

## LECCIÓN 2. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

### Esquema de estudio

1. Características de las fuentes del Dopr
  2. Análisis de las fuentes:
    - a. Institucionales
    - b. Convencionales
    - c. Autónomas
    - d. Derecho trasnacional
- 

#### 1. Características del Dopr.

- La dispersión normativa: el Dopr se integra por normas jurídicas de diferentes fuentes de producción; las normas de están dispersas en instrumentos de diferente origen o régimen, y dentro de cada régimen dentro de distintas normas.
- La Interrelación de las fuentes: existen instrumentos en cada régimen legal que tienen un mismo ámbito de aplicación, por tanto, es necesario identificar cuál es el aplicable, atendiendo a diferentes criterios: jerarquía de fuentes; regla de la ley especial que deroga a la general; o regla de la eficacia máxima (entre los instrumentos en conflicto se aplica aquel que más beneficia al interesado).
- jerarquía de las fuentes: se aplican de forma jerárquica, tomando como base la pirámide de fuentes, teniendo el nivel más alto, al derecho institucional y en el nivel más bajo, al Derecho autónomo.

Ejemplo: La determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales que viene establecida en el Reglamento Roma I., éste derogó el Art. 10.5 Cc

#### 2. Análisis de las fuentes del Dopr

a. Las fuentes de producción institucional.: normas de Dopr adoptadas por organizaciones internacionales que tienen instituciones propias con competencias para adoptar normas. Las normas institucionales de Dopr español tienen su fuente en las instituciones de la Unión Europea, en las que genera el legislador comunitario.

Los Estados transfieren competencias a la UE en materia de cooperación judicial en materia civil y ello incluye materias propias del Dopr: reconocimiento y ejecución, conflicto leyes, conflicto jurisdicciones, cooperación de autoridades, derecho procesal internacional.

Normas más usadas: los reglamentos comunitarios, que se están adoptando prácticamente en todas las materias de Derecho civil y mercantil.

Ventajas: la entrada en vigor no requiere de la trasposición por parte de los Estados miembros, su adopción se realiza por las instituciones europeas por el procedimiento legislativo ordinario y no exige la

ratificación de los Estados y se produce a la vez en toda la UE; su modificación resulta mucho más fácil que la de un convenio internacional; el TJUE posee competencia para interpretar las disposiciones de los reglamentos en caso de dudas por parte de los tribunales nacionales a través de la “cuestión prejudicial”, desde un punto de vista jerárquico se aplican siempre en preferencia respecto al resto de las fuentes.

La “europeización del Dpr tiene consecuencias en el régimen de producción interna ya que , la progresiva adopción de normas de Dpr europeo en materias de Derecho civil y mercantil conlleva que las normas de producción interna en dichas materias dejen de ser aplicables. Ello es debido a que las normas de producción institucional son jerárquicamente superiores a las de producción interna. Aunque estas últimas normas siguen existiendo, están “desactivadas”.

Otro efecto sobre las normas de Dpr internas es que éstas deben formularse e interpretarse teniendo en cuenta los principios generales del Derecho UE: las normas de conflicto españolas no pueden conllevar un obstáculo a las libertades de circulaciones o a la consecución de cualquier otro objetivo europeo. Si una norma de conflicto de producción interna no es compatible con el Derecho UE debe ser “eurodepurada”.

También en el régimen convencional. pues la progresiva adopción de competencias internas por la UE conlleva, a su vez, la asunción de competencias externas. Esto es, en aquellas materias donde existe un instrumento comunitario, la Unión es la que tiene competencia para celebrar convenios internacionales con terceros Estados en detrimento de los Estados miembros (ejemplo, convenio de Lugano).

b. Las fuentes de producción convencional: son las normas adoptadas a partir de convenios internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por nuestro país en diferentes foros de negociación de convenios internacionales de Dpr. Como por ejemplo en la Conferencia de La Haya, la CIDIP en Iberoamérica<sup>2</sup>, la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)<sup>3</sup>, UNIDROIT o la OMPI (Organización mundial de la propiedad intelectual).

Recordemos que según el Art. 96.1 CE, una vez publicados, los tratados forman parte del Derecho interno español.

Ventajas de los convenios internacionales: proporcionan una solución uniforme a una situación privada internacional válida en todos los Estados parte de ese convenio, tienen una gran calidad técnica puesto que son negociados durante un largo periodo de tiempo por expertos en la materia.

Desventajas: es frecuente que los tribunales nacionales los apliquen de manera defectuosa estos convenios. Es frecuente que los tribunales nacionales adopten interpretaciones “nacionales” de los convenios internacionales, circunstancias que afecta a la uniformidad de soluciones que se persigue.. Por otro lado, la adopción de convenios internacionales precisa de un largo proceso de negociación y, posteriormente, de entrada en vigor pues para ello se precisa, a partir de ratificaciones por los Estados.

Finamente, se ha de señalar que en algunas materias existe pluralidad de convenios, y ello genera problemas para identificar el convenio aplicable. Como por ejemplo, en materia de alimentos internacionales y sucesiones.

c. Las fuentes de producción interna. Los principios constitucionales en el Dpr español: se refieren a las normas creadas por el legislador español.

- primera fuente del Dpr es la Constitución Española de 1978 (CE).
- a) Art. 149.1.8 otorga competencia exclusiva al Estado central para dictar normas de Dpr.
- b) Los valores constitucionales inciden en la configuración y la aplicación de las normas de Dpr. Son varias las manifestaciones de esta segunda afectación:
  - a. El principio de tutela judicial efectiva recogido en el Art. 24 CE
  - b. El principio de igualdad de sexo (Art. 14): igualdad de derechos entre hombres y mujeres
  - c. El principio de protección integral de la familia (Art. 14, 39) obliga a tener en cuenta, a la hora de elaborar o aplicar las normas de Dpr, la equiparación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y entre hijos naturales y adoptivos.

La “excepción de orden público internacional” se determina de acuerdo a los valores constitucionales actuales. Dicho orden público puede conllevar la inaplicación de la ley extranjera determinada por la norma de conflicto (art. 12.3 Cc) o la denegación del reconocimiento de una decisión extranjera (art. 46 a) LCJl). Debe observarse que el contenido del orden público varía con el tiempo. Ejemplos: divorcios o matrimonios prohibidos.

- resto de fuentes autónomas:

- a) la Ley, que es la fuente de mayor peso;
- b) la costumbre, que tiene poco peso salvo en lo que respecta a los usos y costumbres del comercio internacional o *lex mercatoria*;
- c) la jurisprudencia, que complementa al sistema a la hora de interpretar las normas;
- d) en fin, los principios generales del Derecho, que juegan un papel relevante como criterio de aplicación e interpretación.

Características de las fuentes de producción interna:

- a) Su dispersión normativa: al contrario de lo que ocurre en materias como el Derecho civil o el penal en los que existe un cuerpo normativo principal (el Código civil, el Código penal), no existe una Ley o Código de Dpr, donde se encuentren todas las normas de Dpr español. Las normas de Dpr de producción interna están recogidas en varios instrumentos: sobre CJI están en la LOPJ – modificada por la Ley Organica 7/2015 –, la Ley de adopción internacional (LAI) o la Ley Concursal (LC); las de Derecho aplicable en los arts. 9 a 12 del Código civil, pero también en la LAI o la LC; las de reconocimiento y ejecución en la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJl), la LAI, la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 9 a 12), entre otras.
- b) Su obsolescencia, solucionada por la jurisprudencia (orden público atenuado, interpretación de las causas de denegación del reconocimiento) o bien por el el legislador.

d. Las fuentes transnacionales en Dpr.

Hoy se crean muchas normas al margen del Estado en todas sus ramas. Esta circunstancia es especialmente llamativa en ciertos sectores del comercio internacional ya que los operadores del comercio internacional se dotan de sus propias normas auto reguladoras de sus relaciones. Con este término se hace referencia a instrumentos adoptados en foros internacionales pero que no son

vinculantes. Tienen diversas denominaciones tales como leyes modelo (UNCITRAL) o recomendaciones (OMPI). Los Estados pueden acogerlos como criterios inspiradores de sus leyes internas con lo cual se garantiza una cierta uniformidad en la armonización de ciertas situaciones privadas internacionales. Ahora bien, estos instrumentos generan otros problemas derivados de su falta de carácter vinculante – no se puede exigir a un país o a sus tribunales que cumplan lo que establece uno de estos instrumentos

Estas normas “transnacionales” (pues exceden los límites de los Estados), también llamada *lex mercatoria*, surgen de los usos y prácticas comerciales internacionales reflejadas en condiciones generales de la contratación (CGC), contratos-tipos, instrumentos adoptados por organismos privados (como la Cámara de comercio internacional o CCI), principios generales del Derecho, etc...

Ante los tribunales arbitrales, la *lex mercatoria* posee plena eficacia. Los litigios sometidos a arbitraje se pueden resolver a partir de instrumentos de la *lex mercatoria* por elección de las partes o sin ella.

Por ejemplo:

1. el art. 34.2 Ley de Arbitraje indica que “cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes”. La utilización del termino “normas jurídicas” en vez de “Derecho” o “ley” lleva a la doctrina a sostener la posible elección de normas jurídicas pertenecientes a la *lex mercatoria*. Además, el art. 34.3 indica que “en todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables”.
2. El Considerando 13 R. Roma I indica que “el presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal”.
3. El Art. 25 R. 44/2001 indica que son válidos los acuerdos de atribución de competencia celebrados según los usos del comercio internacional en el sector considerado.

En la actualidad, estamos asistiendo a una aplicación jurisprudencial de instrumentos particulares de la *lex mercatoria* (Principios de Derecho Europeo de Contratos y Principios UNIDROIT) con dos objetivos: a) como apoyo, referencia o cita legal en el sentido de confirmar principios generales asentados en la jurisprudencia o en los textos legales civiles y mercantiles; b) para integrar lagunas de las normas de Derecho interno.

---