**CIVIL 7**

**EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SUS FUENTES. CRITERIOS FUNDAMENTALES SEGUIDOS POR EL CÓDIGO CIVIL Y SUS PRINCIPALES MODIFICACIONES DERIVADAS DE TRATADOS INTERNACIONALES Y REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA. NOCIONES DE RECIPROCIDAD, CALIFICACIÓN, REENVÍO, ORDEN PÚBLICO Y FRAUDE DE LEY.**

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SUS FUENTES:

Dos son los factores de hecho que actúan como presupuestos del Derecho Internacional Privado:

la diversidad legislativa, administrativa y judicial de los Estados

la existencia de relaciones de tráfico externo entre miembros de distintas comunidades jurídicas.

Esta **diversidad legislativa** entre los distintos Estados o dentro de un mismo Estado hace necesario el establecimiento de un criterio o de una serie de criterios que sirvan para determinar los supuestos en que resulte aplicable una u otra legislación. Tal es el objeto de dos disciplinas jurídicas distintas, pero muy relacionadas entre sí: el **Derecho Internacional Privado**, que estudia los conflictos internacionales surgidos entre leyes de países soberanos y el **Derecho interregional** o interterritorial, que se estudia en el tema siguiente.

**A) Presupuestos**.

Los presupuestos que justifican su existencia son:

1. La existencia de **relaciones internacionales** entre personas físicas o jurídicas de Derecho privado.

2. La existencia de una **pluralidad de ordenamientos jurídicos** estatales susceptibles de regular de forma diversa esas relaciones.

3. La **ausencia de un ordenamiento jurídico internacional** que regule dichas relaciones.

**B) Concepto.**

Podemos definir el Derecho internacional privado como “aquella rama del derecho que tiene por objeto delimitar las competencias legislativas y judiciales de los distintos Estados y señalar la ley aplicable a las relaciones jurídicas que no dependen por entero de una sola legislación nacional”. (Yanguas)

**C) Naturaleza**

Respecto a la naturaleza del Derecho Internacional, encontramos distintas teorías:

1.- Las **teorías autonomistas** afirman la especialidad del Derecho internacional privado y su autonomía dentro del cuadro general del Derecho.

2.- Las **doctrinas internacionalistas**, dominantes hasta el siglo XIX, y que cuenta con partidarios como PILLET, DONATI y BUSTAMANTE, es la sujeción del legislador a normas superiores a él, en la función de formular reglas de conflicto; es un derecho internacional, de normas sustantivas y de naturaleza pública y sus fuentes son las recogidas por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir:

o Las convenciones internacionales

o la costumbre internacional

o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas

o las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho

o La ley interna con carácter supletorio.

 3.- Para autores como AGO, PEDROSSI y ANZILLOTI es un **derecho nacional**, sus normas son jurídicas de delimitación de competencia y de naturaleza privada y sus fuentes son: legislación interna y la internacional sólo en la medida en que haya sido recogida por una ley estatal.

4.- Finalmente, existe otra tesis que se ha dado en llamar la tesis del **internacionalismo realista** mantenido por MIAJA y que hoy es la dominante:

o Es un derecho internacional que hoy por hoy funciona como derecho interna

o Que sus normas son generalmente adjetivas o formales

o De naturaleza autónoma y sólo si relacionamos el derecho internacional Privado con la norma material a la que no se lleva, ésta le comunica su naturaleza pública o privada.

**D)Fuentes**

Sus fuentes son tanto **nacionales como internacionales**:

**a) Internas**

 Habrá que atender al **sistema de fuentes de cada Estado**; en el nuestro recordar el art. 1.1: “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.*

El núcleo principal es el Código Civil arts. 8 a 12. Conviene destacar que:

* La Constitución establece los principios o bases que marcan su regulación, como los arts. 14 y 24.
* La jurisprudencia adquiere una especial importancia por la tradicional carencia de normas legales y la continua aparición de problemas jurídicos, viniendo a desempeñar tanto una función creadora o constitutiva como una función interpretativa.

**b) Internacionales**

o **Tratados**: celebrados sean o no celebrados en el seno de algún organismo internacional.

Las fuentes internacionales son primordialmente los Tratados, cuya función es la de establecer un sistema de soluciones comunes, de tal manera que los Convenios Internacionales se conviertan, como decía SAVIGNY, en un cauce para la unificación de los problemas conflictuales. Dentro de los Tratados destacan los multilaterales, desarrollados en la Conferencia de La Haya, el Consejo de Europa y la ONU además, hay que tener en cuenta los principios generales del derecho, la equidad y la costumbre internacional (lex mercatoria).

o **Costumbre y Principios Generales del Derecho**, ej: inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros. También a la costumbre se debe la regla “locus regit actum”.

o **Usos y prácticas del comercio internacional** (lex mercatoria), discutible por muchos si no se plasman en alguna de las fuentes anteriores.

o Y la **doctrina, no siendo fuente, también resulta relevante**ante la escasez de jurisprudencia internacional.

 Todo lo dicho se entiende sin perjuicio del **Derecho de la Unión Europea**, el cual, como se estudia en el tema correspondiente constituye un ordenamiento jurídico propio incardinado en el de los distintos Estados Miembros.

**CRITERIOS FUNDAMENTALES SEGUIDOS POR EL CÓDIGO CIVIL.-**

La redacción originaria del Cc contenía en los arts.9 a 11 una regulación insuficiente.

La reforma del Título Preliminar de 1974 introdujo una regulación mucho más completa, que, sin embargo, ha sido criticada por perpetuar la sistemática de los estatutos territorial (art.8), personal (art.9), real (art.10) y formal (art.11); conservar con toda su fuerza la omnipresencia de la ley nacional y, en ocasiones, acumular soluciones contradictorias o sin coordinación con otros sectores jurídicos.

Siguiendo la sistemática del Código podemos distinguir:

A) ESTATUTO TERRITORIAL

(Art.8)

*“Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.”*

El apdo.2 de este art. fue derogado por la LEC de 7 de enero de 2000 (Disp. Adc 20ª) que señala que a excepción de lo que dispongan los Convenios Internacionales los procesos civiles seguidos en España se sustanciarán en todo caso con arreglo a lo dispuesto en la ley española.

b) ESTATUTO PERSONAL

(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.*

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

*2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.*

*La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el art. 107.*

*3. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifiquen o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.*

*4. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.*

*La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre 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.»*

*(reformado por Ley 26/2015, 28 julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)*

*5. La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional.*

*6.La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo.*

*La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.*

*7. La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya.*

*(Apartados 6 y 7 modificados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)*

*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. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.*

*9. A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinan los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidiendo 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.”*

Reiterar, como decíamos al principio del epígrafe, que la gran mayoría de supuestos contemplados en los arts. citados han quedado desplazados por los distintos **Convenios Internacionales** y, en el ámbito de la Unión Europea, por los sucesivos **Reglamentos** que son de aplicación directa en los Estados Miembros y se tratan en los temas respectivos, no obstante, de cara al futuro y a título de ejemplo, destacar los siguientes:

- Hay que tener en cuenta la entrada en vigor en España el pasado 1 de enero de 2011 del [Convenio de La Haya el 19 de octubre de 1996](http://www.boe.es/boe/dias/2010/12/027pdfs/BOE-A-2010-18510.pdf) relativo a la ley aplicable al reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que desplaza la competencia en todas estas materias a la ley del lugar de **residencia habitual del menor**. Para los países de la Unión Europea hay que tener presente también el Reglamento Europeo denominado [Bruselas II](http://www.notariosyregistradores.com/UNIONEUROPEA/normativa.htm)

- Reglamento CE 4/2009, 18 diciembre 2008, en materia de **alimentos**.

- Reglamento CE 593/2008, 17 junio, sobre ley aplicable a las obligaciones **contractuales** (**Roma I**)

- Reglamento CE 864/2007, 11 julio, sobre ley aplicable a las obligaciones **extracontractuales** (**Roma 2**)-.

- Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010, Roma III, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial y que es de aplicación efectiva desde 21 de junio de 2012

- Reglamento 650/2012 de 4 de julio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha. Como punto de conexión para determinar la ley aplicable, y en defecto de opción se recoge el de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, salvo que aparezca mayor vinculación con otra ley. Se admite no obstante que el causante opte por su ley nacional en el momento de la opción o del fallecimiento.

– Reglamento UE 2016/1103 de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de **regímenes económicos matrimoniales.**Se aplica, con carácter general desde el 29 de enero de 2019.

– Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las **uniones registradas**. Se aplica, con carácter general desde el 29 de enero de 2019.

c) ESTATUTO REAL

(Art.10):” *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 atendrá 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 sitos, 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 ap. 1 art. 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*”

ESTATUTO FORMAL

*(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 a 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.”* **LAS NOCIONES DE CALIFICACIÓN, RECIPROCIDAD, REENVIO, ORDEN PÚBLICO Y FRAUDE DE LEY.**

A**) Calificación**.

Las normas de Derecho Internacional tienen una **estructura peculiar** frente a las restantes normas del ordenamiento; constan, como todas, de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica, pero la consecuencia jurídica es la indicación de la norma aplicable y el supuesto de hecho no es un hecho de la vida, sino uno o más conceptos jurídicos. Ello implica que **para precisar el supuesto de hecho haya de hacerse una calificación jurídica**.

Se ha dicutido si dicha calificación debe hacerse según la Ley del Tribunal que aplique la norma de conflicto (“*Lex fori*”) o según otros criterios (la “*lex loci actum*” o la “*lex rei sitae*”, por ejemplo).

Nuestro CC, aunque utiliza una terminología muy amplia en la redacción, opta por la primera tesis: art. **12.1**: “*La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española”.*

**B) La reciprocidad.**

Se admite en algunos casos que **la eficacia** que haya de otorgarse en algún país a las leyes o actos procedentes de otro distinto, pueda **depender** del trato que en este último **se conceda a las leyes o actos del primero**.

**Nuestro CC carece de una norma expresa** al respecto de carácter general, por lo que la reciprocidad sólo se aplicará en los casos taxativamente establecidos en la ley, así, p. Ej.:

- En el DERECHO PROCESAL, hay numerosas muestras: arrango juicio, ejecución de sentencias extranjeras, extradición; de modo que el TS tratando de generalizar ha venido a afirmar que nuestro derecho procesal obedece en todas las materias relacionadas con el DIP al principio de reciprocidad.

- En PROPIEDAD INTELECTUAL, TR 1996

- En DERECHO LABORAL, se aplica el principio en los contratos y seguridad social.

- En el ámbito de la hoy derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

**C) Reenvío**.

Una vez determinado, según la norma de conflicto, el derecho extranjero aplicable, se plantea el problema de que si tal **remisión** debe entenderse únicamente a las normas materiales o también **a las conflictuales**, con lo que por aplicación de éstas pudiera resultar aplicable otra legislación distinta. A esta consecuencia se denomina reenvío o retorno,que puede ser:

De **primer grado o simple**, si la norma de conflicto extranjera remite al Derecho del Juez que conoce el asunto.

De **segundo grado, ulterior o doble**, si la remisión se hace al Derecho de un tercer Estado.

En España, el art. **12.2 CC sólo admite el reenvío de retorno** cuando dispone: “*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”.*

Y el **párr. 5º** añade: “*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”.*

**D) Orden público**.

En el Derecho Internacional Privado se admite generalmente que la norma extranjera **no pueda aplicarse** por excepción, cuando ello suponga un **atentado al orden público** del país, es decir, principios que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado, al que corresponde juzgar una determinada relación jurídica. La doctrina suele distinguir entre:

-El orden público INTERNO: materias reguladas por normas imperativas que obligan a todos los ciudadanos del Estado, pero admiten una regulación distinta para los extranjeros (ej: mayoría de edad).

-El orden público EXTERNO o INTERNACIONAL: comprende aquellas materias que no admiten, ni siguiera para los extranjeros una regulación diversa (ej: esclavitud, bigamia).

**Art. 8**: “*Las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.*

En este sentido, el art. **12.3 CC**: “*En ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.*

¿Pero qué ley se aplica en su lugar? Para unos, la ley del foro; para otros, la más ligada a la relación jurídica. En todo caso el artículo es de interpretación restrictiva.

**E) Fraude de ley**

El Derecho Internacional Privado es un sector jurídico muy propicio para intentar el fraude de Ley por la diversidad legislativa entre los Estados.

El CC. se limita a su enunciación en el art. **12.4**: “*Se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española”.*

Lo que no determina el CC. son los **efectos** específicos del fraude a la Ley en el DIP, por lo que han de aplicarse los generales establecidos en en el art. **6.4**: **“***Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*

Actualizado por Alina Nica Gales, marzo 2019