

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Colección **Lo Esencial del Derecho** 22

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

CÉSAR DELGADO BARRETO
MARÍA ANTONIETA DELGADO MENÉNDEZ

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Delgado Barreto, César, 1927-
L Derecho internacional privado / César Delgado Barreto, María Antonieta Delgado Menéndez.-- 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).
194 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 22)

Bibliografía: p. [187]-192.

D.L. 2017-11236

ISBN 978-612-317-292-3

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho internacional privado - Interpretación y aplicación I. Delgado Menéndez, María Antonieta, 1961- II. Pontificia Universidad Católica del Perú III. Título IV. Serie

BNP: 2017-2768

Derecho internacional privado

César Delgado Barreto / María Antonieta Delgado Menéndez

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 22

© César Delgado Barreto / María Antonieta Delgado Menéndez, 2017

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: setiembre de 2017

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-292-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2017-11236

Registro del Proyecto Editorial: 31501361700975

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15
1. Objeto y contenido del derecho internacional privado (DIP)	15
1.1. Objeto del DIP	15
1.2. Contenido del DIP	16
2. Métodos del derecho internacional privado: pluralismo metodológico normativo (complementariedad)	17
2.1. Método conflictual o de elección: características esenciales y limitaciones	17
2.2. Método sustancialista o de creación: normas materiales	21
2.3. Método autolimitativo o de exclusión	27
3. Fuentes formales del derecho internacional privado	28
3.1. Visión de conjunto de las fuentes internas relacionadas con el contenido del DIP: goce, ejercicio y sanción de los derechos	28
3.2. Fuentes formales del conflicto de leyes: internas e internacionales	28
4. Preguntas	31
CAPÍTULO 1	
GOCE DE LOS DERECHOS Y SUJETOS DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES	33
1. Nacionalidad	33
1.1. Teoría general de la nacionalidad	33

1.2. La nacionalidad en el orden internacional	34
1.3. Legislación peruana sobre nacionalidad	36
2. Condición de los extranjeros	37
2.1. Condición de las personas naturales	37
2.2. Condición de las personas jurídicas	39
3. Preguntas	40
CAPÍTULO 2	
EJERCICIO DE LOS DERECHOS	41
PARTE GENERAL: APARICIÓN DE LA TEORÍA CONFLICTUAL, SISTEMA GENERAL DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LEYES Y RELACIONES DE LOS SISTEMAS DE LOS CONFLICTOS DE LEYES	41
1. Aparición de la teoría conflictual	41
2. Sistema general de solución de los conflictos de leyes	43
2.1. Categorías y funciones. Adaptación	43
3. Relaciones de los sistemas de los conflictos de leyes	45
3.1. Conflictos de calificación	45
3.2. Conflictos de conexión: positivos y negativos	48
3.3. La cuestión previa	54
3.4. Conflictos de la ley en el tiempo	58
3.5. Aplicación del derecho extranjero	64
3.6. Interferencia de la ley interna peruana en el juego de las reglas de conflicto: orden público internacional	70
3.7. Excepción de fraude a la ley	76
4. Preguntas	82
PARTE ESPECIAL: CATEGORÍAS SUSTANCIALES (PERSONAS, BIENES, ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS)	83
SECCIÓN PRIMERA: DERECHO DE LA PERSONA, FAMILIA Y SUCESIONES	83
1. Derecho de la persona: estatuto personal	83
1.1. Determinación de la ley personal de las personas naturales	83
1.2. Comienzo y extinción de la personalidad	84

1.3. Declaración de ausencia	85
1.4. Estatuto individual	86
1.5. Capacidad	87
1.6. Las incapacidades de ejercicio	90
1.7. Dominio de la ley del domicilio	91
2. Derecho matrimonial internacional	92
2.1. Formación del matrimonio	93
2.2. Efectos del matrimonio	94
2.3. Dominio de la ley aplicable	95
2.4. Nulidad del matrimonio	96
2.5. Unión libre	98
3. Decaimiento y disolución del vínculo conyugal	98
3.1. Ley aplicable a la admisibilidad del divorcio y a la separación de cuerpos	99
3.2. Ley aplicable a las causales de divorcio y a la separación de cuerpos	99
3.3. Aplicación por los tribunales peruanos de leyes extranjeras en materia de divorcio y separación de cuerpos: orden público internacional	100
3.4. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de divorcio y separación de cuerpos: orden público internacional	100
3.5. Efectos del divorcio y la separación de cuerpos	101
4. Derecho de filiación internacional	101
4.1. Caracteres generales	101
4.2. Filiación matrimonial	103
4.3. Filiación extramatrimonial	104
4.4. Legitimación	105
4.5. Filiación adoptiva internacional	105
5. Derecho de sucesión internacional	108
5.1. Determinación de la ley sucesoral	108
5.2. La calificación de la sucesión en el derecho comparado	108
5.3. Legislación nacional interna	109
5.4. Problemas comunes a la sucesión testamentaria e intestada	109
5.5. Sucesión testamentaria	111

5.6. Sucesión intestada	111
5.7. La ley sucesoria y el orden público internacional	112
5.8. Régimen patrimonial del matrimonio y derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente	112
6. Preguntas	113
SECCIÓN SEGUNDA: DERECHO PATRIMONIAL (PERSONAS JURÍDICAS, BIENES, OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL)	
1. Personas jurídicas	114
1.1. Personas jurídicas de derecho público	114
1.2. Personas jurídicas de derecho privado	115
1.3. Legislación nacional	116
1.4. Fusión	117
1.5. Asociaciones y fundaciones	118
2. Estatuto real	119
2.1. Bienes corporales	119
2.2. Bienes incorporeales	123
3. Estatuto de los actos jurídicos patrimoniales	127
3.1. Obligaciones contractuales	127
3.2. Responsabilidad civil en el derecho internacional privado	135
3.3. Obligaciones que nacen por mandato de la ley y las demás fuentes	139
3.4. Prescripción extintiva de acciones personales	140
4. Preguntas	141
CAPÍTULO 3	
SANCIÓN DE LOS DERECHOS: CONFLICTOS DE JURISDICCIONES	
1. Competencia jurisdiccional internacional de los tribunales peruanos	143
1.1. Introducción	143
1.2. Naturaleza jurídica de las normas de competencia de jurisdicción	144
1.3. Clasificación de la competencia	144
2. Desarrollo del proceso	158
2.1. Ley aplicable al proceso	158

2.2. Reglas de procedimiento internacional	160
2.3. La prueba	162
2.4. Cooperación judicial internacional	165
3. Reconocimiento de sentencias extranjeras	168
3.1. Decisiones susceptibles de <i>exequatur</i>	169
3.2. Distinción de las decisiones de derecho privado de las penales y administrativas	170
3.3. Actos de jurisdicción voluntaria	170
3.4. Requisitos para el reconocimiento de la sentencia extranjera	171
3.5. Reconocimiento de sentencias extranjeras de quiebra	180
4. Ejecución de las sentencias extranjeras	182
4.1. Valor probatorio y autoridad de cosa juzgada	184
4.2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras administrativas regidas por el título IV del libro X del Código Civil	185
5. Preguntas	186
BIBLIOGRAFÍA	187

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (DIP)

1.1. Objeto del DIP

La mayor parte de las relaciones jurídicas privadas que se realizan en un país están regidas por su derecho interno —matrimonios, divorcios, contratos, etc.—; sin embargo, debido al extraordinario desarrollo de las comunicaciones y a la naturaleza sociable y cosmopolita del ser humano, las relaciones privadas se han globalizado. De tal forma que cada vez es más frecuente la necesidad de aplicar en el país leyes extranjeras y aceptar la jurisdicción de tribunales foráneos, lo cual es la materia de estudio del derecho internacional privado (DIP).

Desde Savigny, en el siglo XIX, la doctrina considera que el objeto del DIP es la «relación privada internacional» (RPI). Es «privada», en el sentido de que los sujetos que participan son personas jurídicas de derecho privado o también de derecho público, siempre que actúen con carácter privado; además, es «internacional» cada vez que uno de los elementos relevantes de la relación privada —sujetos, bienes, actos o hechos jurídicos— sea extranjero. En el caso de los sujetos, sea por su nacionalidad o domicilio; en los bienes, por la situación del bien corporal; en los contratos, por la elección de las partes de una ley extranjera; y, por último, respecto a los

hechos jurídicos, cuando la reparación civil sea responsabilidad de un extranjero.

Por otro lado, según Anzilotti, el DIP tiene una doble naturaleza:

- a) Es un derecho «predominantemente estatal» desde una perspectiva formal, ya que predominan cuantitativamente las fuentes internas (libro X del CC).
- b) Tiene una tarea «supranacional», dado que organiza la cooperación entre ordenamientos jurídicos independientes.

1.2. Contenido del DIP

En relación al contenido del DIP, este se refiere a las materias jurídicas que forman parte de la temática de nuestra disciplina. Al respecto, existen distintas concepciones: desde la «concepción estricta», para la cual el contenido se reduce al conflicto de leyes, como a su estudio y solución, y que fue la antigua concepción alemana; pasando por la «concepción intermedia», que es la anglosajona, para la cual el contenido está conformado por el conflicto de leyes y el conflicto de jurisdicciones; y por último, la «concepción amplia», que es la francesa y la peruana, según la cual —siguiendo a Batiffol y Lagarde (1981, t. I, pp. 3-7)—, el contenido del DIP comprende: a) goce de los derechos (nacionales y extranjeros); b) ejercicio de los derechos (conflicto de leyes); y c) sanción de los derechos (conflicto de jurisdicciones). A esto habría que añadir, por su importancia actual, el derecho material uniforme del método sustancialista interetático elaborado sobre la base de convenios internacionales.

Rasgos actuales del tráfico externo

Hay un incremento cualitativo y cuantitativo de las relaciones privadas internacionales debido principalmente a:

- a) La movilidad de las personas naturales: migraciones de los habitantes de los países del sur hacia los del norte en busca de trabajo. En estos

últimos años, también se han incrementado los desplazamientos de refugiados, sobre todo hacia Europa, provenientes del Medio Oriente, principalmente de Siria, además del incremento del turismo internacional.

- b) Presencia significativa de las personas jurídicas, lo cual constituye un instrumento esencial para la creación tecnológica, económica y comercial que se acrecienta con las fusiones internacionales.
- c) Participación de los Estados en la actividad económica como asociaciones público-privadas principalmente.

2. MÉTODOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: PLURALISMO METODOLÓGICO NORMATIVO (COMPLEMENTARIEDAD)

En la actualidad, la doctrina unánimemente considera que, si bien el método conflictual sigue siendo el más importante, no es el único, pues se complementa con los métodos sustancialista y autolimitativo.

2.1. Método conflictual o de elección: características esenciales y limitaciones

Se caracteriza por la disociación entre la competencia jurisdiccional (tribunal/foro) y la competencia legislativa (ley/norma). Vale decir que un juez nacional puede aplicar una ley material extranjera. Por ejemplo, un juez peruano puede ser competente para conocer una sucesión porque existen bienes muebles en el Perú (artículo 2058, inciso 1 del CC); pero, como el último domicilio del causante está ubicado en el extranjero, será la ley de ese país la que regirá la sucesión (artículo 2100 del CC).

Se denomina «método de elección» porque soluciona el conflicto de leyes de acuerdo a las normas conflictuales del juez (ley formal), las cuales designan la ley material nacional o extranjera aplicable sobre la base de la localización de las relaciones privadas internacionales.

Así, por ejemplo, el estatuto personal —que comprende, según el derecho positivo peruano, el estado y capacidad civil de la persona natural, el derecho de familia y el derecho de sucesiones— se rige por la ley del domicilio; el estatuto real —referido a los bienes corporales— se rige por la ley del lugar de la situación de los mismos; los actos jurídicos patrimoniales contractuales se rigen por la ley de autonomía de la voluntad; y, finalmente, la responsabilidad civil se rige por la ley del lugar donde se ocasionó el daño materia de indemnización.

2.1.1. Características del método conflictual

Las características esenciales de este método son las siguientes:

- a) Cada Estado tiene su propio sistema conflictual. El sistema conflictual peruano se encuentra en el libro X, título III, del CC.
- b) La solución que se proporciona al caso es indirecta a través de las normas de conflicto; por ejemplo, el artículo 2100 del CC.
- c) La elección de la ley aplicable debe realizarse a favor del derecho nacional con el cual el caso se encuentra más relacionado —centro de gravedad de la relación privada internacional (GIERKE).
- d) Tanto la ley material del foro como la ley extranjera están en un plano de igualdad.
- e) La elección puede ser «rígida», como es en el caso del estado y capacidad (artículo 2070 del CC); o «flexible», como sucede en la filiación matrimonial (artículo 2083 del CC: «La filiación matrimonial se determina por la ley más favorable a la legitimidad entre las de la celebración del matrimonio o la del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo»).

2.1.2. Características fundamentales de la norma conflictual

La norma conflictual es «indirecta» porque no resuelve el problema en cuestión, si no tan solo designa la ley material que proporcionará

la solución; o «bilateral» porque la ley designada por esta como competente puede ser tanto una ley extranjera como la propia ley material del juez.

Asimismo, las normas de conflicto pueden ser, atendiendo al lugar de su procedencia y a su fuente formal de positivización: internas, como creación del legislador nacional, e internacionales, como producto de un convenio. Las primeras son más numerosas; sin embargo, las segundas, aunque menores en cantidad, ocupan actualmente un lugar cada vez más importante en la reglamentación del tráfico interno.

Las fuentes internacionales son, en la mayor parte de los casos, normas convencionales surgidas a partir del acuerdo entre Estados, entre las cuales cabe destacar: el Código Bustamante de derecho internacional privado de 1928, los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y las conferencias interamericanas de derecho internacional privado celebradas a partir de 1975.

2.1.3. Elementos constitutivos de una norma conflictual

Podemos reconocer tres elementos característicos:

- a) El supuesto de hecho o tipo legal, el cual no viene a ser una relación concreta, sino, como bien señala el profesor Yanguas Messia, «todo un grupo de instituciones o la institución misma en su conjunto» (1958, p. 186). Este supuesto de hecho estaría entonces compuesto por categorías abstractas o genéricas, por conceptos generales (como lo llaman los franceses; o conceptos sintéticos o colectivos, como los denominan los italianos y los alemanes, respectivamente). Este hecho le otorga al juez una importancia fundamental en la aplicación de una regla de conflicto a un caso concreto. Supone un trabajo de abstracción conceptual por parte del legislador y la doctrina; así como un razonamiento sobre y a través de categorías jurídicas.
- b) La consecuencia jurídica. Es el segundo elemento que conforma la norma de conflicto; el cual, debido a la naturaleza especial de

este tipo de normas, presenta como características fundamentales ser indirecta e indeterminada.

- c) Punto de conexión. Aquel elemento de la norma de conflicto que sirve de enlace entre los otros dos elementos. Engarza el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica, en la medida que expresa la relación de las personas, las cosas o los actos con un determinado ordenamiento jurídico. Toma como punto de partida el punto de vista del ordenamiento del juez que debe localizar una relación privada en uno de los ordenamientos estatales con los que dicha relación se encuentra conectada.

La clave radica, entonces, en hallar la conexión más importante, la más razonable del caso, con un ordenamiento jurídico determinado. Será cada Estado nacional el que elija las conexiones que estime relevantes en las relaciones privadas internacionales. En tal sentido, el punto de conexión se nos presenta como la característica de todos los elementos de la norma de conflicto. Nos recuerda Carillo-Salcedo que este elemento permite la internacionalización de la reglamentación a través de la localización de la relación a regular en el ordenamiento estatal con el cual esta guarda una vinculación más estrecha.

2.1.4. Principales limitaciones

Las limitaciones primordiales del método conflictual son las siguientes:

- a) Proporciona una solución interna a un problema de naturaleza y carácter internacional, ya que remite la solución del caso a la ley material interna con la cual se encuentra más vinculada.
- b) No toma en cuenta la injerencia del Estado en el desenvolvimiento de las relaciones privadas internacionales, dado que no contempla la aplicación del método autolimitativo.

2.1.5. Procedimiento del método conflictual

- a) Punto de partida: el conflicto de leyes parte de la existencia de un sinnúmero de relaciones jurídicas que no se realizan en un único ordenamiento jurídico, sino que traspasan las fronteras estatales, produciéndose así un «conflicto de leyes» entre los diferentes ordenamientos jurídicos vinculados.
- b) Problema a resolver: determinar cuál de todos los ordenamientos jurídicos involucrados es el competente para regir una determinada relación internacional.
- c) Solución del conflicto: es resuelto por las normas de conflicto, las cuales cumplen su función designando la ley material, nacional o extranjera, que lo resolverá en función de la importancia de los vínculos que esta presenta en el supuesto a regular. Esto supone una tarea de localización de la relación o situación internacional a ser regulada, a través de un procedimiento especial de reglamentación, donde las normas de conflicto cumplen su misión remitiendo al ordenamiento a la ley que ha de proporcionar la solución.

Nos recuerda la profesora Delgado Menéndez que las normas de conflicto no resuelven directamente «una cuestión jurídica», ya que no contienen disposiciones de derecho material que regulen directamente la relación privada internacional; sino que es una norma formal, mediata e indirecta que agota su función señalando, respecto de cada categoría de hechos o relaciones jurídicas, la ley material interna que resolverá directamente el asunto en cuestión.

2.2. Método sustancialista o de creación: normas materiales

Dado el aumento exponencial de las relaciones privadas internacionales a nivel mundial y a la necesidad de resolver de una manera uniforme la problemática jurídica del comercio internacional, se hizo necesario organizar el método sustancialista sobre la base de normas materiales.

No obstante, este método de reglamentación solo alcanza plenamente su objetivo cuando existe una «comunidad de principios jurídicos» que permite el logro de soluciones realmente uniformes entre los ordenamientos jurídicos en presencia.

Este método provee al DIP de normas sustantivas especiales que regulan de modo directo las consecuencias jurídicas de un supuesto de hecho con elementos extranjeros jurídicamente relevantes, dotando así a la relación jurídica internacional de una regulación material directa, específica y propia, en contraposición al método conflictual, que no regula directamente el supuesto de tráfico externo, sino que cumple su función mediante la designación del derecho material competente para reglamentar. Como bien lo señala Carrillo Salcedo: «Aún cuando en ambos casos, se parte de la relación extranacional a reglamentar, en tanto objeto fundamental del derecho internacional privado, y no de la norma jurídica cuyo ámbito de aplicación y eficacia se trata de determinar, el problema se aborda y se resuelve de modo diferente en cada uno de ellos» (1985, pp. 111-112).

2.2.1. Clasificación

Las normas sustantivas se clasifican, según su fuente de creación, en étáticas, interetáticas y extraetáticas.

A) Las normas materiales étáticas

Las normas materiales étáticas deben su creación a una ley nacional, que hace que la RPI quede sometida a un derecho privado nacional creado especialmente para regularla. Tenemos, como ejemplo, las normas materiales referidas a la importación y exportación de mercancías, créditos entre sujetos domiciliados en distintos países, entre otros.

Existen supuestos en que una relación extranacional recibe una solución contraria a la que el propio ordenamiento tiene para las relaciones privadas internas; en otras, en cambio, se coordina con una norma conflictual; por ejemplo, el art. 2068 del CC:

El principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio. Cuando un efecto jurídico dependa de la sobrevivencia de una u otra persona y estas tengan leyes domiciliarias distintas y las presunciones de sobrevivencia de estas leyes fueran incompatibles, se aplica lo dispuesto en el art. 62.

También son normas materiales éticas las relativas a los conflictos de jurisdicciones (título II y IV del libro X del CC).

Una de sus principales limitaciones es que, si bien el ordenamiento jurídico del foro establece una reglamentación específica y adecuada a las relaciones de tráfico interno, esta desatiende las soluciones previstas por otros ordenamientos jurídicos para el mismo tipo de situaciones, tomando en cuenta solamente sus propios intereses y sus propias concepciones.

B) Las normas materiales interetáticas

Las normas materiales interetáticas tratan de armonizar las propias soluciones con las de otros sistemas jurídicos a fin de lograr un cierto grado de homogeneidad legislativa. Se percibe una marcada tendencia hacia la uniformidad legislativa, esencial en nuestros días para garantizar la estabilidad y seguridad del comercio internacional. En tal contexto —según Carrillo Salcedo (1985)—, el derecho uniforme se nos presenta como el conjunto de disposiciones legislativas adoptadas por los Estados con un doble objetivo:

- Someter a la misma reglamentación determinadas relaciones jurídicas borrando la diversidad legislativa entre los ordenamientos en presencia y excluyendo así su posible conflicto. Este objetivo se consigue gracias a la acción conjunta de los diferentes Estados interesados, los cuales coordinan su labor legislativa a través de los distintos convenios o tratados internacionales.
- Proporcionarle mayor estabilidad y seguridad jurídica a todas las relaciones privadas internacionales. El progresivo incremento, desde el siglo XX, de las RPI, así como de la homogeneidad conceptual

en torno a determinadas categorías, esencialmente mercantiles, ha suscitado la creación de soluciones sustantivas convencionales. Las referidas normas operan muchas veces como limitativas de la autonomía de reglamentación de las partes en sus relaciones contractuales, ya que en múltiples ocasiones establecen ciertas reglas en contra de las cuales las partes no pueden pactar en aras de proteger determinados intereses fundamentales comunes a los Estados firmantes del tratado o convención.

C) Las normas materiales extraetáticas

Las normas materiales extraetáticas, denominadas también «*lex mercatoria*», nacen por la acción autónoma y espontánea de la práctica del comercio internacional. Este derecho consuetudinario uniforme solo tiene vigencia en la medida en que los Estados lo consientan. Entre sus características y ventajas más importantes figuran:

- La *lex mercatoria* o derecho espontáneo comprende fundamentalmente el derecho corporativo y profesional de ciertos sectores de la vida internacional. Los usos y costumbres —por ejemplo, los relativos al mercado de euro-obligaciones—, las condiciones generales de venta de la Cámara Internacional de Comercio, los contratos tipo —como, por ejemplos, los de la London Corn Trade Association—, el arbitraje privado internacional.

Como señala Carrillo Salcedo (1985), la sociedad internacional extraestatal y no nacional de compradores y vendedores se apoya sobre organizaciones profesionales que elaboran un derecho corporativo o profesional, emplea contratos tipo, manifiesta una marcada predilección por el arbitraje y tiene la firme convicción de que las relaciones mercantiles internacionales deben regularse por sus normas propias y específicas. Según esta concepción, las materias que integrarían la nueva *lex mercatoria* serían todas las relativas al comercio internacional.

- Lo fundamental reside en que este derecho espontáneo permite regular en forma preventiva una multiplicidad de relaciones que se dan con frecuencia en la sociedad internacional, dotando así al comercio internacional de un método directo, ágil y propio para regular y facilitar el desenvolvimiento de las relaciones mercantiles internacionales, ya que son los propios comerciantes organizados quienes se asocian y dictan sus reglas de uso.

2.2.2. *Limitaciones*

Como límites de este método tenemos:

- a) Las reglas materiales, al ser de carácter excepcional y, por tanto, aplicables solo en el definido espacio de su mandato expreso, no pueden extender su aplicación fuera de su ámbito. Esto significa que aquellos aspectos no alcanzados por las normas materiales pertenecen al dominio exclusivo de las normas de conflicto, incluso en el campo del arbitraje internacional, donde se pretende excluir el método conflictual vía la autonomía de la voluntad de las partes, no se ha podido descartar el empleo de dicho método, en los casos donde el derecho material referido o autogestado se ha revelado insuficiente.

De este modo, dado que el derecho material uniforme no consigue preverlo todo, ninguna de las variedades del derecho uniforme convencional ha podido excluir totalmente el empleo de las normas de conflicto. Por tanto, como resalta Operti Badan, el método conflictual no solo mantiene aún una función que le es propia e indelegable —esto es, resolver la aplicación de la ley en el espacio—; sino que ahora, además, cuenta con otra importante tarea: delimitar el alcance de las normas materiales uniformes respecto de los derechos nacionales aplicables a la misma materia.

- b) Si bien la finalidad del derecho uniforme es borrar la diversidad de los ordenamientos jurídicos y excluir así su posible conflicto, esta

diversidad no llega a desaparecer, aun en los casos en que se logre una uniformización del derecho. Esto sucede debido a que:

- Es sumamente difícil unificar de manera efectiva el derecho entre Estados que siguen siendo independientes.
- Para que una ley sea verdaderamente uniforme tendría que regir sociedades de un mismo desarrollo económico y de civilizaciones equivalentes.
- La unificación solo es posible en ciertas materias que pueden ser unificadas debido a que no ofrecen mayor resistencia por parte de los Estados, dado que se trata de materias en donde existe un fondo común de principios jurídicos. Si falta esa coincidencia de ideas, nos dice Boggiano, no sería justo sacrificar algunas concepciones nacionales, aunque parezcan injustas desde las perspectivas de las otras, en aras de estas últimas.
- Podemos observar que la uniformidad del derecho no es realizable sino dentro de límites bastantes restringidos, exigiendo por parte de los Estados un sacrificio más grande que el que supone la creación de reglas comunes del conflicto de leyes, puesto que esta los obliga a renunciar a su propia legislación ante la presencia de una nueva legislación internacional, como nos dice Niboyet.
- La creación de soluciones generales, directas y uniformes no garantiza, sin embargo, soluciones uniformes concretas en todos los casos debido a que, ante la ausencia de un tribunal internacional con competencia específica para resolver los casos de DIP, estos tienen que ser resueltos por los tribunales nacionales; los cuales, al aplicar soluciones convencionales uniformes, pueden fácilmente introducir la desunificación jurisprudencial de las soluciones.

Como ejemplo, podemos citar los convenios de unificación de transporte marítimo (Bruselas) y de navegación aérea (La Haya); así como, los de venta internacional de mercaderías (Convención de Viena).

2.3. Método autolimitativo o de exclusión

Son normas de derecho interno de aplicación necesaria, cuya observancia —según Francescakis— es necesaria para salvaguardar la organización política, social o económica del país. La característica principal es que no concede relevancia jurídica alguna a los elementos extranjeros eventualmente existentes en el supuesto a regular. Por ser excepciones, deben ser interpretadas de forma restrictiva.

Por su parte, Carrillo Salcedo manifiesta que el fundamento de la aplicación necesaria radica en que el Estado debe velar por la integridad de sus estructuras sociales y que, por ello, la cooperación internacional solo podrá comenzar una vez que aquel deber primario haya sido cumplido y aquella exigencia básica haya quedado satisfecha.

El reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en su artículo 9 se refiere a las leyes de policía expresando:

1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como, su organización política, social o económica; hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.
2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.
3. También podrá darse efecto a la ley de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como, las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

3. FUENTES FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por fuentes formales, se entiende las formas de las que puede deducirse lo que es válido como derecho. Estas pueden ser internas o internacionales.

3.1. Visión de conjunto de las fuentes internas relacionadas con el contenido del DIP: goce, ejercicio y sanción de los derechos

Las fuentes internas peruanas relacionadas con el contenido del DIP están referidas a: (i) goce de los derechos: nacionalidad (inciso 21 del artículo 2, artículos 52 y 53 de la Constitución; ley de nacionalidad 26574); condición de los extranjeros (artículo 2046 del CC); y limitaciones al ejercicio de la propiedad y al derecho del trabajo; (ii) ejercicio de los derechos: conflicto de leyes (título III del libro X del CC referido a la ley aplicable); (iii) sanción de los derechos: conflictos de jurisdicciones —competencia de los tribunales peruanos (título II del libro X del CC)— y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (título IV del mismo libro).

3.2. Fuentes formales del conflicto de leyes: internas e internacionales

3.2.1. Fuentes internas del conflicto de leyes

Su jerarquía está determinada en el artículo 2047 del CC (tratados, normas del libro X y, supletoriamente, la doctrina). No considera de manera errónea a la jurisprudencia ni a la costumbre.

En el DIP hay un predominio cuantitativo de las fuentes internas frente a las internacionales. Esto debido a que el conflicto de leyes es, predominantemente, materia del derecho privado; asimismo, los tribunales internos son de fácil acceso y sus decisiones son ejecutoriales. Además, los Estados extranjeros se desinteresan de los litigios de derecho privado, preocupándose solo de estos cuando existe discriminación y denegación

de justicia. Sin embargo, hay que reconocer que, dado el carácter internacional de nuestra disciplina, las fuentes internas son insuficientes.

3.2.2. Fuentes internacionales del conflicto de leyes

Están consideradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: a) las convenciones internacionales (tratados); b) la costumbre internacional; c) los principios generales del derecho; y —como medios subsidiarios—, d) las decisiones judiciales; y e) la doctrina de los publicistas.

Cabe mencionar que, a tenor del artículo 59, las decisiones de la Corte no son obligatorias, sino para las partes en litigio y que el artículo 38 no restringe la facultad de la Corte para resolver un litigio en equidad, si las partes así lo consideran.

Los tratados internacionales tienen por finalidad resolver las dificultades nacidas de las divergencias entre las legislaciones. Entre los tratados multilaterales tendientes a la unificación de las reglas de conflicto, podemos mencionar: a) Tratado de Lima de 1877, donde se aprobaron reglas en materia de estatuto personal, competencia judicial y penal, así como ejecución de sentencias; b) Tratado de Montevideo de 1889, que consta de cuatro libros (derecho civil internacional, mercantil internacional, penal internacional y procesal internacional); c) Código Bustamante o Tratado de la Habana de 1928, que consta de cuatro libros (derecho civil internacional, mercantil internacional, marítimo y aéreo internacional y procesal internacional); d) las convenciones interamericanas de DIP realizadas en Panamá (1975), Montevideo (1979), La Paz (1984), Montevideo (1989), México (1994) y Washington (2002); y, e) las conferencias de derecho internacional de La Haya que persiguen la coexistencia organizada entre los sistemas conflictuales.

Principios generales del derecho

Según Dreyfus, los principios generales del derecho son aquellos comunes a todos los sistemas de derecho interno traspuestos al derecho internacional.

Así, por ejemplo, son reglas esenciales: que las obligaciones contraídas por las partes deben ser obligatoriamente observadas (*pacta sunt servanda*); sin embargo, si en el transcurso del tiempo las circunstancias esenciales cambian y rompen el equilibrio del contrato, es posible la modificación del mismo (*rebus sic stantibus*); el principio de buena fe; la continuidad del Estado; y la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

Al respecto, el juez arbitral en el caso de la Texaco contra el gobierno libio, en que se había dispuesto que, de haber discrepancias entre la normas del derecho libio y las del derecho internacional, debían primar los principios generales del derecho, el árbitro Dupuy dispuso que la expresión «derecho internacional» es más amplia que la de principios generales del derecho, pues comprende además a la costumbre.

Reglas consuetudinarias

El derecho internacional público obliga a todo Estado a tener y a aplicar un sistema conflictual; sin embargo, se reconoce la libertad de los Estados de escoger sus propias reglas de conexión. Son ejemplos de normas consuetudinarias: a) que la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar de su celebración; y b) que al derecho real de los bienes corporales le es aplicable la ley del lugar de su situación.

Jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales

- Sobre nacionalidad: existen decisiones importantes de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*, sobre la nacionalidad de las personas naturales, y, en el caso *Barcelona Traction Company*, sobre personas jurídicas, que los veremos cuando desarrollemos el tema de la nacionalidad.
- Sobre condición de extranjeros: sentencia de la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso *Chorzow*, según la cual, si bien los Estados tienen el derecho de expropiar, la confiscación es contraria al derecho internacional público.

- Sobre el conflicto de leyes: sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el pago de diversos empréstitos serbios y brasileros colocados en Francia. Según la Corte, todo contrato, que no es uno entre Estados en tanto que sujetos de derecho internacional, tiene su fundamento en una ley nacional y, por tanto, sería aplicable la ley francesa donde fueron adquiridos los empréstitos.

4. PREGUNTAS

1. ¿A qué responde la existencia del DIP?
2. ¿Está usted de acuerdo en que el contenido del DIP comprenda el goce de los derechos? ¿Sobre la base de qué fundamentos?
3. ¿Por qué no se puede identificar el DIP con el método conflictual?
4. ¿Cree usted que la globalización puede llevar a que el método sustancialista sea el único de nuestra disciplina?
5. ¿Cuáles son las principales limitaciones de las normas extraetáticas?
6. Dé dos ejemplos: de una RPI y de una relación privada interna.
7. ¿Por qué en el DIP abundan las fuentes internas frente a las internacionales?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 1

GOCE DE LOS DERECHOS Y SUJETOS DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

El primer problema que se plantea en el DIP es: ¿quién tiene derecho? A lo cual, Batiffol y Lagarde (1981) responden con la distinción entre nacionales y extranjeros.

1. NACIONALIDAD

1.1. Teoría general de la nacionalidad

Existen dos nociones de nacionalidad: de hecho y de derecho. La primera no reposa sobre ningún criterio absoluto. Según Hauriou: «[...] es el resultado de una cierta población que ha vivido sobre un territorio dado de una manera continua, creándose una mentalidad» (1925, p. 9).

La segunda es la pertenencia de un individuo a la población constitutiva de un Estado, lo cual tiene consecuencias tanto en el derecho internacional público como en el privado. En este último existe igualdad de derechos civiles entre nacionales y extranjeros, con ciertas limitaciones; mientras que, en el derecho penal no existe mayor diferencia.

En lo que respecta a las relaciones entre la nacionalidad de hecho y la de derecho, en el siglo XIX se insistió en la idea de un Estado para cada nación, lo cual es deseable, pero no siempre posible. Como ejemplo tenemos al Estado peruano, el cual ha sido declarado constitucionalmente como un país plurinacional (artículo 1, inciso 19, de la Constitución).

En lo que respecta al lazo jurídico de la nacionalidad, todas las personas naturales deberían tener una nacionalidad y se admite, actualmente, que las personas jurídicas tienen la nacionalidad dada por su lugar de constitución o su sede social. Cabe resaltar que las cosas no tienen nacionalidad.

1.2. La nacionalidad en el orden internacional

La nacionalidad es establecida por cada Estado soberano. Sin embargo, esta libertad puede encontrar una limitación en los tratados y en los principios generales reconocidos en el derecho internacional. Los tratados más importantes en la materia son la Convención de La Haya de 1930 y el Código Bustamante de 1928 que rige en América Latina.

1.2.1. Conflictos de nacionalidades

A) Cúmulo de nacionalidades

Se presenta cuando una persona tiene más de una nacionalidad. Hasta el siglo XX, no era admitido; pero, en la actualidad, la mayoría de los países lo acepta.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Nottebohm*, en 1945, señaló que «la nacionalidad es el vínculo jurídico que tiene como sustento un hecho social de adherencia, un vínculo genuino de existencia, de intereses, de sentimientos, conjuntamente con la existencia de derechos y deberes recíprocos» (1955, p. 15). Sobre la base de ello, sentenció que Guatemala no estaba obligada a reconocer la nacionalidad conferida a *Nottebohm* por el Estado de Liechtenstein.

B) Apatridia

Es la consecuencia del conflicto negativo de nacionalidad. La Convención sobre Estatuto de los Apátridas de 1954 expresa que el término «apatrida» designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación.

La ONU, en 1975, aprobó un convenio para reducir los casos de apatridia; el cual, en su artículo 1, determina que: «Los Estados deben conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de apatridia». En 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del conflicto sobre nacionalidad de las niñas Jean y Bosico *vs.* República Dominicana, sentenció que: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho de cambiarla» (fundamento 125).

La República Dominicana debe tomar todas las medidas necesarias para restituir la nacionalidad y, con ella, los derechos ciudadanos y humanos a todos los afectados por una sentencia del Tribunal Constitucional de 2013 que, con carácter retroactivo, dejó apátridas a decenas de miles de dominicanos de origen haitiano, así lo afirma el último informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de 2015: la sentencia de 2013 fue «discriminatoria porque afectó principalmente a personas de descendencia haitiana. La situación de apátrida generada por la sentencia 168/13 es de una magnitud nunca antes vista en América», advirtió el relator sobre los derechos de los migrantes, Enrique Gil Botero, tras la publicación del informe sobre la situación de derechos humanos en la República Dominicana.

1.2.2. Nacionalidad de las personas jurídicas

Ciertos autores —sobre todo argentinos y mexicanos— niegan la nacionalidad de las personas jurídicas por considerar que solo las personas naturales tienen una nacionalidad. Sin embargo, reconocen que las personas morales deben referirse a un Estado por múltiples razones. La realidad es que esta noción de nacionalidad es profundamente diferente al de las personas físicas, pero existe de todas maneras un lazo entre el Estado y la persona jurídica que se constituye.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la Barcelona Traction Light Power Company, reconoció la nacionalidad de las personas jurídicas fijando como criterio de determinación el lugar de la constitución y el de la sede social.

1.3. Legislación peruana sobre nacionalidad

El ordenamiento peruano contempla dos formas de conseguir la nacionalidad: por origen y adquirida. A tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Constitución y la ley de nacionalidad (ley 26574), la «nacionalidad de origen» puede ser obtenida sobre la base del lugar de nacimiento o de la nacionalidad de los padres. Esta última está condicionada, según la ley, a la inscripción frente a autoridad competente durante su minoría de edad.

Por otro lado, la «nacionalidad adquirida» puede obtenerse por «naturalización» o por «opción». Se diferencian en que mientras la naturalización es un derecho, la opción es una gracia.

Los nacionales de origen tienen la plenitud de los derechos políticos, no así los peruanos por nacionalidad adquirida, quienes no pueden ser elegidos para ocupar los más altos cargos públicos.

La ley de nacionalidad, en los artículos 9, 10 y 11, trata sobre la doble nacionalidad, expresando en el artículo 9: «Los peruanos de nacimiento que adopten la nacionalidad de otro país no pierden su nacionalidad salvo que hagan renuncia expresa de ella ante autoridad competente».

En lo que respecta a la nacionalidad de la mujer casada, el artículo 4 de la ley de nacionalidad, referida a la nacionalidad por opción, expresa: «Pueden ejercer el derecho a opción para adquirir la nacionalidad peruana: [...] 2.2. La persona extranjera unida en matrimonio con peruano o peruana y residente en esta condición en el territorio de la República por lo menos 2 años, que exprese su voluntad de serlo ante autoridad competente».

El cónyuge naturalizado por matrimonio no pierde la nacionalidad peruana así se divorcie o fallezca el cónyuge. La Constitución, en el inciso 19 del artículo 2, expresa que toda persona tiene derecho: «A su

nacionalidad. Nadie puede ser despojada de ella [...]». Sin embargo, el reglamento de la ley de nacionalidad (DS 004-97-IN) determinó causales de cancelación de la naturalización en los artículos 12, 13 y 15, los cuales fueron posteriormente derogados por ser inconstitucionales.

Por último, en lo que respecta a la nacionalidad de las personas jurídicas, si bien la Constitución de 1979 les reconocía nacionalidad, estableciendo que se rige por los tratados, especialmente los de integración, ni la Constitución de 1993 ni la ley de nacionalidad tratan sobre esta temática. A nivel universal, después de la jurisprudencia del Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction Company, se reconoce la nacionalidad de las personas jurídicas.

2. CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS

2.1. Condición de las personas naturales

En la antigüedad, el extranjero no era sujeto de derechos; sin embargo, actualmente, tanto en el ámbito internacional como estatal, los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales, salvo algunas limitaciones.

En el ámbito internacional, el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: «Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personería jurídica». Sin embargo, existen numerosos casos de prácticas estatales motivadas en consideraciones xenófobas. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en el caso Avena (en 2002), señaló que se debe evitar la aplicación de sanciones extremas e irreversibles, como la pena de muerte, orientadas por ideas discriminatorias frente al extranjero.

En el ámbito interno, el ordenamiento peruano contempla limitaciones en los derechos de los extranjeros en lo que respecta a la propiedad y el trabajo. El artículo 71 de la Constitución señala que, en cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, con una excepción: dentro de los

cincuenta kilómetros de las fronteras, no podrán adquirir ni poseer recursos naturales, salvo el caso de necesidad pública expresamente declarada.

Respecto a esta limitación, el doctor Candela (Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007-2008) menciona un interesante caso resuelto por el Tribunal Constitucional de Perú en abril de 2009, promovido por el ciudadano de nacionalidad italiana Mario Lombardi Perazzo contra la resolución de la Corte Superior de Justicia de Tacna que declaró improcedente una demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos que fuera promovida por el recurrente, debido a que esta instancia de la administración no atendió su solicitud de registro de dominio que ejercían el recurrente y su hermano sobre el predio urbano ubicado en la ciudad de Tacna.

El Tribunal Constitucional Peruano —examinando a su turno el proceso de agravio constitucional— interpretó que el segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución establece una restricción válida a la regla general del derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros; pero adicionalmente, interpretando la norma constitucional, llega a justificar la restricción al goce y disfrute del derecho de propiedad de los extranjeros, ligándolo directamente a la ponderación del bien jurídico seguridad nacional al que califica de relevancia constitucional y sustenta en la categoría soberanía del Estado.

Según el citado autor, a pesar que la doctrina del derecho internacional reconoce la existencia de un derecho para los nacionales u otros, para los extranjeros, que reconoce como régimen de extranjería, bien cabría desmitificar la referencia genérica a la seguridad nacional como justificación para limitar el derecho a la propiedad de los extranjeros. Habría que tomar en cuenta que, en el caso en concreto, el actor pretendía adquirir bajo transmisión sucesoria una propiedad que perteneció a su madre, quien tuvo la condición de titular registral del predio a pesar de ser italiana. Parecería que, si bien la razón del artículo 71 de la Constitución fue impedir la concentración de tierras y otros recursos naturales que se ubiquen en puntos de frontera en propiedad de extranjeros, ello no resultaba extensible

al caso en concreto de los Lombardi, referente a la propiedad urbana de carácter familiar que gozaba de derecho inscrito, alcanzado dentro de un procedimiento administrativo, designado al culminar en el registro, que si bien no es constitutivo, se asocia a los derechos adquiridos.

Concluye el profesor Candela que una interpretación constitucional restrictiva de derechos, como la que realiza el Tribunal Constitucional peruano, es contraria al estandarte igualdad en cuanto al goce y disfrute de los derechos civiles que se recoge en el primer párrafo del artículo 71 y en el artículo 2046 del CC.

Por otro lado, la Constitución de 1979, en su artículo 42, consideraba que, como el trabajo es la principal fuente de riqueza, la ley deberá señalar una proporción preferente que corresponda a los trabajadores nacionales. Este artículo no fue recogido por la actual Constitución; sin embargo, se mantuvieron vigentes las leyes que limitan la contratación de extranjeros en empresas nacionales o extranjeras (DL 689 de 1991 y ley 26196 de 1993).

2.2. Condición de las personas jurídicas

En el actual proceso de globalización, las personas jurídicas juegan un trascendental papel en las relaciones económicas mundiales. En lo que respecta a su naturaleza jurídica, tienen existencia y capacidad separada de las personas naturales que la componen. Hoy se admite internacionalmente que las personas morales tienen personería jurídica (artículo 1 de la Convención de La Haya de 1951 y artículo 32 del Código Bustamante). En el Perú, según el artículo 2073 del CC: «La existencia y capacidad se rigen por la ley del país en que fueron constituidas».

Respecto a la aptitud de goce de las personas jurídicas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2046 del CC, estas gozan de todos los derechos reconocidos a los extranjeros como personas naturales, estando sometidas a las leyes de la República. En lo referente a los contratos con el Estado, nuestra Constitución, en el artículo 63, dispone que:

En todo contrato del Estado y de las personas de Derecho Público o extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional, los contratos de carácter financiero. El Estado y demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de Tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley.

Respecto a los ejercicios de los derechos, el artículo 2073 del CC dispone que «la existencia y capacidad de las personas jurídicas se rige por la ley del lugar de su constitución».

3. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es su opinión sobre la teoría del Estado-nación? ¿Es realmente posible?
2. Según el derecho peruano, ¿cuáles serían los criterios para la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas?
3. ¿Cuál es su opinión sobre la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso Lombardi Perazzo?

CAPÍTULO 2

EJERCICIO DE LOS DERECHOS

PARTE GENERAL: APARICIÓN DE LA TEORÍA CONFLICTUAL, SISTEMA GENERAL DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LEYES Y RELACIONES DE LOS SISTEMAS DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

1. APARICIÓN DE LA TEORÍA CONFLICTUAL

Surge en el siglo XIII en el norte de Italia, donde nunca arraigó el sistema feudal y predominaban las «comunidades urbanas autónomas», aunque sus leyes o estatutos eran una recopilación del antiguo derecho consuetudinario basado en el derecho romano.

Este método, al permitir que un juez pudiese aplicar una ley material de otras ciudades, significó un salto cualitativo importante. La conclusión general es que los glosadores desde la Edad Media desarrollaron las «principales reglas de conexión» relacionadas con el procedimiento, delitos, actos ilícitos civiles y contratos.

En el siglo XIV, Bartolo destaca entre los postglosadores, quien fue el gran sistematizador de las categorías de conexión deduciendo que el Estatuto real estaba regido por la ley de la situación del bien; el estatuto personal, por la ley del domicilio; los contratos, por la ley del lugar de celebración de los mismos, en el fondo; y los mixtos, referidos a la forma de los contratos, por la ley del lugar de celebración; mientras que los delitos y los hechos ilícitos civiles, por la ley del lugar donde se efectuó el daño, y el procedimiento, por la ley del juez.

En el siglo XIX destaca la obra de Savigny quien, además de ser fundador de la escuela histórica alemana, fue un teórico del derecho escribiendo su *Sistema del derecho romano actual*, cuyo tomo VIII está referido a la aplicación de las leyes en el tiempo y en el espacio. Savigny desplazó el interés de los juristas de los efectos territoriales o extraterritoriales de las leyes, a la «relación privada internacional», constituida en piedra angular y objeto de nuestra disciplina.

Este jurista analiza cada institución para saber cuál es la ley que le conviene según su naturaleza para regir cada una de las relaciones privadas, lo cual le permite llegar a soluciones de conflicto comunes. Asimismo, localiza la RPI y retoma y reorganiza un inventario metódico de las reglas de conflicto en un orden lógico, considerando sucesivamente a las personas, a las cosas y a las obligaciones e introduce en el DIP las grandes categorías de derecho privado interno heredadas del derecho romano.

Según Savigny, la capacidad debe estar regida por la ley del domicilio; los bienes corporales, por la ley del lugar de su situación; las obligaciones contractuales, por la autonomía de la voluntad y, subsidiariamente, por la ley del lugar de su ejecución; la sucesión, por el último domicilio del causante; y la forma de los actos jurídicos, por la ley del lugar de su suscripción.

En 1964, Kegel tituló su curso en la Academia de derecho internacional de La Haya como: *La crisis del derecho internacional privado*. El método conflictual ha sido objeto de críticas por su excesiva complejidad, por las posibilidades que encierra de incertidumbre respecto del resultado material y por la doble crítica de exceso e insuficiencia de internacionalismo.

En las últimas décadas del siglo XX, adicionalmente a la pluralidad metodológica normativa, aparecen autores que proponen nuevas categorías para el DIP. Tal es el caso del norteamericano Cavers, para quien las normas de conflicto son reglas mecánicas que escogen la ley aplicable con los ojos cerrados, sin atender a la reglamentación sustancial. Por ello, propone la noción de «principios de preferencia», que toma en cuenta las soluciones de los derechos materiales presentes en el tráfico externo, proponiendo

reglas elásticas para una debida localización del supuesto y el análisis de las políticas en la elección de la ley aplicable y de los principios generales del DIP.

2. SISTEMA GENERAL DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

Los conflictos de leyes únicamente se presentan en derecho privado; ya que, en derecho público, la competencia judicial coincide con la legislativa. Sin embargo, existen casos en los que ambas áreas se encuentran íntimamente relacionadas. Por ejemplo, el acusado del delito de bigamia que se defiende alegando la nulidad de uno de los matrimonios contraídos, lo que lleva a revisar las normas sustantivas nacionales que rigen ambos matrimonios.

Respecto a las normas de conflicto, estas pueden ser redactadas en forma unilateral o bilateral, según la teoría que la inspire. La primera tesis es la unilateralista y afirma que el campo de aplicación de una ley solo puede ser delimitado en consideración del orden jurídico al cual pertenece. Estas normas poseen un campo de aplicación propio en las leyes de policía y seguridad pública; sin embargo, esta solución presenta un doble obstáculo referido a la laguna y cúmulo de leyes:

- a) Laguna de leyes: surge cuando ninguna de las leyes en presencia manifiesta voluntad de aplicación; en cuyo caso, la sola solución práctica es extender el campo de aplicación de la regla de conflicto del foro, vale decir, bilateralizándola.
- b) Concurrencia de leyes: en el caso del cúmulo de leyes, ¿cómo escoger entre varias leyes extranjeras si cada una de ella se considera aplicable? Habría que utilizar la regla del foro que es bilateral.

2.1. Categorías y funciones. Adaptación

La experiencia histórica nos hace ver que las conexiones fundamentales ligadas a la situación del objeto, lugar del acto o domicilio u origen de

la persona corresponden a necesidades reales. Sin embargo, no siempre su puesta en práctica puede hacerse con razonamientos deductivos, particularmente en la situación límite de las categorías en que ellas desembocan; en cuyo caso, habrá que tomar en cuenta la «finalidad de las leyes».

Por ejemplo, la conexión personal está limitada a las materias extrapatrimoniales; sin embargo, penetra en otros dominios, como es el del contrato, donde decide los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, etc.) vinculados al proceso de formación del contrato, que es materia patrimonial.

En casos extremos, el principio mismo del método conflictual puede ser puesto en duda. Dentro de un mismo ordenamiento jurídico, los contenidos de las diversas reglas materiales casi siempre armonizan, porque forman parte de un «conjunto legislativo»; en cambio, el método conflictual, dado su carácter indirecto, conduce frecuentemente a la aplicación de normas sustantivas de diversos ordenamientos jurídicos, lo cual puede conducir a que se llegue a situaciones contradictorias e injustas que hagan necesario corregir el resultado de la aplicación de las reglas de conflicto y esta es precisamente la finalidad de la adaptación.

Un ejemplo clásico de adaptación lo tenemos en la sucesión intestada con relación al cónyuge sobreviviente. En algunos países —como es el caso de Suecia—, el cónyuge no es heredero; pero allí los matrimonios, en lo que respecta al régimen de bienes, tienen que seguir obligatoriamente el régimen de la sociedad de gananciales; mientras que, en otros países —como es el caso de Inglaterra—, es obligatorio el régimen de separación de bienes, pero en compensación, el cónyuge sobreviviente sí es considerado heredero.

Si un matrimonio se casa en Inglaterra y uno de los cónyuges muere posteriormente domiciliado en Suecia, dejando bienes en el Perú, el juez nacional aplicará a la sucesión la ley sueca —por ser la ley del último domicilio— y, al régimen de bienes del matrimonio, la ley inglesa —por ser la ley del primer domicilio conyugal—; por lo que al cónyuge sobreviviente

no le corresponderá recibir nada del patrimonio del causante, lo que no solo sería injusto, sino también ilógico.

El artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 —ratificada por Perú— referida a la adaptación, dispone:

Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso en concreto.

3. RELACIONES DE LOS SISTEMAS DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

Las grandes categorías de conexión relacionadas con las personas, bienes, hechos, actos jurídicos y procedimientos son conocidas en todos los sistemas jurídicos contemporáneos, presentándose las diferencias en lo que respecta al «contenido de las categorías» y a los «puntos de conexión».

3.1. Conflictos de calificación

Según Batiffol y Lagarde (1981), «calificar» significa «precisar la naturaleza jurídica de una institución». El problema consiste en saber bajo qué ley el juez va a calificar el objeto de litigio cuando las leyes en conflicto adoptan soluciones disímiles.

Se han propuesto las siguientes alternativas: a) la calificación la hace el juez «según su ley sustantiva», vale decir, según su propio derecho material; b) la calificación la hace el juez «según la ley sustantiva extranjera aplicable»; y c) las llamadas calificaciones autónomas.

3.1.1. *Calificación según el derecho material del juez*

Tanto Khan en Alemania como Bartin en Francia plantearon esta solución. El primero parte de una sentencia de la Corte Suprema alemana. Se trataba de un pagaré suscrito en Tennessee (EEUU) y ejecutado ante un tribunal alemán después de haber transcurrido el plazo de prescripción previsto en la ley alemana (3 años), pero antes de que expirara el plazo establecido por la ley de Tennessee (6 años), el demandado opuso la prescripción. ¿Qué ley se aplica a la prescripción extintiva: la ley americana que rige la obligación en cuanto al fondo o la ley alemana que como ley del foro rige el procedimiento?

El conflicto de calificación se presenta porque los sistemas de derecho positivo tienen distintas concepciones respecto a la «naturaleza jurídica» de la prescripción extintiva. Así, por ejemplo, para el derecho alemán, la prescripción tiene por objeto «extinguir la propia obligación»; mientras que, para el derecho peruano (artículo 1989 del CC) como para el *common law*, la prescripción extintiva es una simple «excepción de procedimiento», que extingue la acción, pero no el derecho mismo.

Frente a esta situación, Khan (citado por Kegel, 1982) plantea que la solución debe ser encontrada por el juez en su propio derecho civil interno, porque calificar significa interpretar y el juez debe interpretar según su propio derecho sustantivo.

3.1.2. *Calificación según el derecho material extranjero*

Ha sido propuesto por Baldoni, Woolf y Despagnet. Este último propone el caso del testamento ológrafo de un holandés, forma permitida en Francia (donde se hizo), pero prohibida por el derecho holandés. Según Despagnet, el DIP francés rige la capacidad por la ley nacional del interesado (en el caso propuesto, el derecho holandés); en consecuencia, debe entenderse por capacidad todo lo que el derecho holandés considera como tal, incluso la prohibición a los holandeses de testar en forma ológrafa, aunque se encuentren en el extranjero.

A esta fundamentación se le hizo la objeción del círculo vicioso. En efecto, se ha observado que el derecho holandés era aplicable como ley nacional del interesado según el DIP francés solo tratándose de la capacidad de este, mas no en lo que respecta a la forma de los actos jurídicos, que se rige por la ley del lugar donde se emitió el acto, que en este caso sería la ley francesa.

El argumento principal —de acuerdo a Audit— a favor de la calificación según la ley material extranjera, es que cada ley debe entrar con sus propias calificaciones. La debilidad de este argumento, añade el mismo autor, consiste en que las reglas de conflicto del juez forman un todo y que, si bien la capacidad está regida por la ley personal (domicilio o nacionalidad), la forma de los actos jurídicos está regida por la ley del lugar de su celebración.

3.1.3. Soluciones autónomas

Las dos soluciones estudiadas coinciden en hacer depender la calificación de los conceptos propios de un ordenamiento interno: la ley material del juez o la ley material extranjera. La autonomía del DIP exige calificaciones propias, las cuales pueden lograrse mediante:

- a) El derecho comparado. Según Rabel (1933), como las instituciones de los países civilizados se parecen, es posible crear nociones más abstractas, válidas para todos los derechos nacionales. Así, por ejemplo, la tutela es una institución que universalmente protege a los incapaces que no están bajo la patria potestad; en consecuencia, la interpretación de las reglas de conflicto debe hacerse de acuerdo a la finalidad de cada institución.

Sin embargo, este método no puede dar una respuesta a toda la problemática del DIP. Son los vínculos entre el derecho interno y el DIP los que impiden una abstracción de todas las instituciones jurídicas. Para unificar el DIP de todos los países habría, previamente, que unificar todos sus derechos internos.

b) Adaptación entre el derecho del juez y el derecho extranjero. El primero comprende tanto las normas conflictuales como las de su derecho material. Por ser la norma conflictual bilateral, el juez puede aplicar el derecho sustantivo extranjero. Así, existe una relación indesligable entre el derecho del juez y el derecho sustantivo extranjero aplicable por mandato de la norma conflictual.

En el problema de la calificación, resulta inevitable recurrir en primera instancia al derecho sustantivo del juez, aunque adaptándolo a la función supranacional del DIP.

3.1.4. La calificación en el derecho peruano

Los Códigos Civiles de 1852 y 1936 no contenían ninguna disposición sobre la calificación. En la reforma del Código Civil, el proyecto Vega García incluyó el artículo XII del título preliminar, en el que proponía la solución por la ley sustantiva del juez. En la propuesta sustitutoria de Revoredo Marsano (artículo 12), su primera parte coincidía con el proyecto original, mas en la segunda se incluía un supuesto distinto referido a la aplicación de la ley extranjera y no a la calificación.

La Comisión Revisora mantuvo el artículo de la propuesta sustitutoria; sin embargo, este no aparece en el Código Civil de 1984, por lo que los autores proponemos el siguiente nuevo artículo: «Para determinar la naturaleza jurídica de las relaciones vinculadas con ordenamientos extranjeros, se aplicarán las calificaciones del derecho peruano ampliadas mediante la interpretación analógica y comparativa».

3.2. Conflictos de conexión: positivos y negativos

Una vez precisada la naturaleza jurídica del tipo legal de la regla de conflicto mediante la calificación, es necesario proceder a la elección del factor de localización. Por ejemplo, algunos países utilizan como conexión para el estatuto personal la ley del domicilio y, otros, la nacionalidad, lo que puede traer como consecuencia dos clases de conflictos: el positivo y el negativo.

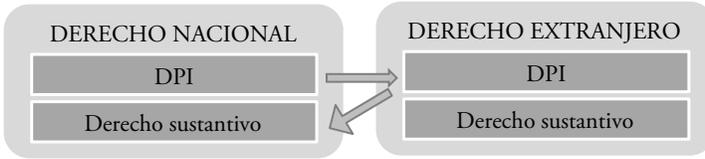
3.2.1. *Conflictos positivos*

Por ejemplo, se trata de determinar la capacidad de un francés domiciliado en el Perú que aquí ha celebrado un contrato que debe ejecutarse en Francia. En este caso, siendo los dos jueces (peruano y francés) competentes, cada cual aplicará su propia regla de conflicto: el juez francés, la ley nacional, o sea la francesa; y el juez peruano, la ley del domicilio, o sea la peruana. Por lo que existe el riesgo de que se produzcan sentencias contradictorias.

3.2.2. *Conflictos negativos (reenvío)*

Por ejemplo, se trata de determinar la capacidad de un peruano domiciliado en Francia que allí ha celebrado un contrato que debe ejecutarse en el Perú. En este caso, quedan dos soluciones:

- Primer camino: no aplicación del reenvío. El juez francés solo toma en cuenta sus reglas de conflicto y procede a aplicar el derecho material extranjero designado, que sería el derecho sustantivo peruano como ley nacional.
- Segundo camino: aplicación del reenvío. Supone que el juez competente (en este caso el francés), considerando que el derecho extranjero aplicable constituye una sola unidad de la que forma parte tanto la ley formal como la ley material extranjera, consulta la norma conflictual extranjera (para él, la peruana) que manda a aplicar la ley del domicilio y, por disposición de esta, termina aplicando su propia ley material (ley domiciliaria francesa). Vale decir que el juez francés (por reenvío de la norma de conflicto peruana) aplicaría su ley material por ser la ley del domicilio, mientras que el peruano (no autorizado a aplicar el reenvío, según artículo 2048 del CC), por indicación de su norma de conflicto aplicaría también la ley francesa por ser la ley del domicilio. Con lo cual, se habrían coordinado las normas de conflicto de ambos países y no habría sentencias contradictorias. En esto consiste el reenvío.



Podemos mencionar el caso Forgo de la jurisprudencia francesa: reenvío en primer grado (de retorno), el cual se formuló por la jurisprudencia francesa en 1878. El señor Forgo había nacido en el Estado de Baviera, emigrando luego a Francia, donde estuvo domiciliado de hecho por más de sesenta años. Murió soltero e intestado, dejando una importante sucesión mobiliaria en Francia.

Según el derecho francés —que solo considera como herederos legales a los parientes hasta el cuarto grado en línea colateral—, no tenía herederos legales; pero, según el derecho bávaro —que considera hasta el sexto grado en línea colateral—, sí los tenía.

Según el derecho conflictual francés, la sucesión mobiliaria se rige por la «ley del último domicilio del causante». El problema consistía en determinar si la expresión «domicilio» hacía referencia al domicilio de hecho (Francia) o al de derecho (Baviera).

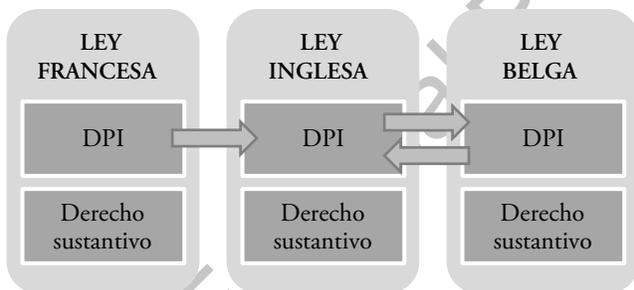
La Corte de Casación francesa determinó que el mandato de la norma conflictual francesa era la aplicación de la ley del domicilio de derecho del señor Forgo, que era la de Baviera, cuya norma conflictual debía ser consultada por los jueces franceses siendo que la ley conflictual bávara señalaba como ley aplicable la del domicilio de hecho, o sea que la competencia legislativa fue reenviada (retornó) a la ley material francesa.

El sistema que resultó del caso Forgo puede formularse de la siguiente manera: cuando las reglas de conflicto del juez dan competencia a una ley extranjera, hay que tener en cuenta la propia ley extranjera de conflicto de leyes que remite a la ley material del juez.

A) Oposición de la doctrina francesa al sistema del reenvío

Según Bartin (1930), la regla de conflicto es la del juez y no la regla de conflicto extranjera, lo cual es exacto. Se objetó, asimismo, que el reenvío puede conducir a un círculo vicioso. Bartin da el ejemplo del juez francés que tiene que decidir sobre el estatuto personal de un inglés domiciliado en Bélgica.

La ley conflictual francesa da competencia a la ley de la nacionalidad (vale decir a la ley inglesa); la cual, por su parte, da competencia a la ley del domicilio (o sea, a la ley belga), la que da competencia a la ley de la nacionalidad (es decir, la ley inglesa), con lo cual se evidencia un círculo vicioso.



B) Explicación del reenvío

Según Larebours-Pigeonniere (1924), una relación internacional que interesa a dos países puede resentirse si no hay una coordinación de sus reglas de conflicto. Si bien la ley del juez debe resolver ella misma los conflictos de leyes, *a priori*, se puede decir que la regla de conflicto se dirige a las disposiciones internas de la ley extranjera. Sin embargo, esta coordinación se vuelve obligatoria en los casos en que la ley extranjera designada es la ley de un estado federal.

Según Batiffol y Lagarde (1981), en el caso de que las normas conflictuales del foro rijan el estatuto personal de acuerdo a la ley nacional, ¿qué ley aplicaría el juez si se tratase, por ejemplo, de un estado federal

como los EEUU? En este caso, hay que consultar la norma conflictual americana, según la cual la ley aplicable a la capacidad de una persona natural está regida por la ley del domicilio. Y si el sujeto está domiciliado en Francia, ¿no sería aplicable la ley material francesa?

C) Adopción del reenvío

El reenvío ha sido adoptado no solo por la jurisprudencia francesa, sino también por la inglesa y alemana, así como, legislativamente, por Suiza, Polonia y las convenciones de La Haya. Solo ha sido expresamente rechazado en los códigos de Grecia y Perú (artículo 2048 del CC).

D) Reenvío en segundo grado

La jurisprudencia francesa lo adoptó en el caso Patiño de 1963 sobre el divorcio de dos bolivianos casados en España y domiciliados en París. El tribunal francés, según sus normas conflictuales, examinó la ley de la nacionalidad —es decir, la ley boliviana—, la que en esa época admitía el divorcio si estaba previsto por la ley del lugar donde el matrimonio se había celebrado. En el caso estudiado, los esposos se habían caso en Madrid, por lo que el tribunal francés, por reenvío de la ley boliviana, consultó la ley española, la cual prohibía el divorcio, motivo por el cual se negó a pronunciarse sobre el divorcio solicitado.

E) Límites a la aplicación del reenvío

En la actualidad, la mayor parte de los autores están de acuerdo en que el reenvío se justifica en ciertas materias y que debe ser descartado en otras. Nos dice Lucas (1964) que, en aquellos casos en que el llamado al derecho extranjero se hace en función de su vocación (estatuto personal), más que en su contenido (contratos), se debe admitir el reenvío. Según Francescakis (1958), la principal finalidad de la admisión del reenvío es conseguir una mejor administración de justicia para los intereses del comercio internacional mediante la coordinación de sistemas conflictuales.

F) El reenvío en el derecho peruano

Los códigos de 1852 y 1936 no contemplaban la figura del reenvío. La comisión reformadora de 1974, en su artículo XIII, redactado por el doctor Vega García, establecía: «Los jueces aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de conflicto».

En la propuesta sustitutoria (artículo 13), la doctora Revoredo Marsano propuso el siguiente texto:

Únicamente es aplicable el derecho interno del Estado declarado competente; salvo que el derecho extranjero competente declare aplicable en sus normas de conflicto, la ley peruana.

En ningún caso se aplicará la excepción prevista en la última parte del párrafo precedente si de su aplicación resultare la invalidez o ineficacia de un acto jurídico que de otro modo sería válido o eficaz o la ilegitimidad de un estado civil que de otro modo sería legítimo.

El Código Civil de 1984, en su artículo 2048, adopta el planteamiento del Dr. Vega García con una ligera modificación, el cual a la letra dice: «Los jueces aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de derecho internacional privado».

Los autores discrepamos de la solución rígida y chauvinista adoptada por el código y proponemos la siguiente modificación:

Los jueces aplicarán el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado.

No obstante, en lo que respecta al estado y capacidad de las personas, relaciones de filiación y sucesión por causa de muerte, se admitirá el reenvío que las normas de conflicto extranjeras puedan hacer al ordenamiento peruano o a otro ordenamiento extranjero.

3.3. La cuestión previa

3.3.1. *Introducción*

Según la doctrina, estamos frente a una «cuestión previa» cuando, en una relación privada internacional, la solución de la cuestión principal implica resolver preliminarmente una cuestión incidental; lo cual significa determinar cuál es el derecho aplicable a la cuestión previa, pues de su solución depende cómo se resolverá la cuestión principal debido a la conexión existente entre ambas.

Se trata, por ejemplo, de un matrimonio de dos griegos casados en Inglaterra ante un oficial del registro civil. Posteriormente, el marido muere intestado con domicilio en Grecia y dejando bienes en el Perú. Reclaman la sucesión la viuda y un hermano del causante. Este último cuestiona la validez del matrimonio contraído por la viuda sobre la base de que no se casó según lo ordenado por la norma griega que exigía que la ceremonia sea realizada por un sacerdote ortodoxo.

El juez peruano sería competente dado que existen bienes en el Perú (artículo 2058, inciso 1, del CC). La cuestión principal sería la sucesión del griego y, la ley aplicable, la del último domicilio del causante; es decir, la ley griega (artículo 2100 del CC), mientras que la cuestión previa sería la validez o invalidez del matrimonio celebrado en Inglaterra.

3.3.2. *Circunstancias de una auténtica cuestión previa*

Según Calvo y Carrascosa (1997), para que exista una auténtica cuestión previa, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) La norma conflictual del foro debe someter la cuestión principal a un derecho material extranjero.
- b) En el derecho extranjero, debe haber una norma conflictual para la cuestión previa que designe un ordenamiento jurídico competente para regularla distinta de la señalada por la norma de conflicto del juez para esta cuestión.

- c) La aplicación de uno u otro derecho material —los señalados por ambas normas de conflicto— deben conducir también a resultados diferentes.

3.3.3. Soluciones

A) Según la ley conflictual que rige la cuestión principal

En el caso planteado, según esta solución, se tendría que aplicar la ley conflictual griega por ser esta la que rige la cuestión principal, que es la sucesión, la cual señalaba como aplicable a la validez del matrimonio la ley nacional que signaba su invalidez.

Según Woolf (1936), se logra «la armonía internacional de las soluciones», porque el juez nacional resolvería el caso de la misma forma que lo haría el juez extranjero; sin embargo, no deja de observarse —como expresa Miaja de la Muela (1979)— que la armonía internacional de las soluciones se logra a costa de la «desarmonía interna».

Según Raape (1934), la solución sobre la base de la ley conflictual que rige la cuestión principal puede llegar a ser injusta. Por ejemplo, en el caso comentado, si la mujer ha sido, mientras vivió el marido, su esposa legítima, no se puede convertir a su muerte en concubina porque otro estatuto distinto del de la conclusión del matrimonio (la ley nacional/ ley griega) decida ahora sobre la validez de este en un sentido distinto al estatuto aplicado hasta ahora (la ley inglesa que validaba la unión matrimonial).

B) Según la ley conflictual del juez

En el caso planteado, siguiendo esta solución, por mandato de la ley conflictual del foro, sería aplicable la ley inglesa (a la validez del matrimonio) como ley del lugar de celebración del matrimonio.

Esta alternativa ha sido defendida por Raape (1934) y Maury (1949). La ley del foro, atendiendo a sus propias normas de conflicto, debe resolver la cuestión previa. Esta solución es la más aceptable y la que resulta más

congruente en el estado actual del DIP, simbolizado en el principio de la independencia de las normas conflictuales; sin embargo, puede conducir a la desarmonía internacional de las soluciones.

C) Soluciones flexibles

Según Aguilar Navarro (1982), para resolver la cuestión previa no es recomendable una doctrina dogmática y monolítica, pues se trata de un problema que presenta múltiples facetas y que, solo mediante el examen del caso en concreto, se puede deducir la solución más conveniente.

Según Niederer (citado en Miaja de la Muela, 1979), de igual manera que la excepción de orden público descarta el derecho extranjero designado por las normas de conflicto, también puede exceptuarse de las normas conflictuales del foro aquel supuesto en que su aplicación a la cuestión previa supondría «no respetar un derecho válidamente adquirido» en otro país, según las normas materiales aplicadas en virtud de lo dispuesto en un sistema conflictual diferente.

En esta solución, pueden darse dos variantes:

- Aplicando como principio la ley conflictual del juez y, excepcionalmente, la ley conflictual que rige la cuestión principal.
- Aplicando como principio la ley conflictual que rige la cuestión principal y, excepcionalmente, la ley conflictual del juez.

3.3.4. Autonomía de la cuestión previa

Se han formulado opiniones en la doctrina que, sin negar importancia al problema, han considerado que podía ser englobado en figuras jurídicas y en categorías metodológicas ya consagradas en el DIP. La mayor atracción la han ejercido las categorías de la calificación y del reenvío.

Tanto Bartin como Niboyet (1932) concluyen que la cuestión previa puede ser resuelta por las reglas que rigen la calificación. Sin lugar a dudas, la calificación tiene semejanzas con la cuestión previa. La diferencia habrá que establecerla en atención a la función y al plano en que actúan los

dos conceptos. En la cuestión previa, no hay discrepancias en cuanto a los conceptos utilizados. Simplemente se discute cuál será la norma de conflicto aplicable: la ley formal del juez o la ley formal que rige la cuestión principal.

En lo que respecta al reenvío, el parentesco se apoya ante todo en que tienen en común la relevancia y la aplicación que se otorga a las normas de conexión extranjeras, mas las diferencias son notables. En el reenvío, las normas de conflicto extranjeras han venido a reemplazar a la ley del foro, mientras que en la cuestión previa esta actúa como consecuencia de la norma de conexión del juez, complementándose con ella en una fase posterior y en un plano también distinto.

3.3.5. Legislación nacional

El título I del libro X no contiene ningún artículo sobre la cuestión previa. La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP, aprobada y ratificada por el Perú en Montevideo en 1979, dispone en su artículo 8: «Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pudiera surgir por motivo de una cuestión principal, no se resolverán necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última».

La profesora Revoredo Marsano, en su proyecto sustitutorio (artículo 18), dispone:

La cuestión previa que pudiera surgir con motivo de una cuestión principal no se resolverá necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.

La ley aplicable a la cuestión previa será determinada por el juez con criterio de justicia y equidad ante el caso en concreto (1980, p. 171).

La Comisión revisora de 1984 incluyó la cuestión previa en el artículo 2019, el cual no fue incluido en la redacción final del Código.

Los autores proponemos el siguiente texto:

Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de la cuestión principal no se resolverán necesariamente de acuerdo con las normas conflictuales del foro.

La ley aplicable será determinada por el juez con criterio de justicia y equidad ante el caso en concreto.

Esta propuesta tiene como antecedente, en lo que respecta al planteamiento del problema, el artículo 8 de las Normas Generales de Derecho Internacional privado, discrepando en la solución al postularse que esta debe ser en principio la ley conflictual del foro y no la ley conflictual que rige la cuestión principal. El artículo se complementa en la segunda parte por la propuesta de la doctora Revoredo contenida en la propuesta sustitutoria (artículo 18).

3.4. Conflictos de la ley en el tiempo

Hasta el momento solo hemos estudiado los conflictos de carácter espacial; sin embargo, hay una gran variedad de intervenciones del factor temporal en la elección del factor de conexión, siendo los principales: los conflictos de derecho transitorio y el conflicto móvil.

3.4.1. Conflictos de derecho transitorio

En lo que respecta a los conflictos de derecho transitorio, tenemos las siguientes variantes:

A) Modificación de la norma conflictual

- Modificación de la norma conflictual del foro.

En relación a la primera, según Gavalda (1955), a falta de inclusión de una norma expresa de derecho transitorio en la nueva ley, la solución generalmente aceptada por la doctrina consiste en extender al campo de las normas nacionales de conflictos de leyes

o de jurisdicciones, las soluciones de derecho transitorio previstas por el derecho interno.

Así, por ejemplo, el artículo 2121 del CC peruano dispone: «A partir de su vigencia las disposiciones de este código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes». En igual sentido, se pronuncia el artículo III del título preliminar del mismo cuerpo normativo. Es decir, la nueva ley «no tiene efecto retroactivo» —salvo las excepciones previstas en la Constitución referente a la retroactividad benigna del derecho penal (artículo 103 del CP) y la inamovilidad de los contratos, ley que no pueden ser modificada por disposiciones legales posteriores (artículo 62 de la Constitución)—, sino que es de «aplicación inmediata»; es decir, rige los efectos futuros. A esta teoría se le conoce como «de los hechos cumplidos».

- **Modificación de la norma conflictual extranjera.**

Este cambio tiene incidencia en los sistemas jurídicos que admiten el reenvío. Corresponde al juez del foro resolver el conflicto de derecho transitorio entre las dos reglas de conflicto extranjeras que se han sucedido en el tiempo: la antigua y la nueva ley susceptible de conducir a un reenvío. En el Perú, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2048 del CC, no se admite el reenvío y, por tanto, no se plantea dicho problema.

B) Modificación de la norma material extranjera

Se admite generalmente que, si la ley interna extranjera es declarada aplicable por la regla de conflicto del foro, el conflicto en el tiempo al cual ella puede eventualmente dar lugar debe ser resuelto por referencia al derecho transitorio interno del Estado extranjero. La razón reside en el carácter puramente interno del conflicto.

3.4.2. *Conflicto móvil*

Según la terminología introducida por Bartin (1930), hay conflicto móvil cuando, por el cambio de un elemento de conexión (domicilio, nacionalidad, situación del bien mueble), una situación dada es sucesivamente sometida a dos sistemas jurídicos diferentes.

A) **Doctrina de Pillet del respeto internacional de los derechos adquiridos**

Según este autor, hay dos momentos en la vida jurídica de un derecho:

- Su nacimiento, su creación, que puede producir una cuestión de DIP siempre que los elementos de la situación jurídica se relacionen con diversos Estados. Ante esto, se debe escoger la ley aplicable.
- Su eficacia internacional. Una vez que el derecho ha sido creado, se pretende hacerlo valer por su titular. Su ejercicio implica, igualmente, una dificultad de DIP cuando, aquel que lo ha obtenido en un Estado, lo invoca en otro diferente.

Según Pillet (1923), todo Estado debe asegurar en su territorio el respeto de los derechos adquiridos, lo que implica «evitar todo efecto inmediato» a la nueva ley sobre los efectos futuros de una situación adquirida.

B) **Crítica de Batiffol a la doctrina de los derechos adquiridos**

Según este autor, esta doctrina es insuficiente, como lo ha demostrado en el derecho interno la experiencia de la retroactividad de las leyes. Por ejemplo, se podría decir que un esposo casado bajo una legislación que ignore el divorcio tiene un «derecho adquirido a la indisolubilidad del vínculo matrimonial»; en caso cambie el estatuto que rige los efectos del matrimonio, sea por modificación legislativa o por cambio del factor de conexión (domicilio o nacionalidad), la aplicación del nuevo estatuto por el derecho positivo permite concluir que «no hay un derecho adquirido a la indisolubilidad del vínculo».

Según nuestro Código Civil, para que un derecho adquirido se respete en el Perú, debe observarse las reglas conflictuales del foro. A tenor de lo dispuesto en el artículo 2050 del CC: «Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres».

Al exigirse para reconocer el derecho adquirido en el extranjero que las reglas de conflicto del foro hayan sido observadas, el respeto de los derechos adquiridos no plantea un problema distinto del conflicto de leyes, sino que es una ocasión para su puesta en marcha.

C) Alcance de la oposición de las reglas de conflicto de leyes con el respeto de los derechos adquiridos: efecto atenuado del orden público

Solo en este caso, el orden público no podría oponerse a los efectos de un derecho adquirido en el extranjero, mientras que sí se opondría a su adquisición. Por ejemplo, un matrimonio poligámico no podría celebrarse en el Perú a pesar de estar los contrayentes domiciliados en un país que sí lo permite; pero las esposas casadas legalmente en ese país sí podrían exigir en el Perú sus derechos sucesorios, en caso de fallecimiento del cónyuge.

D) Aplicación a los conflictos móviles de la reglas de derecho transitorio interno

La gran mayoría de la doctrina contemporánea se inclina a buscar la solución del conflicto móvil en la «transposición de las reglas del derecho transitorio interno»: la nueva ley no es retroactiva, pero sí de aplicación inmediata.

E) Exclusión sistemática de toda retroactividad

La nueva ley no puede regir una situación jurídica de manera retroactiva cuando ella no tenía ninguna vocación para regirla, hasta el día de la modificación del factor de conexión. El ejemplo más significativo de esta

ausencia de retroactividad es la sentencia de la Corte de Casación de Bélgica de 1965 en el caso de la Société Lamot Limited.

Esta compañía se había constituido en Londres en 1927 bajo la forma de sociedad anónima del derecho inglés. En 1952, por acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria, transfirió su sede social a Bélgica, quedando sometida por este hecho a las leyes belgas, especialmente al artículo 102 de la ley de sociedades anónimas que limita a treinta años la duración de las mismas.

Un directivo excluido del Consejo de Administración sostuvo ante los tribunales belgas que este plazo había comenzado a correr desde el día de constitución de la sociedad y, en consecuencia, había expirado el 20 de octubre de 1957. La Corte de Casación belga, el 12 de noviembre de 1965, falló señalando que el plazo de treinta años prescrito por la ley belga no podía haber comenzado a correr desde una época en la cual la Société Lamot Limited no tenía su sede en Bélgica, sino en Inglaterra.

F) Orientaciones doctrinales tendientes a defender el respeto de los derechos adquiridos

Como le señaláramos en el literal C del acápite 3.3.3 del presente capítulo, el debido respeto a los derechos válidamente adquiridos en el extranjero permite aplicar el efecto atenuado del orden público y también exceptuar la aplicación de las normas conflictuales del foro, cuando su aplicación a la cuestión previa supondría «no respetar un derecho válidamente adquirido» en otro país, según las normas materiales aplicadas en virtud de lo dispuesto en un sistema conflictual diferente.

G) Posición de Meijers

Según este autor, el juez solo puede prescindir de sus reglas conflictuales cuando se encuentre en presencia de un hecho o de un comportamiento jurídico realizado en otro país respecto al que todos los sistemas conflictuales en presencia en el momento de su cumplimiento declaraban aplicable la misma ley material.

La concepción del jurista holandés ha pasado al artículo 21 de la Convención de Ley Uniforme del Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo); así como a las normas generales de derecho internacional privado aprobadas en la Segunda Convención Latinoamericana realizada en Montevideo en 1979 y que ha sido ratificada por el Perú.

H) Legislación nacional

En cuanto a los tratados internacionales, el Código Bustamante, en su artículo 8, dispone: «Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código, tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusieran a alguno de sus efectos a una regla de orden público internacional». Este artículo conduce a la protección de los derechos adquiridos solo en el marco de las disposiciones del tratado. Otro es el Convenio sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado que, en su artículo 7, señala: «Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenga una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados partes siempre que no sean contrarios a los principios de su orden público».

Por otro lado, con respecto a la legislación nacional interna, como ya lo expresamos, el Código Civil, en su artículo 2050, reprodujo casi sin modificación las propuestas de las comisiones reformadora y revisora, disponiendo: «Todo derecho regularmente adquirido, al amparo de un ordenamiento extranjero competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres».

Para la Dra. Revoredo Marsano, el exigir para el respeto del derecho adquirido solo que haya nacido regularmente al amparo de una ley competente, según las normas de conflicto peruanas y no de conformidad con todos los ordenamientos conflictuales —como lo exige el artículo 7 de las normas generales— es más simple.

Si la hipótesis planteada por la profesora Revoredo —de coincidencia entre la ley del lugar de su nacimiento y la ley aplicable según las normas conflictuales peruanas— siempre se presentara, no habría problema de aceptar la solución de nuestro Código; pero puede acontecer, y de hecho así ocurrirá, que no se dé tal coincidencia.

Por ejemplo, un juez peruano tiene que pronunciarse sobre la nulidad de un matrimonio —por infracción de un requisito de fondo— entre un francés y una italiana, domiciliados en Alemania y casados en España. Las normas conflictuales de Francia, Alemania, Italia y España disponen la aplicación distributiva de la respectiva ley material nacional de cada uno de los contrayentes; sin embargo, la ley conflictual peruana considera competente la ley del domicilio de los contrayentes (en el ejemplo planteado, la ley interna alemana). Si existiesen discrepancias entre lo dispuesto por las leyes materiales de Francia, Alemania e Italia entre los requisitos de fondo del matrimonio, podría resultar que un matrimonio regularmente constituido según las normas conflictuales competentes al momento de su celebración no se considere válido, posteriormente, por aplicación de las normas conflictuales del foro, las que, cuando se celebró el matrimonio, no tenían ninguna relación con el caso.

Por todo lo expuesto, los autores proponemos la modificación del artículo 2050 del CC, siguiendo las pautas de las normas generales de derecho internacional privado —que rigen para los países americanos— y cuya redacción sería la siguiente: «Las situaciones jurídicas creadas en un Estado extranjero de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenga conexión al momento de su creación serán reconocidas en el Perú, siempre que no sean contrarias a los principios fundamentales de nuestro derecho.

3.5. Aplicación del derecho extranjero

Dado el carácter bilateral de la regla de conflicto, el derecho material aplicable puede resultar siendo un derecho extranjero. Siendo las leyes territoriales, cabe preguntarnos: ¿cómo se puede reconocer autoridad

en un país a un legislador extranjero? En respuesta, se han planteado distintas teorías.

3.5.1. Teorías que justifican la aplicación del derecho extranjero

A) Noción angloamericana de los derechos adquiridos: exclusivismo del orden jurídico

Según Dicey, «la ley es estrictamente territorial, pero los derechos adquiridos son susceptibles de emigración; cuando se tiene en cuenta una ley extranjera, no es esta la que se aplica, sino los derechos adquiridos a su amparo» (1886, p. 20). Se plantearon a esta teoría dos objeciones:

- a) El derecho subjetivo es inseparable de la norma que lo creó.
- b) Esta teoría es insuficiente cuando se crea un derecho por aplicación de la ley extranjera. Por ejemplo, cuando se trata de establecer los requisitos de fondo del matrimonio (artículo 2075 del CC), en que se aplica distributivamente la ley personal de cada contrayente.

B) Teorías italianas de la «recepción» de la ley extranjera

Partiendo del exclusivismo del orden jurídico, se deduce que la aplicación de la ley extranjera solo se puede justificar previa su integración en el orden jurídico del foro. La recepción puede ser material o formal:

- a) La recepción material ha sido defendida por Anzilotti y Chiovenda (citados por Yassen, 1962) en Italia y por la Escuela de York representada por Cook en EEUU. La norma jurídica extranjera es nacionalizada por el paso al foro, el cual crea, dentro de su ordenamiento, una regla material idéntica a la contenida en ley extranjera.

La principal objeción que se hace a la incorporación material de la ley extranjera es que debería ser interpretada en función de los conceptos del foro, lo cual la desnaturalizaría.

b) La recepción formal, propuesta por Ago (1934) y Perassi (1938), expresa que es la misma ley extranjera la que se incorpora, pero sin perder su nacionalidad originaria. Esta concepción escapa a la objeción de interpretación, mas resulta singular que un sistema jurídico incorpore, siguiendo las ocasiones, elementos extranjeros que le son heterogéneos.

C) La ley extranjera es aplicada como tal, pero a título de un elemento de hecho

Según Batiffol y Lagarde (1981, t. I), hay en toda ley un factor imperativo y un factor racional. Solo el segundo subsiste; la ley extranjera queda como un conjunto de proposiciones generales aplicables a los casos particulares. Frente al juez competente, la ley extranjera no constituye por ella misma un imperativo, si no que emana de su regla de conflicto que dispone la aplicación de la ley material extranjera.

D) Conclusiones

Según Miaja (1979), de todo lo dicho se desprende el carácter artificial de las doctrinas que han intentado configurar al derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, como un hecho o como derecho integrado al orden jurídico del foro. Yassen ha demostrado que el derecho extranjero no ha perdido su naturaleza jurídica, ni se ha confundido con el derecho nacional del juzgador. Más bien, el fundamento de la aplicación de la ley extranjera es el bien de la comunidad internacional utilizando la imperatividad de la norma conflictual del juez.

3.5.2. Aplicación de la ley extranjera

Para algunos autores, el juez aplica de oficio el derecho extranjero, mientras que para otros son las partes las que lo alegan y prueban. Este planteamiento encuentra su base en la consideración que se tiene de la «naturaleza del derecho extranjero»; vale decir, como hecho o como derecho. Sin embargo, no existe una relación de causalidad.

A) Imposibilidad de conocimiento del derecho extranjero

Frente a la imposibilidad de conocer el derecho extranjero en los plazos pertinentes, se presenta tres alternativas:

- a) Rechazo de la demanda. El derecho aplicable pasa a ser un elemento de la demanda y, dado que los hechos deben probarse, esta se rechazaría. Sin embargo, dicha situación resulta injusta.
- b) Aplicación de otro derecho, que puede ser el derecho natural o la aplicación de otro derecho de la misma familia jurídica.
- c) Aplicación de la ley sustantiva (material) del juez. Esta última es la solución más oportuna.

B) Interpretación de la ley extranjera

Serán los «criterios interpretativos que imperan en el ordenamiento extranjero» reclamado los que el foro deberá tener en cuenta. El juez debe estudiar la doctrina y, además, la jurisprudencia extranjera.

C) Remisión a un sistema plurilegislativo

Será la ley que corresponda en virtud de las reglas conflictuales del Estado plurilegislativo, según lo dispuesto en el artículo 2056 del CC peruano: «Cuando el derecho extranjero que resulta aplicable coexistan diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente derecho extranjero».

D) Constitucionalidad de la ley extranjera

Como principio, se admite que el foro esté a lo que el ordenamiento extranjero haya decidido sobre la constitucionalidad de su propia ley, presumiéndose su constitucionalidad si es que no ha sido formalmente declarada inconstitucional por el órgano jurisdiccional extranjero competente.

3.5.3. Aplicación e interpretación de la ley extranjera en el derecho peruano

A) Tratados

- Tratado de Montevideo de 1889 (protocolo adicional):
 - Sistema legislado: el artículo 2 adopta la tesis de la aplicación de oficio de la ley extranjera sin perjuicio del derecho de las partes de invocar y probar la existencia y contenido del derecho foráneo.
 - Medios probatorios: el artículo 5 del protocolo adicional dispone que los gobiernos se comprometen a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes.
 - Recursos concedidos: el artículo 3 del protocolo adicional estatuye que todos los recursos acordados por las leyes de procedimiento del lugar del juicio, para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados.
- Código Bustamante, suscrito en La Habana en 1928:
 - Sistema legislado: el artículo 408 dispone que los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio la ley extranjera competente por la regla de conflicto del foro.
 - Medios probatorios: el artículo 409 señala que la parte que invoque la aplicación del derecho podrá justificar su texto, vigencia y sentido mediante certificación de dos abogados en el país de cuya legislación se trate.
 - Recursos concedidos: el artículo 412 señala que, en todo Estado contratante donde existe recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto al derecho nacional.

- Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) de Montevideo de 1979:
 - Artículo 2: «Los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultase aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada».

B) Legislación interna: Código Civil peruano

Existe una contradicción entre lo dispuesto en el artículo 2051 del CC de 1984 y el artículo 190, inciso 4, del CPC de 1993. A tenor de lo dispuesto en el primero: «El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional privado peruanas debe aplicarse de oficio»; mientras que, según lo dispuesto en el segundo:

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez.

Son improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

[...]

4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

Esta contradicción sobre la naturaleza jurídica de la ley extranjera la desarrollaremos al tratar la temática de la prueba extranjera en la tercera parte de la presente obra referida a la sanción de los derechos.

3.6. Interferencia de la ley interna peruana en el juego de las reglas de conflicto: orden público internacional

Dado el carácter bilateral de la regla de conflicto, puede suceder que la ley extranjera designada aplicable por nuestra norma conflictual contenga disposiciones contrarias a nuestras concepciones morales o jurídicas, al punto que el juez nacional se niegue a aplicarla por ser contraria al orden público internacional.

Según Jayme (1995), el orden público internacional constituye el tema más angustiante de la teoría general del DIP. Dado su carácter dinámico, es imposible elaborar una definición fija, ya que varía de país a país, e incluso en el mismo país con el transcurso del tiempo. Según el jurista Khan (citado por Kegel, 1982), el orden público internacional actúa a modo de «cláusula de reserva».

3.6.1. Orden público y leyes territoriales

Para Mancini (citado por Evrigenis, 1966), son de orden público internacional las leyes territoriales; es decir, las que escapan al estatuto personal. En este sentido, Bustamante y Sirven (discípulo de Mancini), en el artículo 3 del título preliminar del Tratado de La Habana de 1928, clasifica las leyes en las siguientes categorías:

- a) Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen, aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de «orden público interno».
- b) Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, denominadas territoriales o de «orden público internacional».
- c) Las que se aplican mediante la voluntad de las partes, denominadas voluntarias o de «orden privado».

Al respecto, consideramos que la noción de orden público internacional del Código Bustamante es equívoca. El orden público internacional somete a la ley del juez cuestiones que pertenecen tanto al estatuto personal

—como es el caso del divorcio o de la investigación de la paternidad extramatrimonial— como al estatuto real —como el ejemplo de la confiscación de bienes efectuada en el extranjero—. En consecuencia, no se puede asimilar la noción de orden público internacional a las llamadas «leyes territoriales».

3.6.2. Excepción de orden público internacional y las leyes de aplicación inmediata

Ambas instituciones no son identificables, ya que intervienen en momentos diferentes del razonamiento conflictual. La ley de aplicación inmediata es utilizada al inicio de este, como un paso preliminar; por el contrario, el orden público internacional interviene al término del procedimiento conflictual, como una excepción.

En el derecho comparado, las codificaciones prevén reglas distintas concernientes a cada una de estas instituciones. Como ejemplo, tenemos los artículos 17 y 18 de la ley federal suiza de 1987:

- Artículo 17. Reserva de orden público suizo: «Se excluye la aplicación de disposiciones del derecho extranjero si ella concluyese a un resultado incompatible con el orden público suizo».
- Artículo 18. Aplicación de disposiciones imperativas del derecho suizo: «Se reservan las disposiciones imperativas del derecho suizo que en razón de su finalidad particular, sean aplicables cualquiera que sea el derecho designado por la presente ley».

3.6.3. Categorías comprendidas en el orden público internacional

El orden público internacional comprende tres categorías de normas:

- a) Aquellas consideradas como normas de *ius cogens*, tales como los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

- b) Aquellas consideradas esenciales por cada cultura, como la monogamia en la cultura occidental.
- c) Aquellas consideradas vitales por cada país para conservar una determinada política legislativa, como la limitación de las causales de divorcio.

3.6.4. Funciones de la excepción de orden público internacional

Según Larebours-Pigeonniere (1933), son dos las funciones que cumplen la excepción de orden público internacional: por un lado, defender los fundamentos de la concepción del derecho del foro; y, por otro, salvaguardar una cierta política legislativa.

3.6.5. Efectos de la excepción de orden público internacional

Son tres los posibles efectos que se pueden producir en el ejercicio del método conflictual:

- a) Efecto general: la sustitución de la ley extranjera normalmente competente por la ley del foro. Al respecto, se debe distinguir entre orden público interno y orden público internacional. En derecho interno, orden público interno es sinónimo de «ley imperativa», como lo dispone el artículo V del título preliminar del CC. En DIP, el orden público internacional es invocado para «rechazar la aplicación de una ley material extranjera». Por ejemplo, el estado de las personas es de orden público interno porque no se puede derogar por convención las normas relativas a estas materias; pero no todo lo referente al estado de las personas es de orden público internacional.

Así, podemos concluir que toda norma de orden público internacional es de orden público interno, pero no toda norma de orden público interno es de orden público internacional. Por ejemplo, la norma constitucional que declara la igualdad de

derechos entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales es de orden público interno y de orden público internacional; mientras que la institución de la legítima, según la jurisprudencia española, solo es de orden público interno.

- b) Efecto atenuado del orden público internacional en lo que respecta a los derechos adquiridos: en DIP, el orden público internacional no tiene los mismos efectos respecto a la adquisición de un derecho por la aplicación de una ley extranjera que frente al respeto en el país de un derecho adquirido en el extranjero. El ejemplo típico es el de la poligamia: en el Perú, la poligamia es contraria al orden público internacional; sin embargo, las esposas legalmente casadas en un país que la admite sí podrían reclamar en el Perú derechos sucesorios. Empero, no necesariamente todo derecho adquirido en el extranjero tiene que ser reconocido en el Perú.
- c) Efecto reflejo: fue planteado por primera vez en 1922 por Bartin, partiendo de la jurisprudencia belga. Se trataba del caso de dos polacos de religión diferente: uno católico y el otro judío, que se casaron en Bélgica. La legislación polaca, en esa época, prohibía el matrimonio interconfesional, salvo dispensa legal. Dado que tal prohibición era considerada por la legislación belga como contraria al orden público por ser discriminatoria, el matrimonio se celebró sin dispensa. Posteriormente, se domicilian en Francia y el marido solicita la nulidad del matrimonio por no haberse solicitado la dispensa.

Los juristas franceses se dividieron respecto a la solución del caso: unos apoyaron la nulidad del matrimonio basándose en el carácter nacional del orden público internacional (el respeto del orden público internacional belga no concernía al orden público internacional francés); otros, como Pillet (1923) y Niboyet (1947), afirmaban la validez del matrimonio. Dado que el orden público internacional francés coincidía con el orden público internacional

belga al prohibir ambos la discriminación en razón de la religión, entonces era válida la sustitución de la ley belga sobre la polaca porque el orden público internacional belga es idéntico al francés. Hay, por lo tanto, un efecto reflejo del orden público internacional francés por intermedio del orden público internacional belga.

3.6.6. El concepto de «buenas costumbres»

Habiendo desarrollado el concepto de orden público internacional, debemos referirnos ahora a las «buenas costumbres». Según León Barandiarán (1973), las buenas costumbres ponen al derecho en relación con la moral. Lo contrario a las buenas costumbres —vale decir, lo inmoral, lo ilícito— es reprochable jurídicamente; sin embargo, lo anterior no significa la confusión entre moral y derecho. El derecho no exige todo lo que la moral obliga, ni prohíbe todo lo que ella impide; pero el derecho no permite lo que es notoria y objetivamente inmoral.

3.6.7. Legislación nacional

A) Tratados

En el plano internacional, existen tres tratados que consideran la excepción de orden público internacional. Primero, el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 que, en su artículo 4, señala: «Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso». Segundo, el Código Bustamante o Tratado de La Habana de 1928 que, como antes hemos explicado, en el artículo III del título preliminar, confunde las normas de orden público internacional con las leyes territoriales. Por último, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP, aprobada en la CIDIP II de Montevideo de 1979, en su artículo 5, expresa: «La Ley declarada por una Convención de Derecho Internacional Privado no podrá ser aplicada en el territorio del Estado

parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público».

B) Legislación interna

El vigente Código Civil de 1984 contempla la excepción de orden público internacional en dos artículos:

Artículo 2049. Incompatibilidad de norma extranjera

Las disposiciones de la ley pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado serán excluidas solo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.

Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano.

Artículo 2050. Eficacia del ordenamiento extranjero

Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.

Los autores proponemos las siguientes modificaciones, ya que consideramos que las expresiones «buenas costumbres» y «orden público internacional» deben ser reemplazadas por «principios fundamentales del derecho», dado que así se explicita mejor el contenido de esta excepción:

Artículo 2049. Incompatibilidad con principios fundamentales

Las disposiciones de la ley extranjera pertinentes según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.

Rigen en este caso las normas del derecho interno peruano.

Artículo 2050. Derechos adquiridos

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado extranjero de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenía una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en el Perú, siempre que no sean contrarias a los principios fundamentales del derecho peruano.

3.7. Excepción de fraude a la ley

El fraude a la ley es una violación de la ley que se ampara detrás de las reglas de conflicto. Los antecedentes de la doctrina del fraude a la ley en DIP pueden remontarse a los estatutarios. Los estudios de Meijers (1934) y Niboyet (1947) descubren esta noción en autores como Dumoulin, Huber, Pothier y Froland. Estos autores muestran de qué modo se alteraban las conexiones para permitir la celebración de matrimonios que estaban prohibidos o para someterse a un régimen legal de bienes del matrimonio no autorizado.

3.7.1. Debate sobre la admisión de la excepción de fraude a la ley

Mientras los autores argentinos como Goldschmidt (1948) y Boggiano (1993) la han defendido, autores uruguayos como Alfonsín (1955) se han opuesto. En el Perú, el legislador de 1984 no incorporó la categoría al Código Civil, a pesar de que sí figuraba en los proyectos de la Comisión Reformadora. En lo que respecta al derecho positivo, Francia y España admiten el fraude a la ley, mientras que en Portugal es rechazado explícitamente (artículo 21 del CC).

3.7.2. Elementos del fraude a la ley

Son dos:

- a) Elemento material (*corpus*): la conexión debe haber sido artificialmente modificada, pero aparentemente conforme a la ley. Se puede modificar: la nacionalidad, el domicilio, la religión y la situación del bien mueble.

- b) Elemento intelectual (*animus*): debe haber la intención de eludir la norma imperativa materialmente aplicable. El acto es «intrínsecamente lícito», pero está viciado por su «fin ilícito», que es lo que acarrea su ineficacia.

Se objeta que la evaluación de las intenciones pertenece al campo de la moral y no del derecho, sin embargo, el derecho no puede prescindir de las intenciones. Por ejemplo, en derecho penal, es esencial la distinción entre el delito culposo y el delito doloso; asimismo, el derecho civil toma en cuenta la intención en las figuras del abuso del derecho y de la buena fe.

La Dra. Revoredo, en el artículo 15 de la propuesta sustitutoria, plantea un elemento adicional para que se pueda deducir la excepción de fraude a la ley: la «existencia probada de un perjuicio a terceros». Discrepamos de esta propuesta, ya que la razón de ser de las normas imperativas es la protección de la persona, la familia y la sociedad en su conjunto, de tal forma que su incumplimiento «siempre acarrea un perjuicio». Las normas imperativas se imponen a la voluntad de los individuos y en esto se diferencian de las normas facultativas.

3.7.3. El caso Bauffremont

El ejemplo paradigmático de la excepción de fraude a la ley es el caso de la princesa de Bauffremont de 1874. La Corte de París pronunció la separación de cuerpos entre el príncipe de Bauffremont y su esposa, condesa belga de origen y francesa por matrimonio. La ley francesa no admitía el divorcio. En virtud de la separación, la esposa adquirió la posibilidad de constituir domicilio por sí misma, trasladándose temporalmente al Ducado de Sajonia-Altemburgo, donde obtuvo la nacionalidad alemana.

Su nueva ley nacional consideraba divorciados a los católicos que estaban separados de cuerpos; por lo que en 1875 contrajo matrimonio en Berlín con el príncipe rumano Bibesco y establecieron su domicilio en Francia. Bauffremont promovió una acción ante el Tribunal del Sena solicitando la anulación de la naturalización alemana de la mujer

y del segundo matrimonio celebrado por subsistir el primero. La sentencia declaró que la princesa no pudo obtener sin consentimiento marital otra nacionalidad y anuló el matrimonio.

Al apelar la princesa, la Corte de París se declaró incompetente para dirimir la cuestión de la nacionalidad, juzgando los efectos legales que dicha naturalización podría producir en relación con la ley francesa. Así, declaró que una o ambas partes no pueden por un cambio de nacionalidad eludir las disposiciones de la ley francesa que los rige, considerando a la naturalización, como no oponible al marido y confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la subsistencia del vínculo matrimonial.

La princesa interpuso recurso ante la Corte de Casación, que lo rechazó: «[...] considerando que el cambio de nacionalidad fue hecho al solo efecto de eludir la prohibición francesa que impedía el segundo matrimonio, en fraude a la ley francesa». A partir de esta sentencia, quedó sentada la jurisprudencia francesa en el sentido que hay fraude a la ley francesa en el DIP cuando las partes han modificado voluntariamente la relación de derecho con «la sola finalidad» de sustraerse a la ley normalmente competente.

3.7.4. Fraude a la ley y fraude a las normas de competencia jurisdiccional

En el fraude a la ley se realiza un acto lícito para conseguir un fin antijurídico. En el caso del fraude al juicio, las partes manipulan una regla de conflicto de jurisdicción, influyendo indirectamente en la designación del derecho aplicable, que a menudo resultaría el del foro escogido. En el *common law*, a esta figura se le denomina «*forum shopping*». Según Mayer (1989), a menudo se produce una combinación entre el fraude a la ley y el fraude a las normas de competencia jurisdiccional.

3.7.5. Diferencias del fraude a la ley con el orden público internacional

Según Maury, en ambos casos se descarta a la ley material extranjera competente cuya aplicación es perjudicial; pero en el fraude existe un «abuso del derecho». En la excepción de orden público internacional, estamos ante una oposición objetiva de normas: la extranjera y la del foro; mientras que, en el fraude a la ley, más que repudio a la norma extranjera, lo que se acusa es una condenación del procedimiento, por el cual esta norma pretende ser utilizada por el sujeto. Además, el orden público internacional «salvuarda solo las normas fundamentales del derecho del foro; mientras que, la excepción de fraude a la ley protege las normas imperativas del orden jurídico del foro».

3.7.6. Efectos del fraude a la ley

En el derecho interno, la máxima «el fraude corrompe todo» significa que el fraude a la ley tiene por consecuencia no dar ningún efecto al acto tachado de nulidad. En DIP, la sanción no puede ser tan drástica. Así, por ejemplo, en el caso de la nacionalización fraudulenta, el juez no podrá negar la nacionalidad otorgada por un tercer Estado, pero sí inestimarla como punto de conexión de una norma de conflicto.

3.7.7. Fraude a la ley extranjera

En el caso Mancini, la Corte de Casación francesa se pronunció sobre este supuesto. Este caso trataba de un matrimonio italiano que se nacionalizó francés y, posteriormente, el marido solicitó el divorcio al amparo de norma francesa. La esposa se opuso sobre la base de la prohibición de divorcio establecida en la norma italiana y a la jurisprudencia Bauffremont, pero la Corte decidió: «Que no era de su competencia juzgar el acto de naturalización que era un hecho administrativo individual».

Batiffol considera esta posición como excesiva. En primer lugar, el fraude a la ley extranjera puede aparecer también como un fraude a la

ley francesa de conflicto que da competencia a la ley extranjera. En todo caso, «el fraude a la ley extranjera es siempre un fraude».

3.7.8. Legislación nacional

A) Tratados

- Los tratados de Montevideo de 1889 y el de La Habana de 1928 no contienen ninguna regla respecto al fraude a la ley.
- En la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Montevideo en 1979 (CIDIP II), su artículo 6 dispone:

No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificiosemente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte.

Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

Este artículo «confunde el fraude a la ley con la excepción de orden público internacional, de la cual ya se había ocupado en el artículo 5 del Convenio: «La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podría no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considere manifestamente contraria a los principios de su orden público».

B) Legislación interna

Los códigos civiles de 1852 y 1936 no contenían ninguna disposición referida al fraude a la ley. Sin embargo, la jurisprudencia nacional no ha dudado en aplicarla, como es el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Awapara, de 1980.

La excepción de fraude a la ley aparece en artículo XVI del proyecto Vega García con el siguiente tenor: «No producirán efectos en el Perú las

situaciones jurídicas, creadas de conformidad con el Derecho extranjero, que eludan fraudulentamente la ley peruana competente».

En la propuesta sustitutoria de la Dra. Revoredo, se expresa en el artículo 15:

No se aplicará el Derecho extranjero cuando artificialmente se hayan evadido los principios fundamentales del derecho peruano.

Quedará a juicio de las autoridades competentes peruanas el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas y el perjuicio ocasionado.

La primera parte de este artículo tiene como fuente el artículo 6 de las Normas Generales de Derecho Internacional Privado, cuya crítica ya hemos realizado. En la segunda parte, la autora hace mención al tema del perjuicio ocasionado con motivo del fraude a ley; sin embargo, al colocarlo en esta segunda parte, pierde su carácter imperativo.

Por último, la propuesta sustitutoria se refiere exclusivamente al fraude al derecho peruano, sin mencionar el que puede hacerse a las leyes imperativas extranjeras, que la doctrina contemporánea considera también sancionable.

El Código Civil de 1984 no contiene disposición alguna referente a la excepción de fraude a la ley; por tanto, tampoco figura ninguna disposición semejante a la del artículo 21 del CC de Portugal, según el cual: «En la aplicación de las normas de conflicto serán irrelevantes las situaciones de hecho o de derecho creadas con la intención fraudulenta de evitar la aplicación de la ley que en otras circunstancias sería competente».

Los autores consideramos conveniente que se incluya en el Código Civil explícitamente un nuevo artículo con la siguiente formulación:

No se aplicará el Derecho material resultante del juego de la regla de conflicto cuando artificiosamente se hayan evadido las leyes imperativas que de conformidad con las normas de conflicto peruanas, deben regir las relaciones privadas internacionales.

Rige, en este caso, la norma material que se hubiese tratado de eludir.

4. PREGUNTAS

1. En el ejemplo planteado en la sección 2.1 de esta parte, ¿qué ley debería elegir el juez peruano para resolver la problemática de una manera justa: la ley sueca o la ley inglesa?
2. De todas las teorías explicadas para dar solución al conflicto de calificaciones, ¿cuál cree usted que es la más adecuada para el derecho peruano?
3. En lo que respecta al reenvío, señale si usted está de acuerdo con las propuestas del Dr. Vega García o la Dra. Revoredo Marsano, o de otros autores, y sobre la base de qué argumentos.
4. Plantee un caso en el que se presenten los tres elementos de una autentica cuestión previa.
5. Dé su opinión sobre la propuesta de los autores para resolver la cuestión previa.
6. ¿Está usted de acuerdo en que la modificación de la norma conflictual extranjera se rija por lo dispuesto en sus propias normas transitorias?
7. Realice un juicio crítico de la propuesta modificatoria del artículo 2050 del CC hecha por los autores.
8. Frente a la imposibilidad de conocer el derecho extranjero en los plazos pertinentes, ¿cuál de las tres alternativas planteadas considera la más acertada? Fundamente su respuesta.
9. Dé un ejemplo de una jurisprudencia extranjera sobre derechos adquiridos en que no funcione el efecto atenuado del orden público internacional.

10. ¿Se puede deducir la excepción de fraude a la ley en un caso judicial en que las partes no han signado las normas de derecho internacional privado de la Convención Interamericana de 1979?
11. Existiendo en el ordenamiento peruano la excepción de orden público internacional, ¿es necesaria la inclusión de la excepción de fraude a la ley?

PARTE ESPECIAL: CATEGORÍAS SUSTANCIALES (PERSONAS, BIENES, ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS)

Vamos a estudiar las categorías sustanciales que son universales e irreductibles, como son las referentes a las personas, los bienes, los actos jurídicos y los hechos jurídicos.

SECCIÓN PRIMERA: DERECHO DE LA PERSONA, FAMILIA Y SUCESIONES

Para el derecho positivo peruano, pertenecen al estatuto personal: el derecho de las personas naturales internacional, el derecho de familia internacional y el derecho de sucesiones internacional.

1. DERECHO DE LA PERSONA: ESTATUTO PERSONAL

1.1. Determinación de la ley personal de las personas naturales

En el derecho comparado, se utiliza como ley aplicable la del domicilio o de la nacionalidad. Los argumentos a favor de la primera se resumen así:

- a) Interés de los individuos por la ley del lugar donde viven.

- b) Interés familiar en caso de matrimonios mixtos de diversa nacionalidad.
- c) Interés de los terceros que pueden no conocer la ley nacional de su contratante.
- d) Coincidencia entre la competencia jurisdiccional y la legislativa.
- e) Los intereses de los países de inmigración.

En lo que respecta a los argumentos a favor de la ley nacional, tenemos:

- a) Mayor estabilidad y certeza, dado que para la antigua determinación del domicilio se necesitaba el *animus*, o sea la intención de permanecer en un lugar.
- b) Adaptación de la ley nacional al temperamento de sus nacionales (Mancini).
- c) Interés de los países de emigración.

En la actualidad, el domicilio se define como «la residencia habitual de la persona», eliminándose la intencionalidad. A tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de nuestro Código Civil: «El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar». Esta definición también se utiliza en las convenciones de La Haya.

1.2. Comienzo y extinción de la personalidad

El comienzo de la personalidad viene determinado por el nacimiento. Según el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos». En el ámbito de los derechos de la personalidad, hay que distinguir una «doble dimensión»: una vertiente privada relativa a la existencia, contenido, tutela y restricciones al ejercicio de los derechos de la personalidad; y, por otra parte, una dimensión pública referida al control administrativo o a la violación de los derechos de la personalidad.

El Código Civil peruano, en el segundo párrafo de su artículo 1, protege jurídicamente al nasciturus disponiendo que: «La vida humana comienza en la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

En lo que respecta a la extinción de la personalidad, según el artículo 1 de nuestro CC: «La muerte pone fin a la persona». Según la Ley General de Salud (ley 26842): «Se considera ausencia de vida el cese definitivo de la actividad cerebral».

Respecto a las normas conflictuales, el artículo 2068 del CC precisa: «El principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio. Cuando un efecto jurídico dependa de la sobrevivencia de una u otra persona, y estas tengan leyes domiciliarias distintas, y las presunciones de sobrevivencia de estas leyes fueran incompatibles, se aplica lo dispuesto en el art. 62 del Código Civil». Según el cual: «Si no se puede probar cuál de las dos o más personas murió primero, se les reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios». Vale decir que nuestro Código Civil, siguiendo al Código Civil alemán, se rige por la presunción de conmorencia.

1.3. Declaración de ausencia

Su fundamento jurídico estriba en la «incertidumbre de la existencia» de la persona, originada por el transcurso del tiempo sin tener noticias de su paradero (artículo 47 del CC). Habiendo en la incertidumbre graduaciones, la ley distingue los varios periodos, predominando en el primero la probabilidad de vida sobre la de muerte; y, en el segundo, en cambio, prepondera la probabilidad de muerte, pudiéndose llegar incluso a la declaración de «muerte presunta».

Nos dice Pérez Vera (1980) que, para el DIP, la ausencia se presenta como una cuestión preliminar de múltiples relaciones jurídicas: condición de las personas, régimen de los bienes, relaciones obligacionales, relaciones familiares y sucesorias, agregando que, tanto las medidas provisionales

en defensa de los bienes patrimoniales del causante, como la declaración de ausencia y fallecimiento, exigen la intervención judicial; por ello, en este tema resulta ineludible la dualidad de planos: de una parte, «la competencia judicial internacional» para adoptar tales decisiones y efectos extraterritoriales que se les debe reconocer; y, de otra, «la determinación de la ley aplicable».

En lo que respecta a la «competencia judicial internacional», los tribunales nacionales solo tienen competencia si el desaparecido nacional o extranjero está domiciliado en el Perú y, por este hecho, la ley peruana es la aplicable. Por otra parte, las declaraciones de ausencia y fallecimiento pronunciadas en el extranjero, en cuanto a decisiones judiciales que afectan al estado y condición de las personas, al provenir de «procesos no contenciosos», tiene efectos extraterritoriales sin tener que someterse al procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Respecto a la «ley aplicable», se debe distinguir entre las medidas provisionales que por su carácter urgente se rigen por la ley del juez; así como la declaración de ausencia, cuyos efectos se rigen por la ley personal del desaparecido. A tenor de lo dispuesto en el artículo 2069 del CC: «La declaración de ausencia se rige por la ley del último domicilio del desaparecido, la misma ley regula los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del causante. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán regulándose por la ley que anteriormente la regia».

Sobre la base de estas normas, por ejemplo, el cónyuge del ausente solo se podrá casar si, según la ley de su domicilio, la declaración de ausencia trae como consecuencia la declaración de muerte presunta.

1.4. Estatuto individual

Engloba el estatuto civil de la persona y su capacidad. El estado de las personas se refiere a sus atributos, sobre todo dentro del derecho privado; pero no comprende a la nacionalidad porque cada Estado decide soberanamente quiénes son sus nacionales. Comprende el conjunto de reglas destinadas a identificar a la persona: el nombre y el estado civil.

El nombre es una institución compleja, porque tiene una dimensión privada personal, pero posee también un componente público, por lo que se le considera un «derecho-deber». Según lo dispuesto en el artículo 19 del CC: «Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos». Asimismo, el nombre es una institución de policía y de allí el carácter territorial de las normas relativas al registro civil. En lo que respecta a los actos realizados por una autoridad extranjera en la forma prevista por su ley local, gozan de fe pública en el Perú.

El domicilio escapa al estatuto personal, así como a toda ley determinada porque interviene siempre en el juego de otra institución. En consecuencia, el domicilio será determinado según la ley aplicable a la institución para la que juega. El ejemplo más neto es el de la competencia judicial.

Según la primera parte del artículo 2070 del CC: «El estado y capacidad de la persona natural se rige por la ley de su domicilio». Esta disposición constituye una modificación respecto al artículo V del TP del Código Civil de 1936 que seguía un criterio dual de nacionalidad-domicilio.

1.5. Capacidad

Comprende varias nociones de una naturaleza no absolutamente homogénea, aunque derivan de una idea fundamental común consistente en el hecho de que se trata siempre de una «aptitud subjetiva reconocida» (o limitada) por el derecho sobre la base de ciertas cualidades o condiciones personales. En principio, se puede afirmar que hay dos nociones fundamentalmente distintas: la «capacidad de goce de los derechos» y la «capacidad de ejercicio», cada una de las cuales tiene dos dimensiones: la primera general y la otra especial.

Las «incapacidades de goce» son siempre especiales y al estar relacionadas con determinados actos no relevan del estatuto personal, sino que forman parte del funcionamiento de una determinada institución. Así, por ejemplo, la incapacidad de heredar por testamento en favor del notario

ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; así como, en favor de los testigos testamentarios (artículo 688 del CC), depende de la ley del último domicilio del causante. Solo las incapacidades de ejercicio forman parte del estatuto personal en la medida que tienen por objeto proteger a la persona en razón de su minoría de edad o su debilidad física o mental.

1.5.1. Aplicación de la ley del domicilio

En el segundo párrafo del artículo 2070 del CC se expresa:

El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior. No es nulo por falta de capacidad, el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al Derecho de obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana salvo que se trate de acto jurídico unilateral o de derechos sobre predios situados en el extranjero.

El artículo citado contiene dos excepciones a la vigencia de la ley del domicilio. La primera está referida a los derechos adquiridos. Con el cambio de domicilio, la persona natural no puede resultar con una capacidad menor, pero sí con una capacidad mayor a la que tenía en virtud de su domicilio anterior, adoptándose la tendencia de la ley más favorable a la capacidad. La aplicación de lo establecido en el artículo 2070 del CC en lo que respecta a los derechos adquiridos debe efectuarse en concordancia con el artículo 2050 del CC.

La segunda excepción a la aplicación de la ley del domicilio y su reemplazo por la ley del lugar de celebración del acto jurídico solo es admitida cuando se trata de obligaciones patrimoniales, sean estas contractuales o extracontractuales; así las obligaciones extrapatrimoniales continúan regidas por la ley del domicilio.

La razón de ser de esta excepción es que se considera que, en el caso de las obligaciones patrimoniales, la fuerza vinculante existente entre la capacidad y la ley del domicilio se ve diluida por la importancia que tiene

la efectividad de las leyes dentro de su territorio. Así como la seguridad jurídica que brinda este sistema, al no permitir el eventual respaldo de irresponsabilidad que pudiera otorgar la ley extranjera al considerar incapaz al agente que, de domiciliar en el lugar de celebración del contrato, sería responsable.

El antecedente de esta excepción lo encontramos, por primera vez, en el caso Lizardi de la jurisprudencia francesa de 1861 y, posteriormente, esta figura fue consagrada por la Ley de Introducción al Código Civil alemán de 1896 y recogida por numerosas legislaciones. Esta teoría ha sido criticada por considerar que se discrimina el interés del extranjero respecto del contratante del país, siendo los dos igualmente merecedores de respeto. El Convenio de Viena de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en su artículo 11 dispone: «Solo podrán invocar su capacidad resultante de otra ley, si en el momento de la celebración del contrato la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia de su parte».

La ley de lugar de celebración del acto, cuando se trata de obligaciones patrimoniales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2070 del CC, tiene dos excepciones: cuando se trata de acto jurídico unilateral y cuando se trata de derechos sobre predios situados en el extranjero. En el primer caso, la ley de lugar de celebración del acto pierde su fuerza vinculante porque el lugar del cumplimiento puede haber sido elegido exclusivamente por el agente. La segunda excepción está basada en el carácter territorial que presentan las relaciones jurídicas internacionales vinculadas a predios.

La teoría del interés nacional solo opera respecto de contratos celebrados en el país del juez, pero no en relación a los contraídos en un país extranjero. Se trata, por lo tanto, de una formulación unilateral de la teoría del interés general.

Pensamos que el predominio de la ley de lugar de celebración del acto sobre la ley del domicilio, en materia de incapacidad, debe bilateralizarse en aras de la unidad doctrinal y de la facilitación del comercio internacional,

para lo que es necesario modificar la redacción y expresar de una manera explícita que la primacía de la ley de lugar de celebración del acto tiene solo lugar en los actos jurídicos patrimoniales (contractuales y extracontractuales), salvo las excepciones previstas en el tercer acápite del respectivo artículo.

1.5.2. Modificación propuesta al artículo 2070 del CC

El estado y capacidad de la persona natural, así como, sus inherentes derechos, se rigen por la ley del domicilio.

El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico relativo a obligaciones patrimoniales si el agente es capaz según la ley del lugar donde se celebró el acto, o donde acaeció el hecho generador de la responsabilidad extracontractual, salvo que se trate de acto jurídico unilateral o de derechos sobre predios situados en el extranjero.

La expresión «derechos inherentes» comprende los derechos esenciales de la personalidad en lo que respecta a su existencia y tutela, así como a las restricciones impuestas a su ejercicio.

1.6. Las incapacidades de ejercicio

Se entiende por incapacidades de ejercicio la imposibilidad o ineptitud del sujeto del derecho a ejercer por sí mismo los derechos que goza como persona. Estas incapacidades tienen por objeto proteger a la persona en razón de su minoría de edad o de su debilidad física o mental.

En el derecho moderno, existen varios sistemas referentes a la protección de los incapaces: el «sistema latino», que los encarga fundamentalmente a la familia; el «sistema germánico», que los concibe como una institución pública encargada principalmente a cuerpos judiciales o administrativos; y, por último, el «sistema mixto».

El sistema peruano puede incluirse en el sistema mixto desde que atribuye una importante intervención a la autoridad judicial, aunque con franca preponderancia de la matriz familiar, lo cual se enfatiza con la inclusión de la materia en el libro de familia del CC, como lo expresa el Dr. Cornejo Chávez. Sin embargo, el libro X ubica las instituciones de amparo al incapaz dentro del articulado referente a la capacidad como lo fue en el derecho romano. Por lo que somos de la opinión que es necesario reubicar las instituciones de amparo al incapaz colocándolas en el artículo siguiente a la adopción.

El Código Civil, en su artículo 2071, dispone:

La tutela y demás disposiciones de protección del incapaz se rigen por la ley de su último domicilio.

Las medidas urgentes de protección al incapaz que se encuentra en el Perú y, en su caso, la protección de sus bienes situados en la República, se rigen por la ley peruana.

Considerado globalmente el instituto familiar de protección al incapaz, este está integrado en el Perú por cuatro figuras: una matriz, que es la patria potestad; dos supletorias, que son la tutela y la curatela; y el consejo de familia, que actúa principalmente como órgano de supervigilancia de todos los anteriores. Adicionalmente, el artículo 37 del CC expresa: «Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales».

1.7. Dominio de la ley del domicilio

En lo que respecta al dominio de la ley del domicilio, este rige las causales de incapacidad, determinando los acontecimientos que conducen a la incapacidad, como la edad o la demencia. Es igualmente esta ley la que prevé la necesidad de la intervención de una autoridad, sea esta judicial o administrativa. Sin embargo, es la ley del juez la que precisa el procedimiento a seguir. Asimismo, pertenece a la ley del domicilio del incapaz determinar los actos que no puede cumplir solo o los que por excepción él puede realizar.

Paralelamente, es la ley del domicilio la que determina la representación del incapaz, las formalidades de conclusión de los actos que pueden ser imprevistos y las relaciones de los diversos órganos de protección entre ellos; así como las condiciones de aptitud para las funciones de tutor. La ley del domicilio determina igualmente la sanción de la incapacidad o de la inobservancia de las formalidades requeridas.

2. DERECHO MATRIMONIAL INTERNACIONAL

El matrimonio ha tenido como función servir de «fundamento de la familia». En la cultura occidental, su ordenamiento legal ha estado inspirado en la concepción del matrimonio cristiano basado en la unión voluntaria y, en principio, indisoluble entre un hombre y una mujer. A pesar de lo dicho, no cabe desconocer que, en el derecho musulmán, el matrimonio puede ser poligámico. Además, son diferentes los presupuestos relativos a la libertad para contraerlo y al consentimiento matrimonial. También la unión puede ser disuelta unilateralmente por el hombre, mediante el repudio, con o sin compensación económica.

El DIP ha de establecer soluciones adecuadas y flexibles que no desconozcan los derechos y libertades fundamentales que precisan ser garantizados a todos, ni tampoco la relevancia social y jurídica de otras culturas y concepciones de la familia. En la Asamblea General de la ONU de 1962, se aprobó la convención sobre consentimiento, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, dejando a cada país la fijación de la edad mínima. Nuestro Código Civil, en su artículo 241, inciso 1, establece como edad mínima los 16 años cumplidos y se exige la manifestación expresa de la voluntad de casarse.

Actualmente, la institución matrimonial sufre una crisis en la cultura occidental marcada por un proceso de homologación del matrimonio con las uniones de hecho y las uniones heterosexuales con las homosexuales. A mayo de 2016, veinte países han aprobado el matrimonio homosexual. En Estados Unidos, antes del histórico fallo judicial de la Corte Federal,

treinta y siete Estados y el distrito de Columbia, donde se halla la capital del país, Washington, aceptaban legalmente este tipo de uniones. En otros países, se ha establecido el pacto de solidaridad o unión civil, que da derecho a las parejas homosexuales a heredar, recibir indemnización en caso de accidente y la deducción de impuestos; vale decir, toda clase de derechos patrimoniales.

2.1. Formación del matrimonio

Como el matrimonio nace por un acto jurídico, es necesario que se cumplan con las condiciones de fondo y de forma requeridos.

2.1.1. Condiciones de fondo

Se aplica distributivamente la ley personal de cada uno de los contrayentes, según lo señalado por el artículo 2075 del CC: «La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos esenciales del matrimonio se rigen para cada uno de los contrayentes, por las leyes de sus respectivos domicilios».

En el *common law* y específicamente en Argentina, Guatemala, Chile, Ecuador y Paraguay, se aplica la ley del lugar de celebración y no la ley del domicilio a las condiciones de fondo del matrimonio.

Se puede plantear como principio general que, del conjunto de las condiciones de fondo que la ley peruana impone a los futuros esposos para contraer matrimonio, se considera de orden público internacional únicamente: la monogamia, la exogamia, la edad, el consentimiento (solo error y violencia) y la heterosexualidad.

2.1.2. Condiciones de forma

Según el artículo 2076 del CC: «La forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración». Existen diversos dispositivos de carácter consular y de registro que establecen la obligación para los peruanos de registrar su matrimonio en el consulado del país en que se contrajo e inscribirlo en los registros civiles para poder ejercer los derechos y acciones

derivadas del estado matrimonial. Sin embargo, según jurisprudencia de la Corte Suprema del 25 de octubre de 1975, el cumplimiento de estos requisitos solo es declarativo, pero no constitutivo; vale decir que el matrimonio efectuado legalmente según las formas del país extranjero es válido en el Perú a pesar de no estar inscrito.

2.2. Efectos del matrimonio

El primer problema que se plantea es el de determinar cuál es la ley aplicable frente a una pluralidad de estatutos personales de los cónyuges. El segundo problema es el dominio de aplicación de la ley:

- a) Determinación de la ley aplicable: cuando la conexión que se usa es la nacionalidad y los cónyuges tienen nacionalidades distintas rige la ley del domicilio conyugal y si no tienen el mismo, rige la ley del último domicilio común.
- b) Dominio de la ley personal: tradicionalmente, los efectos se han calificado como:
 - Personales, referidos a los derechos y deberes recíprocos de los esposos, sin contenido económico.
 - Patrimoniales, que comprenden el régimen de bienes del matrimonio.

2.2.1. Efectos personales

Según el artículo 2077 del CC:

Los derechos y deberes de los cónyuges en todo en cuanto se refiere a sus relaciones personales se rigen por la ley del domicilio conyugal.

Si los cónyuges tuviesen domicilios distintos, se aplica la ley del último domicilio común.

Nuestro Código Civil, en sus artículos 288 y 289, se refiere a los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia mutua, los cuales están regidos por la ley del domicilio conyugal.

Las relaciones de carácter personal están unidas a la concepción de matrimonio y familia de cada cultura y tienen como base las concepciones morales de cada sociedad. Así, por ejemplo, en nuestra cultura occidental hay igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres en el matrimonio.

2.2.2. Efectos patrimoniales

Este es uno de los temas más complejos por la diversidad de soluciones que se presentan en el derecho comparado debido a las distintas calificaciones en que se incluyen. Así, por ejemplo, en el derecho peruano y de Europa continental (con excepción de Francia), los efectos patrimoniales pertenecen al estatuto personal; mientras que, en el *common law*, forma parte del estatuto real, mientras que en Francia se rige por la autonomía de la voluntad.

El artículo 2078 dispone: «El régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes adquiridos, antes o después del cambio».

Al respecto, nosotros no estamos de acuerdo con la inmutabilidad del régimen de bienes. Consideramos más acorde a la realidad aceptar una «mutabilidad restringida y sin efectos retroactivos», limitando la elección a la residencia habitual de los esposos.

2.3. Dominio de la ley aplicable

Según el sistema europeo continental —con excepción de Francia— y latinoamericano, el sistema de bienes del matrimonio se considera como una unidad y sujeto a la aplicación de una sola ley, conforme a la cual se

deberá determinar no solamente lo que a cada esposo le corresponde en el patrimonio del otro, sino también las obligaciones que pueden originarse entre ellos, la responsabilidad de la sociedad conyugal frente a terceros, la administración de los bienes de la mujer, el uso indebido de las facultades del marido y, en general, todos aquellos problemas que deriven de las relaciones de propiedad entre los cónyuges.

Según el «sistema angloamericano», hay que distinguir en la propiedad matrimonial entre los bienes muebles y los inmuebles. Los primeros, de conformidad con la regla tradicional, siguen a la persona y tienen efectos extraterritoriales. La participación de cada esposo en la propiedad mueble del otro deberá determinarse de acuerdo a la ley a que las partes están sujetas; vale decir, a la ley del domicilio. Mientras que los bienes inmuebles están sometidos a la ley del lugar de su situación.

La ley personal que gobierna la propiedad matrimonial puede encontrarse en conflicto con la ley de la situación de los bienes a la cual están sujetos las formas o modos que puedan revestir la creación, transferencia, modificación y extinción de la propiedad. Así, por ejemplo, la hipoteca legal a favor de uno de los esposos, determinada por el régimen de bienes del matrimonio, podría no estar de acuerdo con la ley de la situación del inmueble, el cual desconoce este derecho real. En estos casos, impera la aplicación excluyente de la ley de la situación. La ley personal debe dar paso a la ley de la situación del bien en todas aquellas cuestiones que afectan directamente el régimen de propiedad establecido por la ley local.

2.4. Nulidad del matrimonio

Los artículos 2079 y 2080 del CC se refieren a la nulidad del matrimonio y a sus efectos. El concepto de «nulidad» utilizado en estos artículos debe ser entendido en sentido genérico, incluyendo los aspectos de invalidez, inexistencia e impugnabilidad.

La ley aplicable a la nulidad está determinada en el artículo 2079 del CC:

La nulidad del matrimonio se rige por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca cuya infracción motive la nulidad.

Los vicios del consentimiento, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar de celebración.

Vale decir, si la nulidad es por ausencia o incumplimiento de un requisito de fondo, regirá la ley del domicilio de cada cónyuge; mientras que, si la causal es de forma, rige la ley del lugar de celebración. Ahora bien, si la causa de nulidad se debe a un vicio del consentimiento (error o violencia), la ley competente es la del lugar de celebración del matrimonio y no la personal. El derecho material peruano contempla los casos de nulidad y anulabilidad en los artículos 274 y 277 del CC, respectivamente.

Los autores consideramos que la presente regulación del Código Civil es inadecuada dado que considera como un defecto de forma los vicios del consentimiento, que son requisitos de fondo del matrimonio, motivo por el cual proponemos la eliminación del segundo párrafo del artículo 2079.

Respecto a los efectos de la nulidad, el artículo 2080 del CC expresa: «La ley del domicilio conyugal rige los efectos de la nulidad del matrimonio, excepto lo referente a los bienes de los cónyuges que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio».

Consideramos que la ley del primer domicilio conyugal no es la más adecuada para regular los efectos de la nulidad del matrimonio por ser esta un efecto directo del incumplimiento de una o varias de las condiciones requeridas para la formación del matrimonio, por lo que resulta inconsecuente que la nulidad como efecto «se regule por distinta ley que la causa que lo motiva»; por lo cual proponemos la siguiente modificación: «Los efectos de la nulidad del matrimonio se rigen por la misma ley a la que está sometida la condición cuya infracción motiva dicha ley, excepto lo referente a los bienes de los cónyuges que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio», los cuales se rigen por la ley del primer domicilio conyugal (artículo 2078).

2.5. Unión libre

Es un fenómeno multiforme. Se trata de una comunidad de vida dotada de una cierta estabilidad. La unión libre presenta en el derecho comparado una gran variedad. Así, por ejemplo, para los países musulmanes es un acto ilícito, generalmente reprimido. Inversamente, en otros países, esta unión es legislada casi como un matrimonio, como es el caso de América Latina, incluyendo el Perú, el cual lo norma en su Constitución (artículo 15) y en el artículo 326 del CC. La ley 30007 de 2013 añadió a los concubinos los derechos de legítima y habitación.

Como en el Código Civil (libro X) no existe ningún artículo sobre el régimen patrimonial de las uniones de hecho, proponemos el siguiente: «En lo que respecta a las relaciones personales como a las patrimoniales, las uniones de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 326 del Código Civil, se rigen por la ley del último domicilio común de los concubinos».

Las uniones libres homosexuales vendrían a ser contrarias al orden público internacional del Perú.

3. DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO CONYUGAL

Actualmente, hay una aceptación mayoritaria del divorcio en la cultura occidental, poniéndose énfasis en el matrimonio como contrato y no como institución. En nuestro tiempo, según Zygmunt Bauman (2003), el ser humano se ha deshecho de ataduras políticas, éticas e incluso culturales, lo cual ha llevado a la desintegración de la vida familiar y al entendimiento de las relaciones afectivas como hechos volátiles.

No se admite el divorcio en Filipinas y en el Estado del Vaticano. En Alemania y en Suecia no existe la separación de cuerpos, pero sí el divorcio; en los países musulmanes solo lo puede solicitar el marido; en Francia y España, el divorcio está judicializado, lo mismo que en el Perú; sin embargo, una reciente ley permite que cuando se trata de la causal de mutuo disenso y no hay hijos menores, el divorcio se pueda efectuar

ante autoridad municipal o notario público (ley 29227). En el Japón, el divorcio por mutuo disenso es declarado por autoridad administrativa (alcalde); en Israel, por autoridad religiosa (rabino); y en Tailandia, por acuerdo privado sin intervención de autoridad alguna.

3.1. Ley aplicable a la admisibilidad del divorcio y a la separación de cuerpos

Según el artículo 2081 del CC, el derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rige por la ley del domicilio conyugal. En Europa continental, la ley aplicable es la ley personal de los cónyuges, entendiéndose por tal a «la ley nacional» y, en caso los cónyuges tengan nacionalidad distinta, rige la ley del último domicilio conyugal.

3.2. Ley aplicable a las causales de divorcio y a la separación de cuerpos

Según el artículo 2082 del CC:

Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.

Este artículo copió mal el artículo XXXII del Proyecto de la Comisión Reformadora; por eso el proyecto de reforma del libro X incluye la siguiente modificación:

1. Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio, si no las autoriza con

iguales efectos la ley del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

3.3. Aplicación por los tribunales peruanos de leyes extranjeras en materia de divorcio y separación de cuerpos: orden público internacional

Las leyes extranjeras más permisivas que la ley del foro, en lo referente a las causales del divorcio, tradicionalmente, no han sido aplicadas, como lo revela la jurisprudencia internacional que ha hecho coincidir el orden público interno con el internacional, no admitiéndose una causal no prevista en el derecho material del foro.

Un caso típico de exclusión de leyes extranjeras es el repudio unilateral del derecho musulmán que es considerado por los tribunales de los países occidentales como contrario al orden público internacional por vulnerar el principio de igualdad entre los cónyuges, de modo que conduce a una situación de desprotección jurídica de la mujer.

En lo que respecta a la aplicación de leyes extranjeras más restrictivas del divorcio que la ley del foro, podemos decir, en general, que se ha producido una evolución de la jurisprudencia internacional occidental debido al avance de la tendencia divorcista del mundo. Sin embargo, estas restricciones no se justifican en la hipótesis que la ley extranjera comporta prohibiciones o restricciones de ciertos principios fundamentales del derecho del foro.

3.4. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de divorcio y separación de cuerpos: orden público internacional

En el derecho comparado, es claro que las leyes extranjeras violatorias de los derechos humanos y que contienen algún tipo de discriminación en materia de divorcio y de separación de cuerpos, en razón del credo, raza, sexo o ideología de las personas, no tienen efecto extraterritorial por ser

contrarias al orden público internacional. El inciso 7 del artículo 2104 del CC, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, exige que «no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres». Como se trata de un derecho adquirido, esta excepción tiene un efecto atenuado.

3.5. Efectos del divorcio y la separación de cuerpos

Es necesario distinguir entre los «efectos del juicio» —regidos por la ley del juez al ser materia de procedimiento— y los «efectos de fondo» —regidos por la ley del domicilio conyugal—. La ley del juez es la que determina el punto de partida de los efectos del divorcio, así como si están o no subordinados a un requisito de publicidad. Sobre el procedimiento mismo, hay que tener en cuenta que, tanto en España como en Francia, y en parte del Perú, este está judicializado. También las medidas provisionales escapan a la competencia de la ley personal y están sometidas a la ley del foro.

En cuanto a los efectos de fondo del divorcio, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 2082 del CC, se rigen por la ley del domicilio conyugal, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio, vale decir, la ley del primer domicilio conyugal (artículo 2078 del CC). La misma ley del domicilio conyugal que ha regido las causas del divorcio y la separación de cuerpos es la que rige los efectos personales. En la medida en que se trata de fijar las relaciones de los esposos entre sí y con sus hijos, es necesaria la aplicación de una ley única para guardar la coherencia y homogeneidad necesarias.

4. DERECHO DE FILIACIÓN INTERNACIONAL

4.1. Caracteres generales

Nos recuerda Foyer (1983) que una tradición milenaria fundaba el derecho de familia sobre dos postulados esenciales: la superioridad del matrimonio y el privilegio de la masculinidad. La supremacía del matrimonio traía como consecuencia la desigualdad entre los hijos legítimos y los ilegítimos;

mientras que la superioridad del hombre entrañaba, lógicamente, el poder marital y el poder paternal (patria potestad). La unión libre aparecía como un fenómeno marginal rodeado, generalmente, de la reprobación social.

Para determinar la filiación internacional, se aplicaba la norma conflictual que era abstracta, rígida e indirecta, y el único correctivo posible era la excepción de orden público internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial, el proceso de descolonización y la Revolución industrial, emergió una sociedad postindustrial. Por todas partes apareció una aspiración a la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, que en la familia se traduce como una igualdad entre marido y mujer, y entre padre y madre. También ha sido reivindicada la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Ha aumentado el intercambio de personas debido a las migraciones, los refugiados y al turismo, apareciendo numerosos matrimonios mixtos y concubinatos.

En la actualidad, se ha girado hacia reglas de conflicto menos rígidas, mejor adaptadas a las diferentes facetas del derecho de filiación, adoptándose conexiones alternativas que son elegidas por el juez.

La filiación es una institución compleja en orden a los diferentes domicilios de los elementos personales que intervienen en ella: el padre, la madre y el hijo.

La mayoría de los sistemas jurídicos distingue entre la «filiación natural», que puede ser matrimonial y extramatrimonial, y la «filiación adoptiva», originada por la adopción. Nuestra Constitución, en su artículo 6 (tercer párrafo), dispone: «Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes». Este principio de igualdad está consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como es el caso de la DUDH (artículo 25) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17) suscritos y ratificados por la mayoría de las naciones, incluyendo el Perú.

Estos principios fundamentales están plasmados en nuestro Código Civil. La diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales «no significa un estatus jurídico distinto» entre unos y otros, sino que se

dirige a establecer determinadas reglas específicas para legislar diferentes supuestos que, debido a las circunstancias fácticas, no son posibles de ser legisladas de la misma manera.

4.2. Filiación matrimonial

La conexión utilizada para determinar la filiación matrimonial ha sufrido una evolución con motivo de los cambios sociológicos profundos que se han producido en el mundo. El DIP clásico regía la filiación matrimonial por la ley personal del padre al momento del nacimiento del hijo.

Según el artículo 2083 del CC: «La filiación matrimonial se determina por la ley más favorable a la legitimidad entre las de la celebración del matrimonio o la del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo». Este artículo modifica el método conflictual clásico, encomendando al juez el análisis de los derechos materiales aplicables y, una vez conocidos, dispone que el magistrado elija la conexión que le llevará a aplicar la ley más favorable a la legitimidad.

Así, por ejemplo, si la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo establece un plazo mayor para que el padre impugne su paternidad, el juez deberá aplicar el plazo menor establecido por la ley de celebración de matrimonio y así favorecer la legitimidad del hijo.

En cuanto al dominio de la ley aplicable, rige las cuestiones del tiempo y modo bajo las cuales es posible establecer las presunciones de paternidad (artículos 361 al 364 del CC). La tendencia contemporánea en el derecho de familia de fijar conexiones alternativas que lleva la posibilidad de que el juez aplique leyes materiales distintas, exigiendo la más favorable a la legitimidad, le da al magistrado una función tuitiva, produciéndose en nuestra materia un desplazamiento en el conflicto de leyes a favor del conflicto de jurisdicciones.

4.3. Filiación extramatrimonial

La filiación extramatrimonial solo se puede establecer por reconocimiento voluntario o forzoso, como consecuencia de una sentencia. En lo que respecta a la ley aplicable, el artículo 2084 del CC precisa:

La determinación de la filiación extramatrimonial, así como sus efectos y su impugnación, se rigen por la ley del domicilio común de ambos progenitores y del hijo o, en su defecto, por la del domicilio del progenitor que tiene la posesión de estado respecto al hijo.

Si ninguno de los progenitores tuviera la posesión de estado, se aplicará la ley del domicilio del hijo.

Este artículo aparentemente consagra tres factores de conexión para la filiación extramatrimonial, aunque en realidad el factor de conexión es, en última instancia, la «ley del domicilio del hijo». Consideramos que la mejor solución sería la de otorgar al juez la facultad de escoger, entre las diversas alternativas de conexión, aquella que lo conduzca a la aplicación de la ley material más favorable al reconocimiento del hijo. Por lo expuesto, somos de opinión que el artículo 2084 del CC debería estar redactado de la siguiente forma:

La determinación de la filiación extramatrimonial; así como, sus efectos e impugnación se determina por la ley más favorable a la paternidad entre las del domicilio del hijo, o la ley del domicilio de ambos progenitores, o en su defecto, por la del domicilio del progenitor que tenga la posesión del estado respecto al hijo.

En cuanto al reconocimiento del hijo extramatrimonial, según el artículo 2085 del CC: «El reconocimiento del hijo se rige por la ley de su domicilio». La inclusión de este artículo es innecesaria porque ya el artículo 2084 se había referido a la determinación de la filiación extramatrimonial que comprende tanto el reconocimiento voluntario como el forzoso. El artículo 2084 del CC regula no solo la determinación de la ley aplicable a la filiación, sino que también rige sus efectos, así como su impugnación.

4.4. Legitimación

Esta figura jurídica está tratada en el artículo 2086 del CC, según el cual:

La legitimación por subsecuente matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración de este. Sin embargo, si la ley del domicilio del hijo exige el consentimiento de este debe ser también aplicada.

La capacidad para legitimar por declaración estatal o judicial se rige por la ley del domicilio del legitimante y la capacidad para ser estatal o judicialmente legitimado, por la ley del domicilio del hijo; requiriendo la legitimación, la concurrencia de las condiciones exigidas en ambas.

La acción para impugnar la legitimación se somete a la ley del domicilio del hijo.

Si bien este artículo está técnicamente bien estructurado, teniendo en cuenta que no cabe matrimonializar a los hijos extramatrimoniales porque todos los hijos gozan de los mismos derechos, somos de opinión que se debe eliminar el artículo 2086 del CC, concordando así las normas de DIP con nuestro derecho sustantivo, que ha eliminado la figura de la legitimación.

En el caso de que se solicite el reconocimiento y ejecución en el Perú de una sentencia de legitimación efectuada en un país extranjero, consideramos que debería ser rechazada por los tribunales nacionales al ser contraria a los principios fundamentales del derecho peruano, según los cuales no hay diferencia entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

4.5. Filiación adoptiva internacional

La adopción internacional es, en gran medida, la consecuencia de la internacionalización de las relaciones privadas entre naturales de diferentes países por el hecho de su domicilio o nacionalidad.

En las últimas décadas, se ha producido el desigual crecimiento demográfico a nivel mundial, caracterizado, por una parte, por un descenso significativo de los índices de natalidad en los países desarrollados como

consecuencia de una cierta generalización en el uso de los anticonceptivos; y, por la otra, por un aumento de la población en los países llamados eufemísticamente «en vías de desarrollo», producida sobre todo por la disminución de la mortalidad infantil generada por el avance de las medidas sanitarias. Todo lo cual nos da un panorama mundial caracterizado de manera esquemática por un Norte opulento con familias sin niños y un Sur famélico con niños sin familia.

La trágica situación de nuestros países —y sobre todo de su niñez— no va a ser resuelta por un programa sostenido de adopciones, sino que se exige la vigencia de un nuevo orden internacional justo; pero sí puede, en alguna medida, paliar la situación dando una familia a niños desamparados.

4.5.1. Determinación de la ley aplicable

En la adopción internacional, el adoptante y el adoptado están regidos por leyes personales distintas planteándose el problema de la determinación de la ley aplicable. Nuestro Código Civil, en el artículo 2087, norma la adopción internacional someténdola a las siguientes reglas:

1. Para que la adopción sea posible se requieren que esté permitida por la ley del domicilio del adoptante y del domicilio del adoptado.
2. A la ley del domicilio del adoptante corresponde regular:
 - a) La capacidad para adoptar.
 - b) La edad y el estado civil del adoptante.
 - c) El consentimiento eventual del cónyuge del adoptante.
 - d) Las demás condiciones que debe llenar el adoptante para obtener la adopción.
3. A la ley del domicilio del adoptado corresponde regular:
 - a) La capacidad para ser adoptado.
 - b) La edad y estado civil de adoptado.
 - c) El consentimiento de los progenitores o de los representantes legales del menor.

- d) La eventual ruptura del parentesco del adoptado con la familia sanguínea.
- e) La autorización al menor para salir del país.

Para impedir que, bajo el disfraz de la adopción, se oculte sentimientos o relaciones distintas a las paterno-filiales —como sería de sospechar que ocurra si el adoptante es unos pocos años mayor que la adoptada—, el profesor Cornejo Chávez (1985) sugería que, al numeral 3 del artículo 2087, se le añada un nuevo inciso: «f. Determinar la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptado».

4.5.2. Procedimiento de adopción

El derecho comparado nos demuestra que en casi todos los países es la autoridad pública la llamada a intervenir en el procedimiento de adopción. En el Perú, el Código de los Niños y Adolescentes (ley 27337) dispone en su artículo 129:

Entiéndase por Adopción Internacional, la solicitada por residentes en el exterior. Estos no están exceptuados de los procedimientos y plazos establecidos en el presente Código. Para que proceda este tipo de adopción es indispensable la existencia de Convenios entre el Estado peruano y los Estados de los extranjeros adoptantes o entre las instituciones autorizadas por estos. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia menor de dos años se rigen por las disposiciones sobre Adopción Internacional. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia mayor, se sujetan a las disposiciones que rigen la Adopción para los peruanos.

El más importante tratado a nivel mundial en esta materia es la convención sobre protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional suscrito en La Haya en 1993 y que ha sido ratificada por 65 países al año 2015, entre los cuales se encuentra el Perú (resolución legislativa 26474 del 1 de junio de 1975).

5. DERECHO DE SUCESIÓN INTERNACIONAL

Según Batiffol y Lagarde (1981), está compuesto por el conjunto de consecuencias patrimoniales derivadas del hecho jurídico de la muerte.

5.1. Determinación de la ley sucesoral

El estudio de la relación privada internacional en materia sucesoria es otro de los más complejos del DIP. La determinación de la ley sucesoral depende de lo que consideremos más importante del fenómeno sucesorio: ¿quién sucede? o ¿qué bienes son transferibles? Para el derecho romano, el heredero sustituye a la persona del causante; en consecuencia, la ley aplicable es su ley personal. Mientras que, para la concepción germánica, lo más importante es la «titularidad sobre un patrimonio», siendo la ley aplicable la de la situación de los bienes.

5.2. La calificación de la sucesión en el derecho comparado

No hay acuerdo en la doctrina y en las legislaciones en cuanto a la calificación de la sucesión: ¿la sucesión pertenece al estatuto real o al estatuto personal?:

- a) Si pertenece al estatuto real, existe «pluralidad de sucesiones» por la aplicación de la ley del lugar de la situación de los bienes, siendo esta la solución del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (artículos 44 y 45). Esta calificación tiene como sustento la soberanía del Estado a cuya ley compete, en forma exclusiva, controlar la transmisión de los bienes hereditarios situados en su territorio. La principal objeción a esta solución es que la sucesión puede quedar sometida a normas contradictorias. En esencia, esta concepción «desconoce la universalidad de la herencia» como un todo indivisible sujeto a una sola ley.
- b) El que la sucesión pertenezca al estatuto personal parte del principio de que la herencia es una «universalidad patrimonial» que tiene

como lazo de unión la persona del causante; por lo que la ley aplicable es su ley personal, que puede ser la ley de su domicilio o la de su nacionalidad. Se objeta que esta concepción choca con la soberanía de los Estados al aplicarse la ley extranjera sobre bienes situados en su territorio.

- c) El sistema mixto o de división sucesoria atiende a la «naturaleza de los bienes», aplicando la ley territorial a los bienes inmuebles; mientras que la ley del último domicilio del causante, a los bienes muebles, siguiendo el adagio romano que los bienes muebles siguen a la persona. Este sistema es seguido por el *common law* y por el derecho francés.

5.3. Legislación nacional interna

A tenor de lo dispuesto en el artículo 2100 del CC: «La sucesión se rige, cualquiera que sea la ley del lugar de la situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante», para el derecho peruano, se puede considerar que estamos frente a una sucesión internacional: si los herederos son extranjeros, si los bienes están situados en el extranjero o si el causante está domiciliado en el extranjero.

Para nuestro derecho, la sucesión solo puede ser testamentaria o intestada. La sucesión contractual se encuentra expresamente prohibida en nuestra legislación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 678 y 1405 del CC, por atentar contra la «revocación de los actos de última voluntad».

5.4. Problemas comunes a la sucesión testamentaria e intestada

- a) Apertura de la sucesión: se abre la sucesión a la muerte del causante, según lo dispuesto en el artículo 660 del CC. Según el artículo 62 del CC, rige la «presunción de conmorencia»: «Si no se puede probar cual de dos o más personas murió primero, se les reputa

mueras al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios».

- b) Delación hereditaria: es el llamamiento a los sucesores, constituyendo la naturaleza propia del reglamento sucesoral. Se rige por la ley sucesoria, la cual determina la cuantía de los derechos sucesorios, la legítima, etc.
- c) Capacidad para heredar: son capaces tanto las personas naturales (artículo 1 del CC) como las personas jurídicas (artículo 77 del CC). Es materia de debate el caso de las personas jurídicas de derecho privado que todavía no se han inscrito en el registro correspondiente, sino que están en trámite.
- d) Transmisión de la sucesión: comprende todo lo que sucede entre el deceso y el momento en que los herederos, legatarios o acreedores sucesorales obtienen lo que les es debido.

El conflicto entre la ley sucesoral y la ley real surge a propósito de la transmisión del activo, concerniendo especialmente a la toma y entrega de la posesión. Nos dice Calvo Caravacca que la sumisión de transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios a una ley única (la sucesoria) tiene indudables ventajas desde el punto de vista teórico, siendo la solución más simple y rápida.

En lo que respecta a la transmisión y reglamentación del pasivo, nos recuerda Audit (1977) que hay que tener presente que la obligación de responder de las deudas es el corolario del poder reconocido a los herederos o a aquellos que están encargados del activo de la sucesión por algún otro título. En principio, es también la ley sucesoria la que reglamenta la transmisión del pasivo hereditario.

Pero, de una parte, es la ley de la deuda la que determina si la misma es transmisible y divisible entre los herederos y, de otra, es la ley de la situación de los bienes la que interviene en todo lo que se relaciona a la realización del derecho de crédito sobre el patrimonio del deudor, así como a la naturaleza del derecho de garantía. La repartición del pasivo presenta

dificultades muy serias en el caso de pluralidad de sucesiones, porque el pasivo no se puede localizar como el activo.

5.5. Sucesión testamentaria

Esta nace de un acto jurídico y en consecuencia:

- La capacidad está regida por el domicilio del testador (artículo 2070 del CC) y las incapacidades pasivas, por el artículo 688 del CC, según el cual son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios.
- La forma se rige por la ley del lugar en que se otorga el testamento (artículo 2094 del CC); sin embargo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 722 del CC, los testamentos mancomunados y verbales son incompatibles con la ley peruana.
- El contenido del testamento se rige por la ley del último domicilio del causante (artículo 2100 del CC); sin embargo, la ley del lugar de la situación de los bienes decidirá si el testamento o el parentesco son suficientes para fundar en ellos un acto de transmisión, constitución o extinción de derechos reales. Sin embargo, el título como tal seguirá regulándose por la ley de la correspondiente categoría; es decir, la ley del último domicilio del causante, sin que proceda aplicar la ley de la situación del inmueble a otros aspectos de la transmisión sucesoria como, por ejemplo, las cuotas de libre disposición o las relaciones legales entre parientes.

5.6. Sucesión intestada

Es aplicable el artículo 2100 del CC —o sea, la ley del último domicilio del causante—, salvo que se trate de «herencia vacante», en cuyo caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2101 del CC: «La ley peruana rige la

situación de los bienes situados en la República si, conforme a la ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones».

5.7. La ley sucesoria y el orden público internacional

Son contrarios a nuestro orden público internacional: a) el desconocimiento de la institución hereditaria; b) la libertad de testar; y c) la exclusión o menor derecho a heredar de los hijos extramatrimoniales. Se discute si el desconocimiento de la legítima es o no contrario a nuestro orden público internacional.

5.8. Régimen patrimonial del matrimonio y derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente

El régimen de bienes del matrimonio se rige por la ley del primer domicilio conyugal (artículo 2078 del CC); mientras que la sucesión, por la ley del último domicilio del causante, lo cual crea problemas de adaptación que son resueltos por la Convención sobre Normas Generales de DIP (artículo 9), como se mencionó en el acápite correspondiente.

Por ejemplo, una persona domiciliada en Suecia y casada en Inglaterra muere intestada dejando bienes en el Perú, lo que da competencia jurisdiccional al juez nacional. Reclaman la herencia la viuda y un hermano del causante. La ley aplicable a la sucesión es la ley sueca —último domicilio del causante—, la cual no considera al cónyuge sobreviviente como heredero. La ley aplicable al régimen de bienes del matrimonio es la inglesa, que consagra el régimen de separación de bienes. Si se aplican ambas legislaciones, no solo sería injusto, sino ilógico; pues ambos sistemas conceden al cónyuge sobreviviente el derecho de participar de los bienes del causante. La ley sueca, vía sociedad de gananciales, mientras que la inglesa, vía sucesión del causante.

6. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es su opinión sobre la doctrina del interés nacional como excepción a la aplicación de la ley del domicilio? Fundamente su respuesta.
2. Teniendo en cuenta que en el *common law* y específicamente en Argentina, Guatemala, Chile, Ecuador y Paraguay se aplica la ley del lugar de celebración y no la ley del domicilio a las condiciones de fondo del matrimonio, ¿cuál es su opinión de estas soluciones que difieren de la normativa peruana?
3. En el Perú, la aplicación de una ley extranjera que prohíbe el divorcio —como en el caso de Filipinas—, ¿podría ser considerada por nuestros tribunales como contraria al orden público internacional peruano?
4. Si se eliminase el artículo 2086 del CC, como lo proponen los autores, ¿procedería en el Perú la solicitud de reconocimiento de una sentencia extranjera de legitimación por subsecuente matrimonio?
5. ¿Está usted de acuerdo con la disposición legal que establece que el hijo adoptivo rompe todo vínculo de parentesco con su familia sanguínea? Fundamente su respuesta.
6. Se discute si el desconocimiento de la legítima es o no contrario a nuestro orden público internacional. ¿Cuál es su opinión?

SECCIÓN SEGUNDA: DERECHO PATRIMONIAL (PERSONAS JURÍDICAS, BIENES, OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL)

1. PERSONAS JURÍDICAS

En la actualidad, debido al proceso de globalización que caracteriza a nuestra época, las personas jurídicas de derecho privado (sociedades, fundaciones y asociaciones), como de derecho público (Estados y sus entes autárquicos), así como los organismos internacionales, trascienden continuamente las fronteras de los Estados y se proyectan a nivel mundial en cumplimiento de sus fines específicos.

1.1. Personas jurídicas de derecho público

Según el artículo 2072 del CC:

Los Estados y demás personas jurídicas extranjeras de derecho público, así como las personas jurídicas internacionales de derecho público cuya existencia emane de acuerdos internacionales obligatorios para el Perú, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones en el país de conformidad con las leyes peruanas.

En lo que respecta a los Estados, estos tienen, por definición, una soberanía internacional, gozando, en principio, de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, la cual se encuentra atenuada en la práctica por la distinción entre los actos soberanos y aquellos otros que lleva a cabo como si fuera persona de derecho privado.

Este artículo limita sus alcances, en lo que respecta al reconocimiento de las personas jurídicas internacionales de derecho público, a aquellas «cuya existencia emane de acuerdos internacionales obligatorios para el Perú». Discrepamos con esta limitación por considerarla contraria al principio de efectividad (por ejemplo, Unión Europea), motivo por el cual proponemos su eliminación.

1.2. Personas jurídicas de derecho privado

Esta categoría de personas jurídicas son las más numerosas y las que tienen mayor actividad en el tráfico externo presentando dificultades en la determinación de su «estatuto personal». Entre ellas, las más importantes son las «sociedades mercantiles» que, cuando desean ejercer su actividad de una manera permanente en un país distinto al de su constitución, pueden elegir toda una gama de técnicas que van desde abrir una sucursal o filial, hasta formar una sociedad local que dependa de un control internacional, constituyéndose lo que se denomina un «grupo de sociedades».

Según Calvo Caravacca, estas sociedades tienen los siguientes elementos básicos: la relación de dependencia directa o indirecta de una o varias sociedades con respecto a otra —sociedad dominante— y el ejercicio de una dirección económica única por esta última sobre el conjunto de los demás. Pese a que cada una de las sociedades es jurídicamente independiente, la estructura del grupo condiciona su actuación en el mercado con la lógica de una sola empresa. Cuando el grupo está formado por sociedades de la misma nacionalidad, no surgen especiales problemas para el DIP. La situación cambia cuando el grupo lo forman sociedades con diferentes nacionalidades; en cuyo caso suele hablarse de «sociedades multinacionales», entendida con relación al «grupo» en su conjunto y no a las sociedades que lo integran.

El poder económico de las multinacionales es mayor que la de los «países en vías de desarrollo». Según Aguilar Navarro (1982), estos grupos de sociedades responden de modo lógico a la combinación de los procesos no antitéticos: por una parte, la creciente internacionalización del capital; y, por otra, la concentración de este —juntamente con la de los medios de producción— cada vez en manos de menos propietarios. Para paliar de alguna manera los excesos de poder de estos grupos de sociedades, se ha elaborado diversos códigos de conducta por las Naciones Unidas, auspiciados por la UNTAC; sin embargo, su nota distintiva es que sus normas carecen de sanción, esto es que su cumplimiento se deja a la voluntad de los interesados.

Por lo expuesto, el estudio de las sociedades desde el punto de vista del DIP no puede ser hecho exclusivamente mediante el método conflictual; sino que debe recurrirse al método sustantivista y al método de las normas de aplicación inmediata o necesaria. La sociedad surge de un contrato y como tal está regido por la «autonomía de la voluntad», la cual está limitada por las normas internacionalmente imperativas que luego estudiaremos.

1.3. Legislación nacional

El derecho peruano, en el artículo 2073 del CC, dispone:

La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas.

Las personas jurídicas de Derecho Privado constituidas en el extranjero son reconocidas de pleno derecho en el Perú, y se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que le correspondan.

Para el ejercicio habitual en el territorio del país de actos comprendidos en el objeto de su constitución, se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas.

La capacidad reconocida a las personas jurídicas extranjeras no puede ser más extensa que la concedida por las leyes peruana a los nacionales.

El componente básico de las personas jurídicas de derecho privado está constituido por el tríptico: nacionalidad, reconocimiento y régimen jurídico. El tema de la nacionalidad lo tratamos al estudiar el goce de los derechos. En lo que respecta al reconcomiendo internacional, la Convención de La Haya de 1956 prevé el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad jurídica de los grupos de sociedades cuando han sido regularmente constituidos en el territorio de un Estado signatario, siguiéndose que ninguna autorización ni procedimiento son necesarios para que sean reconocidos en los demás Estados parte.

En cuanto a la capacidad de ejercicio de las personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero, el artículo 2073 del CC

distingue entre los actos eventuales y asilados que realizan en el territorio de la República, de aquellos otros actos practicados de una manera habitual. En lo respecta a los primeros, la persona jurídica extranjera es hábil para realizar en el Perú todas las acciones y derechos comprendidos dentro de su objeto social; mientras que, cuando se trata de actos habituales, será necesario que cumpla acumulativamente con lo dispuesto en el objeto de su constitución y con las prescripciones establecidas en la leyes peruanas.

En lo que respecta a la «representación de las personas jurídicas extranjeras» de derecho privado que realizan actos habituales en el territorio de la República, esta debe ceñirse a los requisitos de la ley territorial, lo que supone principalmente la inscripción en el Perú de la persona colectiva, así como el registro del mandato representativo y el establecimiento de domicilio en la República.

Sin embargo, ninguno de estos requisitos es exigible en los casos en que la persona jurídica extranjera realiza sus actividades desde el país de su constitución, relacionándose con personas de nuestro país solo de manera epistolar, telefónica, por correo electrónico o telefax.

1.4. Fusión

Se entiende por fusión la «disolución sin liquidación» de varias sociedades constituidas en distintos países para dar origen a una «nueva sociedad» o integrarse en una de las sociedades preexistentes que se subroga en la posición de las anteriores. El artículo 2074 del CC dice: «La fusión de personas jurídicas con leyes de constitución distintas, se aprecia sobre la base de ambas leyes y de la ley del lugar de la fusión cuando esta tenga lugar en un tercer país».

Nos recuerdan Calvo Caravacca y Blanco Morales que la fusión es una compleja operación jurídica con amplia resonancia económica, estando sometida en su dimensión de extranjería al control de los Estados, que disponen así de un instrumento para favorecer o dificultar la entrada o despliegue en su territorio de la actividad económica de empresas extranjeras. Técnicamente, la absorción de una sociedad extranjera

supone una vía de penetración económica en un Estado, alternativo al establecimiento de sucursales, constitución de filiales o a la compra de acciones de sociedades nacionales de ese Estado.

El fenómeno de la globalización ha hecho que, a pesar de la complejidad legal de las fusiones, este mecanismo de concentración de la propiedad continúe en ritmo ascendente, principalmente en los países desarrollados. Después de la avalancha de fusiones llevadas a cabo en los Estados Unidos, han continuado en la Unión Europea, siendo las empresas chinas las principales en utilizar este mecanismo de inversión.

1.5. Asociaciones y fundaciones

Al respecto, el artículo 2029 del CC señala que: «Las personas jurídicas constituidas en el extranjero se inscriben en el registro correspondiente del lugar que señalen como domicilio en el país». El reglamento DS 03-94-JUS de la ley 26789¹ contempla que, para que proceda el registro, es necesario que se presente un certificado expedido en el país de origen, legalizado por el cónsul del Perú y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que acredite haberse constituido de conformidad a sus leyes y estar vigente.

Respecto a las fundaciones, nos dice Marín López (1991) que son personas jurídicas desconocidas en aquellos sistemas jurídicos que no admiten la afectación de un patrimonio a un fin, por lo que puede darse el caso de que, aún constituidas debidamente en un país, no sean reconocidas en otro por ir en contra de la ley territorial.

El derecho peruano versa sobre las fundaciones en los artículos 99 al 110 del CC, limitando su finalidad a las de interés social. El Código Civil encomienda a un órgano administrativo la supervisión de su funcionamiento: el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

¹ Ley 26789: «Aprueban normas referidas a la representación procesal que gozan el administrador, representante legal o presidente del consejo directivo de personas jurídicas reguladas en la Sección Segunda del Libro I del Código Civil».

2. ESTATUTO REAL

El estatuto real es el conjunto de reglas jurídicas determinadas por la ley de la situación del bien. El patrimonio de una persona está constituido por dos clases de derechos: derechos reales, que recaen sobre bienes, que pueden ser corporales e incorporeales, pudiendo también clasificarse en muebles e inmuebles; y derechos de obligaciones, que recaen sobre actos, que consisten en obligaciones de dar, hacer o no hacer.

2.1. Bienes corporales

2.1.1. *Determinación de la ley aplicable*

A) Regla general

El artículo 2088 del CC señala: «La constitución, contenido y extinción de los derechos reales sobre bienes corporales se rigen por la ley de su situación al momento de constituirse el derecho real».

Con respecto al conflicto móvil en relación a los bienes muebles, según Virgós (1995), los derechos adquiridos en un país se reconocen en los demás países hasta que nuevos «hechos de trascendencia real» tengan lugar en el país de la nueva situación. Si según la ley de este país esos hechos sirven para extinguir, modificar o transmitir el derecho real sobre el bien, el nuevo *situs* gobierna todos los hechos y fija sus consecuencias jurídicas.

El autor citado da un ejemplo de la jurisprudencia británica en el caso *Winkworth vs. Christie, Manson & Wooda Ltd. and Another*. Se trataba de ciertas obras de arte robadas a su dueño en Inglaterra y, subsecuentemente, vendidas en Italia. Después de algún tiempo, el adquirente italiano las lleva a Londres donde encarga su venta en subasta a una conocida firma. El anterior dueño reconoce las obras robadas y reclama su devolución. El comprador italiano se niega a ello, alegando ser el legítimo propietario de las obras; pues, según el derecho italiano, el adquirente de buena fe, como este era el caso, hace suya la propiedad de la cosa mueble vendida. Esta posición fue la asumida por el juez inglés señalando que este título de propiedad anulaba el anterior.

Según el derecho peruano sobre la adquisición de dominio de cosa mueble, si bien prevalece la presunción de buena fe del adquirente, se exceptúa de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal (artículo 948 del CC).

B) Reglas especiales

- Bienes corporales en tránsito. La doctrina los identifica como aquellos bienes que en el momento de su desplazamiento internacional son objeto de algún acto jurídico de transcendencia real. Según el artículo 2089 del CC:

Los bienes corporales en tránsito se consideran situados en el lugar de su destino definitivo.

Las partes pueden someter la adquisición y la pérdida de los derechos reales sobre bienes corporales en tránsito a la ley que regula el acto jurídico originario de la constitución o de la pérdida de dichos derechos, o a la ley del lugar de expedición de los bienes corporales.

La elección de las partes no es oponible a terceros.

- Desplazamiento de los bienes corporales. Según el artículo 2090 del CC:

El desplazamiento de los bienes corporales no influye sobre los derechos que hayan sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior. No obstante, tales derechos solo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezca la ley de la nueva situación.

Este artículo protege los derechos adquiridos bajo el imperio de la ley anterior, calificando el cambio de la situación de lugar como «irrelevante» respecto a tales derechos. Sin embargo, en consideración a que la sociedad del lugar de la nueva situación no tiene porqué conocerla ni presumir la existencia de los derechos sobre el bien obtenido sobre la base de leyes de otros países, la

ley aclara que tales derechos adquiridos solo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto la ley de la nueva situación.

En el Perú, según lo indicado en el artículo 947 del CC, la transferencia de los bienes muebles se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

- Prescripción de acciones relativas sobre bienes corporales. Según el artículo 2091 del CC: «La prescripción de acciones relativas a bienes corporales que cambian de lugar durante el plazo de prescripción se rige por la ley del lugar en que se complete el tiempo necesario para prescribir, conforme a la ley de dicho lugar».

Según Revoredo Marsano (2015), la fórmula propuesta es conceptualmente análoga a los artículos 228 y 231 del Código Bustamante y se refiere tanto a la prescripción extintiva como la adquisitiva.

- Derechos reales sobre bienes de transporte sometidos a un régimen de matrícula. Según lo dispuesto en el artículo 2092 del CC: «La constitución, transferencia y extinción de derechos reales sobre medios de transporte sometidos a un régimen de matrícula se regulan por la ley del país donde se haya efectuado esta».

En consecuencia, están fuera del ámbito del artículo 2088 del CC (regla general) los barcos, aviones, automóviles, motocicletas o cualquier otro medio de transporte que se halla sometido a un régimen de matrícula.

- Bienes culturales protegidos. La ley del lugar de la situación del bien sirve en sí misma a los intereses del tráfico internacional. Por ello, puede entrar en contradicción con el objetivo de protección de ciertos bienes en relación a los cuales el legislador busca no tanto facilitar su circulación internacional, cuanto «restringirla o impedirla».

La Convención de Viena de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales —ratificado hasta la fecha por 82 países— está destinada, entre otros aspectos, a precisar en qué casos el principio de cooperación puede exigir una derogación a las soluciones tradicionales del DIP fundadas básicamente en las reglas del lugar de la situación y en la regla especial sobre bienes en tránsito.

Soluciones destinadas a facilitar el tráfico de los bienes son utilizadas con cierta frecuencia como vehículo para blanquear objetos ilegalmente extraídos de países que intentan preservar su riqueza artística y los testimonios de su historia o de su cultura.

La propiedad de bienes culturales clasificados por un Estado como inexportables por su significativo valor artístico o histórico debería sujetarse a la ley del Estado de origen, sea cual sea la situación del bien. De este modo, se disuade su exportación ilegal. Además, UNIDROIT, el 24 de junio de 1995, elaboró el convenio sobre bienes robados o exportados ilícitamente, aplicándose en los casos en que es necesaria una restitución del bien cultural.

2.1.2. Dominio de la ley de la situación de los bienes

La doctrina distingue entre los bienes considerados individualmente y los bienes como parte de una universalidad, o sea formando un patrimonio, como es el caso de la sucesión y de la quiebra. Tratándose de bienes corporales, la regla que los somete a la ley de su situación se refiere únicamente a aquellos considerados de forma individual. Corresponde, por tanto, a la ley del lugar de la situación del bien en esos casos decidir lo relativo a su enajenación, reivindicación y prescripción; así como a los derechos reales que con respecto a los mismos puedan crearse.

La ley de la situación rige usualmente los siguientes aspectos en materia de bienes: a) la clasificación de los bienes, es decir, la determinación si

son muebles o inmuebles; b) el carácter comercial o civil de un bien; c) su condición de principal o accesorio; d) la creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre las cosas; e) los términos de prescripción; f) las acciones posesorias y todas las formas que las mismas pueden revertir; g) la extensión y contenido de los derechos reales (por ejemplo, la duración del usufructo) o las relaciones entre el dueño del predio dominante y el dueño del predio sirviente, en el caso de las servidumbres, etc.; finalmente, h) la protección y reivindicación de los derechos que se tiene sobre las cosas.

La ley de la situación de los bienes, impuesta por el artículo 2088 del CC es aplicable únicamente a la relación directa de la persona con la cosa, sin tener que pasar por la mediación de una persona; en cambio, el derecho que el acreedor tenga sobre la cosa comprada, estará regido por la ley del contrato. Por ejemplo, en el caso de un contrato de compra-venta sobre una cosa: la naturaleza y los efectos del contrato se rigen por la ley de autonomía de la voluntad.

En síntesis, en los contratos generadores de derechos reales: a) la ley del contrato rige las condiciones para que surja válidamente y obligan personalmente a los contratantes; b) la ley del lugar de la situación determina las condiciones para que se produzca un efecto real (constitución, transmisión, modificación y alcances).

2.2. Bienes incorporales

Nuestro Código Civil no contiene una categoría específica sobre bienes incorporales. Junto a la categoría de lo material o el cuerpo de las cosas —que se puede entender como la realidad percibida por los sentidos que tiene un lugar en el espacio y en el tiempo y que se evidencia en virtud de un comportamiento físico— surge el camino de la «desmaterialización de la sociedad y del derecho», ambos forjados por la capacidad de invención del ser humano.

Como señala De Trazgenis: «[...] la práctica y el orden jurídico contemporáneo en gran parte están constituidos sobre la base de símbolos

y emblemas de representaciones, de sombras, de situaciones meramente delineadas que, sin embargo, son tan fuertes o más que las realidades tangibles» (2000, p. 49).

Así pues, hoy en día, observamos que el mundo industrial alistado para la fabricación de cosas materiales viene siendo acometido gradualmente por el mundo de los símbolos o de los ensueños, como lo recuerda el mismo autor; de manera que el hombre material va formando parte de un todo constituido por un sistema inmaterial que tiende a primar sobre sus partes individualmente consideradas.

Como nos recuerda Alarcón (1999), los conocimientos y las nuevas ideas forman parte del comercio, como en el caso de los medicamentos, los productos agrícolas o agropecuarios cuyo valor reside en la cantidad de innovación que incorporan.

La propiedad intelectual aglutina derechos exclusivos de uso sobre el resultado de actividades humanas efectuadas en los campos económico, cultural y tecnológico. Permite a los creadores excluir a terceros de los resultados de su esfuerzo intelectual y justifica a menudo reconocimiento y amparo jurídico, teniendo además connotaciones económicas y comerciales importantes al limitar o posibilitar la competencia.

2.2.1. Categorías de los derechos de la propiedad intelectual

Doctrinariamente, los derechos de propiedad intelectual se organizan en tres grupos: a) derechos de autor y derechos conexos; b) derechos de propiedad industrial; y c) derechos *sui generis*, que comparten características tanto de los derechos de propiedad industrial como de los derechos de autor.

A) Derechos de autor y derechos conexos

Los derechos de autor comprenden las obras literarias, artísticas —como, por ejemplo, las novelas, poemas, películas, obras musicales y de arte—, diseños arquitectónicos y el *software*. En cambio, los derechos conexos

comprenden los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y de los organismos de radiodifusión sobre los programas de radio, televisión, entre otros.

De acuerdo al Convenio Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra de 1952, revisado en París en 1971, el derecho de autor y los beneficios financieros tienen una duración de cincuenta años contados a partir de la muerte del autor. Una vez transcurrido ese plazo, la obra pasa a ser de dominio público y su reproducción libre, pero el reconocimiento y la paternidad de la obra serán siempre del autor. La legislación peruana referida a los derechos de autor está contenida en el decreto legislativo 822.

B) Propiedad industrial

Según el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, revisado en Bruselas por última vez en 1967 y enmendado en Estocolmo en 1979, los derechos de propiedad industrial encargados de regular las instituciones o medios a los que se acude con el fin de que los industriales, fabricantes y comerciantes logren su finalidad de mercado, se subdividen a su vez en: creaciones (modelos de utilidad, patentes y diseños industriales); signos distintivos (nombres comerciales, marcas, lemas comerciales); y signos geográficos (denominación de origen, indicaciones de procedencia). En el Perú, la propiedad industrial nacional se encuentra regulada en el decreto legislativo 823.

2.3.2. Derechos reales sobre obras intelectuales

El artículo 2093 del CC dispone lo siguiente:

La existencia y los alcances de los derechos reales relativos a obras intelectuales, artísticas o industriales se rigen por lo dispuesto en los Tratados y leyes especiales; y si estos no fueran aplicables, por la ley del lugar donde dichos derechos se hayan registrado.

La ley local establece los requisitos para el reconocimiento y ejercicio de tales derechos.

Los principales problemas que en el ámbito internacional supone esta categoría de bienes pueden sintetizarse en tres aspectos:

- a) El goce de los derechos respectivos, según se trate de nacionales o extranjeros (artículo 2046 del CC).
- b) Ejercicio de los derechos, que se regula mediante los tratados suscritos y ratificados y, si estos no fueran aplicables, se hará conforme a las normas de DIP nacionales (artículo 2047 del CC).
- c) En lo que respecta al reconocimiento, si el derecho ha nacido en otro país, hay que cumplir con los requisitos que a este efecto imponga la ley del país donde se intente ejercitar el derecho, a fin de investirlo de carácter de publicidad para ser oponible a terceros.

2.3.3. Propuesta legislativa para la regulación de la categoría de los bienes incorporales en el libro X

El Dr. Candela (Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007-2008), a efecto de subsanar las omisiones del vigente artículo 2093 del CC, propone la siguiente modificación al mismo:

Las relaciones jurídicas relativas a derechos de titulares de bienes, instrumentos internacionales, comunitarios e internos, podrán regirse según resulte pertinente valorar a partir de cada caso, en especial por:

- a) El derecho elegido por las partes en el contrato.
- b) El derecho del lugar de protección.
- c) El derecho del lugar de publicación o divulgación.
- d) El derecho del Certificado de registro del país de origen o de la indicación geográfica.
- e) El derecho del lugar de registro o de la solicitud de trámite de registro.
- f) El derecho del lugar de ejercicio de los atributos respecto al bien incorporal o del lugar de licencia.

- g) El derecho del lugar donde se realice la principal actividad que origina el perjuicio o del lugar donde se produjo el perjuicio.
- h) el derecho del lugar indicado en las cláusulas contractuales estándar en línea (*on line*) o, en los usos y costumbres específicos adoptados por organizaciones, a través del ciberespacio, sobre Políticas de Acceso y Servicio de Proveedores no objetadas por el particular, quien con su conducta se sujeta a las mismas (ley informática).

Además, podrán ser aplicables el derecho del domicilio internacional, el derecho del lugar de la sede social o el lugar de la constitución y supletoriamente el derecho de la nacionalidad.

2.3.4. Protección de los derechos de los pueblos andinos y amazónicos sobre los recursos naturales

A fin de proteger los derechos intelectuales de las comunidades andinas y amazónicas, el profesor Candela propone el siguiente artículo:

Las disposiciones para proteger los derechos de Comunidades (pueblos) en las naciones andinas y amazónicas, sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, los conocimientos tradicionales, la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de recursos y variedades vegetales tiene el carácter de normas de aplicación necesaria (Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007-2008).

3. ESTATUTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES

3.1. Obligaciones contractuales

Los actos jurídicos se clasifican en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros se rigen, en cuanto al fondo, por la autonomía de la voluntad y, en lo que respecta a la forma, por la ley del lugar de su suscripción, pero de manera facultativa; mientras que los segundos se encuentran regidos, en cuanto al fondo, por la ley personal y, en cuanto a la forma, por la ley del lugar de su suscripción, con carácter obligatorio.

Según la Convención Interamericana sobre Contratos Internacionales suscrita en México en 1994 (CIDIP V), se entenderá que un contrato es internacional si las partes tienen su «residencia habitual o establecimiento en Estados parte diferente o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte» (artículo 1).

3.1.1. Determinación de la ley aplicable al contrato

Hay que distinguir entre la autonomía de la voluntad conflictual, consistente en la posibilidad de que las partes de una relación contractual internacional designen el ordenamiento jurídico nacional que regulará tal relación, de la autonomía de la voluntad material o negocial, consistente en el margen de acción atribuido a las partes para la fijación de pactos o cláusulas del contrato dentro de un ordenamiento nacional previamente determinado.

Según lo dispuesto en el artículo 2095 del CC:

Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración.

Si el lugar de cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación; se aplica la ley del lugar de celebración.

Este artículo no exige que exista un vínculo entre la ley elegida y el contrato; en consecuencia, las partes podrán designar la ley que estimen más conveniente a sus intereses en el caso en concreto, buscando una ley particularmente desarrollada o adaptada al sector en el que se concreta. La libertad total de las partes en la elección de la ley no es admitida por los autores objetivistas, para quienes las partes sí pueden elegir una ley, pero con la limitación de que esté vinculada al contrato, como es el caso del Código Civil español (artículos 9.3 y 10.1).

Esta admisión de libertad incondicionada no supone desconocer la posibilidad de una elección fraudulenta. Para los autores subjetivistas, el remedio a este peligro consiste en garantizar que los contratos internacionales no puedan sustraerse de las leyes internacionalmente imperativas, con vocación de ser aplicadas al contrato en cuestión, ya pertenezca a la ley del juez o a la ley de un tercer Estado.

Con respecto a la ley aplicable en defecto de ley expresa, el artículo 2095 del CC precisa que la elección de la ley debe ser expresa, no admitiendo la posibilidad de la llamada «aplicación tácita o presunta». En conclusión, a falta de elección expresa de las partes contratantes, debe aplicarse la ley subsidiaria establecida en forma imperativa por las normas de conexión del juez que conoce el caso.

3.1.2. Debate entre la ley de celebración del contrato y la ley de ejecución

La doctrina esgrime como argumentos a favor de la ley de celebración del contrato los siguientes: a) el argumento lógico, ya que es la ley del lugar de nacimiento del contrato; y b) el argumento práctico, en virtud del cual la ley del lugar de celebración es única y fija, caracteres que otorgan al contrato de una certidumbre indispensable desde la perspectiva del comercio internacional.

Batiffol resume los argumentos en contra de la ley del lugar de celebración, como ley del contrato. Ya Savigny puso de manifiesto que la relación entre el lugar de celebración y ejecución del contrato no es una relación de causa a efecto, sino fundamentalmente de medio a fin, con lo cual el orden de importancia entre ambas conexiones se invierte. En cuanto al argumento jurídico, el solo hecho de celebrarse el contrato dentro de las fronteras de un Estado, no significa la sumisión del mismo a la ley local, la cual solo le es aplicable si la norma de DIP de dicho Estado así lo determina. Por último, en lo que respecta al aspecto práctico, no es suficiente que la ley aplicable sea única, sino que además debe ser adecuada a la naturaleza del contrato.

En conclusión, la conexión por el lugar de ejecución del contrato es, sin lugar a dudas, más conveniente por no ser fortuito. Savigny consideraba que el lugar de ejecución es aquel frente al cual toda la atención de las partes está dirigida. Las objeciones a este sistema es que solo podría funcionar en el caso la ejecución del contrato deba realizarse en un solo Estado; sin embargo, en los contratos sinalagmáticos, la ejecución para cada parte puede involucrar varios países. A esto responden los partidarios de la ley de ejecución que la ley aplicable sería la ley de la obligación principal o típica del contrato, argumento que ha sido desarrollado por la jurisprudencia británica. Sin embargo, se debe admitir que excepcionalmente esto no es posible (por ejemplo, en el caso permuta). Solo en estos casos sería necesario recurrir a la ley del lugar de celebración.

3.1.3. Límites a la autonomía de la voluntad derivado de las normas internacionalmente imperativas

Si bien es un hecho que la posición predominante en el mundo desarrollado es la de admitir la autonomía de la voluntad en materia contractual, también lo es que el ámbito dentro del cual las partes pueden elegir la ley y el foro está delimitado siempre en forma más o menos severa. Entre estas leyes es posible distinguir: a) aquellas cuya finalidad es garantizar la organización del Estado sobre la base de un determinado modelo económico y social y que integran la denominada «legislación económica» (leyes fiscales y antimonopólicas); y b) aquellas otras cuyo objetivo principal es proteger a la parte más débil en determinados contratos (por ejemplo, los contratos de consumo y de trabajo).

En el DIP, este conjunto heterogéneo de leyes imperativas tiene un alcance distinto al del derecho interno y plantea un conjunto de dificultades específicas. Es necesario distinguir entre disposiciones imperativas aplicables tanto a los contratos internos como a los internacionales, de las disposiciones aplicables únicamente a los contratos internos. Las primeras son las disposiciones internacionalmente imperativas, también llamadas «normas de aplicación inmediata o necesaria».

En un enfoque conflictual clásico, las disposiciones imperativas susceptibles de afectar total o parcialmente el contrato se reducen a las normas internacionalmente imperativas de la ley del juez, aplicables directamente —normas de aplicación inmediata— o indirectamente —excepción de orden público internacional—, y a las normas imperativas de la ley elegida por las partes.

El artículo 2096 del CC señala: «La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes». Los autores consideramos que este artículo es incompleto y, por tanto, debe ser modificado en la forma siguiente:

La ley competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095 determina las normas imperativas aplicables y los límites a la autonomía de la voluntad de las partes. Se aplicarán necesariamente las disposiciones del foro cuando tengan carácter de normas de policía o aplicación necesaria.

Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas de orden público o de aplicación necesaria del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

Los límites a la autonomía de la voluntad no solo son las leyes imperativas del ordenamiento elegido por las partes; el juez, asimismo, debe aplicar aquellas normas internacionalmente imperativas de su propio sistema jurídico y, de manera facultativa, la de un tercer Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

3.1.4. Problema de la desigualdad de las partes como límite a la autonomía de la voluntad

Un buen funcionamiento de los contratos internacionales exige que las partes gocen de un poder de negociación semejante. Según Morris (citado por Fresnedo de Aguirre, 1991), una amplia libertad para elegir

la ley aplicable puede funcionar bien en contratos internacionales donde ambas partes tienen igual poder de negociación; pero, aun en este caso, es necesario que exista un previo desarrollo de un marco normativo proteccionista de ciertas políticas fundamentales de los Estados afectados por el contrato. Este segundo requisito no se da en la mayoría de los países en vías de desarrollo. El desigual poder de negociación de las partes rompe el necesario equilibrio del contrato para la elección de la ley aplicable.

Para Fresno de Aguirre (1991), la desigualdad de poder de negociación de las partes aparece incluso como un problema permanente para los países en vías de desarrollo. El comercio internacional proporciona una amplia variedad de situaciones en las que, a pesar de ser ambas partes comerciantes, una de ellas tiene un mayor poder de negociación, en general porque es económicamente más poderosa. Cabría citar como ejemplos a los contratos de seguros, los de intermediación y todos los de adhesión, en especial los de transporte.

Por su parte, el Reglamento del Convenio de Roma I de 2008 de la Unión Europea considera lo siguiente:

a) Sobre los contratos de consumidores, según Virgós y Garcimartín:

[...] la ley de la residencia habitual del consumidor se convierte en el eje, en torno al cual, el Convenio de Roma permite operar una elección del derecho aplicable por las partes contratantes. El alcance real de la autonomía vendrá dado por el contenido de protección que el derecho de aquel país establezca a favor del consumidor. La ley objetivamente aplicable marca los límites de contenido de la ley elegida; por eso, la autonomía permitida por el artículo 5.2 es, aunque conflictual, una autonomía dependiente (Virgós & Garcimartín, 2007, pp. 169-171).

b) Sobre los contratos de trabajo, la protección de la parte débil del contrato es la idea fuerza que inspira el artículo 6 del Reglamento del Convenio de Roma relativo al contrato individual de trabajo. Esto, si bien no es definido en el mismo, puede inferirse del informe Julliano-Lagarde. Se trata de una noción autónoma; es

decir, extraída del sentido y fin del artículo 6. La elección de la ley no podrá privar al trabajador de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley designada por los criterios objetivos, que es la ley del lugar donde habitualmente realiza el trabajo.

En la CIDIP V de 1994, se aprobó la Convención Interamericana sobre Contratos Internacionales. En esta, se determinó, como derecho aplicable, la autonomía de la voluntad (artículo 7). El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia, desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. La elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

Según el artículo 8, en cualquier momento las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no este elegido por las partes; sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni el derecho de terceros.

Asimismo, si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos, tomándose en cuenta también los principios generales del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales (artículo 9). No obstante, se aplicará necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

Para los efectos de la convención, se entiende por «derecho» el vigente en un Estado con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes (artículo 17). El derecho designado solo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro (artículo 18). En lo que respecta al ámbito del derecho aplicable, este comprende: a) interpretación; b) derechos y obligaciones de las partes; c) ejecución de las obligaciones y consecuencia del incumplimiento; d) extinción de las obligaciones; y e) consecuencia de la nulidad o de la invalidez (artículo 14).

Por otro lado, el Convenio de Viena (1980) sobre contratos de compra-venta internacional de mercaderías (ratificado por el Perú mediante DS 011-RE del 22 de febrero de 1999) crea un nuevo derecho material adaptado a la naturaleza internacional de la compra-venta de mercaderías y configura una norma interetática, no perteneciente al método conflictual. Dada su importancia y al hecho que las leyes uniformes no eliminan los conflictos de leyes, consideramos conveniente hacer una breve referencia a esta convención.

La compra-venta constituye el contrato más importante del comercio internacional. Para Shapira (1972), la venta constituye el soporte de otros importantes contratos internacionales, tales como el de transporte y el de seguro, así como de toda una serie de operaciones de crédito, incluso de la *lex mercatoria*, ya que la mayoría de usos y términos del comercio internacional giran en torno a este contrato. Su importancia ha llevado a los Estados a adoptar una serie de convenios internacionales para dotar a la compra-venta de un régimen jurídico novedoso.

3.1.5. *Forma del contrato*

Los autores difieren en lo que respecta a la libertad de que gozan las partes para elegir la ley aplicable a la forma del contrato; pues, mientras para Batiffol y Lagarde (1981) estas solo pueden escoger entre la ley del fondo del contrato y la ley del lugar de celebración, otros —como Boggiano (1988), por ejemplo— van más lejos al establecer que las partes pueden elegir cualquier ley, con la única limitación de respetar la forma establecida inflexiblemente por las leyes de policía.

Según el artículo 2094 del CC:

La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.

3.2. Responsabilidad civil en el derecho internacional privado

Desde la Edad Media, los glosadores habían llegado a la conclusión de que el contrato estaba regido por la «ley donde se había celebrado» y que el delito se regía por la «ley del lugar donde se había cometido». Los hechos jurídicos han quedado bajo la competencia de la «ley del lugar donde sobrevienen»; por el contrario, los actos jurídicos patrimoniales han tenido una evolución más compleja, como ya ha sido visto.

Desde los glosadores, no solo los delitos están sometidos a la ley del lugar en que se han cometido; sino todos los hechos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde han ocurrido. Esta conexión ha sido consagrada en el derecho comparado y tiene por fundamento la soberanía del Estado sobre todo lo que ocurre en su territorio. El derecho se adquiere donde acaece el hecho materia de la reparación. El dominio de la ley local está, esencialmente, constituido por las fuentes extracontractuales de las obligaciones.

3.2.1. Fuentes extracontractuales de las obligaciones

La diversidad de tipos admitidos en las distintas obligaciones hace difícil su estudio en el DIP. Nuestro Código Civil las trata en los artículos 1969 al 1983.

Según el artículo 1969 del CC, referido a la indemnización por daño: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor». En lo que respecta a la responsabilidad por riesgo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1970 del CC: «Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa cause un daño a otro, está obligado a repararlo».

La ley del lugar donde acaece el hecho puede ser fortuita y accidental en relación al conjunto de circunstancias, por lo que se ha planteado la necesidad de su flexibilización. En este sentido, en el derecho comparado se han dado las siguientes soluciones:

- a) Conexión subsidiaria general, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la ley federal de DIP de Austria: «Las acciones extracontractuales por daños y perjuicios se rigen por el derecho del Estado en el que el comportamiento causante del daño se haya producido. Si existiese, no obstante, para las partes un vínculo más fuerte con el derecho de otro solo y mismo Estado, será aplicable este derecho [...]». Este artículo refleja el interés por aplicar el ordenamiento más vinculado a la situación cuando la ley del lugar donde acaeció el hecho aparece como fortuita.
- b) Reglas de conflicto especializadas. El Convenio de La Haya de 1971 sobre accidentes de circulación por carretera sustituye la ley del lugar del hecho por una constelación de circunstancias, tales como matrícula del vehículo y residencia habitual del propietario o del conductor.

Según el artículo 4:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5, se hace las siguientes excepciones al art. 3:

- a) Cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado, será aplicada para determinar la responsabilidad:
- Respecto del conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual.
 - Respecto de una víctima que viajaba como pasajero si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente.
 - Respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviera matriculado.

En caso de ser varias las víctimas, la ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas.

b) Cuando estuvieren implicados varios vehículos en el accidente, lo dispuesto en a. solo será de aplicación si todos los vehículos estuvieran matriculados en el mismo Estado.

c) Cuando estuvieren implicadas en el accidente una o más personas que se encontraran fuera del o de los vehículos en el lugar del accidente, lo dispuesto en a. y b. solo será de aplicación si todas esas personas tuvieren su residencia habitual en el Estado en el cual, el o los vehículos estuvieran matriculados. Lo mismo procederá incluso cuando esas personas fueren también víctimas del accidente.

Asimismo, el Convenio de La Haya del 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a la responsabilidad por producto, en su artículo 4, flexibiliza la ley del lugar de la producción del hecho y lo sustituye por una serie de conexiones alternativas: ley del lugar de la residencia habitual de la víctima, ley del lugar del establecimiento principal de la persona demandada, ley del lugar donde tuvo efectos el ilícito o ley del lugar donde se adquirió el producto.

- c) Soluciones casuísticas del *common law*. Se subordina la elección de la ley aplicable al examen previo por el juez del contenido de las leyes materiales competentes. Como ejemplo, podemos citar la sentencia de la Corte de Apelación del estado de New York de 1973 en el caso Babcock y Jackson. La señorita Babcock fue invitada por sus amigos, los señores Jackson, vecinos como ella del estado de New York, a pasar un fin de semana en Canadá. El automóvil del Sr. Jackson estaba registrado, matriculado y asegurado en el estado de New York. En la provincia de Ontario (Canadá) perdió el control del vehículo, que fue a estrellarse contra un muro de piedra, resultando gravemente herida la Srta. Babcock quien, al regresar, demandó en New York al Sr. Jackson alegando la negligencia de la que había dado prueba en la conducción del automóvil.

La ley de la provincia de Ontario exoneraba de responsabilidad a los conductores de vehículos a motor por los daños que pudieran sufrir los pasajeros a título gratuito. Esta circunstancia eximente no estaba comprendida en el derecho neoyorquino. La Corte de Apelación de New York aplicó la doctrina del centro de gravedad, siguiendo la jurisprudencia del tribunal. Esta regla tiene el mérito de conceder al «lugar más interesado en el problema, un control absoluto sobre los puntos de derecho que se desprenden del contexto particular de los hechos de la causa» y, de esta forma, permite al foro aplicar «el orden público de la jurisdicción más íntimamente interesada en el resultado del proceso en cuestión». En el caso, el centro de gravedad de la relación se encontraba en New York, siendo Ontario una conexión accidental.

3.2.2. *Responsabilidad extracontractual en el Código Civil peruano*

El artículo 2097 del CC señala:

La responsabilidad extracontractual se regula por la ley del país donde se realice la principal actividad que origina el perjuicio. En caso de responsabilidad por omisión es aplicable la ley del lugar donde el presunto responsable debió de haber actuado.

Si la ley del lugar donde se produjo el perjuicio considera responsable al agente, pero no la ley del lugar donde se produjo la actividad u omisión que provocó el perjuicio, es aplicable la primera ley, si el agente debió prever la producción del daño en dicho lugar como consecuencia de su acto u omisión.

La novedad de este artículo consiste en incluir la responsabilidad por omisión y ha sido tomado del artículo 45 del Código Civil portugués. Los autores proponemos la siguiente modificación inspirada en el artículo 48 de la ley federal de derecho internacional privado de Austria, según el cual: «La responsabilidad extracontractual se regula por la ley del país donde se realice la principal actividad que origina el perjuicio, no obstante, si

existiese para las partes un vínculo más fuerte con el derecho de otro solo y mismo Estado, será aplicable este derecho».

La segunda parte de este artículo contempla la responsabilidad por omisión en la forma original propuesta.

3.3. Obligaciones que nacen por mandato de la ley y las demás fuentes

El artículo 2098 del CC señala: «Las obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación».

Este artículo versa sobre las obligaciones legales. Se trata de obligaciones que no están incluidas en una categoría particular o menos general, que la señalada en el artículo 2098 del CC. Por ejemplo, la obligación de alimentar a los menores o incapaces se rige por lo dispuesto en el artículo 2071 del CC, no así los alimentos a capaces, que se regirá por el artículo 2098 del CC. Hay obligaciones huérfanas de categoría jurídica, como es el caso de la ruptura de esponsales (artículo 239 del CC) que estarían reguladas por este artículo.

Con la finalidad de que la redacción del artículo 2098 del CC refleje con mayor claridad la naturaleza jurídica de las obligaciones legales que se pretende normar, proponemos su modificación sobre la base de la siguiente redacción:

Las obligaciones que nacen por mandato de la ley y que no deriven de situaciones que pertenecen a la misma categoría jurídica normada por sus propias reglas de conflicto, así como, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación.

En lo que respecta a las otras fuentes de las obligaciones, la doctrina clásica de los contratos comprendía entre ellos a la gestión de negocios,

el enriquecimiento sin causa y el pago indebido. La figura jurídica de los cuasicontratos fue abandonada primero por el Código Civil alemán y más tarde por los códigos civiles suizo, italiano y portugués, por la falta de consistencia lógica y dogmática de esta categoría. La fuente de las obligaciones solo son dos: la ley y la voluntad de las partes.

En lo que respecta a la gestión de negocios, la ley aplicable es la «ley del lugar donde el gestor realizó su actividad»; mientras que al enriquecimiento sin causa le es aplicable la «ley del país donde se produjo dicho enriquecimiento». Por último, el pago indebido debe regirse por la «ley donde se realizó el mismo».

3.4. Prescripción extintiva de acciones personales

La figura de la prescripción es de vital importancia, ya que inserta el elemento del transcurso del tiempo en el derecho. Existen dos figuras distintas de prescripción: la extintiva y la adquisitiva. Según Vidal Ramírez (2002), por la primera se produce una transformación de una situación de hecho en una situación de derecho; mientras que, por la segunda, se desvanece una situación jurídica como consecuencia de la pasividad del titular del derecho. Al respecto el artículo 2099 del CC expresa: «La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley que regula la obligación que va a extinguirse».

Ahora bien, en derecho comparado existen dos planteamientos sobre la naturaleza jurídica de la prescripción extintiva: para el derecho peruano y para el derecho del *common law*, la prescripción es una excepción que extingue la acción, mas no el derecho; mientras que para el derecho alemán, la prescripción extingue el derecho mismo y por ende, la acción.

Las consecuencias de estas dos concepciones en el DIP son que, mientras en el caso del derecho peruano la ley aplicable debe ser la ley del foro por ser la prescripción una excepción procesal, para el derecho alemán, por tratarse de un asunto de fondo y no de procedimiento, la ley aplicable es la que regula la obligación que se va a extinguir.

Nuestro Código Civil, en el artículo 1989, dispone: «La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo». Es decir, la categoriza como una excepción procesal y, por tanto, regida por la ley del foro. Sin embargo, esto se contradice con lo señalado por el artículo 2099 del CC, por lo que los autores proponemos la siguiente modificación: «La prescripción extintiva de acciones personales derivadas de obligaciones patrimoniales se rige por la ley del juez». Asimismo, consideramos necesario incluir un artículo sobre la ley aplicable a la caducidad, teniendo en cuenta lo normado en el artículo 2003 del CC: «La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente».

Dado que la caducidad se considera como un instituto de fondo y no de procedimiento, proponemos la redacción siguiente: «La caducidad de acciones personales derivadas de obligaciones patrimoniales se rige por la ley que regula la obligación que va a extinguirse».

4. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el fundamento por el cual se admite la nacionalidad de las personas jurídicas de derecho privado?
2. ¿Qué ventajas tiene la ley del destino definitivo frente la ley del lugar de expedición de los bienes corporales o de la ley de bandera del buque como ley aplicable a los bienes en tránsito?
3. ¿Qué criterios utilizaría el juez para determinar cuáles son las leyes internacionalmente imperativas y diferenciarlas de las simplemente imperativas?
4. Si un juez peruano tuviera que resolver sobre un caso de prescripción extintiva en que, según la ley del juez, el plazo de prescripción ya está vencido, mas no el plazo establecido según la ley que rige la obligación, ¿cómo solucionaría el caso?
5. ¿Cuál es su opinión crítica sobre la propuesta modificatoria del artículo 2098 del CC planteada por los autores?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 3
SANCIÓN DE LOS DERECHOS:
CONFLICTOS DE JURISDICCIONES

**1. COMPETENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL
DE LOS TRIBUNALES PERUANOS**

1.1. Introducción

El derecho procesal internacional tiene como función garantizar una «tutela judicial internacional efectiva». Según Fernández Arroyo:

[...] la competencia judicial internacional funciona sobre la base de tres principios: la concurrencia de foros como regla general (la exclusividad es una excepción), la exigencia de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez competente) y el respeto de los derechos fundamentales vinculados con la competencia (garantía de acceso a la justicia y defensa en juicio, no discriminación de los litigantes) (Fernández Arroyo, 2008, p. 120).

El procedimiento se rige por la ley del juez porque el derecho procesal está estrechamente vinculado al Derecho Público. A tenor de lo dispuesto en el artículo XI del Título Preliminar del CPC: «Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

1.2. Naturaleza jurídica de las normas de competencia de jurisdicción

Las normas de competencia jurisdiccional, a diferencia de las normas conflictuales, son: materiales, directas y unilaterales, ya que regulan, a través de normas sustantivas, las relaciones privadas internacionales. Para establecer los criterios determinantes de la jurisdicción de los tribunales peruanos, hay que tener en cuenta: a) los intereses del demandado, los cuales exigen que el tribunal guarde una real y efectiva vinculación con él (domicilio o nacionalidad); b) los intereses del demandante, que se relacionan con la efectividad de la sentencia; y c) el interés público, relacionado con los intereses de las personas, familia y predios situados en el país.

El título II del libro X regula la «competencia jurisdiccional» (artículos 2057 a 2067 del CC). Según lo dispuesto en el artículo 2047 del CC, primero se debe aplicar los tratados. En el derecho peruano, se distingue entre el foro general y los especiales en razón de la materia.

1.3. Clasificación de la competencia

Se clasifica en competencia positiva y negativa; a su vez, la primera, en facultativa —que es la regla— y en exclusiva —que es la excepción—. Las normas de competencia jurisdiccional son taxativas. El foro es un criterio atributivo de competencia. Según Campuzano Diaz: «Los foros son circunstancias de hecho o jurídicas presentes en las cuestiones o litigios derivados de las relaciones jurídico-privadas internacionales, que sirven al legislador para fundamentar la competencia judicial internacional de sus órganos jurisdiccionales» (2002, p. 28).

1.3.1. La competencia facultativa es la regla

A) Foro general (artículo 2057 del CC)

Nuestros tribunales son competentes sobre cualquier persona domiciliada en el territorio peruano (salvo el caso de competencia negativa). El principal problema que plantea la aplicación de este foro es la concreción del concepto de domicilio. Cabe señalar que cada Estado decide quiénes están domiciliados en su territorio. Para el derecho peruano, las personas naturales están domiciliadas en su residencia habitual y las personas jurídicas, en la de su sede social.

B) Foros especiales en el ámbito patrimonial

Estos foros atribuyen competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado frente a demandados no domiciliados en el Perú cuando el objeto del litigio tiene naturaleza patrimonial:

a) Acciones relativas a derechos reales.

El inciso primero del artículo 2058 del CC está referido a los «derechos reales sobre bienes situados en la República». La competencia en este caso es facultativa, salvo que se trate de predios; en cuyo caso, es exclusiva (tema que trataremos posteriormente).

La calificación del concepto «derechos reales sobre bienes» debe hacerse conforme al derecho del foro. Nuestro Código Civil, en los artículos 885 y 886, determina cuáles tienen la categoría de muebles e inmuebles, respectivamente. Los derechos reales reconocidos por nuestro código solo son los numerados taxativamente en la tercera sección del libro V, que se refiere a los derechos reales principales (artículos 896 a 1054 del CC). Respecto de los derechos reales de garantía inmobiliaria, se encuentran en la cuarta sección del mismo libro (artículos 1091 a 1131 del CC); mientras que los de garantía mobiliaria están incluidos en la 28677.

En todo caso, los jueces peruanos resultan competentes de forma facultativa si los bienes se encuentran situados en el Perú al tiempo

de la demanda. Fijado el momento en que debe apreciarse la conexión necesaria o justificada por la esencial movilidad de los bienes muebles, se localiza al juez territorialmente competente. Así, la concreción del criterio de conexión no presenta problemas: la situación del bien en el momento de presentar la demanda es un criterio fáctico/descriptivo.

En lo que respecta a los bienes culturales protegidos, UNIDROIT elaboró el convenio sobre los bienes robados o exportados ilícitamente, aplicándose en los casos del convenio; son competentes para adoptar tal restitución los tribunales del país de situación del bien cultural (artículo 8), aunque cabe la posibilidad de que otros tribunales conozcan del asunto. La ley aplicable a la propiedad del bien es la de «procedencia del bien cultural y no la ley del lugar de su situación». Por último, el convenio arbitra un sistema de protección al adquirente de buena fe en el país del destino del bien cultural (artículos 4 a 6).

- b) Acciones relativas a obligaciones patrimoniales (artículo 2058, inciso 2).

Los supuestos de este inciso son:

- Obligaciones contractuales:
 - Obligaciones que derivan de contratos celebrados en el Perú. Es único, fijo y nunca cambia.
 - Obligaciones contractuales que deben ejecutarse en el territorio de la República. En este caso, el problema se presenta cuando el lugar de cumplimiento no se puede determinar a partir del contenido del contrato. La opinión de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha entendido que ese lugar se determina conforme a la *lex contractus*; esto es, la ley material que rige el contrato, conforme a la norma conflictual del foro. En el caso de obligaciones societarias, el lugar de cumplimiento viene

determinado por la *lex societatis*; es decir, la ley del lugar de constitución de la sociedad.

- Obligaciones extracontractuales:

- Acciones relativas a obligaciones extracontractuales de hechos acaecidos en el Perú. Este criterio, en algunos supuestos, podrá plantear el problema de la determinación del lugar de producción del hecho dañoso, al igual que puede plantearse en relación con la ley aplicable. Miaja recuerda que el artículo 5, numeral 3, del Convenio de Bruselas, señala como fuero competente el del lugar del hecho dañoso.

Nos dicen, acertadamente, los profesores Tovar (1987), que los hechos a que se refiere este artículo no tienen que limitarse a los comprendidos en los que consideramos como responsabilidad extracontractual según lo regulado en el art. 1969 y siguientes del CC, o a las acciones civiles que deriven de un delito, sino que deben extenderse a otros casos contemplados en el art. 2098 de dicho cuerpo legal.

- c) Por sometimiento a los tribunales nacionales en acciones patrimoniales.

El tercer inciso del artículo 2058 del CC se refiere al sometimiento expreso o tácito de las partes a la jurisdicción peruana. Salvo convención en contrario, la elección del tribunal es exclusiva.

Dado que estamos estudiando la competencia facultativa, vamos a suponer como hipótesis que se ha incluido en el contrato pacto en contrario. Aunque la prórroga puede ser acordada de manera separada al contrato principal, lo usual es pactarla con una cláusula que se incorpora al mismo contrato para dirimir las eventuales controversias que el negocio pueda suscitar. Tales cláusulas son incorporadas tanto en contratos negociados, cuanto en contratos de adhesión o con condiciones generales predispuestas, hecho que hace dudar de la efectiva libertad de la que gozan los usuarios en

la elección del tribunal competente. Por ejemplo, este es el caso de los contratos de seguros.

El artículo 2059 del CC explicita:

Se somete tácitamente a una jurisdicción quien se apersona en el juicio sin hacer reserva. No implica sumisión ni prórroga a favor de un tribunal los actos procesales encaminados a oponerse a dicha jurisdicción o realizados, bajo la amenaza o la imposición de medidas coercitivas sobre la persona o sobre sus derechos o bienes.

Las partes, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, pueden elegir un tribunal extranjero cuya sentencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2060 del CC, puede ser reconocida en el Perú. Estudiaremos de manera orgánica los requisitos para que proceda este tribunal cuando tratemos el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

d) Competencia en acciones reconventionales (artículo 2065 del CC).

Se trata de conservar la unidad del foro. A tenor de lo dispuesto en el artículo 445 del CPC: «La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental original; es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda». En consecuencia, para que el tribunal peruano conozca la reconvencción planteada, esta debe cumplir con los requisitos establecidos en nuestro Código Procesal Civil.

e) Competencia en materia de acciones extrapatrimoniales relativas al estado y capacidad de las personas naturales no domiciliadas y relaciones de familia.

Hasta la vigencia del Código Civil de 1984, rigió lo dispuesto en el artículo 1158 del Código de Procedimientos Civiles, a tenor del cual: «No tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas en un tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú».

En la actualidad, rige el artículo 2062 del CC, según el cual la competencia de nuestros tribunales es facultativa y no exclusiva, existiendo un paralelismo entre competencia jurisdiccional y competencia legislativa. En el derecho peruano y en el de los países del *common law*, la conexión utilizada es el domicilio. Este es el principio, sin perjuicio de que en algunas materias existan conexiones alternativas como las consideradas en el artículo 2062 del CC, a tenor del cual:

Los tribunales peruanos son competentes para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado y capacidad de las personas naturales, o a las relaciones familiares, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

1. Cuando el derecho peruano es el aplicable, de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado para regir el asunto.
2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República.

En el primero de los supuestos, el tribunal es competente si la ley del juez es aplicable, aunque el demandado no esté domiciliado en el Perú. Este sería el caso, por ejemplo, del contrato celebrado en el Perú por un incapaz según su ley personal, pero capaz según la ley peruana. En tal situación, funciona la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 2070 del CC, según el cual: «No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de las obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral o de derechos sobre predios situados en el extranjero».

En lo que respecta a las relaciones de familia de no domiciliados, podríamos dar como ejemplos de inversión del método conflictual el caso siguiente: un matrimonio fija su primer domicilio conyugal en el país, domiciliándose, posteriormente, en el extranjero. Se presentan problemas en lo que respecta al régimen de bienes. Como

a tenor de lo dispuesto en el artículo 2078 del CC: «El régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto de los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes adquiridos antes o después del cambio», la ley aplicable sería la ley peruana y, en consecuencia, nuestros tribunales serían competentes.

En el segundo de los supuestos contemplados en el artículo 2062 del CC, se señala la competencia de nuestros tribunales en materia del estatuto personal contra personas domiciliadas en país extranjero. Este supuesto tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, pero «siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República».

- f) Competencia del juez peruano en acciones relativas sobre universalidad de bienes si se aplica la ley peruana (artículo 2061 del CC).

Se presenta una inversión del método conflictual. Desde una perspectiva nacional, es inobjetable —nos dice Boggiano— que el legislador atribuya jurisdicción internacional a sus jueces para decidir controversias multinacionales que considera sometidas al derecho material del foro.

Según el artículo 2061 del CC:

Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a una universalidad de bienes, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, cuando el derecho peruano sea aplicable para regir el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, se respeta la competencia peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra respecto de los bienes situados en el Perú y sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este Libro.

- Acciones relativas a sucesiones intestadas (artículo 2101 del CC): si bien la regla en materia sucesoral es que se rija por la ley del último domicilio del causante (artículo 2100 del CC), se aplicará la ley peruana cuando se presente el caso de una sucesión intestada cuyos bienes situados en la República deban pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones.
 - Acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra: nuestro título III del libro X del CC no tiene ninguna disposición relativa a la ley aplicable a una quiebra internacional. La segunda parte del artículo 2061 del CC da competencia al juez peruano en casos de bienes situados en el Perú, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. De lo expuesto, se deduce lo siguiente:
 - El juez peruano es competente en caso de quiebra internacional si la ley peruana es la aplicable. No obstante, actualmente, para el caso de competencia legislativa en materia concursal, rige la siguiente premisa: «El proceso de insolvencia estará sometido al derecho del Estado de apertura de dicho procedimiento», debiendo determinarse, primero, la competencia del juez, pues de esta se deriva la competencia legislativa.
 - Aun cuando no sea aplicable la ley nacional, el juez peruano tendrá competencia cuando existan bienes en el Perú.
- g) Foro de necesidad: medidas provisionales de protección a las personas naturales.

Se encuentra contemplado en el artículo 2063 del CC: «Los Tribunales peruanos son competentes para dictar medidas provisionales de protección de las personas naturales que se encuentren en el territorio de la República aun contra personas domiciliadas en país extranjero, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del asunto».

Este foro está destinado a proteger una parte considerada débil y se denomina también «de urgencia», ya que solo protege a las personas naturales que necesitan protección judicial por estar sufriendo en el país algún daño físico o moral o que se encuentren en inminente peligro de sufrirlo, a pesar de estar domiciliados en el extranjero. Las medidas que tome el foro nacional son provisionales, pues las definitivas las dictará el juez del país extranjero donde se encuentra domiciliado.

h) Excepciones de cosa juzgada y de pleito pendiente.

El pleito pendiente internacional tiene por objeto impedir que se pueda plantear el mismo litigio ante los tribunales de los diferentes Estados. Sus presupuestos de aplicación son básicamente: que exista identidad de objetos entre ambos procesos, que el litigio sea entre las mismas partes y que se halle pendiente ante los tribunales de otro Estado parte.

El artículo 2066 del CC contiene las excepciones de litispendencia y cosa juzgada:

Quando esté pendiente una acción anterior sobre el mismo objeto y entre las mismas personas, el tribunal peruano suspenderá la causa si puede prever que la jurisdicción extranjera emitirá, dentro del lapso no mayor de tres meses, una resolución que pueda ser reconocida y ejecutada en el Perú.

El juicio seguido en el Perú se considera iniciado en la fecha de la notificación de la demanda al demandado.

El tribunal peruano deja sin efecto lo actuado, si le es presentada una resolución extranjera.

El tercer párrafo se refiere a la excepción de cosa juzgada, lo cual es coherente con nuestra legislación (artículo 2104 del CC) que exige, como condición para el reconocimiento de las sentencias extranjeras en el Perú, que tengan calidad de cosa juzgada, previo trámite de *exequatur*.

Según el artículo 123 del CPC:

Una resolución adquiere la calidad de cosa juzgada cuando:

1. No proceda contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos [...].

Este artículo es coherente con lo señalado en el artículo 2014 del CC. Sin embargo, compartimos la opinión de la doctora Revoredo cuando señala que sería más acorde con la naturaleza de los diferentes procesos el uso de la expresión «plazo razonable» en lugar del plazo de tres meses.

Además, consideramos que es necesario que se explicita que la resolución extranjera presentada debe ser susceptible de ser homologada en el Perú, ya que de esta forma se evitará la inseguridad jurídica que podría generarse si el proceso judicial en el Perú puede ser detenido por cualquier clase de resolución extranjera.

Por todo lo expuesto, somos de la opinión que el artículo 2066 debe quedar redactado de la siguiente forma:

Cuando esté pendiente una acción anterior sobre el mismo objeto y entre las mismas personas, el tribunal peruano suspenderá la causa si puede prever que la jurisdicción extranjera emitirá, dentro de un plazo razonable, una resolución que pueda ser reconocida y ejecutada en el Perú.

El juicio seguido en el Perú se considera iniciado en la fecha de la notificación de la demanda al demandado.

El tribunal peruano deja sin efecto lo actuado, si le es presentada una resolución extranjera homologable en el Perú.

1.3.2. Competencia exclusiva es la excepción

Los casos son taxativos y están contenidos en el artículo 2058 del CC y el artículo 63 de la Constitución.

a) Según el primero, la competencia es exclusiva:

- Cuando se trata de acciones reales sobre predios situados en la República (inciso 1). En este caso, existe identidad entre foro y derecho. Esta regla está consagrada en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales para la regulación de los derechos reales en las RPI. Se justifica porque la propiedad es el «fundamento de la Constitución económica de un Estado» y representa una de las condiciones imprescindibles para su garantía, de ahí la necesidad de los Estados de reservarse el control del régimen de los bienes inmuebles no solo en lo que respecta a la ley aplicable, sino también al tribunal competente.
- Cuando se trata de acciones civiles derivadas de delitos o faltas cometidos en la República o cuyos resultados se hayan producido en el país (inciso 2). El artículo 1 del CP establece la «territorialidad de la ley penal» reprimiendo los hechos punibles cometidos dentro del territorio de la República, sin importar la nacionalidad o domicilio del autor. Asimismo, en el artículo 92 y ss. se contempla la reparación civil, la que comprende la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización del perjuicio material o moral arrojado a la víctima del delito, a su familia o a un tercero. Es decir, existe uniformidad de la jurisdicción peruana penal y civil.
- Pacto de sometimiento expreso a la jurisdicción peruana (inciso 3). Las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pueden, en asuntos de competencia patrimonial, atribuir competencia internacional a los tribunales peruanos si estos carecían de ella conforme a las reglas de competencia jurisdiccional internacional

o sencillamente confirmar esa competencia si ya la tenían de acuerdo a dichas reglas.

- Los acuerdos de elección del foro permiten reducir el riesgo de comportamientos oportunistas posteriores; ya que, una vez que surgen desavenencias entre las partes y en la medida en que los foros especiales y los generales son alternativos, el autor tiende a escoger aquel que le sea más conveniente. De este modo, las cláusulas de elección del foro son un mecanismo para evitar el *forum shopping*, pues prefijan el tribunal competente.

b) El segundo está inspirado en la cláusula Calvo y señala:

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley.

A tenor de este artículo constitucional, existe competencia exclusiva de nuestros tribunales cuando se trata de contratos celebrados por el Estado o por personas de derecho público con extranjeros domiciliados, excluyéndose a los contratos de carácter financiero (prestamos), a los que se puedan someter a tribunal no nacional en virtud de tratados en vigor o a arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley. Funciona en todas estas hipótesis la posibilidad de excepción a la competencia exclusiva de nuestros tribunales.

1.3.3. Competencia negativa de los tribunales nacionales

A) Inmunidad jurisdiccional

Los Estados reconocen mutuamente diversos privilegios a fin de proteger sus propias competencias contra intrusiones eventuales de origen extranjero. Estos privilegios se extienden al Estado central, a sus representantes oficiales y a sus órganos. Al respecto, el artículo 2067 del CC dispone en su primer párrafo: «La competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer de las acciones intentadas contra Estados extranjeros o sus jefes, representantes diplomáticos, organismos internacionales y sus representantes, se regula por los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Perú».

El Perú ha suscrito la Convención de Viena de 1961 que, en sus artículos 31 y 32, trata de la inmunidad de jurisdicción y ejecución penal, civil y administrativa, tanto de los Estados extranjeros, sus jefes y sus representantes diplomáticos, como de las organizaciones internacionales y sus representantes.

B) Predios situados en el extranjero

Al tratar la temática de la competencia exclusiva de los tribunales nacionales, expresamos que, a tenor de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2058 del CC, nuestros tribunales tienen competencia exclusiva cuando se trata de predios situados en el Perú. Todos los Estados someten esta categoría de bienes a su ley nacional y a la competencia exclusiva de sus tribunales.

Adicionalmente, habría que añadir que, en el supuesto negado de que un tribunal extranjero se pronunciase sobre esta categoría de derechos reales en el caso de predios ubicados en el Perú, dicha sentencia, al no cumplir con un requisito esencial como es el respeto a la soberanía nacional, no sería ni reconocida ni ejecutada en nuestro país.

C) Pactos de sometimiento a la jurisdicción extranjera

Según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 2067 del CC, los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer los asuntos que hubiesen sido sometidos por las partes a una jurisdicción extranjera de conformidad con lo previsto en el artículo 2060 del CC.

Este artículo, referido a la elección del tribunal extranjero en asuntos de competencia nacional, reconoce la prórroga de jurisdicción si se trata de acciones de contenido patrimonial y «siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público internacional».

En caso de litigio sobre acciones de contenido patrimonial, las partes amparadas en el principio de autonomía de la voluntad están facultadas para elegir no solo la ley aplicable, sino el tribunal competente. Esto conduce a la «inhibición de nuestros tribunales», salvo los casos de foro exclusivo nacional, cuyo fundamento es el interés nacional, o cuando la situación de asimetría de las partes conduzca a un abuso del derecho o sea contrario al OPI del Perú.

La ley federal Suiza sobre DIP de 1987, en su artículo 5, permite a las partes en materia patrimonial la elección del tribunal y, salvo estipulación en contra, esta elección es exclusiva. No obstante, el inciso 2 precisa que «la elección del foro no tendrá efecto si conduce a privar de una manera abusiva a una parte de la protección que le asegura un foro previsto en el derecho suizo».

D) Acciones relativas a obligaciones extra patrimoniales si la causa no tiene ninguna vinculación con la República

Hemos visto que, en materia del Estatuto personal —estado y capacidad civil de las personas y relaciones de familia—, la conexión utilizada para la competencia jurisdiccional es el domicilio del demandado. Además, existen conexiones alternativas como las consideradas en el artículo 2062 del CC, según las cuales nuestros tribunales son competentes —aunque el demandado no esté domiciliado en el Perú— si el derecho peruano es el

aplicable para regir el asunto de acuerdo a nuestras normas conflictuales o cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a nuestra jurisdicción, «siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República».

Fuera de estos casos de conexiones alternativas, los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer de acciones derivadas del estado y capacidad de las personas naturales o a las relaciones de familia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 2067 del CC.

2. DESARROLLO DEL PROCESO

El proceso es un conjunto de actos regulados por el derecho que tienen por fin la composición de un litigio. Pese a que en el proceso civil se dilucida intereses de carácter privado, por su propia naturaleza, se trata de una institución de derecho público, dada la primacía del interés social en la composición de la controversia sobre los intereses en litigio.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo III del título preliminar del CPC:

El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambos con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

2.1. Ley aplicable al proceso

En aquellos litigios en que esté presente un elemento extranjero relevante, habrá que determinar la ley aplicable al proceso. En principio, «todos los Estados aplican su propio derecho procesal»; no obstante, en determinadas

circunstancias, se acepta la posibilidad de la aplicación de la ley procesal extranjera, como es el caso de los actos procesales que deben realizarse en territorio de otro Estado.

A tenor de lo dispuesto en el artículo IX del título preliminar del CPC:

Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas.

Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido, cualquiera que sea el empleado.

Esto significa que la actividad procesal de los tribunales nacionales estará regida por el derecho procesal peruano, con independencia de que al fondo del asunto le sea aplicable la ley sustantiva nacional o extranjera, de conformidad con lo dispuesto por nuestra norma conflictual.

2.1.1. Dominio de la ley

En lo que respecta al dominio de la ley del juez, le corresponde a esta las medidas de protección de los derechos particulares que no pueden ser asegurados por la ley del domicilio —en caso de medidas que afecten a las personas— o la ley de la situación de los bienes —en caso de medidas de orden patrimonial—. Se trata en principio de una actividad judicial prevista por la ley del juez y realizada conforme a esta.

Según González Campos (1977), la observación de los hechos nos muestra un conjunto de materias en las cuales las reglas del juez son admitidas por la jurisprudencia. Tal es el caso de las condiciones de admisibilidad de una demanda, los presupuestos y efectos procesales, los criterios que determinan el funcionamiento de los órganos de justicia, así como las formas de conclusión del proceso y las formas de tutela.

2.1.2. Excepciones a la ley del juez

El examen del derecho comparado —y sobre todo del derecho internacional convencional— permite constatar que existe un conjunto de materias en las cuales es admisible la aplicación de una ley de procedimiento extranjera. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de que el juez del *exequatur* deba verificar si la sentencia extranjera tiene la autoridad de cosa juzgada, en concepto de las leyes del lugar del proceso. Asimismo, son excepciones a la ley del juez el caso del juicio pendiente en que la ley extranjera es directamente incorporada en el procedimiento, así como la notificación de los actos judiciales realizados en el extranjero o la obtención de pruebas.

2.2. Reglas de procedimiento internacional

2.2.1. Partes del proceso

Este concepto pertenece a la teoría general del derecho utilizándose tanto en derecho procesal como en derecho material. En lo que respecta a la capacidad en el proceso, hay que distinguir entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal propiamente dicha. La primera la disfrutan en principio todas las personas; mientras que la segunda solo es patrimonio de los que gozan de la plenitud del ejercicio de sus derechos civiles, dentro de los cuales se encuentra el poder realizar actos procesales eficaces.

Se trata de un concepto vinculado a la capacidad de obrar. En cuanto a la ley aplicable para determinar la capacidad jurídica del extranjero, esta será la ley de su domicilio (artículo 2070 del CC). Respecto a las personas morales, su capacidad jurídica se determina por la ley del lugar de constitución (artículo 2073 del CC). Finalmente, en cuanto a la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, también tienen capacidad para ser parte material de un proceso, conforme lo expresa el artículo 57 del CPC.

2.2.2. Capacidad procesal

Nos recuerda Vescovi (2006) que tradicionalmente se admite el concepto de «parte procesal» expuesto por Chioyenda, quien expresa que:

[...] es aquel que pide en nombre propio o en cuyo nombre se pide, la actuación de una voluntad de ley (actor, demandante, Ministerio Público, etc.), y aquel frente a quien es pedida (reo, demandado, imputado, etc.); es decir, que la calidad de parte es esencialmente procesal y esta viene dada por una determinada posición en el proceso (Vescovi, 2006, pp. 159).

El extranjero como persona natural tendrá capacidad procesal si tiene la capacidad de obrar de acuerdo a la ley de su domicilio. Sin embargo, se aplicará la ley del juez cuando las causas de incapacidad establecidas en el ordenamiento extranjero competente sean contrarias a los principios fundamentales del derecho del foro.

En lo que respecta a las personas jurídicas extranjeras, si bien no existe un problema de capacidad —pues toda persona jurídica es capaz de realizar actos procesales—, sí podría plantearse un problema de representación. Referente a las entidades extranjeras que carecen de personalidad jurídica, pero a las cuales la ley les reconoce capacidad procesal, por analogía le será aplicable la ley del domicilio.

2.2.3. Legitimación procesal

Para Vescovi:

Según la teoría general, la capacidad es una calidad del sujeto jurídico, mientras que la legitimación consiste en una relación entre el sujeto y el objeto jurídicos. Siendo la legitimación procesal la consideración legal respecto del proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual se exige para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como partes en el proceso (Vescovi, 2006, p. 170).

A tenor de lo dispuesto en el artículo IV del título preliminar del CPC: «El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso, ni quien defiende intereses difusos [...]».

Nos dicen Virgós y Garcimartín (2007) que la legitimación procesal responde a la pregunta de quién puede ser parte de un proceso concreto y hace referencia al título en virtud del cual un sujeto puede comparecer en un proceso como demandante o demandado. El tratamiento procesal de la legitimación se sujeta a la ley del juez; mientras que los presupuestos materiales de la acción —incluida la legitimación en sentido material— se regirán por la correspondiente ley aplicable dada la conexión existente entre la titularidad del derecho subjetivo y la legitimación.

2.3. La prueba

2.3.1. Concepto

El derecho a un debido proceso es un derecho fundamental del ser humano, el cual implica el derecho a probar lo que se alega y puede ejercerse tanto en el orden jurisdiccional interno como internacional, en cualquier clase de procedimiento.

Nuestro Código Procesal Civil, en su artículo 188, dispone: «Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones». Precizando el artículo 196 que: «Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos».

2.3.2. Prueba de la ley extranjera

En sentido estricto, la ley extranjera «es un derecho y no un hecho» y, como tal, no es materia de prueba. Por ello, la responsabilidad de su aplicación recae en el juez, quien debe aplicarla de oficio. En el tomo primero del libro *Introducción al derecho internacional privado* (capítulo XI dedicado

a la aplicación de la ley extranjera), precisamos que, tanto en el Tratado de Montevideo de 1889 (artículo 2) como en el Código Bustamante (artículo 408), los magistrados aplicarán de oficio, cuando proceda, la ley extranjera declarada competente, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

Asimismo, la Convención Interamericana sobre Normas Generales del DIP de 1979 —también ratificada por el Perú—, en su artículo 2, expresa la obligatoriedad de los jueces y autoridades de los Estados parte de aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

En lo que respecta a la legislación interna, el artículo 2051 del CC reitera: «El ordenamiento extranjero competente según las normas de derecho internacional privado peruanas debe aplicarse de oficio».

Por su lado, el artículo 2052 agrega: «Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que estimen conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos».

Asimismo, el artículo 2053 señala: «Los jueces pueden de oficio o a pedido de parte solicitar al Poder Ejecutivo que por vía diplomática obtengan de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido».

Sin embargo, el CPC de 1993, en su artículo 190, inciso 4, expresa:

Los medios probatorios deberán referirse a los hechos y a las costumbres cuando esta sustente la pretensión. Los que no tengan esa finalidad serán declarados improcedentes por el juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

[...]

4. El derecho nacional que debe ser aplicado de oficio por los jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido».

Una interpretación sistemática y teleológica-funcional de esta norma —que sea consecuente con los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú y con lo dispuesto en el Código Civil que tienen como piedra angular la obligación del juez nacional de aplicar de oficio el derecho extranjero declarado competente por las normas peruanas de DIP— nos conduce a las siguientes conclusiones:

- El artículo 190 del CPC es una norma de naturaleza procesal que trata de la pertinencia e improcedencia de los medios probatorios alcanzados por las partes para acreditar los hechos.
- La norma extranjera se aplica en su condición de derecho extranjero y, por lo tanto, no puede ser considerada un hecho procesal, sino que constituye el conjunto de «normas jurídicas apropiadas» que resolverán el litigio. En consecuencia, la «carga de la prueba» respecto de la aplicación de la norma extranjera —existencia y sentido— no debe recaer en las partes, pues «el derecho no se prueba, sino que debe de ser aplicado de oficio por el juez».

2.3.3. *Carga de la prueba*

Según González Campos (1977), en lo que respecta a la carga de la prueba, no existe unanimidad en la doctrina ni en el derecho comparado respecto a su calificación. Así, por ejemplo, para el derecho francés, la carga de la prueba está sometida a la misma ley que rige el fondo del asunto; mientras que, para el derecho alemán, a pesar que acepta en principio esta solución, si la carga de la prueba está conectada a un elemento procesal, esta cuestión debe estar regida a la ley del foro.

En los EEUU, si bien se parte, por el contrario, de la ley del juez, se acepta una solución distinta en determinadas materias. En el derecho italiano, el tribunal de Roma afirmó, para el caso *Anglo Iranian Oil vs. SUPOR*, que dado que la naturaleza de la prueba es procesal, la carga de la misma está sometida al derecho del juez. En cuanto al derecho convencional, tampoco encontramos una solución concluyente.

2.4. Cooperación judicial internacional

Nos recuerda Aguilar Benites de Lugo (2003) que la asistencia, auxilio o cooperación judicial internacional, en lo que atañe al desarrollo del procedimiento, incluye como manifestaciones principales: la notificación y traslado de documentos, la obtención o práctica de pruebas en el extranjero y, como manifestación complementaria, la información acerca del derecho extranjero.

Su fundamentación la encontramos en que la administración de justicia es una expresión de soberanía y, como tal, su jurisdicción es territorial. Sin embargo, dado el desarrollo de las relaciones privadas internacionales en un mundo globalizado, resulta necesario que los Estados se brinden mutua cooperación judicial a fin de poder hacer efectiva la administración de justicia a nivel internacional.

2.4.1. *Notificación y certificación de actos procesales en el extranjero*

Son reglas de derecho privado que corresponden a las diferentes etapas del procedimiento, así como a actos extrajudiciales. El imperativo esencial de ambos casos es el de facilitar el encauzamiento rápido de los actos y de conciliar los respectivos intereses del autor del acto y del destinatario.

La Convención de La Haya se ha preocupado de esta problemática y a partir de 1905 se han celebrado diversos convenios. En 1970, se celebró el convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial; y, en 1980, se suscribió el convenio para facilitar el acceso internacional a la justicia, tratando materias que interesan a la condición de los extranjeros, más que al procedimiento propiamente dicho.

2.4.2. *Documentos públicos en el extranjero*

La Convención de La Haya de 1961 (Convenio de La Apostilla), que entró en vigor en 1965, ratificada por el Perú el 20 de noviembre de 2009, suprimió las exigencias de la legalización diplomática o consular en los documentos públicos a fin de que estos puedan surtir sus efectos en otro

país contratante. La apostilla no garantiza el contenido del documento, sino tan solo es una certificación oficial de que el documento es una copia auténtica del original en los términos antes señalados, tal como se desprende de los artículos 2 al 5 del Convenio de La Apostilla.

2.4.3. Obtención de pruebas en el extranjero

Los exhortos o cartas rogatorias tienen como finalidad practicar, fuera del lugar del juicio, determinadas diligencias judiciales. El cumplimiento de estas comisiones constituye un acto de cooperación procesal internacional; pues el principio de soberanía del Estado se opone a que un juez pueda realizar un acto de autoridad fuera de la frontera del Estado del cual provienen sus poderes.

El régimen de las condiciones rogatorias internacionales se ha desprendido de la práctica y de la jurisprudencia, así como de numerosas convenciones internacionales bilaterales y multilaterales. El 18 de marzo de 1970, dentro del marco de la Conferencia de La Haya de DIP, se suscribió el convenio de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial concebido para reemplazar el capítulo II (artículos 8 al 16) de las convenciones de 1905 y 1954.

Según Audit (1977), la finalidad particular de este tratado ha sido fijar el modo de transmisión de las solicitudes de manera que se reduzca el número de intermediarios y hacer obligatoria la ejecución de la demanda si se han cumplido las condiciones exigidas. Simultáneamente, establece un puente entre el sistema de obtención de pruebas del *civil law* y *common law*. Además, ha previsto el recurso de los agentes diplomáticos y consulares, o de los comisionados, de tal suerte que la comisión rogatoria no es más que un medio entre otros de obtención de pruebas.

2.4.4. Legislación nacional

a) Derecho convencional:

- Tratado de derecho procesal de Montevideo de 1889, el cual, en sus artículos 9 al 12, se ocupa de los exhortos y cartas rogatorias

y tiene por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquier otra diligencia de carácter judicial.

- Código de Bustamante de 1928, que trata de los exhortos y comisiones rogatorias cursados por vía diplomática en los artículos 388 al 393. Sin embargo, los Estados contratantes podrán pactar o aceptar entre sí, en materia civil o criminal, cualquier otra forma de transmisión (artículo 388).
- Convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias y pruebas en el extranjero, así como otra sobre el régimen legal de poderes para ser utilizadas en el extranjero, de 1975. Ambas fueron suscritas en Panamá el 30 de enero de 1975 y aprobadas y ratificadas en el Perú mediante decreto ley 21867, del 5 de julio de 1977, entrando en vigor el 24 de setiembre del mismo año. Las dos convenciones siguen el esquema y las pautas de las convenciones de La Haya de 1965 y de 1970 sobre las referidas materias.
- Convención interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 y también ratificada por el Perú el 4 de setiembre de 1980. Este tratado obliga a las autoridades de los Estados parte a proporcionar a los que lo solicitaren los elementos probatorios e informes acerca del derecho extranjero.

b) Derecho interno:

Nuestro CPC se ocupa de los exhortos en los artículos 151, 152, 153, 154, 162, 299, 432, 433 y 839. En lo que respecta a la notificación por comisión, se expresa que, si el exhortado se hallara fuera del país, el exhorto se tramitará por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático de este, a elección del interesado (artículo 162).

Asimismo, la ley orgánica del Poder Judicial trata de los exhortos en los artículos 156 al 168 y precisa que, cuando se comisione a

un juez extranjero para la práctica de una diligencia judicial, se debe enviar exhorto legalizado utilizando el conducto establecido en el respectivo tratado y, a falta de este, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal. Cuando los exhortos se libren a cónsules y agentes diplomáticos en el extranjero, se remite por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 168).

Por otro lado, el reglamento consular del Perú, en su título XIII, está referido a las funciones judiciales (artículos 524 al 534). A tenor de lo dispuesto en el artículo 524:

Los funcionarios consulares están facultados por el Código Procesal Civil para diligenciar los exhortos que les libren los jueces de la República por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores y que tenga por objeto, únicamente efectuar notificaciones y recibir declaraciones o absolución de posiciones, entre otros, exceptuándose el uso de apremios.

Sin embargo, los funcionarios consulares podrán realizar dichas diligencias si los acuerdos vigentes con el Estado receptor no los prohíbe y, a falta de acuerdo, proceder de manera compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor.

3. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Para Quintero y Prieto (2000), la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia, en el cual se materializa el poder esencial de la jurisdicción. Para la posición doctrinaria dominante, existen tres clases de sentencias: declarativas, constitutivas y de condena o prestación.

Las sentencias —y también los laudos arbitrales¹— «válidamente expedidos» en el extranjero deben ser reconocidos y ejecutados en los demás

¹ El *exequatur* de laudos arbitrales está regulado por normas especiales que tienen sus propias particularidades. Estas son de fuente internacional —como la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Washington de 1965, la Convención

países. El procedimiento que declara ejecutable en el país las sentencias extranjeras ha recibido el nombre de *exequatur*. Según Chiovenda (citado por Vescovi, 2006), este es la nacionalización de la sentencia extranjera.

La cuestión del efecto del reconocimiento de los juicios extranjeros, nos dice Audit, plantea dos series de consideraciones. De una parte, es deseable reconocer estas decisiones a fin de que termine los litigios. El juicio extranjero emana de una autoridad soberana y es susceptible de ser reconocido en otros Estados. Un nuevo proceso puede conducir a decisiones incompatibles que irían en contra de la armonía de las soluciones, que constituye el imperativo fundamental del DIP. Por otra parte, sin embargo, no se puede admitir sin control los efectos de una decisión obtenida en condiciones en las cuales el Estado del foro no ha tenido ninguna participación.

3.1. Decisiones susceptibles de *exequatur*

Son aquellas que han sido pronunciadas a nombre de una soberanía extranjera. No es necesario el reconocimiento del Estado que la ha expedido, pues este es un acto declarativo y no constitutivo. Así, por ejemplo, una sentencia del tribunal de Taiwán —Estado que no ha sido reconocido por el Perú— puede ser materia de *exequatur*.

Las decisiones jurisdiccionales internacionales emitidas por los organismos de las que el Perú forma parte —por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Andino, etc.—, no necesitan de *exequatur*. Sin embargo, la fuerza ejecutoria podría exigir la admisión de la sentencia como una formalidad.

Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975, entre otras— y de fuente interna —como la ley de arbitraje peruana, decreto legislativo 1071—. Las especificidades propias de la materia están puntualmente desarrolladas en el tomo III del libro *Introducción al derecho internacional privado. Conflicto de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales* (Delgado Barreto, Delgado Menéndez, Candela Sánchez & Pejnovic Delgado, 2015).

3.2. Distinción de las decisiones de derecho privado de las penales y administrativas

El *exequatur* ha sido acordado tradicionalmente a las decisiones extranjeras de derecho privado. Existen decisiones penales que conllevan consecuencias civiles (por ejemplo, las incapacidades como penas accesorias). La jurisprudencia francesa ha descartado el *exequatur* en estos casos por considerar que han sido pronunciados a título de pena.

Asimismo, la jurisprudencia represiva dicta sentencias que se pronuncian sobre la reparación civil. A tenor de lo dispuesto en el artículo 2111 del CC, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras es aplicable especialmente para las sentencias penales en lo referente a la reparación civil.

La convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales (CIDIP II), en su artículo 1, prevé que, al momento de su ratificación, cualquiera de los Estados parte podrá declarar que se aplica también «a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito».

En lo que respecta a las decisiones administrativas, el artículo 2111 del CC también prevé que el *exequatur* es aplicable para las resoluciones extranjeras que ponen término al proceso. Por ejemplo, el divorcio por mutuo disenso pronunciado en Japón por autoridad municipal sería objeto de *exequatur* en el Perú. En el año 2008, la ley 29227 desjudicializó el divorcio en el Perú por mutuo disenso cuando no hay hijos menores.

3.3. Actos de jurisdicción voluntaria

A tenor de lo dispuesto en el artículo 749 del CPC:

Se tramitan como procedimientos no contenciosos:

[...]

11. Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos emitidos en el extranjero.

Esto significa que el procedimiento que se sigue corresponde a los procesos no contenciosos, pero esto no hace que el *exequatur* no sea en sí mismo contencioso. Por esta razón y para evitar equívocos, sería conveniente que el procedimiento del *exequatur* sea normado en la sección V del CPC que trata sobre los procesos contenciosos.

Tampoco tienen necesidad de *exequatur* las resoluciones judiciales que ponen fin a un proceso no contencioso, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2108 del CC, segunda parte. Además, es necesario que no verse sobre asuntos de competencia exclusiva. Consideramos que, por técnica legislativa, esta segunda parte debería formar un nuevo artículo dado que propiamente se ocupa del trámite para la declaración de sentencias extranjeras.

3.4. Requisitos para el reconocimiento de la sentencia extranjera

3.4.1. Derecho convencional

- a) El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 establece, en su artículo 3:

Las sentencias o laudos arbitrales expedidos en asuntos civiles y comerciales, las escrituras públicas y demás documentos auténticos otorgados por funcionarios de un Estado, y los exhortos y cartas rogatorias surtirán sus efectos en los otros Estados signatarios, con arreglo a lo estipulado en este Tratado, siempre que estén debidamente legalizados.

Los artículos 5 al 8 se denominan «Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales», disponiendo en el artículo 5:

Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán en el territorio de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado si reúnen los requisitos siguientes:

- a) Que la sentencia o fallo haya sido expedido por tribunal competente en la esfera internacional;
 - b) Que tenga el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en el que se ha expedido;
 - c) Que la parte contra la cual se hubiera dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se siguió el juicio.
 - d) Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su cumplimiento.
- [...].

En el artículo 6, se precisa las condiciones respecto de los «documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias o de los fallos arbitrales». En lo que respecta al carácter ejecutivo o de apremio de las sentencias o fallos arbitrales y el juicio en que su cumplimiento dé lugar (según el artículo 7), serán los que determine la ley de procedimiento del Estado en donde se pide la ejecución. Referido a los actos de jurisdicción voluntaria, estos tendrán en los demás Estados el mismo valor que si se hubieren realizado en su propio territorio, con tal de que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 8.

- b) El Código Bustamante de 1928, en su libro IV —dedicado al derecho procesal internacional—, título décimo de la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, dispone en su artículo 423:

Toda sentencia civil o contencioso administrativa dictada en uno de los Estados contratantes tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

- 1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado;

2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal para el juicio;
 3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
 4. Que sea ejecutoriado en el Estado en que se dicte;
 5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario e intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;
 6. Que el documento en que consta reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado del que proceda y los que requiera para que haga fe la legalización del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.
- c) La convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Montevideo de 1979 introduce una importante innovación al incorporar las «decisiones recaídas en materia laboral» (artículo 1).
- d) Posteriormente, en 1984, se celebró en La Paz la convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras. Esta convención, a diferencia de la anterior, solo se refiere a las sentencias extranjeras y no a los laudos arbitrales.

3.4.2. Legislación interna

A) Reconocimiento del tribunal: reciprocidad

Los artículos 2102 y 2103 del CC consagran el principio de reciprocidad. Vale decir que las sentencias extranjeras, para ser reconocidas y ejecutadas en el Perú, deben emanar de tribunales de países que reconocen y ejecutan las sentencias peruanas. La reciprocidad puede ser contractual o legislativa. La primera está prevista en el artículo 2102 del CC (primera parte): «Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos». Lo mismo figura en

los tratados de derecho civil de Montevideo de 1889 (artículos 5 al 11), Código Bustamante (artículos 423 al 433) y CIDIP II de Montevideo de 1979 (artículos 1 al 14).

Por otra parte, la reciprocidad legislativa se presenta si no existe tratado con el país en que se pronunció la sentencia. Esta puede ser positiva o negativa. La primera asigna la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los jueces peruanos (artículo 2102 del CC, segunda parte); mientras que la segunda está prevista en el artículo 2103 del CC y en el artículo 2104, inciso 8, del CC que desarrollaremos posteriormente.

Nos dice Audit que el principio de reciprocidad como requisito del reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera se encuentra, en la actualidad, severamente cuestionado. Al operar de una manera mecánica y global, se le reprocha hacer soportar a determinados individuos las consecuencias de un estado de derecho, sobre el cual ellos no pueden influenciar, lo que atenta contra intereses a menudo apremiantes.

B) Reconocimiento del fallo

No se trata de una revisión del fondo del proceso, sino más bien de valorar el cumplimiento de determinadas categorías procesales, salvo la excepción de orden público. Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103 del CC referidos a la reciprocidad:

- a) Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva (artículo 2058, incisos 1, 2 y 3; y artículo 63 de la Constitución Política del Perú).
- b) Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto de acuerdo a sus normas de DIP y a los principios generales de competencia procesal internacional.

En relación a la competencia judicial internacional del tribunal de origen, nos dicen Virgós y Garcimartín (2007) que, la competencia

internacional es un presupuesto de legitimación del ejercicio del poder jurisdiccional estatal frente a las partes. Por ello, si falta, está justificado que no se reconozca por los demás Estados la decisión de ese tribunal.

Este control protege, asimismo, al demandado para que no se le sustraiga de los foros de protección cuando es «parte débil» (consumidor, trabajador, menor de edad en las relaciones de familia, etc.) y que no se quebrante un acuerdo válido de elección del foro al ser contrario a la voluntad expresada por las partes en el momento de contratar. Finalmente, este control defiende las competencias exclusivas en la esfera jurisdiccional; es decir, aquellas sobre las que un Estado reclama el monopolio internacional.

- c) Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso, que se le haya concedido plazo favorable para comparecer y que se le haya otorgado garantías procesales para defenderse.

La idea del «debido proceso» es un derecho humano abierto, de naturaleza procesal y alcance generales que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales, entendiéndose, al mismo tiempo, como un derecho continente; pues comprende una serie de garantías formales y materiales, de manera que se lesiona cuando se afecta cualquiera de los derechos que consagra y no uno de manera específica, como nos expresa el profesor Landa (2012) (CIDIP II, artículo 2, incisos e y f).

- d) Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso (artículo 123 del CPC.; artículo 2, inciso g, del CIDIP II). En el derecho comparado, existen juicios cuyos trámites son breves, por convenir así a la naturaleza del asunto y a la urgencia que el mismo reclama. Estos juicios se denominan «sumarios» porque en él se haya el proceso común de alguna manera resumido o abreviado.

Como ejemplo, Cabanellas (1963) nos da el caso del juicio ejecutivo donde, sin entrar en la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas, se trata de hacer efectivo lo que consta en un título al cual la ley le da la misma fuerza que una sentencia. En consecuencia, esta sentencia no podría ser reconocida en el extranjero, a no ser que hubiese quedado ejecutoriada plenamente la resolución por haberse vencido el plazo para interponer la acción contradictoria.

- e) Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.

Según el artículo 2066 del CC (tercer párrafo): «El Tribunal peruano deja sin efecto lo actuado si se le presenta una resolución extranjera». El paso de la excepción de pleito pendiente a la de cosa juzgada acaece cuando la primera no logra hacerse efectiva; en cuyo caso, por el peso mismo de los hechos, hay que estar a lo resuelto por el juicio extranjero concluido. Consideramos que debería primar el juicio que primero concluyó, lo que nos llevaría a la supresión del inciso 5 del artículo 2104, favoreciendo así el reconocimiento de la sentencia extranjera.

- f) Que no sea incompatible con otras sentencias que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.

Nos dice la profesora Revoredo Marsano que, en esta hipótesis, la incompatibilidad entre las dos sentencias debe resolverse a favor de la que se dictó primero, aunque no haya sido ejecutoriada; pues, si bien el procedimiento de *exequatur* conferiría a la sentencia extranjera los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales, solo a partir del momento que el tribunal peruano la declarase ejecutoriada, debe considerarse que la relación jurídica sobre la cual resuelve la sentencia extranjera —y la sentencia misma como

acto jurídico— preexiste al reconocimiento que pueda conferirle el Perú o cualquier otro país.

g) Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.

El concepto de orden público tiene general aceptación, tanto en lo que se refiere a la aplicación del derecho extranjero para la solución de un conflicto de leyes, como para el reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en el extranjero. En realidad, la condición exigida en este inciso es que la ley aplicada no sea contraria al orden público internacional peruano.

En el tomo I del libro *Introducción al derecho internacional privado*, propusimos la modificación de los artículos 2049 y 2050 del CC en el sentido de que debe precisarse que la excepción funciona solo cuando la aplicación de la ley extranjera conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de nuestro derecho.

En la jurisprudencia nacional, encontramos sentencias de divorcio internacional en las que se ha denegado el *exequatur* por considerarlas contrarias a nuestro orden público internacional, cometiéndose, en alguna de ellas, el error de confundir el orden público interno con el orden público internacional.

Al tratar de la excepción de orden público internacional, expresamos que, dado el carácter dinámico del concepto, es imposible hacer referencia a su contenido —fuera del caso de los derechos esenciales de la persona humana—, por lo que resultaba necesario precisar, en la medida de lo posible, el sentido de la excepción, refiriéndonos no a la expresión «orden público internacional», cuyo contenido es equívoco, ni tampoco a la expresión «buenas costumbres», que incluye ilicitudes de contenido moral contrarias a las leyes imperativas y que tiene su razón de ser en el artículo V del título preliminar del CC, referido al orden público interno. Por estos motivos, propusimos eliminar de la redacción de los artículos

pertinentes ambas expresiones y referirnos directamente a los principios fundamentales del derecho.

h) Que se pruebe la reciprocidad.

A la pregunta: ¿a quién corresponde probarla?, el artículo 838 del CPC de 1993 responde: «Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niega la reciprocidad».

En estricto sentido, la inversión de la carga de la prueba solo procede por mandato expreso de la ley. Es por esta razón que, para facilitar el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en el Perú, el legislador, en el artículo 838 del CPC, establece la presunción de la reciprocidad haciéndose recaer la prueba en contrario a quien la niegue.

i) Fraude a las normas de competencia jurisdiccional.

El artículo 2104 del CC no exige para el reconocimiento de una sentencia extranjera la ausencia de fraude a las normas de competencia jurisdiccional. Al tratar el tema de fraude a la ley, distinguimos ambos tipos de fraude y señalamos que por el fraude a la ley, las partes modifican intencionalmente los elementos constitutivos de las circunstancias de conexión para descartar la ley normalmente aplicable y conseguir la aplicación de un derecho más ventajoso a sus intereses.

En caso de fraude al juicio, las partes tratan de obtener un resultado material por medio de una manipulación de las reglas de conflicto de jurisdicción, influyendo, indirectamente, en la designación del derecho aplicable, que a menudo resultará el del foro escogido.

La manipulación de los criterios de competencia jurisdiccional ha sido denominada en los países del *common law* como *forum shopping* y supone que varios Estados tienen competencia jurisdiccional

facultativa para conocer del asunto, escogiendo las partes el foro que más le conviene a sus intereses. Su comportamiento es fraudulento si la sentencia favorable que esperan obtener está destinada, principalmente, a ser invocada en un tercer país, cuyos tribunales no habrían amparado la demanda si ellos hubiesen sido escogidos de forma directa.

La jurisprudencia francesa, en el caso *Manzur* (7 de enero de 1964), subordinó el *exequatur* a la ausencia de todo fraude a la ley. Esta fórmula permitió englobar tanto el fraude a la ley francesa, como el fraude a la ley extranjera. La Corte de Casación de Francia, en su sentencia del 20 de febrero de 2007, expresó que, para conceder el *exequatur* fuera de toda convención internacional, el juez francés debe asegurarse las tres condiciones siguientes: a) la competencia indirecta del juez extranjero fundada en la conexión del litigio con el juez elegido; b) la conformidad con el orden público internacional de fondo y de procedimiento; y c) la ausencia de fraude a la ley.

Asimismo, el Código de Procedimiento Civil del Estado de Florida (EEUU) consagra el principio de la defensa de una sentencia o fallo extranjero (artículos 1 y 120, inciso e), siempre y cuando conste la misma por escrito y no haya sido anulada, modificada o liquidada en todo o en parte. Las sentencias extranjeras solo se desconocen en el Estado de Florida cuando se ha demostrado que la misma no es idónea por falta de competencia jurisdiccional, falta de notificación, contradicción al orden público o fraude a la ley.

Siguiendo esta jurisprudencia y legislación, proponemos que se añada un nuevo inciso al artículo 2104 del CC que exprese: «Que no se haya evadido artificiosamente las normas conflictuales normalmente competentes».

3.5. Reconocimiento de sentencias extranjeras de quiebra

El proceso de quiebra internacional en el cual los deudores poseen bienes en diferentes países es particularmente complejo. En el tomo II del libro *Introducción al derecho internacional privado*, nos ocupamos de los presupuestos fundamentales de la quiebra, precisando que, si bien es necesario considerar el estatuto de los bienes, las garantías, los contratos y las personas, también se trata de una institución procesal, lo que se traduce en el papel preponderante de la ley del foro y en las dificultades correlativas derivadas del alcance extraterritorial de las resoluciones de los tribunales nacionales.

Esto trae como consecuencia, por una parte, que el conflicto de competencia absorba ampliamente el conflicto de leyes; y, por la otra, el que, si bien, el objetivo deseable es que la organización de la reglamentación colectiva se hiciese como si no existieran fronteras, la realidad es que más bien existe un enclaustramiento de los procedimientos nacionales. Las dificultades para poner fin a esta situación se ilustran, por ejemplo, en las vicisitudes por las que han pasado los países de la Unión Europea para lograr una armonización comunitaria.

3.5.1. Legislación concursal nacional

A) Derecho convencional

Nos recuerda García Calderón (1969) que, tanto los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, como el Código Bustamante de 1928, admiten como principio general el de la unidad de la quiebra aceptando el régimen de pluralidad como excepción.

El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 atribuye competencia en materia de quiebra al juez del lugar del domicilio del deudor (artículo 35). Asimismo, admite el régimen de pluralidad de la quiebra conforme a lo dispuesto en el artículo 36: «Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios serán

competentes para conocer el juicio de quiebra de cada uno de ellos, los tribunales de los respectivos domicilios».

Por su parte, el Código Bustamante, en el artículo 414, dispone:

Si el deudor, concordatario, concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil no puede haber más que un juicio de procedimientos preventivos de concurso o quiebra, o una suspensión de pagos, o quita y espera, para todos los bienes en todas sus obligaciones en los Estados contratantes.

Este artículo es complementado por el artículo 415: «Si una misma persona o sociedad tuviese en más de un Estado contratante varios establecimientos mercantiles, enteramente separados económicamente, puede haber tantos juicios de procedimientos preventivos y de quiebra como establecimientos mercantiles».

En lo que respecta a la rehabilitación del fallido, el tratado de 1889 dispone, en el artículo 47: «La rehabilitación del fallido solo tendrá a lugar cuando haya sido pronunciada en todos los concursos que se le sigan». Por su parte, el Código Bustamante dice al respecto, en su artículo 422: «La rehabilitación del quebrado tiene también eficacia extraterritorial en los Estados contratantes desde que quede firme la resolución judicial en que se disponga y conforme a sus términos».

B) Legislación interna

El artículo 2105 del CC trata del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras de quiebra y establece un régimen especial más exigente cuando se trata de estas materias, llegándose a revisar la sentencia a ejecutar en el Perú. Tradicionalmente, ha predominado en la quiebra la territorialidad protegiéndose a los acreedores domiciliados en el Perú o que hayan inscrito su acreencia en nuestros registros, frente a los extranjeros. No obstante, se reconoce las sentencias extranjeras de quiebra condicionado al cumplimiento de los requisitos del artículo 2105 del CC, salvo lo dispuesto en las convenciones internacionales.

La reglamentación del artículo 2105 del CC reposa sobre los siguientes principios: fuero internacional del patrimonio del quebrado y del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras; coordinado con el principio de territorialidad en cuanto a la liquidación de los bienes situados en el Perú.

Este artículo opta por la pluralidad de masas de bienes en resguardo de los acreedores domiciliados en el país y las acreencias registradas en el Perú. A tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 2105 del CC:

Si no hay acreedores domiciliados ni acreencias inscritas en el Perú, o si, después de satisfechos estos, conforme a los párrafos precedentes, resulta un saldo positivo en el patrimonio del fallido, dicho saldo será remitido al administrador de la quiebra en el extranjero, previo *exequatur* ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero.

Según Javier Tovar (2005), este artículo tiene como aspecto relevante: «El destacar que se añade una regla que faculta al Tribunal a dictar medidas preventivas, es decir cautelares, desde la presentación de la solicitud de reconocimiento, lo que puede ser de gran interés práctico en la materia». La Ley General del Sistema Concursal 27809 (del 7 de agosto de 2002), en el capítulo II del título I, refiere a las reglas de competencia y legislación aplicable.

4. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS

Nos dicen Virgós y Garcimartín que:

El proceso civil se deja escindir en dos fases principales: la primera es declarativa y se dirige a obtener una decisión. La segunda es ejecutiva y se dirige a imponer coactivamente los resultados del proceso, cuando estos no son voluntariamente respetados por los afectados. Recíprocamente, el sistema de Derecho Procesal Civil Internacional, construye su respuesta frente a resoluciones judiciales extranjeras

también en torno a estas dos fases [...]. A la fase declarativa le correspondería en el Derecho Procesal Internacional el instituto del reconocimiento, por lo que “se deja valer” una decisión extranjera en la órbita del ordenamiento del foro. A la fase ejecutiva, le corresponde en el Derecho Procesal Internacional, el instituto de la “ejecución”, por el que se “hace cumplir” una decisión extranjera aplicando los mismos mecanismos de ejecución forzosa previstos en las decisiones nacionales (Virgós & Garcimartín, 2007, pp. 555-556).

Mediante el procedimiento del *exequatur* se confiere «eficacia procesal» a la sentencia extranjera, lo que trae como consecuencia dotarla de la calidad de cosa juzgada y título ejecutivo. En lo que respecta a las condiciones de ejecución, nos recuerdan los citados autores que, en términos de derecho comparado, las condiciones que deben satisfacer la resolución extranjera para poder ser ejecutada son: a) tener carácter ejecutorio, según la ley del Estado de origen; y b) recibir la autorización de ejecución o la declarativa de ejecutabilidad en el foro, ya sea mediante *exequatur* o, como ocurre en el *common law*, mediante el registro.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 2106 del CC: «La sentencia extranjera que reúna los requisitos establecidos en los arts. 2102, 2103, 2104 y 2105 puede ser ejecutada en el Perú a solicitud del interesado». Agregando el artículo 2107 del CC: «La solicitud a que se refiere el art. 2106 debe ir acompañada de copia de la sentencia íntegra, debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano, así como los documentos que acreditan la concurrencia de los requisitos establecidos en este título».

Nos dice el profesor De Valdivia:

[...] que el carácter de la autenticidad de un documento depende de la ley territorial donde se ha realizado. Un Estado extranjero acepta esta autenticidad cuando ella es legalizada por su respectivo funcionario diplomático consular o de un país amigo cuando tal funcionario nacional no lo hallan en ese momento. A veces esta autenticación resulta también del hecho de que los documentos hayan llegado por

la vía diplomática al órgano jurisdiccional a través del Ministerio de Relaciones Exteriores (De Valdivia, 2005, p. 922).

En lo que respecta al trámite del *exequatur*, el artículo 2108 del CC, concordado con lo dispuesto en los artículos 837 al 840 del CPC, exige que se interponga ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer.

4.1. Valor probatorio y autoridad de cosa juzgada

Según de lo dispuesto en el artículo 2109 del CC: «[...] las sentencias extranjeras debidamente legalizadas producen en el Perú el valor probatorio que se reconoce a los instrumentos públicos, no requiriendo para este efecto *exequatur*». En lo que respecta a la fuerza probatoria del instrumento público, precisa Alsina (1942) que debe ser determinada bajo dos aspectos: con relación al instrumento mismo o con relación a su contenido.

Considerado en sí mismo, en sus elementos externos, el instrumento público tiene la presunción de autenticidad, por lo que quien lo hace valer como prueba no está obligado a efectuar ninguna diligencia para justificar que emana del funcionario público que lo autoriza o que la copia es una reproducción exacta del original. En cuanto al contenido del instrumento público, su valor probatorio depende de las manifestaciones que contienen.

Referente a la autoridad de cosa juzgada de la sentencia extranjera, el artículo 2110 del CC expresa: «La autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera puede hacerse valer dentro de un juicio si cumple con los requisitos establecidos en este título, sin necesidad de someterla al procedimiento del *exequatur*».

Alsina considera que el *exequatur* es indispensable cuando se trata de cumplir una sentencia como acción, pero no cuando se la opone como excepción (cosa juzgada). En el primer caso, se requiere un acto de compulsión contra la parte; en tanto que en el segundo, nada se exige como no sea el respeto al pronunciamiento del juez extranjero. Tampoco

cuando se le agrega al proceso como medio de prueba de un hecho. Pero, en este último caso, es evidente que el juez goza de entera libertad para apreciar su eficacia. Como afirma Mortara, citado por Sentis: «[...] en sustancia la sentencia extranjera producida como simple medio de prueba no vincula como la autoridad de cosa juzgada sino que deja una absoluta libertad para el examen de la cuestión de hecho y en derecho» (1958, p. 95).

4.2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras administrativas regidas por el título IV del libro X del Código Civil

Según lo dispuesto en artículo 2111 del Código Civil:

Lo dispuesto en este título rige en cuanto sea aplicable, también, para resoluciones extranjeras que ponen término al proceso especialmente para las sentencias penales en lo referente a la reparación civil.

Tratándose de laudos arbitrales serán de aplicación exclusiva las disposiciones de la Ley General de Arbitraje.

Este artículo tiene como antecedente lo dispuesto en la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros aprobada en la CIDIP II, celebrada en Montevideo en 1979 y ratificada por el Perú.

En lo que respecta a las resoluciones administrativas extranjeras, el artículo 2111 del CC dispone que procede su reconocimiento y ejecución en materia de derecho privado «cuando ponen término al proceso». Tal sería, por ejemplo, el caso de la desjudicialización del divorcio por mutuo disenso y sin hijos menores, en que son competentes los órganos administrativos, a lo cual ya nos hemos referido anteriormente.

5. PREGUNTAS

1. Un trabajador boliviano fue despedido del Organismo Andino de la Salud (convenio Hipólito Unanue). Frente a ello, plantea una demanda ante los tribunales peruanos dado que el organismo tiene su sede en Lima. El tribunal laboral peruano se declara incompetente para pronunciarse del caso argumentando la inmunidad jurisdiccional de la que gozan los organismos internacionales e indica que el interesado haga ver su derecho en la vía pertinente. ¿Qué vía sería esta?
2. ¿Cuál es su opinión crítica sobre la propuesta sustitutoria al artículo 2066 del CC formulada por los autores?
3. Si usted fuera juez y se le presenta un caso —no regido por tratados internacionales— en el que una de las partes alega lo dispuesto en el artículo 190, inciso 4, del CPC y la otra, el artículo 2051 y ss. del Código Civil, ¿cómo resolvería?
4. ¿Está usted de acuerdo con incluir la excepción de fraude a la ley como requisito adicional para el procedimiento de *exequatur*?
5. De acuerdo al derecho peruano, ¿frente a qué sala se debe interponer la demanda de *exequatur*?

BIBLIOGRAFÍA

- Ago, Roberto (1934). *Teoría del diritto internazionale privato*. Milán: A. Milani.
- Aguilar Benitez de Lugo, Mariano & otros (2003). *Lecciones de derecho procesal civil internacional*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Aguilar Navarro, Mariano (1982). *Derecho Internacional Privado* (2 tomos). Madrid: Universidad Complutense.
- Alarcón, Enrique (1999). Propiedad intelectual. Agricultura ante el nuevo milenio. *Fascículo Técnico*, 20.
- Alfonsín, Quintín (1955). *Teoría del derecho internacional privado*. Montevideo: Martín Bianchi.
- Alsina, Hugo (1942). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (tomo II). Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.
- Audit, Bernard (1977). *Droit international privé*. París: Económica.
- Bartín, Etienne (1930). *Principe de Droit international privé* (tomo I). París: Domat-Montcheretien.
- Batiffol, Henri & Paul Lagarde (1981). *Droit International privé* (2 tomos). París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- Bauman, Zygmunt (2003). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Boggiano, Antonio (1993). *Relaciones judiciales internacionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Boggiano, Antonio (1988). *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bustamante y Sirven, Antonio (1938). *Derecho internacional privado* (tomo II). La Habana: Carasa y Cía.
- Cabanellas, Guillermo (1963). *Diccionario de derecho usual* (tomo II). Madrid: Santillana.
- Calvo Caravaca, Alfonso & Javier Carrascosa (1997). *Introducción al derecho internacional privado*. Granada: Comares.
- Calvo Caravaca, Alfonso & Javier Carrascosa (2014). *Derecho internacional privado* (décimo quinta edición, 2 volúmenes). Granada: Comares.
- Campuzano Díaz, Beatriz (2002). Lección 1: La Competencia Judicial Internacional. En *Lecciones de derecho procesal civil internacional*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1985). *Derecho internacional privado*. Madrid: Tecnos.
- Cornejo Chávez, Héctor (1985). *Exposición de motivos y comentarios al Código Civil. Derecho de Familia*. Tomo IV. Lima: Okura Editores.
- Corte Internacional de Justicia (1955). *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>>.
- Delgado Barreto, César, María Antonieta Delgado Menéndez & César Lincoln Candela Sánchez (2007-2008). *Introducción al derecho internacional privado* (tomos I, II y III). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Delgado Barreto, César, María Antonieta Delgado Menéndez, César Candela Sánchez & Milan Pejnovic Delgado (2015). *Introducción al derecho internacional privado*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Despagnet, Frantz (1886). *Précis de droit international privé*. París: Clunet.

- De Trazegnies, Fernando (2000). La desmaterialización del derecho. *Revista Iuris Dictio*, 1(1), 49-54.
- De Valdivia, Ramiro (2005). *Código Civil comentado* (tomo X). Lima: Gaceta Jurídica.
- Dicey, Dicey (1886). *A Digest of Conflicts of Law*. Oxford: Bibliolife.
- Dreyfus, Simone (1978). *Droit des relations internationales* (tercera edición). París: Cujas.
- Evrigenis, Dimitros (1966). Tendences Doctrinales Actuelles en Droit International Privé. En *Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya Recueil des Cours* (tomo 118, pp. 317-433). La Haya, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers.
- Fernández Arroyo, Diego (2008). Aspectos Esenciales de la Competencia Judicial Internacional en vistas de su reglamentación interamericana. En Hugo Llanos Macilla & otros (coords.), *Estudios de derecho internacional. Libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (tomo II). Santiago de Chile: Librotecnia.
- Foyer, Jacques (1983). *Los problemas de los conflictos de leyes en materia de filiación*. París: Dalloz
- Francescakis, Phocon (1958). *La Theorie du Renvoi et les Conflits de Systémes en Droit International Privé*. París: Sirey.
- Francescakis, Phocon (1966). Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflit de lois. *Revue Critique de Droit International Privé*, 1, 1-18.
- Fresnedo de Aguirre, Cecilia (1991). *La autonomía de la Voluntad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- García Calderón, Manuel (1969). *Derecho internacional privado*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos.
- Gavalda, Christian (1955). *Les conflits dans le temps en droit international privé*. París: Sirey.

- Goldschmit, Werner (1948). *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado* (tomo I). Barcelona: Bosch.
- González Campos, Julio (1977). Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé. En *Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya Recueil des Cours* (tomo 156, pp. 227-371). La Haya, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers.
- Hauriou, André (1925). *Precis Elementarie de droit constitutionale*. París: Sirey.
- Jayne, Erik (1995). Identifié Culturelle et Integration: Le Droit International Privé Post Moderne. En *Cursos de la Academia de Derecho internacional de La Haya Recueil des Cours* (tomo 251, pp. 9-268). La Haya, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers.
- Kegel, Gerhard (1982). *Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Rosaristas.
- Landa, César (2012). El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Colección Cuadernos de análisis de la jurisprudencia-Academia de la Magistratura*. Lima: Diskcopy.
- Larebours-Pigeonnière, Paul (1924). *Observations sur la Question du Renvoi*. París: Marchal & Billard.
- Larebours-Pigeonnière, Paul (1933). *Precis de Droit International Privé*. París: Librairie Dalloz.
- León Barandiarán, José (1973). *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Lucas, Louis (1964). Vue Simplifiée du Renvoi. En *Revue Critique de Droit International Privé*, 53(1), pp. 1-14.
- Marín López, Antonio (1991). *Derecho civil internacional*. Granada: Impredisur.
- Mauzy, Jacques (1949). *Derecho internacional privado*. Puebla: Cajica.
- Mayer, Pierre (1989). *Droit international privé*. París: Editions Mont Chrestien.

- Meijers, Eduard (1934). L'Histoire des Principes Fundamentaux du Droit International Privé à partir du Moyen Âge. En *Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya Recueil des Cours* (tomo 49, pp. 547-683). La Haya, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers.
- Miaja de la Muela, Adolfo (1979). *Derecho internacional privado* (tomo I). Madrid: Atlas.
- Niboyet, Jean Paul (1932). La Question Préable: Ponnoucanmale E. Nadimoutoupolle. *Revue de Droit International Privé*, 1, 36-48.
- Niboyet, Jean Paul (1947). *Traité de Droit International Privé Français*. Paris: Sirey.
- Operti Badani, Didier (1986). *Objeto y método en el derecho internacional privado*. Montevideo: Grafiservice.
- Perassi, Roberto (1938). *Lezioni di Diritto Internazionale. Parte seconda*. Padua: CEDAM.
- Perez Vera, Elisa (1980). *Derecho internacional privado*. Madrid: Tecnos.
- Pillet, Antonio (1923). *Principios de derecho internacional privado* (tomo I). Madrid: Librería General de Victoriano Juárez.
- Quintero, Beatriz & Eugenio Prieto (2000). *Teoría General del Proceso* (tercera edición). Bogotá: Themis.
- Raape, Leo (1934). Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication d'anciens et nouveaux problèmes du droit international privé. *Recueil des cours* (tomo 50). La Haya, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers.
- Rabel, Ernst (1933). Le Problème de la Qualification. *Revue de Droit International Privé*, 28, 86-97.
- Revoredo Marsano, Delia (1980). *Proyectos y anteproyectos de reforma del Código Civil* (tomo I). Lima: Novográfica.
- Revoredo Marsano, Delia (2015). *Código Civil: exposición de motivos y comentarios* (segunda edición actualizada). Lima: Thomson Reuters.

- Sentis, Santiago (1958). *La sentencia extranjera*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Shapira, Jean (1972). *Le Droit International Des Affaires*. París: s/e.
- Tovar, María del Carmen & Javier Tovar (1987). *Derecho internacional privado*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente.
- Tovar, Javier (2005). *Código Civil: Comentarios* (tomo X). Lima: Gaceta Jurídica.
- Vega García, Jorge (1980). *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil* (dos tomos). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Vescovi, Enrique (2006). *Teoría general del proceso* (segunda edición). Bogotá: Themis.
- Vidal Ramirez, Fernando (2002). *Prescripción extintiva y caducidad* (cuarta edición). Lima: Gaceta Jurídica.
- Virgós, Miguel (1995). *Las cosas y los derechos reales en Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Madrid: Eurolex.
- Virgós, Miguel & Francisco Garcimartín (2007). *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional* (segunda edición). Pamplona: Civitas.
- Wolff, Martín (1936). *Derecho internacional privado*. Barcelona: Labor.
- Yanguas Messia, José (1958). *Derecho internacional privado*. Parte general. Madrid: Reus.
- Yasseen, Mustafá (1962). Problèmes relatifs a l'Application di Droit Etranger. En *Cursos de la Academia de Derecho internacional de La Haya Recueil des Cours* (tomo 166, pp. 499-595). La Haya, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers.

TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

VOL.	Lo Esencial del Derecho
1	<i>Derechos reales</i> , de Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2	<i>Los derechos fundamentales</i> , de César Landa Arroyo
3	<i>Derecho penal básico</i> , de Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4	<i>Derecho constitucional</i> , de Carlos Blancas Bustamante
5	<i>Introducción al derecho ambiental</i> , de Patrick Wieland Fernandini
6	<i>Nociones básicas de derecho internacional público</i> , de Elizabeth Salmón
7	<i>La enseñanza del derecho</i> , de Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8	<i>Derecho constitucional económico</i> , de Baldo Kresalja y César Ochoa
9	<i>Aspectos jurídicos de la contratación estatal</i> , de Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10	<i>Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano</i> , de Marcial Rubio y Elmer Arce
11	<i>Derecho tributario: temas básicos</i> , de Francisco Ruiz de Castilla
12	<i>El mercado de valores en fácil</i> , de Lilian Rocca
13	<i>Derecho de las obligaciones</i> , de Mario Castillo Freyre
14	<i>Derecho de sucesiones</i> , de César E. Fernández Arce

VOL.	Lo Esencial del Derecho
15	<i>Ética y ejercicio de la ciudadanía</i> , de Alberto Simons Camino, S.J.
16	<i>Arbitraje comercial nacional e internacional</i> , de César Guzmán-Barrón Sobrevilla
17	<i>Derecho eclesiástico del Estado peruano</i> , de Milagros Revilla Izquierdo
18	<i>Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada</i> , de José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19	<i>Sistema de justicia en el Perú</i> , de David Lovatón Palacios
20	<i>Manual de derecho marítimo</i> , de Percy Urday B.
21	<i>Los secretos de los seguros</i> , de Alonso Núñez del Prado Simons

Fondo Editorial PUCP

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156, BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

TÉLEFONO: 332-3229 / FAX: 424-1582

SE UTILIZARON CARACTERES

ADOBE GARAMOND PRO EN 11 PUNTOS

PARA EL CUERPO DEL TEXTO

SETIEMBRE 2017 LIMA - PERÚ

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP