GRAZIANO, “Codifying European Union private international law: The Swiss Private International Law Act – a model for a comprehensive EU private international law regulation?”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 11, nº 3, 2015, pp. 585–606.

²⁸⁶ A.E. VON OVERBECK, *The new Swiss codification of private international law*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992; F. VISCHER, “Revolutionary Ideas and the Swiss Statute on Private International Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 101 ss. A. BONOMI, “The Swiss Codification of Private International Law of 1987”, *Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès international de droit comparé : Washington, du 25 juillet au 1er août 2010*, Ginebra..., Schulthess, 2010, pp. 37–62.

²⁸⁷ Un ejemplo concreto lo ofrece la redacción de su art. 15 que incluye la denominada cláusula de excepción. De conformidad con su párrafo 1º: “*Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit*”. Vid. A. BUCHER, “La clause d’exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP”, *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, Ginebra, 2009, pp. 59–74.

²⁸⁸ A. BONOMI, “The Influence of Swiss Private International Law on the Italian Codification”, *Int’l J. Legal Information*, vol. 30, nº 2, 2001, pp. 244–255.

²⁸⁹ G. BROGGINI, “La codification du Droit international privé en Suisse”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 90, II, 1971, pp. 282 ss

²⁹⁰ La reforma del Derecho de familia, llevada a cabo en varias etapas y completada por la ley general de 19 de mayo de 1975, n. 151 (*Riforma del diritto di famiglia*), no dio lugar a una reforma paralela de las normas de conflicto 3 y la tarea de armonizar la estructura de las normas de conflicto con las características de la nueva legislación italiana (igualdad de los cónyuges, protección de los hijos, etc.) correspondió al Tribunal Constitucional. Sólo en 1987, cuando se modificó la ley italiana sobre el divorcio, se promulgó una disposición en el sentido de que “las disposiciones de la presente ley se aplicarán al cónyuge extranjero de una mujer italiana cuya ley nacional no prevea el divorcio”, es decir, las causas de divorcio previstas en la ley de 6 de marzo de 1987 que modificaba la ley italiana sobre el divorcio de 1970 (introduciendo, entre otras cosas, el art. 12–quinquies).

²⁹¹ El Título I (“Disposiciones generales”) establece, de un lado, las materias reguladas por la Ley, siguiendo el esquema tripartito admitido en la actualidad: determinación del ámbito de la jurisdicción, la determinación del Derecho aplicable y la regulación de la eficacia de las sentencias y de los actos extranjeros, y, de otro lado, la preferencia de los tratados internacio-

- iv) *Bélgica*: La Ley de 16 julio 2004 introdujo otro completo Código de DIPr que implicó una reforma profunda de las normas de origen legal, jurisprudencial y doctrinal regulando a través de sus 140 artículos, cuando se esté en presencia de una “situación internacional”, la competencia jurisdiccional de los tribunales belgas, el Derecho aplicable y la eficacia de actos y de sentencias extranjeras en materia civil y comercial²⁹². Inspirado en de los instrumentos internacionales, de la UE y en el de otras codificaciones nacionales reciente, como el Derecho suizo, el Código belga expresa la orientación de los objetivos modernos, incluso postmodernos, perdiendo el principio de soberanía pierde gran parte de su importancia en favor de los principios de proximidad, seguridad jurídica y, más tímidamente, de materialización de las técnicas de conflicto²⁹³.
- v) *Polonia*: La Ley de DIPr de 4 febrero 2011²⁹⁴ sustituyó a la Ley de 12 noviembre 1965 que, a su vez, había reemplazado a su vez a la de 2 agosto 1926, pionera de los sistemas de DIPr con vocación hacia una Ley especial²⁹⁵.

nales. El Título II (“Jurisdicción italiana”) tras establecer el ámbito de la jurisdicción y sus límites se detiene en importantes cuestiones como la prórroga y derogatoria de la jurisdicción, las acciones reales relativas a los bienes inmuebles situados en el extranjero, la litispendencia de un proceso extranjero y la jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares, la declinatoria de jurisdicción concluyendo con la confirmación de la regla *lex fori regit processum*. El Título III (“Derecho aplicable”) se inicia con un capítulo dedicado a los problemas generales de aplicación de la norma de conflicto contemplando expresamente el reenvío, la aplicación de la ley extranjera, la interpretación y aplicación de la ley extranjera, el orden público, las normas de aplicación necesaria, los ordenamientos jurídicos plurilegislativos para concluir con la respuestas a las cuestiones de la ley aplicable a los apátridas, refugiados y de los conflictos positivos de nacionalidad. El Título IV (“Eficacia de sentencias y actos extranjeros”) se inicia con la consideración de que las sentencias extranjeras son reconocidas en Italia sin que sea necesario recurrir a otro procedimiento cuando concurren una serie de circunstancias y tras regular la materia se centra en la ejecución de los actos públicos dictados en el extranjero y en la admisión de medios de prueba solicitados por el juez extranjero. La Ley concluye como es habitual con las disposiciones transitorias y finales.

²⁹² Sobre los trabajos preparatorios del Código *vid.* M. VERWILGHEN, “Vers un Code belge de droit international privé”, *Travaux. Com. fr. dr. int. pr.*, París, 2001, pp. 123 ss; J. ERAUW, “De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het onderwerp van Wetboek I.P.R.”, *Rechtskundig weekblad*, vol. 65., 2001–2002, pp. 1557–1566; G. STUER y C. TUBEUF, “La codification en droit international privé”, *Rev. dr. U.L.B.*, 2003–2, pp. 143 ss. Acerca del significado de esta importante iniciativa legislativa *vid.* M. FALLON y J. ERAUW, *La nouvelle loi sur le droit international privé*, Bruselas, Kluwer, 2004; M. FALLON, “Le droit international privé en 2004, entre ius commune, codification et droit privé européen”, *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen études*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 225–267; *vid.*, asimismo, H. BOULARBAH, “Le nouveau droit international privé belge. Origine, objet et structure”, *Journal des Tribunaux*, 2005, 174 ss; J.–Y. CARLIER, “Le Code belge de droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, 2005, pp. 11–45; N. WATTÉ y C. BARBÉ, “Le nouveau droit international privé belge: étude critique des fondements des règles de conflits de lois”, *Journ. dr. int.*, vol. 133, 2006, pp. 851–927.

²⁹³ *Vid.* un análisis en profundidas sobre los aspectos esenciales de la Ley en M. FALLON, “La loi belge de droit international privé pour un bicentenaire”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 2004–2006, París, Pedone, 2008, p. 98–118, Dicho Código se caracteriza por su respuesta práctica a las referidas cuestiones huyendo de innecesarios planteamientos académicos a través de normas pragmáticas y de carácter flexible (A. FLORINI, “Current developments: I. the codification of private international law...”, *loc. cit.*, pp. 499–519). En un afán modernizador el Código supuso un importante cambio en la regulación tradicional del DIPr reconociendo la importancia que ha ganado gradualmente el principio de proximidad [*V.gr.* art. 19 Código DIPr belga; L. Barnich, “La clause d’exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé”, *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 59–72. Sobre este principio *vid.* P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 196, 1986, pp. 10 ss.] y que en los asuntos vinculados al estatuto personal el punto de conexión principal debe ser la residencia habitual a expensas de la nacionalidad (M. VERWILGHEN, “La place de la nationalité dans le Code de droit international belge”, *Hommage à Francis Delpérée: itinéraires d’un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1687–1701). Por último, presta atención situaciones que ha producido la evolución de la sociedad (filiación, matrimonio entre personas del mismo sexo y uniones no matrimoniales) y evidencia un espíritu de internacionalidad al admitir el reconocimiento automático de las sentencias extranjeras (H. FULCHIRON, “Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’”, *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 1055–1113.).

²⁹⁴ http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf. T. PAJOR, “Introducción a la nueva Ley polaca de Derecho Internacional Privado, de 4 de febrero de 2011 (seguida del texto de la ley traducido al inglés)”, *REDI*, vol. LXIV, 2012, pp. 263 ss; *id.*, “La nouvelle loi polonaise de droit international privé. Présentation générale”, *Rev. crit. DIP*, 2012, pp. 5–13.

²⁹⁵ i) Sus rasgos más relevantes son: su carácter marcadamente civilista, aunque exista un inevitable tratamiento a cuestiones de Derecho mercantil; su limitación a la regulación de los problemas relativos a la determinación de la ley aplicable y, dentro de esta, el establecimiento de la ley nacional como conexión dominante (art. 2), aunque el art. 4 admite un amplio margen a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho siempre que no perjudique intereses de terceros (art. 4); por último, destaca la técnica de la “incorporación por referencia” de textos procedentes de la Unión Europea, señaladamente en materia de obligaciones

- vi) *República Checa*: La Ley de Derecho Privado de 2012, que entró en vigor el 1 de enero de 2014, no es tan concisa como su predecesora. Abarca 125 artículos frente a las 70 de su predecesora, lo que significa que casi duplica su tamaño. Se divide en ocho capítulos que contemplan tanto las relaciones civiles como las comerciales²⁹⁶.
- vii) *Principado de Mónaco*. En este micro-Estado se adoptó la Ley nº 1.448, de 28 de junio de 2017, portadora de un marco jurídico para los nacionales y residentes monegascos en todas las cuestiones de DIPr, como respuesta a una necesidad real vinculada a la internacionalización natural del Principado. Se inscribe en las regulaciones completas, aunque con un protagonismo indiscutible de la perspectiva conflictual²⁹⁷. Si bien está arraigado en la tradición jurídica local, la nueva Ley de DIPr monegasca se inspira en su estructura y contenido, en ciertas convenciones de La Haya, reglamentos de la Unión Europea y codificaciones nacionales contemporáneas. También se ha inspirado en los debates académicos de los últimos decenios²⁹⁸.
- viii) *Hungría*: Desde la adopción del Decreto Ley nº 13 de 1979 sobre DIPr, tanto el entorno jurídico de la UE como el contexto jurídico y social húngaro habían experimentado cambios sustanciales. Ello movió al Gobierno a iniciar los trabajos de modernización integral del Antiguo Código. En el año 2015, constituyó un Comité de Codificación integrado por académicos, profesionales y representantes del Ministerio de Justicia con el fin de recodificar el DIPr que se basó en un análisis comparativo exhaustivo y tuvo muy en cuenta la legislación de la (UE) y la jurisprudencia del TJUE, incluso al regular ámbitos no cubiertos por el Derecho de la Unión²⁹⁹. El resultado fue la Ley XXVIII de

contractuales y extracontractuales. Como novedad el art. 67 incluye la aplicación de la ley del país con el cual la relación jurídica posea una relación más estrecha, en defecto de las remisiones establecidas por la Ley que se comenta o por las disposiciones de la Unión Europea a las que se remite.

²⁹⁶ . Los capítulos 1–3 (arts. 1–28) contienen disposiciones relativas a cuestiones generales de Derecho internacional privado. El capítulo 4 (arts. 29–101) es el más completo e incluye normas de competencia y conflicto y disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras en relación con asuntos individuales (capacidad jurídica, representación, limitación, asuntos de familia, unión registrada, derechos reales, sucesión, obligaciones, Derecho laboral, actos jurídicos unilaterales, compensación y obligaciones extracontractuales derivadas de violaciones de la intimidad y derechos relativos a la personalidad, incluida la difamación). El capítulo 5 (arts. 102–10) contiene disposiciones sobre la asistencia judicial internacional. Los capítulos 6 y 7 (arts. 111–22) incluyen disposiciones en materia de insolvencia internacional y arbitraje. El último capítulo, el 8 (arts. 123–25), consta de disposiciones transitorias y finales. Asimismo, La Ley DIPr de 2012 pretendió superar la atomización hasta entonces existentes de las disposiciones de Derecho internacional privado que estaban dispersas en una serie de actos jurídicos especializados. Por ejemplo, las disposiciones relativas al procedimiento de arbitraje internacional se han extraído de la Ley de Arbitraje” y se han incluido en la Ley (arts. 117–22). Del mismo modo, las normas de conflicto relativas a los pagarés y cheques, que formaban parte de la Ley sobre pagarés y cheques”, ahora también forman parte de la Ley DIPr (arts. 31, 32, 93–100). También se han incluido las normas de conflicto relativas al estatuto personal de las personas jurídicas (art. 30) que hasta entonces formaban parte del Código de Comercio, que fue derogado por el nuevo Código Civil. *Vid.* M. PAUKNEROVA y M. PFEIFFER, “The new act on private international law in the Czech republic: Starting points and perspectives within the European union”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 10, nº 2, 2014, pp. 205–226.

²⁹⁷ Residen en el Principado individuos pertenecientes a 139 nacionalidades, entre ellas 9.286 franceses, que representan el 12,3% de la población. En el informe sobre el proyecto de ley de Derecho internacional privado monegasco, se señaló que en 2011, de las 150 sentencias dictadas por el Tribunal de Apelación, sólo se dictaron 7 sentencias entre las partes monegascas. En el informe también se añadía que en 2010, de los 200 matrimonios celebrados en Mónaco, sólo se celebraron 4 matrimonios entre cónyuges que tenían ambos la nacionalidad monegasca.

²⁹⁸ Hasta la Ley de 28 de junio de 2017, el DIPr en Mónaco estaba compuesto por un escaso número de artículos del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, una jurisprudencia interesante pero escasa y algunos convenios internacionales, en gran parte de La Haya. El Principado mostró un gran interés en dotarse de un código moderno y (casi) completo, a fin de garantizar la seguridad jurídica y reforzar el atractivo de su sistema jurídico. *Vid.* P. LAGARDE, La codification du droit international privé monégasque (Loi nº 1.448 du 28 juin 2017), *Rev. crit. DIP*, 2018, pp. 753–774; C. BRIÈRE, “La codification du droit international privé monégasque”, *Journ. dr. int.*, vol. 145, nº 1, 2018, pp. 53–80.

²⁹⁹ Para el caso de Hungría *vid.* T. SZABADOS, “Challenges of the Codification of the Law Applicable to Legal Persons from the Perspective of Recodifying Hungarian Private International Law”, *ELTE L.J.*, 2015, nº 2, pp. 81–89. En la primavera de 2015 el Gobierno húngaro decidió revisar y reformar el Código de DIPr. El profesor Vékás, en un documento de reflexión sobre la necesidad de dicha reforma –publicado al mismo tiempo que se iniciaba el proceso de revisión– subrayó que una de las principales tareas de la reforma debería ser establecer un enfoque coherente y transparente en el tratamiento de la relación entre los instrumentos de la UE y la nueva Ley. Por lo tanto, la reforma ofrece una oportunidad única de examinar y regular la cohabitación de los reglamen-

2017 sobre Derecho Internacional Privado (Nuevo Código) entró en vigor el 1 de enero de 2018³⁰⁰.

B) América latina

79. Era lógico que las repercusiones de este fenómeno llegasen a América latina, concretamente a Venezuela y a Perú (aunque en este caso dentro del Código civil), y más recientemente a Panamá a Argentina (también en este caso dentro del Código civil y comercial), a la República Dominicana y a Uruguay. Y esta es la línea seguida por Proyecto de Código Modelo mexicano de DIPr, cuya última versión es de 2029³⁰¹, y por el Anteproyecto chileno de Ley de Derecho Internacional Privado de 2017³⁰².

A partir aquí, en este contexto comparativo, existen en América latina distintos modelos de reglamentación de Derecho internacional privado. Frente a un nutrido grupo, caracterizado por la dispersión del sistema de DIPr privado en distintos cuerpos legales (Colombia o Cuba), o por la presencia masiva de tratados internacionales (México...), otro grupo en franca expansión, en el que figuran Venezuela, Panamá, República Dominicana y Uruguay, se ha inclinado por abandonar la regulación contenida en el Código civil y regular esta materia a través de una Ley especial, o en un libro propio del Código civil (Perú y Argentina). Con esta especialización con independencia de la sede legal el DIPr no sólo ganó autonomía *ratione materiae*, sino que permitió una reglamentación minuciosa de cuestiones que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial.

- i) *Venezuela*: En la década de los noventa, a iniciativa de Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana Maekelt fue aprobada la Ley de DIPr el 6 agosto 1998 y entró en vigor el 6 febrero 1999³⁰³. La Ley mantuvo las disposiciones fundamentales del proyecto de 1965 y se adaptó a nuevas leyes vigentes en Venezuela y a las actualizaciones que de sus normas originales se hicieron en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de DIPr (CIDIP).

tos de la UE y las normas de derecho internacional privado húngaras de manera integral. A ese respecto, los diferentes enfoques y soluciones de los Estados miembros pueden servir definitivamente de fuente de inspiración. *Vid.* L. VÉKÁS, “Private international law in Hungary”, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 2138–2147

³⁰⁰ T. SZABADOS, “The New Hungarian Private International Law Act: New Rules, New Questions”, *Rabels Z.*, vol. 82, nº 4 2018, p. 972–1003; *id.*, “La nouvelle loi hongroise de droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, 2019, pp. 87–109, K. RAFFAI, “The New Hungarian Private International Law Code Something Old and Something New”, *Hungarian Yearb. Int. L. & Eur. L.*, vol. 7, nº 1, 2019, pp. 491–505; K. RAFFAI, “The New Hungarian Private International Law Code: Something Old and Something New”, *Hungarian Yearb. Int'l L. & Eur. L.*, 2019, p. 491–505.

³⁰¹ Con unos objetivos codificadores de gran ambición y con un formidable esfuerzo de coordinación de estudios preparatorios se encuentra el Proyecto de Código Modelo mexicano de DIPr, auspiciado por los profesores L. Pereznieto y J.A. Silva, cuya última versión de 2019 cuenta con 201 artículos. Tiene una vocación de aplicarse a todo asunto, negocio o situación que esté vinculado con algún ordenamiento extranjero; establece el ámbito competencia! de las autoridades mexicanas, señala criterios para la determinación del Derecho aplicable y regula el reconocimiento de las sentencias y de los actos extranjeros. Entre sus notas características destacan las siguientes; a) cuenta con una estructura tripartita (ley aplicable, jurisdicción competente y reconocimiento y ejecución de sentencias); b) emplea el domicilio por la conexión dominante como, por último, en el abandono de la inspiración del Código Bustamante; c) registra gran influencia de la obra de la CIDIP en el texto mexicano y sobre todo, en la estructura federal del sistema, que cuenta casi trescientas leyes vigentes, de las cuales una cuarta parte guardan alguna relación con el DIPr. Únicamente si se soluciona esta última cuestión México podrá asegurarse una regulación conforme al art. 17 de la Constitución. De ahí la opción por un “Código modelo”. *Vid.* L. PÉREZNIETO CASTRO, “El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 15, 2015, pp. 773–816.; J.A. SILVA, “Una codificación ius internacional privatista para México; los trabajos para conformarla”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp.1221–1276; *id.*, “Construyendo una ley de Derecho internacional privado para México”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 703–720.

³⁰² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Anteproyecto chileno en el marco de la codificación del Derecho internacional privado”, *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, nº 35, 2020, pp. 19–70.

³⁰³ G. PARRA ARANGUREN, “La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. LI 1999, 1, pp. 277–28; *id.*, “La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé”, *Rev. Crit. DIP*, vol. 88, nº 2, 1999, pp. 209–226; *id.*, “The Venezuelan 1998 Act on Private International L., vol. 46, nº 3, pp. 383–394; C. MADRID MARTÍNEZ, “Características generales del sistema de Derecho internacional privado venezolano”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 247–273.

Además, recogió en su articulado la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas. Sus principales objetivos fueron eliminar los problemas causados en el sistema venezolano por el método estatutario, la escasez y dispersión de normas, la adopción del factor de conexión nacionalidad para regir el estatuto personal y el hibridismo antagónico que planteaba el art. 8 Cc venezolano. Aunque centrada en las cuestiones relativas al Derecho aplicable, hasta el año 2014, fue la única ley especial sobre la materia en América, conciliando las enseñanzas de la doctrina contemporánea y del Derecho comparado con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana³⁰⁴.

- ii) *República Dominicana*. La LDIPr de 2014 constituye un auténtico Código de Derecho internacional privado que cuenta con 81 artículos y que, tras y laborioso proceso de elaboración³⁰⁵, puede considerarse sin lugar a dudas como un texto adaptado a las necesidades del tráfico jurídico externo de un país determinado³⁰⁶. Son muchas las novedades que ofrece, desde su propia estructura, de contenido amplio y de soluciones meditadas, hasta las instituciones que introdujo. En vez de centrarse en el sector del Derecho aplicable y, dentro de este, en las soluciones de carácter indirecto a través de normas de conflicto de leyes, el legislador dominicano consideró más adecuada, frente a una opción que tomase como referencia la materia regulada, una estructura tripartita. En dicha estructura la determinación de la competencia judicial internacional precede a la solución de los problemas de Derecho aplicable, concluyéndose con una respuesta a las cuestiones referentes al reconocimiento y ejecución de decisiones. La República Dominicana se alinea así con los sistemas que aportan respuestas completas a las relaciones privadas internacionales y refleja los trabajos unificadores que se estaban llevando a cabo coetáneamente en el marco de la OHADAC y que darían lugar al Proyecto de Ley de Derecho internacional privado de 2015 por esa entidad³⁰⁷.
- iii) *Panamá*: El origen de esta obra de codificación se debe al pensamiento del jurista panameño Gilberto Boutin³⁰⁸. Tras una serie de avatares iniciales³⁰⁹ el Código de DIPr de la República de Panamá fue, aprobado por la Ley n° 61 de 7 octubre 2015, se desprende una preocupación por la exhaustividad, como lo demuestra el número de disposiciones (163 artículos) y un propósito pedagógico del legislador con respecto a los jueces al incluir una suerte de “instrucciones de uso” en forma de glosario (art. 160)³¹⁰.

³⁰⁴ H. BARRIOS, “Del Domicilio”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, vol. 46, n° 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 41 ss.

³⁰⁵ Vinculado directamente al que se siguió con la elaboración de la Ley Modelo de Derecho internacional privado de la Ohadac. *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe / Harmonisation du Droit International Privé dans la Caraïbe / Harmonization of Private International Law in the Caribbean (Estudios y Materiales y Proyecto de Ley Modelo Ohadac de Derecho Internacional Privado de 2014)*, coordinador J.C. Fernández Rozas; Directores: S.Álvarez González, B. Ancel, R. Dávalos Fernández, P. de Miguel Asensio, Madrid, Iprolex, 2015.

³⁰⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO y N. CONCEPCIÓN, *Derecho internacional privado de la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2017.

³⁰⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La República Dominicana estrena una Ley de Derecho internacional privado: Aproximación a la Ley 544, del 18 de diciembre de 2014”, *Gaceta Judicial (República Dominicana)*, n° 340, 2015, pp. 28–39; *id.*, “Le nouveau droit international privé de la République dominicaine”, *Rev. crit. DIP*, 2015, n° 2, pp. 303–329.

³⁰⁸ *Vid.* G. BOUTIN ICAZA, “Sobre la ideología del nuevo Código de Derecho internacional privado panameño”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 733–744.

³⁰⁹ Una primera versión del Código, aprobada por la Ley No. 7 de 8 de marzo de 2014 nunca vio la luz ante las objeciones de la Asociación Panameña de Derecho Marítimo, de algunos profesionales del arbitraje y de firmas de abogados con práctica internacional, *vid.* C.A. ARRUE MONTENEGRO, “Le nouveau droit panaméen de l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 2014, pp. 617 ss.

³¹⁰ El Código mantiene una concepción amplia del DIPr que se proyecta en las cuestiones reguladas (competencia judicial, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones, Sustituyendo los arts. 1419 ss del Código Judicial de 200,1 y cooperación judicial civil internacional) y que desborda el marco de las modernas legislaciones extendiéndose cuestiones como la cooperación judicial penal internacional (arts. 107–115), el Derecho comercial internacional (arts. 126–134) y la quiebra internacional (art. 135–141). La ley nacional posee un carácter protagonista en el sector del Derecho aplicable, aunque el Código da cierta entrada a la ley del domicilio y a la ley de la residencia habitual. Como curiosidad, el Código introduce en el art. 35 una disposición de carácter general que excede las cuestiones abordadas en una disposición centrada en la reglamentación de las cuestiones del tráfico externo al establecer con carácter categórico que “(s)e prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo”; la natural polémica que ha suscitado un precepto de este tipo ha oscurecido, en los primeros momentos de vigencia la valoración global de esta disposición. Pese a que se han apuntado ciertos errores de técnica legislativa, incoherencias y soluciones cuestionables, el

- iv) *Uruguay*: Resulta de referencia obligada para el estudio del proceso de codificación interna en América latina el Proyecto de Ley General de DIPr³¹¹, que fue aprobado por la Cámara de Representantes en 2016, recibió media sanción de la Cámara del Senado el 1 de septiembre de 2020 y queda pendiente únicamente la aprobación del Proyecto por parte de la Cámara de Representantes³¹².

C) Asia

80. Durante primera década del siglo se produjo en el continente asiático una importante eclosión codificadora que se inició en la zona nordeste como evidenciaron Ley de DIPr de Corea de 1 de julio de 2001³¹³, la Ley sobre Normas Generales de Aplicación de Leyes de Japón de 1 de enero de 2007³¹⁴ o la Ley de Aplicación de Leyes a Asuntos Civiles con Elementos Extranjeros de la República Popular China de 1 de abril de 2011³¹⁵. Concluidas estas realizaciones de modernización llegó el momento de que los expertos ius-internacional privatistas de Asia emprendiesen análisis comparativos más profundos que concluyeron con la elaboración de los “Principios Asiáticos de Derecho Internacional Privado” (APPIL), finaliza en 2017. Dicho Instrumento fue el resultado de una serie de esfuerzos de modernización o codificación en la región de Asia Oriental y Sudoriental. y fue concebido por especialistas en Derecho internacional privado de diez jurisdicciones, entre ellas Japón, la República de Corea, China continental, Hong Kong, Taiwán, Vietnam, Indonesia, Filipinas, Tailandia y Singapur, con el propósito de armonizar las normas y principios de DIPr de la región.

Los APPIL abarcan aspectos como la elección de la ley aplicable, la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, así como el apoyo judicial al arbitraje comercial internacional. Se configuran así como el primer esfuerzo de armonización basado en análisis comparativos entre las normativas de esas diez jurisdicciones. Aunque carecen de fuerza vinculante, ya que no son un instrumento legislativo oficial ni un convenio uniforme, su carácter de *soft law* les confiere un valor persuasivo. Pueden funcionar, por tanto, como una ley modelo de DIPr, brindando orientación a los legisladores de las jurisdicciones asiáticas al interpretar, complementar o promulgar sus propios estatutos. También pueden ser consultados por los tribunales estatales y arbitrales, sin resultar obligatorios, pero sirviendo de referencia para adoptar decisiones más coherentes y uniformes. Al tratarse de la primera “voz de Asia” en este ámbito, los APPIL se asemejan a otros esfuerzos internacionales, como los Principios de La Haya, y pueden fomentar la creación de instrumentos nacionales o regionales más sólidos, confiando sus impulsores en que este primer paso, a pesar

Código panameño tiene el gran mérito de haber sido realizada por panameños y de revivir el debate del DIPr de este país (Cf. C.A. ARRUE MONTENEGRO, “Les nouveaux paradigmes...”, *loc. cit.*, p. 132)

³¹¹ Un texto articulado de 63 artículos que incorpora el Proyecto Uruguayo de Ley General de DIPr de 2008. La idea de comenzó a concretarse en 1994, a partir de la iniciativa que el Prof. Dr. Didier Operti Badán planteó en el Instituto de DIPr de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

³¹² Se trata de una iniciativa que, como su propia Exposición de motivos declara, tiene pretensiones moderadas en orden al contenido de la materia: se pretende actualizar la normativa de fuente nacional armonizándola con la normativa de fuente internacional ya ratificada por Uruguay o en cuya generación este país ha participado activamente a través de sus delegaciones, sin perjuicio de tener en cuenta, también, las últimas soluciones de la normativa de fuente nacional en el Derecho comparado. La influencia en él de la obra codificadora de la CIDIP es incluso superior a su homólogo mexicano, pero también es muy relevante el influjo de los Convenciones de La Haya de DIPr. El proyecto, que pretende sustituir el actual Apéndice del Código civil, cuenta con tres sectores básicos: el primero, referido a principios generales, comprende tres temas: los indicadores que deben regir la mecánica de aplicación de la norma de conflicto, la incidencia que la especialidad del Derecho mercantil internacional tiene respecto de ese tema, y la definición del punto de conexión personal básico, el domicilio, adoptado desde siempre por el sistema uruguayo. *Vid. D. OPERTI BADAN y C. FRESNEDE DE AGUIRRE*, “The Latest Trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law”, *Yearb. Priv. Int’ L.*, 2009, pp. 305 ss.

³¹³ Y. NISHITANI, “Challenges of Private International Law in Asia”, *The Korean Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, nº 1, 2024, pp. 23–56

³¹⁴ Y. OKUDA, “Reform of Japan’s Private International Law : Act on the General Rules of the Application of Laws”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol 8, 2006, pp. 145–167,

³¹⁵ K. H. SUK, “Some Observations on the Chinese Private International Law Act”, *Zeitschrift Chinesisches Rect*, 2011, pp. 105–115.

de ciertas limitaciones, propicie un diálogo más profundo entre expertos asiáticos y de otras regiones, impulsando mejoras en las normas de DIPr y abriendo la puerta a una mayor unificación en el plano regional o incluso global³¹⁶.

VIII. Pertinencia de una nueva reglamentación del sistema español de Derecho internacional privado

1. Cuestiones de técnica legislativa

A) Opciones y retos en presencia

81. Como se desprende de la exposición comparativa efectuada en el epígrafe anterior una sistematización global del DIPr, desde la perspectiva de un Estado determinado en nuestro caso España, que responda a los problemas de la sociedad contemporánea debe atender, desde una perspectiva de técnica legislativa, una doble opción, de un lado, el empleo del Código civil o la elaboración de una Ley especial y, de otro lado, la introducción de normas de DIPr a propósito de una modificación del Derecho material o la reforma integral de todas las normas de DIPr de un sistema estatal diseminadas en distintos cuerpos legales. Bien entendido que la elección de una Ley especial de DIPr, aconsejable desde una dimensión de técnica legislativa, no puede considerarse una panacea resolutoria de la totalidad de las cuestiones suscitadas por el tráfico jurídico externo contando el legislador con la posibilidad de acudir a otros procedimientos, como el seguido en Alemania en 1986: la modificación global del sistema dejando los preceptos reformados en sus sede originarias: Código civil, Código de Comercio, Códigos de procedimiento civil, etc.

Como hemos tenido ocasión de examinar, en la segunda mitad del siglo XX y las dos primeras décadas del XXI tuvieron tenido lugar cerca de un centenar de reglamentaciones nacionales de DIPr, gran parte con resultados apreciables³¹⁷ consolidando esta proliferación un tronco común, especialmente en lo que respecta a las normas de atribución y a los foros atributivos de competencia judicial internacional³¹⁸. Baste atender a que en el entorno español se promulgaron junto a realizaciones centradas en la determinación del Derecho aplicable (Ley austriaca de 1978) las primeras codificaciones completas de DIPr en Hungría, Yugoslavia y Turquía³¹⁹. Pero el verdadero hito lo marcó la Ley de DIPr suiza de 1987, que fue seguida a partir de 1992 de una amplia codificación en Rumania³²⁰, Italia, Bélgica, Polonia, etc. y, fuera de Europa, por la Ley de la República Dominicana de 2014. Paralelamente en los últimos años

³¹⁶ W. CHEN y G. GOLDSTEIN, “The Asian Principles of Private International Law: objectives, contents, structure and selected topics on choice of law”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 13, n° 2, 2017, pp. 411–434; N. TAKASUGI, “Harmonization of Jurisdictional and/or Choice-of-Law Rules: Introduction to the Asian Principles of Private International Law (APPIL) Project”, *Korean J. Int'l & Comp. L.*, vol. 12, n°1, 2024, pp. 15–22.

³¹⁷ E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, LGDJ, 1987; S.C. SYMEONIDES, *Codifying choice of law around the world: an international comparative analysis*, Oxford, Press University, 2014

³¹⁸ F. RIGAUX, “La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie”, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 1.

³¹⁹ La Ley húngara sobre Derecho internacional privado de 1979 contenía 75 disposiciones, nueve de las cuales figuran en una Parte General, seguidas de 44 normas sobre el Derecho aplicable y 21 disposiciones sobre la jurisdicción, el procedimiento y el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras (P. SZIGETI, “Codification du droit international privé en Hongrie”, *Journ. dr. int.*, vol. 107, 1980, pp. 636–643); Ley yugoslava de Derecho internacional privado de 1982 (P. ŠARČEVIĆ, “The New Yugoslav Private International Law Act”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 33, n° 2, 1985, pp. 283–296); Ley turca sobre el Derecho internacional privado y el procedimiento internacional, n° 2.675, de 20 marzo 1982 (*Rev. crit. DIP*, 1983, pp. 141 y ss., y nota de N. ULOCAK. *Vid.* T. ANSAY y E. CHNEIDER, “The New Private International Law of Turkey”, *Netherland Int'l L. Rev.*, 1990, pp. 139–161)

³²⁰ C. AVASILENCE, “La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain: une nouvelle forme en attente d'un contentieux”, *Rev. crit. DIP*, vol. 101, n° 2, 2012, pp. 247–275; M. DENISE, *Il nuovo codice civile rumeno fra tradizione e innovazione. Studio di diritto comparato*, Edizioni Università di Trieste, 2020. Como veremos esta reglamentación fue sustituida por Libro VII “Disposiciones de Derecho Internacional Privado” del Código civil de 2009, que entró en vigor en 2011.

se produjeron movimientos de descodificación y de recodificación y se asistió a la creación de compilaciones de codificación generalmente menos ambiciosas que reunieron y ordenaron las normas existentes distintos cuerpos jurídicos, sin emprender una reforma global³²¹.

No todas las posiciones fueron favorables al abandono de la ubicación del DIPr en las disposiciones preliminares del Código o en un libro o título autónomo de un Código civil. Junto al Perú y Argentina, cuyos modelos hemos estudiado, las codificaciones que ha seguido esta opción³²² tras intitular de “Derecho internacional privado” la rúbrica elegida en un título o en un libro son más exhaustivas que las disposiciones incluidas en un capítulo, en particular porque su objeto ya no se limita a los conflictos de leyes³²³ sino que incluye otros bloques normativos como el de la competencia judicial internacional. Esta ganancia de exhaustividad significó que las disposiciones incorporadas a un título o a un libro de un código garantizaron también un efecto de exhaustividad en la regulación de las relaciones internacionales privadas y confieren así al DIPr una autonomía formal.

82. Cualquier iniciativa en orden a una codificación integral del DIPr se enfrenta a una serie de retos que surgen tanto de su historial legislativo como de las exigencias contemporáneas de un orden jurídico globalizado en un intento de reconciliar su función dentro de los códigos nacionales con las demandas de un marco jurídico autónomo y dinámico. Aunque históricamente fue un primer paso en su desarrollo, las necesidades actuales apuntan a una transición hacia modelos más autónomos que permitan abordar de manera efectiva las peculiaridades del tráfico jurídico internacional, respetando al mismo tiempo las interconexiones esenciales con el sistema jurídico interno. Dentro de los desafíos de esta forma de codificación, destacan los siguientes:

³²¹ H.P. GLENN, “Réflexions sur la codification du droit international privé au Québec et en Europe”, *Revue de droit. Université de Sherbrooke*, vol. 11, n° 11, 1980, pp. 231–240; M.E. CORRAO, “‘Decodificazione’ del diritto privato e codificazione del diritto internazionale privato”, *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, 1995, pp. 309–353;

³²² *V.gr.*, Código Civil de Luisiana: *Louisiana Civil Code State of Louisiana Act No 923 of 1991 Book IV: Conflict of Laws*, arts. 3515–3549 (C.S. BRUCH, “Codification of conflicts law : the Louisiana draft”, *Am. J. Com. L.*, vol. 35, 1987, pp. 255–257; S. SYMEONIDES, “Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane”, *Rev. crit. DIP*, vol. 81, 1992, pp. 223–281; *id.*, “Private international law codification in a mixed jurisdiction : the Louisiana experience”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 57, n° 3, 1993, p. 460–516; J. NAFZIGER, “The Louisiana and Oregon Codifications of Choice-of-Law Rules in Context”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 58, n° 1, 20110, pp. 165–193). Código Civil de Quebec, aprobado en 1991 y en vigor en 1994 (E. GROFFIER, “La réforme du droit international privé québécois”, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 584 ss; A. TALPIS y G. GOLDSTEIN, “The Influence of Swiss Law on Quebec’s 1994 Codification of Private International Law”, *Yearb. Priv. Int. L.*, vol. 11, 2009, pp. 339–374); Código Civil de los Países Bajos, La fecha de su entrada en vigor fue determinada por Real Decreto de 28 de junio de 2011. El Libro 10 consiste en el texto consolidado de una serie de estatutos anteriormente separados, encabezados por un nuevo capítulo primero (*titel*) que contiene diecisiete artículos con disposiciones generales. En su forma original –tal como entró en vigor la Ley de 19 de mayo de 2011– el Libro 10 tiene 165 artículos, repartidos en quince títulos. M.H TEN WOLDE, “Codification and Consolidation of Dutch Private International Law: the Book 10 Civil Code of the Netherlands”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 13, 2011, p. 389–411; A.V.M. STRUYCKEN, “The Codification of Dutch Private International Law: A Brief Introduction to Book 10 BW”, *Rebels Z.*, vol. 78, n° 3, 2014, pp. 592–614); Código Civil de Rumanía, El 1 de octubre de 2011 entró en vigor en Rumanía un nuevo Código Civil que sustituyó al antiguo Código Civil napoleónico de 1864. Su Libro VII “Disposiciones de Derecho internacional privado” recogió en el nuevo Código Civil de 2009 (arts. 2557 a 2663) las disposiciones de la Ley n° 105/1992 sobre las relaciones de Derecho internacional privado, que han sido revisadas para adaptarlas a la nueva concepción del Derecho de familia y a los instrumentos europeos e internacionales en materia de Derecho internacional privado. A título de ejemplo, cabe señalar que las nuevas normas reconocen la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en el sentido de la posibilidad de elegir, dentro de ciertos límites, la ley aplicable al régimen económico matrimonial, y distinguen entre los efectos personales y patrimoniales generales del matrimonio (régimen imperativo primario), por una parte, y los regímenes económicos matrimoniales propiamente dichos (legal y secundario), por otra. También se han regulado las condiciones en las que la disolución del matrimonio por repudio/denuncia unilateral, desconocida en el Derecho rumano, puede ser reconocida en Rumanía (M. JÓZON, “The Influence of European Private Law on the New Romanian Civil Code”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, vol. 20, n° 3, 2012, pp. 568–586; C. AVASILENCEL, “La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain : une nouvelle forme en attente d’un contentieux”, *Rev. crit. DIPr.*, 2012, n° 2, pp. 247–276) ; Código Civil de Rusia (I.V. GETMAN–PAVLONA y E.V. POSTNIKOVA, “La réforme du droit international privé de la Russie”, *Rev. crit. DIP*, 2015, pp. 751 ss); Código Civil de Vietnam, *Vid. Q.C. NGO*, “Le nouveau droit international privé vietnamien: grands pas et faux pas de la réforme”, *Rev. crit. DIP*, 2016, pp. 615 ss; V. ANH LY, *La codification du droit international privé vietnamien à la lumière de la codification québécoise*, París, L’Harmattan, 2023.

³²³ *V.gr.*, Código civil de Quebec o Código Civil de Perú.

- i) *Compatibilidad con la naturaleza interna de los códigos.* Uno de los problemas centrales de la codificación integral de DIPr es su coexistencia con normas diseñadas para regular situaciones de Derecho interno. Incorporar disposiciones de DIPr en códigos nacionales, como el Código civil, puede generar tensiones entre las necesidades de las relaciones internacionales privadas y los principios que rigen el ámbito interno. La inclusión del DIPr en capítulos o disposiciones preliminares a menudo da lugar a una subordinación conceptual, limitando su capacidad para reflejar la naturaleza específica y dinámica de las relaciones internacionales.
- ii) *Artificialidad en la integración.* La incorporación de normas de DIPr en un código cuya finalidad principal es interna puede resultar artificiosa, ya que no siempre se alinean las necesidades del tráfico jurídico internacional con los principios generales del Derecho interno lo cual plantea el interrogante de si una codificación integral puede abordar eficazmente las complejidades de los conflictos de leyes, jurisdicciones y reconocimiento de sentencias.
- iii) *Evolución hacia una codificación autónoma.* A medida que el DIPr se va emancipando de las disposiciones preliminares o capítulos de los Códigos civiles y comienza a adoptar una mayor autonomía formal y material, suscita el desafío de encontrar un equilibrio entre mantener una coherencia general con el Derecho interno y garantizar la independencia necesaria para tratar las peculiaridades de las relaciones privadas internacionales.
- iv) *Diversidad de enfoques internacionales.* Los Estados han adoptado diferentes modelos para codificar el DIPr, oscilando entre la integración y la autonomía reguladora, pero esta diversidad dificulta la armonización y puede generar inseguridad jurídica en un contexto donde las relaciones internacionales exigen cada vez más consistencia entre los sistemas jurídicos.
- v) *Adaptación a los instrumentos estatales.* El DIPr se beneficia de numerosos instrumentos internacionales y regionales, como tratados y reglamentos, que establecen normas comunes en materias específicas (*v.gr.*, contratos, sucesiones, relaciones familiares). Una codificación integral debe garantizar que estas normas internacionales se reflejen y respeten adecuadamente, lo cual puede ser complicado si el DIPr está subordinado a disposiciones generales del Derecho interno. Los instrumentos sectoriales adoptados a nivel comunitario, a menudo de gran complejidad y con objetivos específicos que difieren sustancialmente de los propósitos más generales del código, inevitablemente terminarán afectando la coherencia material y la finalidad de esta ambiciosa obra jurídica (si el legislador español decide llevarla a cabo).
- vi) *Preservación de la coherencia con el sistema jurídico.* Si bien el DIPr busca su independencia, una codificación integral debe asegurar: a) su compatibilidad con el resto del ordenamiento jurídico nacional, evitando contradicciones y asegurando una interpretación armónica de sus disposiciones con las normas internas; y, b) su coherencia estructural y la estabilidad frente a la dinámica legislativa supranacional, sin desnaturalizar su propósito unificador y su capacidad de ofrecer seguridad jurídica a los operadores: jurídicos y a los ciudadanos del sistema donde se pretende insertar.
- vii) *Innovación sin disrupción.* Una codificación integral o autónoma debe innovar para responder a las necesidades contemporáneas, pero sin revolucionar el sistema normativo. Para ello los redactores no solo deberán atender a las aportaciones extranjerías e internacionales, tomando en cuenta las experiencias exitosas de otros países y los estándares internacionales, sino que han de prestar atención a precedentes judiciales, teniendo en cuenta los principios interpretativos consolidados por los tribunales nacionales e internacionales e incorporando las necesarias especificidades sociales y económicas para adaptarse a sus destinatarios.

83. Al análisis comparativo de las codificaciones nacionales efectuado ha permitido identificar las grandes líneas a seguir por determinados legisladores estatales que tienen una asignatura pendiente

en la materia como el francés, el español o el portugués para el desarrollo de una normativa de DIPr que fuese expresión fiel de la interacción entre las particularidades nacionales y las tendencias globales hacia la unificación normativa. pasado,

Como punto de partida en estos sistemas existe, en términos generales, un clima mayoritariamente favorable a la conveniencia de revisar el DIPr del Estado y construir un modelo en el que el DIPr convencional y las aportaciones provenientes de la Unión Europea vayan incorporando progresivamente. Solo así se podrían asumir los esfuerzos de codificación internacional y dar una respuesta justa a los problemas del tráfico privado externo de nuestros días. Ya hemos apuntado que las tendencias manifestadas en estos tres Estados coinciden en que, aunque una Ley Especial de DIPr es una opción válida desde el punto de vista de la técnica legislativa, tampoco se considera que sea la solución definitiva para todos los problemas apuntados.

B) La compleja elaboración de una Ley francesa de Derecho internacional privado

84. Ante una eventual de codificación autónoma de DIPr español resulta sumamente ilustrativa el complejo proceso seguido en Francia en las últimas décadas, que ofrece luces y sombras muy valiosas para el legislador español.

Siendo Francia el referente de la codificación resulta paradójica su resistencia codificar esta materia frente a la tendencia mayoritaria de los Estados de su entorno e influencia³²⁴. Prescindiendo de su portentoso bagaje histórico, no es ninguna novedad que el DIPr vigente en Francia proviene en gran medida de fuentes europeas, como los reglamentos de la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en ocasiones, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero la cuestión de la codificación ha suscitado y sigue planteando reflexiones significativas, pues si bien constituye un paso importante en la sistematización y accesibilidad del Derecho aplicable en Francia, no deja de generar asombro y cierto pesar por lo que parece ser una oportunidad momentáneamente perdida³²⁵. Por el momento este sistema se sigue distinguiendo por su carácter consuetudinario y por configurarse, en gran medida, un “derecho hecho por el juez”, particularidad, aceptada con naturalidad en el ámbito jurídico francés, que resulta doblemente excepcional en comparación con la tendencia internacional hacia la codificación de esta materia mediante Leyes especiales³²⁶. En defensa de esta concepción se aduce la notable coherencia y previsibilidad que han logrado las normas jurisprudenciales en este ámbito, lo que ha llevado a considerar innecesaria la codificación. Sin embargo, aunque la codificación no se reduce a la coherencia o previsibilidad de las normas, el contexto actual del DIPr, marcado por la diversificación de fuentes nacionales y supranacionales, ha superado esta perspectiva y en este escenario, resulta pertinente reflexionar sobre la necesidad de una codificación nacional de esta materia en Francia. Una codificación que no solo simplifique y aclare las normas existentes, sino que también las haga más accesibles, promoviendo la integración coherente de las fuentes nacionales e internacionales en un marco sistemático y comprensible. Este paso permitiría responder a las demandas de claridad y eficacia en un ámbito jurídico cada vez más complejo y globalizado³²⁷. Por el momento tras varios intentos fallidos, Francia se ha

³²⁴ S. GUILLEMARD, “Regard québécois sur le projet de Code de droit international privé français”, *Journ. dr. int.*, vol. 150, nº 3, 2023, pp. 811–835.

³²⁵ P. LAGARDE, “Sur la non-codification du droit international privé français”, *Syracuse J. Int'l L. & Comm.*, vol. 25, 1998, pp. 45–60 ; *id.*, “Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français”, *Rev. crit. DIP*, 2022, nº 3, pp. 515 ss.

³²⁶ Como expresase E. PUTMAN, “[l]a codification A la française est une vieille dame dont on attend les noces avec le droit international privé depuis si longtemps qu'il faut, semble-t-il, se résigner A la voir rester vieille fille” (cf. “Réflexions sur la question de la codification du droit international privé”, *La codification du droit international. Colloque d'Aix-en-Provence*, Paris, Pédone, 1998, p. 111).

³²⁷ A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, Paris, Defrénois, 2005 ; B. RÉMY, “Les codifications récentes du droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, vol. 62, nº 2, 2010, pp. 291–323.

mantenido al margen de este proceso³²⁸, pero en la actualidad, la codificación del DIPr vuelve a estar en el orden del día³²⁹.

85. La publicación en 2022, de un extenso proyecto de Código de DIPr francés por parte del Ministerio de Justicia marcó el inicio de un período de reflexión y debate, intensificado por una consulta pública que se extendió hasta el 30 de septiembre de ese año. La iniciativa de elaborar un texto exclusivamente nacional generó una cierta controversia, especialmente debido a su coexistencia con la codificación del DIPr, lo que planteó el riesgo de malentendidos e interferencias normativas. Conscientes de este desafío, los autores del proyecto intentaron superar esta circunstancia incluyendo en su art. 1.3º una disposición que establece: “*Les dispositions du présent code s’appliquent hors du champ d’application du droit de l’Union européenne et des conventions internationales, sauf renvoi à leurs dispositions*”. Además, el art. 1.4º refuerza esta intención al limitar las disposiciones generales del Código a situaciones que queden fuera del ámbito de aplicación de estos instrumentos. Sin embargo, resulta particularmente llamativo observar el resurgimiento de la idea de un código puramente nacional en un contexto donde los instrumentos europeos unificados ya abarcan la mayor parte del ámbito del DIPr³³⁰. En la doctrina francesa se reconoce que, a pesar de estos esfuerzos, las disposiciones no eliminan todas las incertidumbres relacionadas con la coexistencia de este nuevo Código con las normativas de la UE y los convenios internacionales. Esto es especialmente evidente en áreas sensibles, como las sucesiones y los regímenes matrimoniales, donde las posibles interacciones entre los diferentes marcos normativos generan interrogantes que aún requieren una clarificación más profunda. La coexistencia normativa tripartita sigue siendo, por tanto, un tema central en el debate sobre la eficacia y coherencia del proyecto³³¹.

³²⁸ Concretamente los proyectos elaborados por Niboyet (1955), Batiffol (1959) y Foyer (1967) se han ido sucediendo sucesivamente. El proyecto francés de Derecho internacional privado, que incluye un nuevo Código civil francés elaborado por la Comisión de reforma del Código civil francés y publicado a principios del año 1955, reviste especial interés por varias razones. Por una parte, este proyecto es una creación completa de la Comisión, ya que el conflicto de leyes es, en derecho francés, una “isla” del derecho común. Por otra parte, es la parte más original del proyecto de Código civil francés, ya que es obra del profesor Niboyet Niboyet, fallecido en 1952, con algunas ideas territorialistas y nacionalistas agudas. Por ello, el proyecto fue un compromiso entre las ideas de Niboyet y la opinión de los demás miembros de la Comisión. Vid. Y. LOUSSOUARN, “The French Draft on Private International Law and the French Conference on Codification of Private International Law”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 5, nº 3, 1956, pp. 378–394; “La codification du droit international privé, Discussion de l’Avant-projet de la Commission de réforme du code civil, 20–21 mai 1955”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, París, Dalloz, 1956. Vid., en orden al proyecto de H. Batiffol, *Rev. crit. DIP*, 1970, pp. 832 ss y al de J. Foyer: *Journ. dr. int.*, 1971, pp. 31 ss–58. Vid. Y. LOUSSOUARN y E.J. JOSEPH, “Les vicissitudes de la codification du droit international privé français”, *E pluribus unum: liber amicorum Georges A.L. Droz: on the progressive unification of private international law*, Kluwer Law International, 1996, pp. 191–204; D. BUREAU, “La codification du droit international privé français”, *La codification*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1996, p.119 et s., H. MUIR WATT, “La codification en droit international privé”, *Droits*, nº27, 1998, p.149 ss; J. F. SAGAUT y M. CAGNIART, “Lettre ouverte pour la codification du droit international privé français, LPA, 27 janv. 2006, nº20, p. 3, A. BODÉNÈS–CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, París, Defrénois, 2005.

³²⁹ En julio de 2018, el Ministerio de Justicia encargó a un grupo de trabajo la elaboración de un proyecto de codificación integrado por Jean–Pierre Ancel, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, Jean–Noël Acquaviva, conseiller à la *Cour de cassation*, Mathias Audit, professeur à l’université Paris I–Panthéon–Sorbonne, Bénédicte Fauvarque–Cosson, conseiller d’État, Dominique Foussard, avocat aux conseils, président du comité français de droit international privé, Agnès Maitrepierre, magistrate détachée au ministère des Affaires étrangères, Françoise Monéger, professeure émérite de l’université Paris VIII Vincennes–Saint–Denis, ancien conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire, Marie–Laure Niboyet, professeur émérite de l’université Paris–Nanterre, Jacques Pellerin, avocat au barreau de Paris. Vid. D. FOUSSARD, J.–P. ANCEL, J.–N. ACQUAVIVA, M.–L. NIBOYET, “Table ronde sur le projet de codification du droit international privé français”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 2018–2020, París, Pedone, 2021.

³³⁰ Incluso se han realizado serias críticas en torno a las deficiencias de las premisas que sustentan este proyecto al existir una doble incongruencia entre, por un lado, el contenido del proyecto y, por otro, tanto las características fundamentales del ámbito del Derecho que busca codificar como los objetivos que declara perseguir poniendo esta disonancia en entredicho la coherencia y la pertinencia de esta iniciativa de codificación nacional en un entorno jurídico cada vez más marcado por la armonización supranacional. Vid. D. BUREAU y H. MUIR WATT, “Codifying Against the Clock ...: on a French Project for the Codification of Private International Law”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 24, 2022–2023, pp. 247–260.

³³¹ P. LAGARDE, “Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français”, *Rev. crit. DIP*, 2022 pp. 515–520; H. GAUDEMET–TALLON, “Quelques réflexions sur le projet de Code français de droit international privé du 31 mars 2022”, *Journ. dr. int.*, vol. 149, nº 3, 2022, pp. 769–823.

Para los redactores una parte importante de las relaciones del tráfico externo sigue rigiéndose por el Derecho nacional y cuando se detecta la presencia de los convenios internacionales y del Derecho de la UE, resulta menester establecer normas nacionales de referencia o de adaptación para facilitar su aplicación³³². Consideran además que muchas normas de Derecho positivo deben reformarse o completarse en el marco de una visión global de la disciplina, y no de forma fragmentaria. De ahí que a partir de una “Ley especial” se dispondrá de un corpus jurídico completo para dar respuesta a la creciente movilidad internacional de las personas a tanto para sus actividades contenciosas como de asesoramiento. Los redactores consideran que el proyecto se ha esforzado por responder a tres retos esenciales: la sinergia de las fuentes de la materia, la previsibilidad de las normas establecidas y la satisfacción de los objetivos del DIPr³³³.

C) Propuesta de una Ley General de Derecho internacional privado para España de 2000

86. La propuesta realizada por J.D. González Campos en el año 2000 de una “Ley General de DIPr” para España, muy inspirada en la Ley suiza de 1987, fue considerada muy atractiva debido a su estructura y sistema, que garantizaba el tratamiento conjunto de las cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable. Las líneas generales de la propuesta de trabajo permiten apreciar las posibilidades de la extensión de la Ley *ratione materiae* así como, correlativamente, la amplitud de la tarea que habría de llevarse a cabo:

1) El que puede constituir el Título I de la Ley general debe estar destinado, de un lado, a determinar su objeto, es decir, las relaciones reguladas y los ámbitos de materias propios del Derecho internacional privado que comprende. De otro, a fijar con carácter general los supuestos en los que sus normas son aplicables; estableciendo a este fin una reserva de índole general en favor tanto de las normas contenidas en actos comunitarios como de las contenidas en tratados internacionales.

2) También puede lograrse un acuerdo sobre la necesidad de un Título II, de Disposiciones generales, aunque las discrepancias puedan surgir, sin embargo, en lo que respecta tanto a su contenido como a las soluciones concretas. Y sin entrar en las segundas si es preciso determinar, al menos, si han de incluirse, y en caso afirmativo cómo, ciertas cuestiones de índole general, que conviene indicar a título de ejemplo: a) si el Juez debe contar o no con una cláusula correctora de la localización o «cláusula de excepción» de ciertas normas de conflicto y, en caso afirmativo, si es conveniente que ésta sea de índole general, o, por el contrario, de carácter especial para determinadas materias. b) Si es conveniente incluir las cuestiones relativas a la aplicación de las disposiciones materiales imperativas del foro y de un sistema extranjero, junto a la reserva general de “orden público”, y si es conveniente agruparlas en un solo precepto o en preceptos distintos.

3) Es preciso determinar, además, qué problemas generales de aplicación de las normas de conflicto deben ser regulados y, en los que se incluyan, cómo hacerlo. Lo que suscita dificultades particulares dado que, de un lado, sobre estos problemas incide la existencia o no de una cláusula correctiva de la localización; y, de otro, al coexistir en el sistema normas de conflicto puramente “localizadoras” junto a normas orientadas a un resultado material, es necesario en todo caso concretar su alcance.

4) Debe precisarse qué problemas de aplicación de las normas de competencia judicial deben ser regulados en estas Disposiciones comunes, bien directamente o por referencia.

5) Si se mantiene la nacionalidad como conexión de base del sistema para las materias relativas al derecho de las personas físicas y el derecho de familia, cabe plantearse cómo flexibilizarla y en qué materias; al igual que deben establecerse soluciones particulares para los supuestos de doble nacionalidad y de apatridia; así como, en su caso, soluciones sustitutorias respecto a otras conexiones.

6) En sucesivos Títulos de la Ley general debe establecerse la regulación de los diferentes sectores de materias, tratando conjuntamente tanto la competencia judicial como el Derecho aplicable y a este fin es conveniente proceder en cada caso, como antes se ha dicho, bien mediante el establecimiento de nuevas normas o la corrección de las existentes, bien mediante el empleo de “normas de referencia” a

³³² M. FRANÇOISE, “L’office du juge à la lumière du projet de Code de droit international privé”, *Journ. dr. int.*, vol. 150, nº 4, 2023, pp. 1209–1224.

³³³ Vid. D. FOUSSARD, M.L. NIBOYET y C. NOURISSAT, “Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé”, *Rev. crit. DIP*, vol. 111, nº 3, 2022, pp. 477–501.

preceptos incluidos en actos comunitarios, en tratados internacionales –en especial de aquellos que en el ámbito del Derecho aplicable son erga omnes– o en leyes especiales. En este tercer núcleo, los Títulos que en una consideración inicial cabe retener, serían los siguientes: III. Personas físicas; IV. Relaciones de familia; V. Relaciones de filiación y alimentos; VI. Protección de incapaces mayores; VII. Sucesiones; VIII. Obligaciones contractuales; IX. Obligaciones no contractuales; X. Bienes y derechos reales; XI. Personas jurídicas y sociedades; XII. Conflictos de leyes derivados de la coexistencia de ordenamientos civiles en España³³⁴.

Para que la reforma fuese viable, y se pudieran lograr los objetivos reformadores, era menester, en opinión del ponente, una cuidadosa delimitación del ámbito de lo que se iba a reformar, pero también se requería, una voluntad política. Cualquier decisión de esta índole requeriría, con carácter previo una adecuada organización de las tareas que deberían conducir a un anteproyecto, lo que implicaba naturalmente distinguir varias fases en la tarea y la existencia de diversos participantes principales. De acuerdo con el plan propuesto, la fase inicial debía ser la de un debate tan amplio como fuera posible sobre la conveniencia o no de la reforma, así como sobre sus objetivos, su ámbito, el cauce formal y las técnicas legislativas a utilizar y, por último, sobre la estructura o las grandes líneas sistemáticas de la Ley general. Y en tal debate, sin duda el peso principal en la tarea correspondería a la comunidad de Profesores españoles de Derecho internacional privado, aunque mucho podría ganar la discusión si participaran en el mismo tanto quienes seleccionan, interpretan y aplican los preceptos legales vigentes del sistema español, los Jueces y Magistrados, como quienes los invocan ante los órganos jurisdiccionales, los Abogados. Ello conducía, como primer elemento organizativo de la tarea, en la celebración de un coloquio, a partir de un cuestionario, donde se marcaría unas pautas para la labor futura. La segunda fase podría ser la de distribución de las tareas entre varias Comisiones de trabajo, para que éstas fueran aportando, desde unas ponencias iniciales, unos resultados que luego serían objeto de debate en una Comisión plenaria. Por último, cuando se lograra un texto completo por la Comisión plenaria, parecería oportuno que el mismo fuese objeto de un nuevo debate general, en un Coloquio al efecto. Y tras las correcciones del texto que este debate suscitase, en opinión del autor de la propuesta, el texto final corregido sería sometido a la Comisión General de Codificación.

Sin embargo, la empresa del maestro español terminó con su prematura muerte, sin que nadie tomara el relevo para continuar su labor³³⁵. Los planes legislativos de los sucesivos gobiernos no prestaron especial atención a esta materia, aunque la eventualidad de una Ley de Derecho interregional pareció tener mejor acogida.

87. Esta opción codificadora también fue objeto de consideración en Portugal, cuyo modelo de regulación inspiró en su día al legislador español. Tras un exhaustivo estudio de la cuestión el profesor Moura Ramos consideró que la posición más sólida respecto a la codificación del DIPr no era su integración en el Código civil sino que debería regularse en una legislación autónoma, como una Ley o un Código de DIPr fundamentándose esta opinión que el alcance de dicha codificación debe ir más allá de la designación de la ley aplicable, que fue la principal preocupación del Código de 1966, y abarcar también cuestiones esenciales como la competencia judicial internacional y el reconocimiento de sentencias extranjeras, áreas que requieren una regulación específica y sistemática fuera del marco del Derecho civil interno³³⁶.

³³⁴ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 364–369

³³⁵ Como tuve la oportunidad de escribir poco después “*L’entreprise du maître espagnol s’est arrêtée avec son décès prématuré, et pour l’instant aucun bras n’est venu relayer celui qui avait allumé et porté le flambeau de la réforme. Dans les projets législatifs du nouveau gouvernement espagnol n’apparaît pas celui d’une loi de Droit international privé. En revanche, une loi de Droit interrégional semble y recevoir un meilleur accueil. Si par chance, ce projet devait prospérer et aboutir, il incitera à reconsidérer dans son ensemble le Droit international privé espagnol. Et, peut-être, un jour alors, de nouveau brillera la torche allumée par mon maître le professeur González Campos*”. Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Le droit international privé d’aujourd’hui ou le dépassement des paradigmes”, *Travaux Comité Fr. Dr. Int. Pr.*, 2006–2008, Paris, Ed. Pedone, 2009, pp.243–279, p. 25

³³⁶ Cf. R.M.G. de MOURA RAMOS, “A codificação do direito internacional privado português...”, *loc. cit.*, p. 47

2. Estado actual del sistema español de Derecho internacional privado

88. A partir del panorama descrito puede extraerse que la reforma de los sistemas europeos de DIPr ha sido un factor condicionante para reflexionar sobre la situación española y la posibilidad de que el legislador proceda a una reforma en profundidad del sistema.

Los preceptos del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc, que adquirieron en su día una vocación de generalidad como indica la rúbrica que lo intitula, fueron objeto de numerosas críticas sobre todo cuando se sometían a una comparación con otras codificaciones estatales europeas. Se destacó la falta de alineación con las tendencias contemporáneas, donde las normas de conflicto de leyes se trasladaban gradualmente a leyes especiales, algo que no había ocurrido en España, donde tampoco se siguió el camino de la especialización en la regulación del tráfico jurídico externo, una tendencia observada en Europa occidental y América latina. Pero no puede negarse que la ampliación del enfoque normativo del DIPr en España en distintos cuerpos legales, permitió una regulación detallada de materias antes dejadas a la jurisprudencia, lo que coadyuvó a acentuar certeza en las relaciones del tráfico externo.

El hecho de que los Códigos civiles hayan sido durante muchos años la sede normativa del principal del DIPr en los Estados europeos continentales ha tenido varias consecuencias significativas en la evolución de este ordenamiento. En primer lugar, dado que los Códigos regulaban esencialmente las relaciones civiles, se produjo la marginación, por parte de la doctrina del DIPr, tanto del examen de las relaciones mercantiles como de las de Derecho público. Esta situación condujo, en segundo lugar, a la marginación, durante décadas, de la dimensión judicial de las relaciones del tráfico privado externo, limitando así el objeto de este ordenamiento al “conflicto de leyes”. Finalmente, se puso de manifiesto con toda su intensidad las consecuencias de la carencia de una verdadera codificación, entendida como una sistematización completa de la materia. En suma, las sucesivas reformas parciales del Capítulo IV del Tit. Prel. Cc condujeron una marcada dispersión normativa, afectando directamente su regulación.

No puede negarse que la contemplación del sistema español de DIPr desde una perspectiva codificadora ofrece una enorme complejidad, pues en los últimos cincuenta años ha experimentado progresivamente un cambio significativo, donde otros cauces de producción normativa ganaron protagonismo. Esto condujo a que el Capítulo IV del Tit. Prel. Cc adquiriese un carácter cada vez más residual. Redactados sus preceptos originalmente con un propósito de abordar las respuestas las relaciones del tráfico privado externo conectadas con España en su totalidad han quedado ampliamente sobrepasados por una constante legislación fragmentaria, tal y como se ha apuntado con detenimiento en las páginas anteriores al exponer las correcciones y vaciamiento del contenido de dicho Capítulo.

89. Configurado como sistema normativo con pluralidad de normas dentro de un marco unitario, el modelo español de DIPr vigente se configura como un “polisistema” a partir de un conjunto de enunciados normativos que comprenden consecuencias lógicas, presidido por la Constitución Española de 1978 como su punto prioritario de referencia, que incide en todos los sectores del ordenamiento jurídico desplazando el papel protagonista que hasta tiempos recientes desempeñaba el Tit. Prel. Cc. Junto a dichos enunciados el sistema está fuertemente configurado por participación activa de nuestro país en convenios internacionales reguladores del tráfico privado externo y por la pertenencia a un círculo jurídico integrado, la UE, lo que había supuesto una auténtica revolución desde el punto de vista de los cauces de elaboración de normas jurídicas³³⁷. Y la consecuencia real se manifiesta en una fuerte dispersión normativa de nuestro sistema de DIPr³³⁸.

³³⁷ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Nuevas perspectivas de la cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea”, *Los dos pilares de la Unión Europea*, Madrid, Colección Veintiuno, 1997, pp. 239–267; P.A. de MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 1997–1, pp. 413–445; *id.*, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado”, *Diario La Ley (Unión Europea)*, n° 4510, 30 marzo 1998, pp. 1–3.

³³⁸ En España también era manifiesta la dispersión normativa en la dimensión judicial del Derecho internacional privado El régimen de la competencia judicial internacional estaba contemplado en la LOPJ de 1 de julio de 1985, que dedicó a esta materia el Tit. I del Libro I (arts. 21 a 25). Al lado de estos preceptos de moderna factura, el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias continuó regulándose por los obsoletos arts. 951 a 958 LEC de 1881 hasta ser reemplazados por Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Y ello, sin ignorar las aportaciones al sistema efectuadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.

Cincuenta años después, el Capítulo IV del Tit. Prel. Cc puede considerarse como una reliquia histórica. La labor del legislador en este periodo ha llevado a una especialización normativa tal que las soluciones generales de los arts. 8 a 12 del Código Civil se han vuelto residuales y, de un lado, la participación masiva de España en tratados internacionales de DIPr y, de otro, la pertenencia de España a la UE, ha acentuado esta situación. Hoy en día, el sistema se comprende únicamente a través de la “recopilación codificación privada”, que ha producido algunos textos fruto de un ingente trabajo de ordenación y sistematización, cuya pretensión es solucionar de manera didáctica complejas operaciones de delimitación normativa³³⁹. El único inconveniente es que el manejo de estos textos requiere una preparación previa que muchos operadores jurídicos desconocen por seguir aferrados a una inercia de aplicación obsoleta, como se evidencia aún hoy, en algunas decisiones de nuestros tribunales, donde continúan aplicándose de arts. 8 a 12 Cc en su versión de 1974³⁴⁰.

90. Cumplidos los cincuenta años, el contenido Capítulo IV del Tit. Prel. Cc quedó tan afectado por las sucesivas modificaciones operadas, sobre todo en el art. 9, que apenas quedan huellas de la redacción original. Las reformas, hasta la fecha, han sido las siguientes: art. 9.2º (Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), art. 9.3º (Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), art. 9.4º (Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), art. 9.5º (Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil; Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional), art. 9.6º (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción), art. 9.7º (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) art. 9.8º (Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), a rt. 10.8º (Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica), art. 12.6º.II (derogado y pasó a integrar el art. 281.2º *in fine* de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)

Aunque no se trate de conseguir un sistema español de nueva planta, no es menos cierto que, como mínimo, es preciso superar lo que hoy tiene de estrecha y anticuada la regulación contenida en los arts. 8 a 12 Cc Y si se aspira a lograr una adecuada regulación del tráfico externo en los años veinte del siglo XXI que, además, guarde correspondencia con lo que es común en el ámbito europeo, ello requerirá tanto la especialización de los supuestos regulados como la diferenciación entre normas puramente localizadoras y normas orientadas a un resultado material.

2. Ámbitos de actuación del legislador español

91. A diferencia de otros sistemas jurídicos, España no ha contado nunca con una Ley Especial que regulara de manera integral los problemas del tráfico jurídico externo. En cambio, los diversos

³³⁹ Existen dos recopilaciones imprescindibles para el manejo del DIPr español a partir de dos sistemáticas distintas: la *Legislación básica de Derecho Internacional privado*, 32ª edición actualizada a septiembre de 2022, Madrid, Tecnos, 2022, a cargo de N. BOUZA VIDAL, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y M. VIRGÓS SORIANO (en las primeras ediciones participaron J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. BORRÁS) y la *Legislación de Derecho internacional privado*, 25ª ed., Granada, Comares 2023, preparada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, C. ESPLUGUES MOTA, P. JIMÉNEZ BLANCO y S. SÁNCHEZ LORENZO.

³⁴⁰ Como muestra de la querencia a aplicar los preceptos del Título Preliminar cabe referirse a tres decisiones recientes SAP Madrid 25ª 1 marzo 2022 (ECLI:ES:APM:2022:2820), SAP Madrid 14ª 21 julio 2023 (ECLI:ES:APM:2023:13719) y SAP 13ª 16 febrero 2024 (ECLI:ES:APM:2024:2361)

sectores del DIPr estaban y siguen dispersos en distintos cuerpos legales y de diverso rango, lo que complicaba la articulación de soluciones coherentes. Bien entendido que la Ley Especial de DIPr, si bien era aconsejable desde una dimensión de técnica legislativa, no era la panacea que resolviese todos los problemas del tráfico jurídico externo en el sistema español. Existían otros procedimientos de reforma global de un sistema de DIPr capaces de dotar a este ordenamiento de la necesaria coherencia interna.

El núcleo normativo principal del DIPr español residía en el Código civil, específicamente en el Capítulo IV del Título Preliminar. Desde 1943, las reformas se habían limitado a este título, sin considerar una Ley Especial para regular esta materia, tanto en su dimensión internacional como interregional. Esta decisión legislativa no favorecía la autonomía formal del DIPr español ni facilitaba una visión unitaria de sus problemas. La reforma de 1974 del Tít. Prel. Cc añadió numerosas disposiciones a los arts. 8 a 16 Cc, pasando de un sistema rudimentario de normas de conflicto a uno mucho más complejo. Esto obligaba a los juristas a referirse a párrafos y subapartados, complicando la interpretación y aplicación del DIPr.

La doctrina española criticó constantemente esta situación. Una Ley Especial de DIPr hubiera permitido una regulación más detallada de los problemas del tráfico privado externo y una reglamentación integral de los distintos sectores del DIPr. Sin embargo, el legislador español optó por una dispersión normativa, como lo demostró el Anteproyecto de reforma de 1983, que quedó relegado, pero reflejaba una tónica continuista. La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, también ilustraron esta dispersión, al introducir normas de DIPr en distintas secciones del Código civil. Este el método de reformas graduales no ha aportado unos resultados positivos, pues a sus insuficiencias se añadió la incomprensible tardanza del ajuste de las normas de conflicto del Código civil.

La ausencia de una Ley Especial ha obligado a los operadores jurídicos a buscar en textos legales dispersos e incluso en diferentes rúbricas del propio Código civil, especialmente en relación con el Derecho aplicable. Si bien una Ley Especial no era una panacea, su ausencia complicaba la coherencia normativa pues no existía una voluntad decidida de una reforma del Tit. Prel. Cc a pesar de las críticas³⁴¹.

3. Directrices para una eventual reforma del Derecho internacional privado en España

92. Teniendo en cuenta las reflexiones anteriores las directrices pueden resumirse en tres.

Consistiría la primera en superar la actual fragmentación y dispersión normativa, mediante la articulación de un marco general que aporte orden, coherencia interna y unidad valorativa a todos los elementos del sistema. Este marco en vez de centrarse en crear un sistema de nuevo cuño, debería ocuparse en estructurar y modificar las normas existentes para garantizar su cohesión, especialmente en las relaciones entre la dimensión judicial y la ley aplicable, así como entre las normas que inciden sobre un mismo sector.

La segunda directriz residiría en facilitar la aplicación práctica del sistema, proporcionando a jueces y operadores jurídicos mayor certeza y previsibilidad en las soluciones jurídicas, lo cual requerirá una sistematización que incluya normas concretas y normas de referencia que indiquen claramente las disposiciones internacionales, comunitarias o internas aplicables en cada caso. Una mayor claridad en la regulación fortalecería valores constitucionales como la seguridad jurídica y la estabilidad normativa.

Por último, deberían abordarse las actuales carencias de contenido, adaptando el sistema a la creciente complejidad de las relaciones privadas internacionales, a partir del desarrollo de nuevas categorías normativas, incluyendo, normas de conflicto más flexibles, diseñadas para alcanzar resultados materiales específicos, y establecer grupos normativos que combinen reglas generales con supuestos especializados. Operación que sólo puede lograrse con éxito si se alinea el sistema con el proceso de comunitarización seguido en la UE, respetando los valores nacionales al tiempo que se armonizan las

³⁴¹ La Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación trabajó en una revisión parcial entre 1981 y 1983, resultando en un Anteproyecto publicado en 1985, de alcance limitado, pero de gran calidad técnica y valor jurídico. Este documento podría servir de base para una futura codificación más coherente del DIPr español. *BIM²J*, nº 105, 1985.

soluciones con otros sistemas europeos para responder a las demandas del tráfico jurídico internacional contemporáneo³⁴².

93. La voluntad de corregir la imprevisibilidad jurídica en el ámbito del DIPr puede entenderse en función de su tradición erudita y pretoriana³⁴³. Sin embargo, el deseo de aumentar su atractivo resulta menos evidente, dado que amplios sectores de esta rama jurídica se encuentran actualmente fuera del alcance del legislador nacional. España participa en numerosos convenios internacionales promovidos por la Conferencia de La Haya y, como Estado miembro de la Unión Europea, aplica reglamentos adoptados con base en los apartados 2 y 3 del art. 81 TFUE. Estos reglamentos, diseñados para consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia, han unificado aspectos clave del DIPr en los Estados miembros, particularmente en lo relativo a contratos, daños, divorcio, sucesiones, regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Al disminuir significativamente el papel de las fuentes nacionales en la regulación del DIPr español se suscita una pregunta legítima: ¿cuál es el interés del legislador español en desarrollar una codificación nacional de esta rama jurídica? Esta interrogante no es exclusiva de España. Países como Italia, Bélgica, los Países Bajos, la República Checa y Hungría han optado por codificar su Derecho internacional privado, demostrando que los Estados miembros de la UE, pese al proceso de europeización, consideran valiosa la codificación a nivel nacional.

Desde su entrada en vigor del TFUE en 2009, el art. 81, apartado 3, permite a la UE Europea adoptar reglamentos en materia de DIPr. Sin embargo, el procedimiento legislativo especial requerido para estos reglamentos, que exige la unanimidad de los Estados miembros, ha contribuido a la fragmentación del DIPr en el ámbito de la Unión. Ante la falta de unanimidad, se ha recurrido al procedimiento de cooperación reforzada, que permite que al menos nueve Estados miembros adopten un acto legislativo de la Unión sin necesidad del consenso de todos. Este mecanismo ha dado lugar a reglamentos europeos sobre divorcio, regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de uniones registradas, generando una unificación diferenciada del DIPr de familia en la UE³⁴⁴.

La unificación por materias, aunque útil, tiene limitaciones. Los convenios y reglamentos internacionales no proporcionan una regulación exhaustiva del Derecho internacional privado, sino que refuerzan su fragmentación. Este carácter incompleto justifica la necesidad de una codificación nacional, que se convierte en el único medio para lograr una regulación integral de esta rama jurídica. En consecuencia, las normas nacionales son imprescindibles para completar los vacíos dejados por los instrumentos internacionales y europeos, ofreciendo una visión sistemática y coherente que mitigue la fragmentación inherente al sistema actual.

94. Las consideraciones hasta aquí efectuadas permiten establecer las líneas generales del presente proyecto, justificar la elección de una Ley especial como técnica legislativa adecuada y la elección de una Ley especial no sólo responde al carácter autónomo del DIPr, sino a lo conveniente, por razones prácticas, facilitando una posible actualización. También aconsejan proceder al diseño tripartito de la materia regulada tripartito: competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones.

Sumariamente expuestas, las líneas generales de una empresa codificadora de esta envergadura serían, en esencia, las siguientes:

³⁴² Cf. J. BASEDOW, “15 Years of European Private International Law. Achievements. Conceptualization and Outlook”, *Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 175 ss, esp. p. 183.

³⁴³ B. Oppetit, “Le droit international privé, droit savant”, *Rec. des cours*, vol. 234, 1992, pp. 331-433.

³⁴⁴ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, n° 40, 2016, 29 pp.; P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la unión europea en materia de régimen económico matrimonial: el reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 41, 2017; D. MARÍN CONSARNAU “Quo vadis cooperación reforzada y el Derecho internacional privado”, *El mercado único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, Madrid, Dykinson, 2019, 109–120; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n° 2, 2022, pp. 194–261.

- i) *Ordenación de las materias.* Frente a la alternativa de contemplar particularizada cada institución y proyectar sobre ella las soluciones de cada una de estas rúbricas (como parcialmente se recoge en la Ley DIPr suiza, en el Código DIPr belga) o introducir dentro de cada una de tales rúbricas las instituciones consideradas, parece más adecuada esta última opción por permitir al operador jurídico individualizar la concreta cuestión de DIPr a la hora de su específica solución. Esta última técnica, a la que se adhirió la Ley DIPr italiana, también ha sido seguida por La Ley uruguaya y por la Ley Dominicana.
- ii) *Disposiciones comunes.* La Ley debería ir precedida de un Título I destinado a la determinación del objeto de la Ley referido a la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial en lo que concierne a la extensión y a los límites de la jurisdicción española, a la determinación del Derecho aplicable y a las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, con tres exclusiones expresas: la materia administrativa; el arbitraje comercial y la quiebra y otros procedimientos análogos. Sería aconsejable establecer a continuación dos reservas generales a la aplicación de la Ley: en primer lugar, la preferencia de los tratados internacionales de los que el Estado o sea parte que prevalecerán sobre las disposiciones de la Ley y, en segundo lugar, lo dispuesto en Leyes especiales reguladoras de relaciones privadas internacionales. El título debería cerrarse con un apartado dedicado a la definición de los criterios determinantes de la ley la residencia habitual, tanto de las personas físicas, como de las personas jurídicas.
- iii) *Extensión y límites de la jurisdicción española en materia civil y comercial.* Cabe insistir en la conveniencia de dedicar un título específico al ámbito de actuación los tribunales españoles y de sus límites a través del juego de los foros de competencia, como la expresión de los intereses u objetivos de política legislativa del sobre la base del modelo fijado por los Reglamentos de Bruselas.
- iv) *Determinación de la Ley aplicable.* Esta cuestión debería integrar un Título específico organizado en dos rúbricas. La primera incluiría las denominadas “normas reguladoras”, cuya función es dar una respuesta a la ley rectora del concreto supuesto del tráfico privado externo que vendría ordenado a través de normas de conflicto materialmente orientadas, de la siguiente manera: Derecho de la persona, Derecho de familia, protección de incapaces y obligaciones alimentarias, sucesiones y donaciones, obligaciones contractuales, obligaciones no contractuales y bienes y, si bien el ámbito material del Título presta especial atención a la materia civil y mercantil, sería oportuno dar una respuesta a la ley aplicable al contrato de trabajo. La segunda rúbrica comprendería un bloque normativo relativo a las llamadas “normas de aplicación”. Con el nuevo modelo de norma de conflicto multilateral con el que estarían redactados los preceptos de este sector, muchos de estos problemas tenderían a desaparecer, por lo que no parece oportuno realizar una ordenación pormenorizada de los mismos, por lo cual estaría justificado su carácter escueto y con un objetivo simplificador³⁴⁵, que excluye del reenvío.
- v) *Reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros.* También esta materia sería objeto de un título independiente referido a sentencias extranjeras y a actos jurídicos constituidos en el extranjero con especial hincapié en los actos de jurisdicción voluntaria y a la eficacia de los documentos públicos extranjeros.

IX. Consideraciones finales

95. El balance de la codificación del DIPr muestra un panorama complejo, caracterizado por una dualidad entre los esfuerzos internacionales y los procesos nacionales de codificación, con resultados mixtos pero también algunos avances significativos.

³⁴⁵ K. SIEHR, “General Problems of Private International Law in Modern Codification: *De lege lata* and *de lege ferenda*”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 7, 2005, pp. 17–61.

- i) *La codificación internacional: un logro limitado.* La idea de codificar el DIPr mediante fuentes internacionales ha tenido un alcance más restringido de lo esperado. Los convenios internacionales en vigor son pocos y limitados en su alcance, lo que lleva a calificar la codificación internacional como un fracaso parcial. Sin embargo, su impacto no puede ser completamente desestimado, ya que ciertos textos internacionales, como los desarrollados por la Conferencia de La Haya, han servido más como modelos normativos que como instrumentos vinculantes. Esto les ha permitido influir indirectamente en las legislaciones nacionales, impulsando una tendencia hacia la convergencia.
- ii) *La proliferación de codificaciones nacionales: un efecto positivo.* La proliferación de codificaciones nacionales, lejos de generar la disparidad normativa que algunos temían, ha favorecido la construcción de un verdadero modelo internacional o transnacional de DIPr. Aunque persisten diferencias, y en menor medida divergencias, en las reglas de conexión jurisdiccional y normativa, existe una notable amplitud de coincidencias que conforman un campo común en esta rama del Derecho. Los legisladores nacionales observan las codificaciones de otros países, lo que genera un proceso de influencia mutua que contribuye a la convergencia normativa. Este fenómeno ha sido alimentado por los esfuerzos internacionales de armonización, lo que demuestra que, aunque los convenios internacionales no siempre logran adhesiones amplias, las ideas que contienen pueden tener un impacto significativo en los sistemas jurídicos nacionales. El balance general de la codificación del DIPr revela un escenario de progresiva convergencia, a pesar de los límites de los esfuerzos internacionales y de las diferencias locales. Si bien la codificación internacional no ha alcanzado sus metas iniciales, su influencia indirecta, combinada con la tendencia de los Estados a observar y adoptar soluciones similares, ha fomentado una armonización de facto en esta área del Derecho. Este proceso híbrido, en el que lo nacional y lo internacional interactúan, demuestra que la codificación del Derecho internacional privado, aunque imperfecta, sigue siendo un esfuerzo valioso para enfrentar los desafíos del tráfico jurídico globalizado.
- iii) *Adaptación local del modelo transnacional.* Un aspecto importante es que, aunque existe un modelo transnacional emergente, los legisladores nacionales suelen adaptar este modelo a las circunstancias locales, respetando las particularidades sociales, económicas y jurídicas de sus jurisdicciones. Esto permite que las codificaciones nacionales mantengan su funcionalidad interna mientras se alinean con los principios y tendencias globales del Derecho internacional privado.

96. Un Código o una Ley Especial de DIPr debe equilibrar la autonomía normativa de los Estados con la necesidad de ofrecer soluciones coherentes y prácticas en el contexto internacional. Su contenido ideal debería incluir normas que regulen la competencia judicial internacional, estableciendo criterios claros para determinar la jurisdicción de los tribunales nacionales en asuntos internacionales, como el domicilio, la ubicación de bienes o el lugar de cumplimiento de contratos, y definiendo foros exclusivos o prohibitivos en determinadas materias. Asimismo, debe abordar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras, fijando condiciones como la reciprocidad, el respeto al orden público y la adecuada notificación de las partes, así como los procedimientos para garantizar la efectividad de las sentencias extranjeras en el ámbito nacional.

Un Código o Ley Especial también debería contener reglas sobre la designación de la ley sustantiva aplicable a relaciones internacionales, diferenciando entre materias contractuales, familiares, sucesorias y patrimoniales, incluyendo mecanismos para abordar cuestiones complejas como el reenvío, el fraude a la ley, el conflicto de calificaciones y la cuestión preliminar. Asimismo, debería priorizar la autonomía de la voluntad en contratos internacionales, estableciendo sus límites para equilibrar los intereses de las partes con los principios fundamentales del sistema jurídico.

En cuanto a la legalización y validez de documentos extranjeros, el Código debería regular el reconocimiento de documentos públicos y privados, como escrituras notariales y certificados de nacimiento, matrimonio y defunción, estableciendo reglas claras sobre su legalización o apostilla para garantizar su aceptación en el territorio nacional. También debería incluir referencias explícitas a los tratados y

convenios internacionales que el Estado haya suscrito, definiendo su relación jerárquica con las normas internas y los mecanismos para integrar su impacto en el sistema jurídico nacional.

97. Desde una perspectiva estructural, un Código de DIPr podría optar por unificar normas sustantivas y procesales, como han hecho países como Suiza, Italia y Bélgica, considerando al DIPr como un sistema integral en el que fondo y procedimiento se entrelazan para responder a la naturaleza internacional de las relaciones reguladas. Alternativamente, podría separarse en códigos distintos, incorporando los aspectos procesales al Código de Procedimiento Civil y dejando las normas de conflicto y sustantivas en el Código de DIPr. En cualquier caso, debe reconocerse que las soluciones dadas por los tribunales nacionales tienen un impacto limitado a su propio ordenamiento, lo que exige reglas que aseguren la coordinación con otros sistemas jurídicos y la integración armónica de las decisiones en el contexto internacional.

Por tanto, un “Código de Derecho Internacional Privado” debe concebirse como un cuerpo coherente e integral que combine normas sustantivas y procesales, respetando la autonomía normativa de los Estados y asegurando su interrelación con los compromisos internacionales y debe, además, ser lo más completo posible para colmar las eventuales lagunas que suscite su aplicación.

La opción de un único código que abarque ambos tipos de normas, como el modelo suizo, resulta la más adecuada para garantizar un enfoque práctico, completo y alineado con las necesidades del tráfico jurídico internacional, permitiendo responder de manera efectiva a la complejidad inherente de las relaciones internacionales privadas y facilitando la armonización normativa a nivel global. Es objetivo que debe primar en todo momento es facilitar la aplicación de las normas adoptados a los operadores jurídicos y su consecución exige respuestas claras o, al menos elementos que faciliten las respuestas, sin necesidad de recurrir a otras fuentes.

Desde una perspectiva general, no es posible desatender sin más la opinión de que dada la velocidad y la forma de la legislación de la Unión, el Derecho nacional está a punto de perder gran parte de su importancia en el ámbito del DIPr en un futuro previsible. Esta postura tiene cierta relevancia, pero no significa que no quede espacio suficiente para un Derecho internacional privado nacional significativo.

98. En vista del éxito de los esfuerzos de unificación de la UE en el ámbito del DIPr, podría parecer que la adopción de nuevas codificaciones nacionales en los Estados miembros de la UE ya no tiene sentido. Sin embargo, las experiencias seguidas en otros sistemas demuestran que, después de todo, la adopción de nuevas codificaciones sí tiene cierto sentido, pese a la complejidad que entraña enfrentarse a una pluralidad de instrumentos jurídicos. A medida en que va produciéndose una mayor unificación dentro de la UE una Ley especial española deberá tener muy en cuenta las materias reguladas por el Derecho de la UE. El proceso de unificación del DIPr de la Unión dista mucho de haberse completado y todavía existen lagunas sustanciales a las cuales hay que dar respuesta.

La propuesta de reforma del DIPr español partiría de la necesidad de superar la fragmentación normativa y la dispersión de fuentes, con el fin de articular un marco general que aportaría orden, coherencia interna y unidad valorativa. En lugar de crear un sistema completamente nuevo, la reforma se ocuparía de estructurar y ajustar las normas existentes, garantizando una mayor conexión entre la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones, así como entre las normas que incidirían en sectores específicos. Este proceso buscaría ofrecer a los operadores jurídicos —jueces, abogados y demás profesionales— mayor certidumbre y previsibilidad, de modo que las soluciones resultarían más estables y claras. Con ello, se fortalecerían valores constitucionales como la seguridad jurídica y la estabilidad normativa.

Paralelamente, las soluciones contenidas en una Ley Especial de DIPr deberían ser suficientemente precisas, especialmente en aquellos casos en los que los supuestos considerados hayan alcanzado una madurez suficiente a través del desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, también es importante que estas soluciones no sean excesivamente restrictivas ni demasiado detalladas, ya que esto podría limitar su aplicabilidad y adaptabilidad en el futuro. La codificación debe ser lo suficientemente flexible para permitir su evolución conforme surjan nuevos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, evitando imponer restricciones prematuras cuando las soluciones aún no hayan sido plenamente consolidadas por la práctica y la reflexión jurídica. En este sentido, la precisión debería ser equilibrada con la

prudencia necesaria para no comprometer la capacidad de adaptación de la Ley Especial a los cambios futuros de las transacciones privadas internacionales.

No puede negarse que esta reforma atendería las carencias de contenido, asumiendo la complejidad creciente de las relaciones privadas internacionales. Para ello, se desarrollarían normas de conflicto más flexibles, capaces de perseguir objetivos materiales concretos, y se crearían grupos normativos que combinarían reglas generales con supuestos especializados. Todo esto se alinearía con la dinámica de la UE, respetando los valores nacionales a la vez que se armonizarían las soluciones con otros sistemas europeos y tendría especial relevancia porque la europeización del DIPr habría limitado la acción legislativa nacional. Sin embargo, la experiencia de otros Estados miembros, como Italia o Bélgica, ha demostrado que la codificación nacional seguirá siendo útil, dado que reglamentos y convenios internacionales, aunque unificarían aspectos parciales, no abarcarían todos los ámbitos, generando vacíos y fragmentación. Por ello, la elaboración de una ley especial que codifique el DIPr español, con un diseño tripartito (competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones), contribuiría a facilitar la actualización y la adaptación a nuevas realidades.

Esta ley especial se estructuraría de manera que, en un título preliminar, se definiría el objeto, el alcance, las exclusiones, las reservas a favor de tratados y normas especiales, así como los criterios para determinar la residencia habitual. A continuación, un título específico abordaría la extensión y límites de la jurisdicción española, otro la determinación de la ley aplicable mediante normas de conflicto flexibles, y un tercero el reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros.

En definitiva, la reforma ofrecería un instrumento nacional coherente, sólido y adaptable, capaz de complementar las soluciones europeas y de responder mejor a las demandas del tráfico jurídico internacional.