

LA CODIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN TIEMPOS DE CÓLERA

THE INTERNATIONAL CODIFICATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN TIMES OF ANGER

Carlos ESPLUGUES MOTA*

Palabras clave: Codificación internacional, CNUDMI, Naciones Unidas, Derecho internacional privado

Keywords: International codification, UNCITRAL, United Nations, Private International Law

SUMARIO: 1. LA DUDA PERMANENTE DE QUÉ HACER CON LA PRESENCIA DE UNA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDEPENDIENTES. 2. EL INICIO DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 3. LAS NACIONES UNIDAS COMO FACTOR DE MULTIPLICACIÓN DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN INTERNACIONAL. 4. “DALE NOMÁS, DALE QUE VA”.

1. LA DUDA PERMANENTE DE QUÉ HACER CON LA PRESENCIA DE UNA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDEPENDIENTES

El Derecho internacional privado (DIPr) se asienta sobre la doble constatación de la existencia de un conjunto de ordenamientos jurídicos independientes que interactúan entre sí de forma desordenada, a partir de una conducta humana, y de la necesidad, de manera más o menos entusiasta, o resignada, de afrontar esta realidad. La respuesta ofertada vendrá, al menos en los últimos siglos, enlazada al Estado. Y se caracterizará desde sus orígenes, por no atender, necesariamente, a razones estrictamente jurídicas, vinculándose a factores socioeconómicos, culturales, políticos o, incluso, geoestratégicos.

Serán, así, el grado de fortaleza del poder de turno, los concretos intereses políticos, económicos o estratégicos del momento, el ascendiente cultural o académico de ciertas sociedades sobre otras, o la valoración del propio modelo jurídico, entre distintos factores plurales, los que irán modulando la respuesta ofertada, y el grado de apertura a lo foráneo ofrecido en cada momento, y en cada lugar. Y ello, tanto en España como fuera de nuestras fronteras.

Específicamente en nuestro país, tras 250 años, la fortaleza ganada por la monarquía goda le permitirá cumplir el viejo sueño de imponer sus leyes

* Catedrático de Derecho internacional privado, Universitat de València (carlos.esplugues@uv.es – <https://orcid.org/0000-0001-8568-5296>). Artículo realizado en el marco del proyecto de investigación Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST) – CIPROM 2023-64 (GV).

a todos los habitantes de la península. La promulgación, en 654, del *Liber Iudiciorum*, supondrá la unificación de la normativa aplicable en el Reino y la consiguiente “pérdida” del Derecho romano en España². Se decreta la “remoción de las leyes de los pueblos extranjeros”; esto es, de “las leyes romanas ... (e) instituciones extranjeras”—, señalando que, se desea, y permite, “que se puedan conocer las leyes de pueblos extranjeros como su ejercicio provechoso (ad exercitiam humilitatis), pero lo rechazamos y prohibimos para la discusión de pleitos (ad negotiorum discussionem)”³.

En contraste con esta restrictiva solución, que se mantendrá en Cataluña, en el *Liber iudicum populares*, de 1101, reproduciéndose también en Castilla, en el Fuero Juzgo, de 1241, en este último Reino se consolidará una nueva actitud de apertura a la realidad jurídica extranjera. Finalizada la situación de guerra, asentado el poder real y creciente la actividad económica y comercial, las Siete Partidas (1256-1265) incardinarán las que pueden ser consideradas las primeras normas de conflicto codificadas de la historia⁴, asumiéndose la existencia de derechos distintos del propio, y aceptándose su potencial aplicación.

Esta constatación de la existencia de ordenamientos jurídicos dispares del particular, y de su posible interactuación con éste, se percibe, también, en otros lugares del continente europeo, dando lugar, de nuevo, a respuestas diversas. Así, por ejemplo, y a pesar de estar técnicamente sometidas al Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico y a su *ius commune* —el Derecho Romano—, las ciudades del norte de Italia irán desarrollando durante el bajo medievo un elenco de normas propias —estatutos— distintas de aquél. Normas que les permitirán ganar independencia respecto del Emperador, y cuyas diferencias en contenido y ámbito de aplicación les harán susceptibles de entrar en colisión entre sí, obligando a determinar a quienes resultan aplicables, dentro y fuera de los lindes de la ciudad.

Y se sentirá igualmente en otros puntos, como Francia o Nápoles. Reinos con un menor influjo del poder imperial y de su *ius commune*, y cuyos so-

² Vid. MONTESQUIEU, Charles de Secondat de, *De l'esprit des lois*, Une édition électronique révisée à partir du livre Montesquieu, *De l'esprit des lois. Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. L'orthographe a été modernisée et la ponctuation légèrement, mais non la graphie. Édition établie par Laurent Versini*, Éditions Gallimard, Paris, 1995, p. 342.

³ *El libro de los juicios. Liber Iudiciorum* (traducción por RAMIS SERRA, Pedro y RAMIS BARCELÓ, Rafael), Libro Segundo, Título I, II, 1, 10, VIII, Leyes Históricas de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 81.

⁴ La Partida I, Título 1, Ley 15 (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo de Indias de su Majestad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Tomo I, 1985, p. 17) asume como regla general el principio de territorialidad de los fueros articulado desde el Siglo XI en Castilla, en contraste con la base personal del derecho musulmán o hebraico. La regla, sin embargo, se ve excepcionado en la Partida III, Título 14, ley 15 (*Las Siete Partidas...*, cit., *Tercera Partida*, Tomo II, 1985, p. 144), que admite la posible aplicación del derecho extranjero en las disputas entre extranjeros en relación con los contratos celebrados en el extranjero, y la Partida IV, Título 11, Ley 24, que somete los aspectos patrimoniales de la familia a la ley del lugar de celebración del matrimonio (*Las Siete Partidas...*, cit., Tomo II, p. 439).

beranos habían dictado disposiciones que excepcionaban a éste, surgiendo conflictos que ya no lo eran entre partes de un orden jurídico único. O en Inglaterra, donde la respuesta tradicional a los litigios transfronterizos carecía de un lenguaje internacional privatista: siendo obviados, sin más, regulados, en el caso de los tribunales comerciales y marítimos, por normas dotadas de aplicación universal —“*ius gentium*”—, o abordadas, en el supuesto de los tribunales comunes, desde una perspectiva estrictamente jurisdiccional, a través —“*for the furtherance of justice*”⁵— del recurso a diversas ficciones que permitían a los tribunales conocer de unas disputas que, de otra forma, hubieran tenido que litigarse en el extranjero⁶. Una situación que verá alteradas sus claves a partir del Siglo XVII por la asunción de las competencias de los tribunales comerciales y marítimos por parte de los comunes, y por la conversión en normas nacionales de la apuntada normativa universal.

2. EL INICIO DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En este entorno de afianzamiento de los derechos nacionales, en pleno proceso decimonónico de consolidación —política y jurídica— nacional en el continente, y en el marco de un amplio debate sobre la codificación, se gestará el proceso de codificación internacional del Derecho internacional privado. Un desarrollo que se vincula a los países europeos —las naciones económica y políticamente dominantes del momento—, desatendiendo el longevo y pujante proceso iberoamericano —previo en casi 70 años al continental—. Y que se producirá, a su vez, tras la consolidación del mecanismo de la norma de conflicto como alternativa a la “obsesión”⁷ estatutaria por la naturaleza de las normas a aplicar, mantenida en el continente durante más de 5 siglos, vinculándose, además, a dos nombres con personalidades y enfoques diversos.

El primero, Savigny, profundamente conservador, asume la existencia de una “community of law among independent States ... under the influence of a common Christian morality”, y apuesta porque en los casos de conflictos de leyes “the same legal relations (cases) have to expect the same decision, whether the judgment be pronounced in this State”, buscando con ello lograr un armonía de las potenciales decisiones adoptadas, en cuanto “for every legal relation (case) that law to which, in its proper nature, it belongs or is subject”. Y asumiendo, sin mayor desarrollo, que la posibilidad y ventajas de contar con un sistema de normas de aplicación universal a la hora de confrontar

⁵ *Mostyn v Fabrigas*, 98 Eng. Rep. 1021, 1030 (K.B. 1774).

⁶ Aceptándose, por ejemplo, que Hamburgo, claramente “*beyond the sea*”, se encontraba en Londres (*Ward's Case*, 82 Eng. Rep. 245, 246 (K.B. 1625)), o que Menorca radicaba “*at London... in the parish of St. Mary le Bow*” (*Mostyn v Fabrigas*, *cit.*, 1022).

⁷ GUTZWILLER, Max, “Le développement historique du droit international privé”, *Recueil des cours*, vol. 24, 1929, p. 312.

los conflictos de leyes “are very greatly promoted by public treaties between neighbouring states”⁸.

El segundo, Mancini, liberal y favorecedor de la cooperación internacional apostará, ya en 1853, y apartándose de la idea de “comunidad de naciones”, por considerar al derecho internacional como un “*Universal Diritto Umano*”⁹, requiriendo a todos los Estados ofrecer un tratamiento igualitario a nacionales y extranjeros, tratando a cada persona de acuerdo con su ley nacional.

Durante las dos últimas décadas del XIX y hasta la Gran Guerra, la mayoría de los autores europeos concordarán en la idea de que ningún Estado puede por sí mismo determinar la aplicación extraterritorial de su normativa, o restringir la aplicación del derecho extranjero, y que, debido a ello, los conflictos de leyes deberían resolverse a través de normativa supranacional. Una visión cosmopolita de la disciplina que sustentará la creación del *Institute de Droit International* en 1873; con una primera reunión dedicada, precisamente, a la elaboración de un sistema de reglas de DIPr comunes que favorezca la resolución uniforme de los litigios. Siendo, también, un factor decisivo para el establecimiento, en 1893, de la Conferencia de La Haya de DIPr o la elaboración de distintos textos en el ámbito de los derechos inmateriales.

Con la llegada del Siglo XX, la idea de un orden supranacional entre naciones civilizadas irá desvaneciéndose. No estará en consonancia con las posiciones jurídicas en boga —positivismo o sociología jurídica—, y los acontecimientos políticos y militares del momento europeo demostrarán su irrealidad. Con todo, si bien las posturas territorialistas, o estrictamente unilateralistas, ganarán *momentum* en algunos países del viejo continente, la opción internacionalista seguirá siendo defendida por una parte importante de la doctrina europea favoreciendo, al margen de la Conferencia de La Haya, un limitado, pero importante, proceso codificador en el marco de la Sociedad de Naciones —por ejemplo, en materia arbitral o cambiaria—, o de otros foros especializados en campos específicos como es el del transporte.

3. LAS NACIONES UNIDAS COMO FACTOR DE MULTIPLICACIÓN DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN INTERNACIONAL

La creación de la Organización de las Naciones Unidas tras el fin de la II Guerra Mundial supondrá un espaldarazo —plural— al fenómeno de la codificación internacional del DIPr. Por un lado, su misma existencia en un

⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, *A Treatise on the Conflicts of Laws, and The Limits of Their Operation in Respect of Place and Time Translated with Notes by William Guthrie, Advocate with an Appendix Containing the Treatises of Bartolus, Molinaeus, Paul Voet and Huber*, T. & T. Clark, Law Publishers / Stevens and Sons, Edinburgh / London, 2nd ed. revised, 1880, § 348, pp. 69-70 y 72.

⁹ MANCINI, Pasquale Stanislao, *Fondamento del Dritto delle genti. Prelezione al Corso di Dritto Internazionale e Marittimo Pronunziata nell R. Università di Torino, nel di 22 gennaio 1851*, Tipografia Eredi Botta, Torino, 1851, p. 27.

entorno multilateral va a servir de referente para la creación de otros centros codificadores de naturaleza, y vocación, diversa en el planeta. Por otro, los textos concluidos en su seno, además de aportar respuestas, y establecer estándares y parámetros, en sectores temáticos importantes de la actividad transfronteriza, van a cumplir una importante función de referente a la hora de diseñar y articular las concretas soluciones nacionales, sirviendo, también, de base, en algunos ámbitos —recordemos el artículo 9 del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, o el I.1 *in fine* del Convenio de Nueva York de 1958— para el desarrollo y consolidación de soluciones normativas al margen del Estado.

La tarea codificadora de las Naciones Unidas impacta directamente en la fijación de ciertos estándares mínimos en el área de las relaciones personales y familiares transfronterizas. Textos como la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 1962, los Pactos sobre derechos civiles y políticos y sobre los derechos económicos, sociales y culturales, de 1966, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, también de este año, o sobre la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer, de 1979, el Convenio sobre los derechos del niño, de 1989, o sobre la protección de los derechos del trabajador migrante y sus familiares, de 1990, o sobre los derechos de personas con discapacidad, de 2006, sirven para fijar un nivel base de derechos que va a afectar al diseño y práctica de los diversos modelos de DIPr en estos sectores. Un impacto que también presenta(ron) los Convenios sobre el estatuto de los refugiados, de 1951, y de los apátridas, de 1954.

Con todo, es la actividad desarrollada en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho del comercio internacional (CNUDMI) la más conocida, y la que mayor impacto, directo e indirecto, tiene en el sector, cada vez más dotado de vida propia, del Derecho del comercio internacional. Creada en 1966 para “promover la progresiva armonización y unificación del Derecho del comercio internacional”¹⁰, su actividad ha sido ingente, con una tarea muy relevante en relación con las disputas comerciales internacionales —tanto presenciales como en línea, y tanto en el ámbito del arbitraje comercial internacional como en el de la mediación comercial internacional—, como respecto la solución de controversias entre inversionistas y Estados. Y con un quehacer igualmente destacado respecto de la compraventa internacional de mercaderías, el comercio electrónico, la insolvencia, las garantías

¹⁰ Asamblea General: Resolución 2205/XXI, de 17 de diciembre de 1966, “Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”. Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos, “La participación de España en la tarea codificadora de la CNUDMI (UNCITRAL)”, en *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo del Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande / Eurolex, Madrid, 1993, p. 84 y ss.

mobiliarias, los pagos y financiación del comercio, la contratación pública y las alianzas público-privadas o el transporte internacional de mercaderías. El incremento de las materias abordadas ha ido acompasado a la progresiva ampliación del número de Grupos de Trabajo, que en el momento actual son 6, y al aumento a 60 de los Estados miembros.

Tras sesenta años, las soluciones conformadas articulan un amplio cuerpo normativo en el que constan hitos indudables como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, de 1985, la Ley modelo sobre la insolvencia transfronteriza, de 1997, o las Reglas de Hamburgo, de 1978, entre otros. A ellos se une, lógicamente, el Convenio de Nueva York, de 1958, que, si bien no es fruto de la CNUDMI, sí viene administrado por ésta.

Desde un principio, el objetivo de toda esta normativa ha sido unificar, o, al menos, armonizar, el Derecho del comercio internacional, a través de normas de carácter sustantivo, desechándose la armonización conflictual. Para ello se han utilizado, tanto instrumentos convencionales, como textos de *soft law*: Leyes Modelos o Guías. La meta es flexibilizar lo más posible las respuestas aportadas, intentando con ello lograr el máximo impacto posible. Algo que parece haberse logrado en términos generales, si atendemos, lógicamente dependiendo de la específica temática, tanto al nivel de incardinación de las respuestas articuladas por la CNUDMI en los distintos ordenamientos jurídicos del globo como, y ello, resulta igualmente relevante, a la capacidad de marcar tendencias a los legisladores nacionales —y, también, a los privados— a la hora de abordar la regulación de ciertos temas.

4. “DALE NOMÁS, DALE QUE VA”

La historia de la codificación del Derecho internacional privado en el seno de la ONU, especialmente la desarrollada por la CNUDMI, constituye, por su amplitud e impacto, una historia de éxito que no debería dejar de serlo. Algunos cambios, sin embargo, se avizoran en estos tiempos de vivir “revolcaos en un merengue” en que nos encontramos.

En el plano global de la fijación, por parte de la ONU, de ese nivel base de derechos que incide en la disciplina, los tiempos de repliegue e ira que vivimos permiten avanzar una situación contradictoria en la que —nunca pensamos que lo verbalizaríamos— la inactividad puede, en última instancia, resultar positiva; al menos temporalmente. Y ello en la medida en que, mientras escampa, la previsible parálisis legislatora tendrá el efecto de permitir la pervivencia del elenco de derechos reconocidos a lo largo de estos últimos años, evitando su recorte o negación.

Focalizándonos específicamente en la Comisión, es cierto que, a pesar de su condición multilateral, de estar diseñada para que haya representación

de Estados de todos los contornos, y contar con una dinámica basada en el consenso, se trata de un foro principalmente ligado a los países occidentales del hemisferio norte; a sus enfoques, propuestas e intereses. De hecho, su papel ha sido decisivo durante su existencia, ejerciendo una tarea de liderazgo —es significativo que todos los secretarios hayan sido hasta el momento del hemisferio norte— que, quizás, ahora podría comenzar a atenuarse de forma progresiva y asimétrica.

Pero el mundo en el que se va a desarrollar su tarea a partir de ahora va a ser más complejo que el de los últimos tiempos. Y no sólo porque el ocaso de la multilateralidad esté dejando paso a un panorama de multipolaridad y profunda desconfianza, que, amén de incidir en la tarea futura a desarrollar, máxime en los momentos de restricción económica que está sufriendo la ONU, y que está llevando a la CNUDMI a replantearse los términos y lugares de su misma actividad, no necesariamente parece que vaya a desembocar en un mayor protagonismo de los Estados del sur global. La inteligencia artificial y la consolidación de gigantes tecnológicos globales carentes de un control integral, el replanteamiento del papel del Estado, el nuevo equilibrio mundial de poderes y el traslado del eje económico del Atlántico al Pacífico, o la disociación del Derecho del comercio internacional del internacional privado son, todos, aspectos diversos que, entre otros, abren un nuevo, y cambiante, escenario, repleto de interrogantes respecto de los concretos sectores temáticos objeto de análisis, de la forma de abordarlos, de la filosofía e intereses que modulen el tratamiento ofertado, o de los resultados susceptibles de obtenerse. Un nuevo mundo que, de nuevo, habrá de ser explorado por los que nos dedicamos a esta hermosa y oscura ciencia.

Se abre, hoy, un tiempo tan complejo como interesante, al que, una vez más, nuestra disciplina deberá intentar dar respuesta; también en lo referente al sentido, objeto y alcance de la codificación internacional del Derecho internacional privado. Con el gran cambio, eso sí, de que los liderazgos, las claves culturales e ideológicas, los lenguajes y los sesgos vitales e intereses sobre las que se asiente su futuro van a ser, previsiblemente, profundamente diferentes a los que han venido marcando su historia durante los últimos siglos. Veremos...

