FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La acepción del término fuente se origina en la expresión latina *Fons o Fontis*, con la cual se aludía el manantial de agua que brotaba de la tierra; metáfora esta que trasplantada al mundo del derecho apunta al origen de las normas jurídicas.

El tratadista colombiano José Joaquín Caicedo Castilla[1] ha expresado que a la *palabra fuentes* se le atribuyen dos significados diferentes: el primero es el de absorber en un concepto los modos originarios en la formación del derecho; y el segundo es el de ser los instrumentos escritos destinados a probar la existencia del sistema jurídico, como los fundamentos de derecho que amparan una demanda.

Algunos autores del derecho internacional privado adoptan notorio eclecticismo hablando de la coexistencia de *fuentes duales nacionales e internacioles*[2], y éstas, a su vez, son *positivas* y *doctrinales*.

Otros juristas prefieren la relación enumerativa de las fuentes de conocimiento como son: el derecho natural, la ley o normas con rangos de ley, los tratados, la costumbre la jurisprudencia y la doctrina. En otros casos, se divide las fuentes en *directas* (los

---

[1] CAICEDO CASTILLA, José Joaquín: *Derecho internacional privado,* 6ª. ed., Bogotá, Temis, 1967, p. 9.

[2] CARLOS GARCÍA GASTAÑETA mencionó las fuentes y su división en *nacionales* e *internacionales* "y desde otro punto de vista, en *positivas* y *teóricas o doctrinales".* Distinguiendo ambas clasificaciones, el profesor sanmarquino optó por diferenciar las fuentes nacionales, las internacionales y científicas o doctrinales. Este criterio opera en muchos manuales de Carlos GARCÍA GASTAÑETA: *Derecho internacional privado. Resumen del curso dictado en la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,* Lima, Librería e Imprenta Gil, 1925, p. 11. (Existe segunda edición de esta obra por la misma Librería e Imprenta Gil en el año de 1930).

tratados, la ley y la jurisprudencia y a falta de precepto positivo o consuetudinario, el derecho natural) y en *indirectas* (la costumbre y la doctrina jurídica que lamentablemente en el Perú es muy escasa por no hacerse hincapié en esta asignatura tan olvidada y descuidada

Por último, es necesario anotar que para la doctrina internacionalista, las únicas fuentes del derecho internacional privado son los tratados; la ley y la costumbre en una división trimembre.

1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Es indispensable resaltar en el derecho internacional privado la importancia de los Tratados de Montevideo del 12 de febrero de 1889 sobre conflictos de leyes en materias civil y comercial y del 19 de marzo de 1940.

Igualmente, lo es la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana en el año 1928 que tiene como anexo el Código Bustamante sobre Derecho Internacional Privado.

Los tratados internacionales son *los* acuerdos de voluntades sujetas a la comunidad internacional, estados u organismos internacionales que crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones entre las partes. Sobresale el hecho de que la codificación en derecho internacional privado tiene muy pocos auspicios y exitosos vaticinios en la Comunidad Europea. Es posible que los tratados no eliminen los conflictos que surgen debido al problema de su interpretación, máxime cuando no hay una jurisdicción obligatoria para solucionar tales conflictos. Igualmente, se deben destacar los tratados suscritos y

aprobados en las cinco conferencias especializadas interamericanas sobre derecho internacional privado: Panamá (1975) (CIDIP I), Montevideo (1979) (CIDIP II), La Paz (1984) (CIDIP III), Montevideo (1989) y México (1994).

En los tratados debe verse su triple temática: la delimitación de la materia, el ámbito espacial y el derecho transitorio[3], En *la* primera, el tratado fija qué asuntos abarca; y en la segunda, espacial señala los países que participan del acto; y en la tercera, otorga pautas sobre su obligatoriedad y aplicabilidad.

El Código Bustamante de Derecho Internacional Privado es el único en su género que existe en el mundo, tiene 437 artículos con un título preliminar y cuatro libros sobre derecho civil mercantil, penal y procesal.

En el Perú este tratado ha sido ratificado, por lo que se aplica supletoriamente cuando la ley internacional se remite a los tratados internacionales como el *exequatur y* la extradición o cuando no se apoya en la legislación.

2. LA COSTUMBRE

La costumbre es definida por Truyol como (…) la forma primaria de manifestarse la voluntad positivadora de una comunidad: se presenta como un conjunto de reglas observadas de hecho: Dichas reglas se revelan por la repetición de ciertos actos, acompañados del sentimiento de su obligatoriedad. La repetición constante, el uso, es ele elemento material y externo de la costumbre jurídica, pero no basta por sí sola para constituirla.

[3] RIGAUX: Derecho Internacional Privado,cit., p. 121.

Para que la costumbre surja, es preciso que a la repetición se añada la convicción de que el comportamiento en cuestión es obligatorio, y que, por consiguiente, no depende del arbitrio de cada miembro de la comunidad en particular.

Entonces, La costumbre es un uso constante y permanente que terminó por adquirir obligatoriedad. Está integrado por un elemento material u objetivo que es la repetición de un hecho en forma continua, uniforme y más o menos duradera, y un elemento Psicológico o subjetivo (la *opinio juris),* que es la voluntad de crear la norma. Si no existen estos elementos no existe la costumbre.

La costumbre es fuente de todo derecho pero propiamente en el derecho internacional privado es recogida en la jurisprudencia. La costumbre es además la jurisprudencia respetada en materia administrativa, como son los casos de inscripción de nacimientos y muertos en el extranjero.

La costumbre no ejerce en el derecho internacional privado la influencia que tiene en el derecho internacional público o en la esfera mercantil o quizá en cuestiones de nacionalidad. A falta de tratados, la costumbre puede proporcionar en algún momento soluciones que vayan perfeccionando su contenido y son recogidas por la ley o los tratadistas. Su admisión debe ser tolerada por la comunidad internacional.

Entre las principales características de la costumbre internacional se destaca su flexibilidad para adaptarse a los procesos evolutivos que se dan en el tiempo.

Así pues, una vez formada la costumbre es vinculante a todos los sujetos del derecho que participaron en su

proceso formativo: A partir de ahí podrá ser derogada bien por su inobservancia continua o debido al surgimiento de una norma principal (costumbre, tratado o principio general del derecho), en abierta oposición a la norma consuetudinaria.

3. LA LEY

La ley positiva constituye un elemento esencial en el derecho internacional privado en los conflictos de leyes y de jurisdicciones porque permite establecer el alcance de dichas reglas mandatarias, pero, como está limitada por el territorio y las personas, es un obstáculo para la uniformidad de las soluciones. La costumbre encierra normas indirectas de colisión que buscan el derecho aplicable para resolver el caso *ius privatista* internacional puesto a debate y no de normas directas que subsumen hechos dentro de tipos legales. Estas normas están diseminadas en los Códigos, en la Constitución y, desde luego, en los tratados internacionales.

En el marco de la ley peruana encontramos el Libro X del Código civil de 1984 que está compuesto de cuatro títulos: el título I trata de las disposiciones generales y el título III de la ley aplicable con normas sustantivas y los títulos II y IV versan sobre materia procesal que es la competencia jurisdiccional y el momento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros, respectivamente[4].

---

[4] DELGADO BARRETO, César: "El derecho internacional privado y la reforma del Código civil", en *El Peruano,* Lima, 3 de marzo de 1997.

4. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia es el conjunto de decisiones judiciales uniformes y reiteradas (precedentes) emanadas de los tribunales en base a los casos que le han sido sometidos.

Así pues, es común en la práctica de los tribunales nacionales o internacionales la cita de los precedentes jurisprudenciales, los cuales constituyen elementos de coherencia que llevan al tribunal a continuar con una línea interpretativa salvo que existan razones de peso que obliguen a cambiar de posición.

Es incuestionable el valor de la jurisprudencia para demarcar el discurrir de los sistemas de derecho internacional privado de raíz anglosajona como fuente positiva expresa.

La jurisprudencia de los tribunales de cada país es importante, debido a la interpretación que hacen los tribunales de normas legales y, por tanto, es un aporte básico a la ciencia del derecho internacional privado. Por ejemplo, es de realzar el aporte de las jurisprudencias francesa y española en la interpretación de los artículos 3 y 9 de sus respectivos Códigos civiles, en cuanto al Estado y la capacidad de los extranjeros. Desde luego, no existe una verdadera jurisprudencia internacional. En efecto, la justicia internacional sólo se aplica a los conflictos entre Estados diversos, pero también ha conocido de unos pocos asuntos de derecho internacional privado.

El primer fallo notable muy discutible que se recuerda fue pronunciado por la Corte Permanente de Justicia Internacional el 17 de agosto de 1923 y constituyó el asunto de «*Wimbledon*», un navío inglés

fletado por un armador francés para llevar armas y municiones a Polonia, entonces en conflicto bélico con Rusia. Este barco fue detenido por Alemania en nombre de su neutralidad, que no le permitía el paso por el canal de Kiel, internacionalizado por el tratado de Versalles. Planteadas así las cosas, y, teniendo en cuenta los perjuicios para los interesados, el asunto fue sometido a la decisión de la Corte de la Haya, por intermedio de los gobiernos de Francia e Inglaterra, declarándose que una regla contractual aventajaba a una disposición unilateral.

Lamentablemente en el Perú, la jurisprudencia ha sido escasa en los ámbitos de los Códigos civiles de 1852, 1936 Y prosigue en el texto vigente que data de 1984. Según García Gastañeta, Los casos de derecho internacional privado pasaban desapercibidos en los estrados por ignorancia del abogado y del Juez. Esta divergencia judicial no ha podido establecer una jurisprudencia sólida en materia internacional privada.

Todavía no ha prosperado la idea de constituir una jurisdicción para litigios entre particulares. Según el jurista Jean Paul Niboyet[5], en dos hipótesis ha funcionado la jurisdicción internacional para esta clase de litigios, y son a saber:

1)La Comisión Central del Rhin, que conoce cuestiones relativas a la navegación;

2)Los tribunales arbitrales mixtos para la aplicación de los tratados de paz, y ante los cuales los particulares tienen acceso para litigar contra estados extranjeros o contra particulares.

[5] Niboyet, Jean Paul: "Les tribunaux pour la navigation du Rhin at le pouvoir judiciaire de la comisión centrale du Rhin" en Revue general du droil internacional public, 1923, p. 1 y ss.

5. LA DOCTRINA DE LOS JURISTAS

La doctrina, señalan Novak y garcía Corrochano, (…) es la actividad académico científico de interpretación y sistematización, por medio de la cual puede clarificarse el verdadero alcance y contenido de las normas jurídicas internacionales.

La doctrina del derecho internacional privado juega un rol capital, debido a las lagunas que se advierten en sus normas positivas: De ahí que, en tanto base científica del derecho internacional privado, esta contribuya a mantener siempre vivos y actualizados los textos legales, precisando la interpretación más aceptable para determinada norma jurídica y aportando casos de analogía, principios generales del derecho e ideas para el derecho futuro.

Es decir, la doctrina cumple una doble misión a saber:

a)Sistematizar e interpretar las normas positivas existentes por los cultores y doctrinarios;

b)Preparar los progresos de esta asignatura estableciendo relaciones entre los diversos sistemas positivos y científicos, para adoptar las soluciones uniformes que correspondan al caso. La doctrina tiene gran influjo en esta materia, debido a la deficiencia de la codificación y a la inexistencia de una verdadera jurisdicción internacional para litigios entre particulares[6].

La literatura científica del derecho internacional privado o de la solución de conflictos de leyes es

[6] YANGUAS DE MESSIA: derecho Internacional Privado, cit., Vol. I , p. 34.

abundante: también lo es su bibliografía en los sistemas extranjeros aunque no tan extensa como la del derecho internacional público. Hay que resaltar asimismo la obra de las instituciones científicas y de los congresos o conferencias internacionales que han dado un valioso aporte al progreso de esta ciencia. En este aspecto, se pueden citar algunas instituciones científicas:

a) *The Intemational Law Association,* creada en 1873 en Bruselas. Son importantes las célebres Reglas de York y Amberes (en materia de averías) y las de Copenhague (en materia de arbitraje).

b) *El Instituto Americano de Derecho Internacional,* fundado en 1912. Tuvo la preparación del denominado Código Bustamante.

c) *El Instituto Hispano-Luso-Americano de derecho internacional,* creado en 1951 y que tiende a la codificación y el estudio de los problemas que interesan a la comunidad hispano-luso-americano-filipina.

La doctrina en el Perú también es notoriamente escasa, marchando casi a la par con la jurisprudencia. Pero debemos rescatar los apuntes del francés Paul Pradier Foderé traducidos al castellano por Manuel Atanasio Fuentes en el siglo pasado; el del profesor sanmarquino Carlos García Gastañeta titulado *Derecho internacional privado* en dos ediciones, una de 1929 y la segunda de 1936; recientemente en el Perú deben mencionarse el estudio publicado al alimón por la doctora María del Carmen Tovar Gil y el doctor Javier Tovar Gil publicado en 1987 con el título *Derecho internacional privado.*

Sobre temas específicos podemos mencionar el

folleto de A. Ferreyros titulado *Conflicto de leyes acerca del Estado y capacidad civil en las personas* que salió publicado en el año 1910.

6. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Los principios generales del derecho constituyen, al decir de Arellano García, (…) directrices o postulados, producto de la reflexión lógico jurídica, que orientan a la realización de los valores jurídicos, principalmente los de justicia, seguridad y bien común.

Por su vocación universal, los principios generales del derecho se preservan a través del tiempo y del espacio, sirviendo de base para la creación de normas jurídicas generales (tratados, leyes) y normas jurídicas individualizadas.

En ese sentido, los principios generales del derecho desempeñan una función complementaria al ordenamiento jurídico nacional o internacional, cubriendo las omisiones a las normas jurídicas.

Es también fuente de la disciplina del derecho internacional privado o de los conflictos de leyes, la justicia, la misma que debe presidir los principios generales del derecho sin estar jamás ausentes. También se invoca el derecho material como evidente elemento constitutivo de la materia.

El gran jurista Savigny ha resaltado el valor de los clásicos conceptos *iuris praecepta (honeste vivere, nemineam laedare* y *suum cuique tribuere)*

extraídos del jurista romano Ulpiano, afirmando que son principios de moral y ética para fundar las normas jurídicas sobre las que reposa el derecho vigente.

No puede desconocerse que existen ciertos principios aceptados universalmente como la condena al fraude a la ley, el respeto a los derechos civiles de los extranjeros, la inaplicabilidad de la ley extranjera frente a normas imperativas de orden público, la supremacía del tratado sobre la ley interna y la condena al enriquecimiento sin causa, entre otros. Todos estos principios esenciales confluyen en el concepto de la justicia, que es el fundamento de todo el derecho internacional privado en la materia de conflictos de leyes y de jurisdicciones[7].

La doctrina ha adoptado algunos principios básicos, como son:

a)La ley extranjera no puede ser utilizada sino de acuerdo al *orden público internacional;*

b)El principio jurídico de la unidad de soluciones obliga a la *armonía internacional de las soluciones;*

c)El controvertido principio del respeto internacional de los derechos adquiridos;

d)El principio de gravedad de la relación jurídica de von Gierke denominado principio de la conexión más estrecha, reconocido por el segundo *Restatement* del American Institute of Law de 1971, que escoge el principio de la relación más significativa o *significant*

[7] MONROY CABRA: Tratado de derecho internacional Privado,cit., p. 38.

relationship;

e)El principio de la armonía interna;

f)El principio de la finalidad de las leyes internas con la prevalencia de la *lex fori*[8].

7. EL CODIGO CIVIL

El Código civil adquiere importancia cabal en esta materia relativa a las fuentes en el derecho internacional privado que se inserta en su texto. En el Código civil del Perú de 1984, sus normas están sistematizadas en el Libro X a diferencia de lo que sucedió en el texto del año 1936 que estaban adheridos en su título preliminar a manera de preámbulo de la ley.

Este Libro X del Código civil de 1984 tiene cuatro títulos de los artículos 2046 al 2111. El título I es de disposiciones generales y el título III de la ley aplicable con normas sustantivas y los títulos con los números II y IV confiere las normas sobre la competencia jurisdiccional y del reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros que constituyen normas procesales.

[8] KEGEL, Gerhard: *Derecho internacional priuado,* Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1982, p. 80.