

La Persona como Base del Derecho Internacional Privado

MANUEL GARCIA CALDERON

Catedrático Principal de Derecho
Internacional Privado.

Introducción

1.— La noción de persona ha sido y continúa siendo tema estudiado por la Ontología, la Teología, la Etica, la Psicología y las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Tema arduo sobre el que la cultura occidental ha meditado desde Aristóteles hasta nuestros días y sobre el que la teoría jurídica ha especulado sin cesar. El objeto formal de cada una de estas disciplinas es lo que establece la diferencia entre la persona según la considera el Derecho y según la consideran las otras disciplinas.

En el campo del Derecho, la doctrina no parece haber acentuado o subrayado la noción de persona como fundamento esencial para la solución de los conflictos de leyes y para la eliminación de las barreras que las legislaciones levantan sobre la base de la soberanía nacional. Consideramos que la construcción de un sistema de derecho internacional privado que supere las fronteras territoriales, puede y debe estar sustentado en la noción supra-nacional de la persona.

2.— El propósito perseguido al elaborar este trabajo, es, precisamente, el de lograr, en la medida de lo posible, la uniformidad en el Derecho internacional privado, mediante una fórmula general para la solución de los conflictos de leyes, que tenga como base a la persona y que dé seguridad a las relaciones privadas regidas por distintos sistemas jurídicos.

3.— Empleamos el concepto de persona, desde el punto de vista jurídico, como equivalente al de sujeto de derecho. Si bien el hombre es, por antonomasia, el sujeto de las relaciones jurídicas, el Derecho contemporáneo también atribuye la categoría de persona a toda entidad, organismo o colectividad, pública o privada, en los que un conjunto de individuos persigue la realización de un fin común. Resultan así comprendidas dentro del concepto de persona, tanto las personas naturales, físicas o individuales, como las personas jurídicas, morales, colectivas o ficticias.

Reconocimiento internacional de la persona

4.— El moderno derecho internacional, que reconoce como uno de sus precursores a Francisco de VITORIA, tiene en su obra una fuente inagotable de enseñanzas. La ley de las naciones se aplica por igual, según VITORIA, a los soberanos, a sus consejeros y a otros responsables de los asuntos exteriores, lo mismo que a los individuos que, como los mercaderes, tienen contacto con otras naciones. El derecho a un libre intercambio en todo el mundo no es para VITORIA un derecho de los Estados sino de los individuos (Véase *de indis et de iure belli relectiones*, E. Nys, ed. *The Classics of International Law*, N° 7; Washington, Carnegie Institution, 1917, Sec. III, p. 252).

5.— En nuestra época, el hombre, por su sola condición de ser humano, se ha convertido en sujeto directo del Derecho Internacional. Al margen de la idea de nacionalidad, necesariamente conectada a la de Estado, la persona humana es objeto de la protección internacional. El hombre, como persona internacional, ha sobrepasado la condición de sujeto indirecto, en cuanto súbdito de un Estado, para tomar la de sujeto directo, en cuanto persona humana, cuya existencia misma es independiente de la entidad política a la que pertenezca. Franqueando los límites nacionales a los que estaba constreñido, el hombre ha devenido en persona internacional a través de un proceso histórico y jurídico que no es del caso reseñar.

6.— Es evidente, de acuerdo con esas ideas, que existe un deber jurídico que impone en el orden internacional, dejando de lado su condición de ciudadano, la obligación de reconocer al

individuo ciertos derechos que están por encima de la institución del Estado y cuya intangibilidad está garantizada por la comunidad internacional. Cualquiera que sea el mecanismo que se adopte y la eficacia que alcance la protección de los derechos humanos, es esencial que el hombre sea el centro de interés de todos los esfuerzos de los pueblos y de los gobiernos, como lo proclamara la Resolución LVIII de la Conferencia de Chapultepec.

7.— Esas mismas ideas están presentes en la Carta de las Naciones Unidas, a través de la cual se afirma y ratifica el reconocimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del hombre (Véase, H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, New York, 1950, capítulos IX y X). En este sentido, la Carta constituye un avance fundamental en relación con el Pacto de la Liga de las Naciones.

8.— Según sus propias palabras, la Carta reafirma la fé en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas y declara el propósito de “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. A las estipulaciones de la Carta, habría que agregar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

9.— Frente a la transformación operada en cuanto a la posición del individuo en el Derecho Internacional, desaparecen entre las brumosas de la doctrina positivista, opiniones como la de (OPPENHEIM, *International Law*, Londres, 1905, t. I, par. 13 y 18), para quien los Estados eran única y exclusivamente los sujetos del Derecho Internacional, dado que éste se basa en su común consentimiento y no en el de los seres humanos individualmente considerados.

10.— Parece indiscutible, por otra parte, que dentro de las relaciones internacionales deben estar comprendidas no solamente las que existen entre Estados, sino también las que tienen lugar entre Estados e individuos. En el campo internacio-

nal, no son extraños los contratos que se celebran entre un Gobierno y una empresa privada o entre una organización internacional y una empresa privada. Recordemos que de acuerdo con su Carta constitutiva y a pesar de haber sido creado por un acuerdo multilateral, el *International Bank for Reconstruction and Development* puede hacer préstamos a entidades privadas.

11.— En el campo penal, de otro lado, la piratería, la trata de blancas, el contrabando y otros delitos de la misma índole, pueden dar lugar a acciones y decisiones en el campo del Derecho Internacional. Finalmente, el creciente intercambio internacional en el que los individuos participan sin relación con el Estado al que pertenecen, hace que ellos deban ser también considerados como partícipes en las relaciones internacionales y, en consecuencia, sujetos de derecho internacional.

Como lo afirmara el profesor A. de LA PRADELLE, el hombre es, en definitiva, el común denominador de las instituciones jurídicas y la razón de ser del Estado.

Planteamiento del problema

12.— El carácter supra-estatal que SAVIGNY le asignara al Derecho Internacional privado en la última parte de su *Sistema de Derecho Romano Actual*, fué desapareciendo gradualmente. Las diversas codificaciones del derecho privado, cuyas raíces se encontraban en la exclusiva soberanía del Estado, fueron constituyéndose en barreras insalvables que negaron la existencia de una fuente internacional del Derecho Internacional privado. Las concepciones universalistas dieron paso a la del origen nacional o positivo de las reglas de conflicto, cuya formulación hiciera ya NIEMEYER en 1894.

Posiciones eclécticas como la de DIONISIO ANZILOTTI (*Il diritto internazionale nei giudici interni*), sostienen que las normas de derecho internacional privado, que emanan simultáneamente de la costumbre, de los tratados y de la legislación interna, son formalmente internas pero sustancialmente internacionales. Esas normas, cuyo objeto es el de dirimir los conflictos de leyes, sólo tienen valor internacional en tanto que las reglas fundamentales puedan llegar a ser respetadas por la comunidad internacional.

13.— Para que el Derecho internacional privado pueda volver a ser considerado, como alguna vez lo fué, verdaderamente internacional, se requiere darle un fundamento que sea universalmente válido; y para ello, ese fundamento tiene que ser referido a la persona. La elección de una determinada ley para ser aplicada a casos específicos de conflicto en la esfera del Derecho, debe hacerse en relación a lo que sea justo para con la persona; y esa elección debe tener en cuenta, preferentemente, el acto que en relación con ella, la ley trata de proteger o de sancionar. Si se quiere lograr una concepción efectivamente internacional del Derecho internacional privado, no puede desconocerse el papel predominante que corresponde a la persona en la elección de la ley o del tribunal.

14.— Sin que sea necesario sostener la existencia de un Derecho internacional privado que sea emanación del orden jurídico internacional, podría afirmarse que tiene un carácter supranacional derivado de la concepción universal de la persona como sujeto de derecho. Sin necesidad de negar tampoco que las normas de Derecho internacional privado forman parte del Derecho interno de cada Estado, podría asimismo aseverarse que ellas deberían tener como fuente la idea ecuménica de la persona.

15.— Si toda regla jurídica tiene como finalidad o como efecto, atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las relaciones o a los hechos de los sujetos que en ellos intervienen o toman parte, es propio que en las normas de Derecho internacional privado se atienda a las personas antes que a las relaciones o a los hechos que son simplemente la manifestación o la consecuencia de la actividad lícita o ilícita de las personas. Resulta de todo ello que mediante esas normas, las legislaciones regulan la actividad de las personas, cuyos hechos y relaciones se encuentran ligados a órdenes jurídicos diferentes. En otras palabras, que el Derecho Internacional privado, debe tomar en consideración a la persona antes que a la naturaleza del hecho o de la relación.

Como ha dicho Ernest FRANKENSTEIN (*Une Doctrine Moderne du Droit International Privé*, en *Revue de Droit International Privé*, 1932, vol. XXVII, p. 52), cuando se habla de relaciones jurídicas entre los hombres, se trata de abstraccio-

nes, que son utilizables y convenientes, en tanto que no olvidemos que son únicamente abstracciones y no realidades; y que no es sino por la intermediación del hombre que un sistema de derecho puede regular las relaciones jurídicas.

15a.— No pensamos, sin embargo, como lo sostiene FRANKENSTEIN, que el verdadero problema del derecho internacional privado sea el de reconocer el lazo de dependencia entre el hombre y el orden jurídico; ni que él se encuentre siempre vinculado primariamente a su ley nacional y secundariamente a la ley que ella designe.

Sobre el concepto del Derecho del que parte FRANKENSTEIN para toda su elaboración doctrinaria, está indudablemente la persona a cuyo servicio está el derecho; sin que el afirmarlo suponga desconocer que son nociones correlativas. Por lo demás, la tesis de FRANKENSTEIN, que revive en realidad la de MANCINI y coincide en cierto modo con los principios de ZITELMANN, no permite dar cabida a todas aquellas relaciones jurídicas en las que intervengan personas morales, ya que al no poder emitir juicios no participan en la producción y en el mantenimiento de un sistema de derecho.

16.— Reconociendo que la justicia, el bien común y la seguridad jurídica son los fines supremos del Derecho, los valores jurídicos principales, creemos que están subordinados al valor de persona, en parte jurídico y en parte metajurídico, que es superior a ellos. La persona, considerada individual o colectivamente, será la que determine la preeminencia de uno u otro de estos valores y, en consecuencia, cuál habrá de ser la ley aplicable para la solución del conflicto.

Si el derecho trata de realizar la justicia procurando dar a cada uno lo suyo, si trata de hacer posible la vida en sociedad supeditando el interés privado al interés común; y si trata, por último, que los derechos subjetivos de las personas sean respetados y puedan hacerse valer, es porque el orden jurídico tiene como centro a la persona, sea ella individual o colectiva.

Si admitimos que estos son los fines del Derecho, tenemos que reconocer que él sólo podrá realizarse en forma cabal considerando a la persona como columna vertebral en el campo del Derecho internacional Privado y desenvolviendo alrededor de ella las normas para la solución de los conflictos de leyes.

17.— “La comunidad cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta por el legislador —nos advierte WOLFF— no es ni la comunidad de sus propios nacionales ni la de los diversos Estados o Naciones, sino la comunidad de todos los individuos, del género humano, la *société internationale des individus*, como un autor holandés, José JITTA, lo expone. Un sistema de reglas de conflicto que descuidara esta visión supra nacional, sería contraria a la justicia. Las reglas, en particular, que puedan ser dictadas solamente por un deseo de aumentar el poder de su propio sistema jurídico, no serían compatibles con el objeto del legislador de Derecho Internacional privado (*Derecho Internacional Privado*, p. 15; Barcelona, 1958).

18.— Consecuentemente, si la persona es el sujeto por antonomasia del derecho internacional, la elección de la ley aplicable para resolver los conflictos de leyes debe hacerse teniendo en cuenta el derecho de la persona antes que la naturaleza de la relación jurídica misma. Pero como en cada acto o contrato se encuentran generalmente en juego los derechos o los intereses de dos o más personas, la ley aplicable para resolver el conflicto deberá ser aquella que mejor convenga al derecho protegido por la Ley. Creemos que mediante esta concepción que toma a la persona como elemento central y respeta al mismo tiempo la finalidad de la norma legal, se puede lograr la máxima universalidad del Derecho internacional privado. Creemos también que con ella, que mira fundamentalmente a la protección del derecho de la persona, se puede lograr una mayor humanización del Derecho internacional privado. Este reconocimiento de la persona como punto cardinal en el terreno de los conflictos de leyes permitirá, además, establecer una indispensable correspondencia e inter-comunicación entre el Derecho internacional privado y el Derecho internacional público de nuestro tiempo.

19.— Al dejar sentada la necesidad de esa correlación entre el Derecho internacional público y el Derecho Internacional privado, no pretendemos sostener a la manera de ZITELMANN, que la tesis que proponemos esté basada en el Derecho internacional público (Véase sobre la doctrina de este autor, BETTI, *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1925, p. 33 y ss. y 188 y ss.). No pretendemos tampoco sostener que el dictado de una norma

de Derecho internacional privado, que reconoce la competencia de una ley determinada, responda al cumplimiento de una obligación internacional. Se trata simplemente de establecer un lazo entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional, mediante la consideración de la persona como sujeto de las normas de conflicto, así como es sujeto del derecho internacional.

20.— Sin que sea imprescindible aceptar la doctrina monista sustentada por Georges SCELLE, podemos suscribir su opinión de que las relaciones internacionales básicas, aquellas que se encuentran en el origen de las agrupaciones intersociales, según el primero expresa, son relaciones particulares o inter-individuales; y de que el individuo es el sujeto de derecho primario y esencial de la colectividad intersocial (*Précis de Droit de Gens*, Deuxième Partie, p. 47; París, 1934). Como él mismo lo dice, los individuos son a la vez sujetos de derecho de las colectividades nacionales y de la colectividad internacional; y sólo los individuos son sujetos de derecho: primero los particulares, que tienen en principio la misma capacidad jurídica en Derecho internacional y en Derecho interno, luego los agentes y los gobernantes cuya competencia internacional les es conferida y delimitada por el Derecho internacional (ob. cit. p. 49).

Posición de la doctrina

21.— Como es sabido, en la concepción estatutaria el objeto de los conflictos de leyes es la regla de derecho sustantivo, la misma que era clasificada en una de las tres categorías de estatutos reales, personales o mixtos. Como lo expresara JITTA, la teoría de los estatutos no se ocupa de las relaciones jurídicas, sino solamente de la naturaleza de las leyes. La distinción de los estatutos es una distinción entre las diversas clases de leyes, atendido su objeto (*Método de derecho internacional privado*, p. 46). La sustitución de este planteamiento, por el de relaciones legales entre personas o entre personas y cosas, hecho por SAVIGNY, constituyó el mayor avance hacia la moderna concepción de esta rama del Derecho. Consiguientemente, resultaba tarea característica de los conflictos de leyes, conectar cada relación con un determinado país.

22.— Superada la doctrina estatutaria, es evidente que la concepción de SAVIGNY y la obra de sus continuadores, significó una saludable renovación en el campo de los conflictos de leyes. Con todo, aun siendo la persona elemento indispensable en el pensamiento de SAVIGNY, su teoría reposa esencialmente en la relación legal cualquiera que ella sea. Resulta así, desde nuestro punto de vista, que la concepción de SAVIGNY no responde a la finalidad natural de toda norma jurídica, que tiene como destinataria a la persona; no obstante que el propio SAVIGNY reconocía en su *Sistema* (t. II, & 60) que “toda relación de derecho consiste en un vínculo de persona a persona”.

23.— Desde SAVIGNY (*Sistema de Derecho Romano actual*, 348), uno de los propósitos del Derecho internacional privado ha sido el de obtener soluciones uniformes, resolviendo cada caso de acuerdo con la misma regla de derecho sustantivo, cualquiera que sea el tribunal ante el que se ventile. Si ello es cierto, no cabe duda que sería posible obtener reglas de validez universal, aceptando el principio de que la elección de la norma aplicable debe ser hecha tomando en consideración el derecho de la persona o personas envueltas en una determinada relación legal. En este sentido, el *asiento* de la relación según expresión de SAVIGNY, el *centro de gravedad* como lo llamara GIERKE, o el derecho con el cual esté más estrechamente conectada la relación jurídica como quería WESTLAKE, debería ser localizado teniendo en cuenta la defensa o la sanción del derecho de la persona protegido por la ley.

24.— El propósito de formular reglas de aceptación universal está patente en las concepciones de PILLET y de MANCINI. PILLET (*Le droit des lois*, publicado en *Clunet* en 1894, 1895 y 1896), atendiendo al fin social de la ley, separó las leyes municipales en generales, necesariamente territoriales, y permanentes, de aplicación extraterritorial. Es evidente en la teoría de PILLET, que el criterio del propósito social de la ley en cuanto norma reguladora, desplaza a la persona. La finalidad de la ley, que PILLET toma como elemento regulador, no está referida a la persona misma como sujeto del Derecho, sino a la regla en cuanto ella tenga como objeto el individuo o la colectividad. La concepción de PILLET recuerda el planteamiento de los estatutarios, con la diferencia de que mientras que la clasificación de

los estatutos era hecha atendiendo al objeto de las normas jurídicas, la de PILLET es hecha atendiendo al fin social de la ley.

25.— En lo que toca a la concepción de MANCINI (*Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*), expuesta en la Universidad de Turín, no cabe duda que no obstante tener como mira al individuo atendía preferentemente al concepto de la nacionalidad como elemento vinculador. Las personas deberían estar gobernadas por la ley del Estado al cual pertenecieran; pero no en función de individuos sino en su condición de nacionales.

26.— La doctrina de la personalidad del Derecho debida a MANCINI, sostiene que el orden jurídico es el producto de una concordancia entre la libertad y el interés individual y los requerimientos de la soberanía. Corresponden a la esfera de la libertad individual las leyes de derecho privado y a la de la soberanía las de derecho público. La extraterritorialidad corresponde a las leyes de derecho privado, dentro de las cuales unas están calificadas como de derecho necesario y otras como de derecho voluntario. Las primeras, están constituidas por aquellas leyes que la voluntad humana no puede alterar, tales como el estado y la capacidad de la persona, las relaciones de familia y la sucesión. Las segundas están constituidas por aquellas a las que el individuo está en libertad de someterse, como en el caso de la contratación, con respecto a la cual la ley interviene solamente en el caso de que la iniciativa privada resulte insuficiente o defectuosa.

Como ha dicho Arrigo CAVAGLIERI comentando la doctrina de MANCINI: "El Estado debe reconocer el derecho privado del extranjero, si se trata de derecho privado necesario, conforme a su ley nacional; y conforme a la voluntad manifestada por el individuo si se trata de derecho privado voluntario. Debe, por el contrario, rehusar toda aplicación al derecho extranjero cuando esté en contraposición con el derecho público o el orden público territoriales" (*Lezioni di diritto internazionale privato*, p. 40).

27.— Tanto en el caso de la escuela estatutaria como en la de PILLET y en la de MANCINI, el común denominador es la ley. En el caso de los postglosadores y en el de SAVIGNY, el común

denominador es la relación jurídica. La escuela estatutaria atiende al carácter real o personal de la ley para determinar su territorialidad o extraterritorialidad; SAVIGNY, a la naturaleza de la relación jurídica; MANCINI, a la división entre leyes de derecho público y de derecho privado; PILLET, al fin social de la ley para establecer su carácter territorial o extraterritorial. En ninguno de estos sistemas está presente la persona como sujeto detentador del derecho envuelto en la relación jurídica y por ende determinante de la ley aplicable.

28.— Así como en la concepción de PILLET se sacrifica un elemento de acuerdo con el criterio clave del fin social, en forma similar creemos, de acuerdo con nuestro planteamiento, que debe sacrificarse uno de los derechos que entran en juego en la relación de que se trate cualquiera que ella sea; y consideramos que deberá sacrificarse el derecho de la persona o personas cuya protección no es el objeto o la finalidad primordial de la norma jurídica.

29.— La elección de la ley aplicable no puede estar subordinada a la elaboración casuística a la manera de la escuela italiana ni puede estar constreñida por un sistema como el estatutario. La afirmación de los post-glosadores de que era necesario dar a cada ley el imperio que resultase de su naturaleza; o la construcción excesivamente simplista de la escuela estatutaria, son arbitrios insuficientes para señalar la ley que debe ser aplicada.

30.— Tradicionalmente se ha delimitado la competencia internacional dividiendo las leyes en territoriales y extraterritoriales. Tradicionalmente también se ha establecido el carácter de las leyes atendiendo a su naturaleza real o personal; y se ha pretendido encontrar una correspondencia entre las leyes territoriales y las reales y entre las extraterritoriales y las personales. Cualquiera que sea el valor y la exactitud de esa equivalencia, creemos que es innecesario acudir a esas clasificaciones. Siendo el punto de partida la determinación del derecho preponderante en la relación jurídica en razón de las personas que intervienen en ella, deberá considerarse como competente la ley que mejor proteja ese derecho o la que más adecuadamente sancione su incumplimiento; sin que para ello sea preciso subrayar

el carácter real o personal de las leyes o su virtualidad territorial o extraterritorial.

Aplicación del principio

31.— Debemos reconocer que no es un problema de fácil solución señalar cuál es la ley más idónea para proteger el derecho de la persona al que la norma jurídica va dirigida. Esta dificultad es particularmente perceptible por ejemplo, en el caso de la ausencia, por los contrapuestos o dispares derechos que pueden encontrarse envueltos o entremezclados en ella. Se tiene que al lado de los derechos adquiridos por el ausente, están los derechos eventuales que pudieran corresponderle; y al lado de los derechos de ausente, los derechos de la esposa y los de los hijos y los derechos de los terceros que contrataron de buena fé con él. La solución, sin embargo, en esos casos de heterogeneidad de derechos podría ser la de aceptar reglas múltiples de conflicto.

32.— Si admitimos que la ley aplicable debe ser aquella que mejor convenga al bien jurídico tutelado por la ley, en razón de la persona para la cual fué dictada, debemos reconocer la necesidad de múltiples reglas de conflicto. El mejor ejemplo lo tenemos en el campo de las relaciones paterno-filiales. Mientras que el Código Civil Italiano de 1942 contiene solamente una regla sobre el particular (art. 20, par. I), la ley de Introducción alemana (EG. arts. 18-23) cuenta con normas sobre legitimidad, relaciones del hijo con sus padres legítimos, relaciones del hijo ilegítimo con su madre, obligaciones alimenticias del padre ilegítimo, legitimación y adopción y guardaduría. Esta diversidad de reglas, aconsejables como criterio general en la solución de los conflictos de leyes, resulta indispensable si se acepta la tesis de que la ley aplicable debe ser la que mejor proteja el bien jurídico tutelado por la ley. En efecto, no puede ser la misma, como veremos más adelante, la ley aplicable a la solución de un conflicto sobre filiación legítima que sobre filiación ilegítima, ni sobre adopción que sobre alimentos, ni sobre legitimación que sobre patria potestad.

33.— No tratamos de ponderar la mayor o menor importancia o el mayor o menor interés de una de las partes en la re-

lación de que se trate, al elegir la ley aplicable, ya que ello sería caer en una fórmula utilitaria. No pretendemos decretar tampoco la mayor importancia del padre con respecto al hijo ni el mayor interés del individuo con respecto al Estado. Lo que perseguimos es valorar el derecho de la persona como objeto de la protección de la ley. La norma de conflicto, y por lo tanto la elección del elemento de conexión, debe tener como propósito eminente la defensa del derecho al que está dirigida la norma. Después de todo, al resolver un conflicto de leyes lo que se persigue es lograr una solución justa, que al mismo tiempo que respeta la finalidad de la ley proteja el derecho de la persona.

34.— La aplicación de la ley personal a la situación legal del individuo, se ha justificado por la necesidad de que su estado y capacidad, su personalidad, relaciones familiares y, en general, todas las características que legalmente se le atribuyen, estén determinadas por la ley del Estado al cual está conectado en forma permanente. Si bien es cierto que por tratarse de características permanentes se justifica la aplicación de una sola ley, la razón para que sea la ley personal no es tanto la de que al individuo se le considere conectado a ella en forma permanente, cuanto que los derechos inherentes a su personalidad están mejor protegidos por ella. Interesa mucho el que la situación legal de la persona sea determinada de la misma manera en todas partes; pero ello no se debe a que la unidad e identidad de la persona deba ser considerada en la misma forma en todas partes, sino a que la relativa fijeza de la ley personal protege mejor la posición legal de la persona.

En el *Restatement of the Law of Conflicts of Laws* (& 119 ppar. c), se dice que la preocupación del Estado por el *status* de una persona, se basa en el interés social por la personalidad de sus ciudadanos; interés demostrado por la forma en la que sus relaciones son reguladas por la ley y defendidas de la interferencia de terceras personas. La determinación legal del *status* es un elemento socialmente importante del orden social.

Estimamos sin embargo, que la regulación del *status* de las personas no debe estar referido a su condición de ciudadanos sino a la de individuos. No es el interés del Estado sino el del individuo el que debe predominar para la determinación de ley aplicable al *status* de la persona.

35.— El cambio de estatuto no debiera objetarse sino en aquellos casos en los cuales la aplicación de la nueva ley, como consecuencia de ese cambio, pueda resultar perjudicial al derecho protegido por la ley. Así, por ejemplo, si el cambio del estatuto personal del padre, en el caso de la filiación legítima, perjudicara la estabilidad de la familia que es el bien jurídico protegido por la ley, ese cambio debería rechazarse no por tener una intención fraudulenta, sino porque al efectuarlo se está atentando contra el derecho de la esposa y de los hijos que forman parte de esa unidad familiar amparada por la ley.

36.— Tratándose de la filiación legítima puede ser recomendable la ley personal del padre, sea la del domicilio o la de la nacionalidad, porque el bien jurídico defendido por la ley es el de la estabilidad de la familia representada por la persona del padre. No sería admisible, como lo han sostenido WEISS (*Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. 4, p. 27) y AUDINET (*Principes élémentaires du droit international privé*, 2ª ed., París, 1906, N° 625), aplicar la ley personal del hijo, no solamente por los problemas que pueden presentarse para determinar la nacionalidad o el domicilio del hijo, sino porque el bien jurídico protegido por la ley es el de la estabilidad de la familia. El interés del hijo, en este caso, no puede predominar sobre los de la familia encarnada en la persona del padre.

37.— Tratándose de la legitimación por subsecuente matrimonio, se justificaría la aplicación de la ley personal. Si se aplicara la ley del domicilio, ella sería la de los padres al tiempo del matrimonio (Brasil, Ley de Introducción de 1942, art. 7). Si se aplicara la de la nacionalidad, sería la del padre al tiempo del matrimonio, que es la que prevalece en el Código Civil italiano de 1942 (Disposiciones Preliminares, art. 20, par. I), en la Ley Polaca de 1926 (art. 22) y en la Ley de Introducción alemana (EG. art. 22 par. 1). Es simplemente natural, de otro lado, que, como lo establece el art. 62 del Código Bustamante, las consecuencias de la legitimación y la acción para impugnarla estén sometidas a la ley personal del hijo (Ver BUSTAMANTE. *Derecho Internacional Privado*, t. 2, p. 74, 2ª ed., La Habana, 1934). Se trata en este caso, de un derecho y del ejercicio de la acción correspondiente, que afectan personalmente al hijo; de

suerte que debe ser la ley a la cual él está vinculado en forma constante la que debe ser aplicada.

38.— En el caso de la filiación ilegítima, es natural que deba ser la ley personal de la madre la que gobierne, como sucede en la mayoría de las legislaciones, por cuanto la filiación materna ilegítima se establece por el hecho del nacimiento (C.C. del Perú, art. 349). Las relaciones entre el hijo y la madre serán determinadas por la ley aplicable en el momento del nacimiento.

39.— En materia de adopción habría que distinguir entre la ley aplicable a las formalidades del acto, de la que debe regular los requisitos esenciales. En el primer caso, es lógico que hayan de observarse las formalidades prescritas por la ley del lugar donde la adopción se lleve a cabo, por tratarse de un acto cuya legitimidad garantiza el Estado dentro de cuya jurisdicción se realiza. A no dudarlo, esa es la ley que mejor puede proteger la validez formal del acto. En el segundo caso, hay que suponer que los intereses del menor estarán mejor protegidos al observarse los requisitos exigidos por su propia ley personal en cuanto a los requisitos que a él atañen y por la del adoptante en cuanto a los que a éste conciernen (Véase WEISS, *Traité*, t. 4, p. 113; ROLIN. *Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du code civil*, París, 1897, t. 2, pp. 167 y 168, Nos. 634 y 635 y PILLET, *Traité Pratique de droit international privé*, Grenoble, 1923-4, t. I, pp. 651-52, N° 319).

40.— Según lo establecen los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 en sus arts. 14 y 18 respectivamente, la patria potestad, en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejercita. Esta disposición es perfectamente justificable, si se piensa que el ejercicio de la patria potestad constituye la práctica de un derecho conferido por la ley, que para la normalidad de su ejercicio debe estar sometido a la ley local.

41.— En el campo de las personas jurídicas podría sostenerse la tesis de que, siendo la finalidad o el propósito que ellas persiguen, el objeto del derecho, la ley aplicable debería ser aquella que mejor convenga para la protección de esa finalidad o propósito. Esa ley debería gobernar la existencia y capacidad de

toda organización o entidad con derechos y obligaciones distintos de los de sus miembros, así como su estructura interna, relaciones legales y disolución. Debido, precisamente, a la distinta finalidad perseguida por cada tipo de organización, es evidente que la ley aplicable deberá ser diferente en cada caso.

42.— En materia penal, el principio *lex loci delicti commissi*, comunmente utilizado para referirse a la ley del lugar donde el acto ilícito ha sido cometido, determina las condiciones para que el acto sea calificado, lo mismo que sus alcances y consecuencias. La exclusiva aplicación de esa ley resulta justificable si se atiende a la defensa de los derechos y de la seguridad de los individuos que forman parte del Estado en cuyo territorio se comete el acto ilícito. No resulta justificable la opinión de SAVIGNY que abogaba por la aplicación de la ley del foro, considerando que la naturaleza moral e imperativa de estas reglas haría que ningún país aplicara las normas penales de otro, especialmente en los casos en que no calificara el acto como ilícito.

El objetivo primordial de las leyes penales es el de mantener el orden social y prevenir que él sea vulnerado, tanto por los propios nacionales como por los extranjeros. Es indudable que el derecho predominante es el del Estado donde el hecho ocurrió y a él corresponde determinar la legalidad o ilegalidad del acto, proteger los intereses vulnerados y establecer los efectos legales del acto mismo.

Como ha dicho CHESHIRE (*Private International Law*, 5ª ed., p. 267), la responsabilidad del inculpado debe ser medida conforme a esa ley, porque es a ella a la que debía obediencia en el momento decisivo. Además, si la *lex fori* fuera la aplicable, el inculpado podría eventualmente resultar responsable por un acto que no fuera punible en el lugar de su comisión; y darse el caso de que el agraviado escogiera un tribunal en el cual se encontrase presente el inculpado, cuya ley le fuese más favorable que la del lugar de comisión del acto HANCOCK, (*Torts in the Conflicts of Laws*, pp. 54 y ss.).

43.— En lo que se refiere a la autonomía de la voluntad de las partes, solamente debería ser admitida en todos aquellos casos en los cuales la elección de la ley aplicable no perjudicase ostensiblemente el derecho envuelto en el contrato. No podría admitirse que la intención de las partes, sea ella expresa, tácita o

presunta, haya sido la de lesionar o menoscabar ese derecho. No basta, en consecuencia, que la ley aplicable sea la que corresponda a la intención de las partes, si esa ley vulnera o quebranta el derecho encerrado en el contrato.

Utilizando conceptos de BATIFFOL (*Les conflicts des lois en matière des contrats*; París, 1955, p. 618), cabría decir que las partes no seleccionan la ley sino que simplemente localizan el contrato. Corresponde a la Corte determinar la ley; y esa determinación no debe hacerse atendiendo al centro de gravedad del contrato, sino teniendo presente el derecho protegido por la ley.

La opinión de SAVIGNY (ob cit. & 374) de que la referencia de las partes a la ley aplicable debe ser considerada como no incluyendo las provisiones que puedan anular el contrato, no debería, en todo caso, ser tomada en consideración cuando la nulidad del contrato, en un caso de conflicto de leyes, tenga como fundamento el haber atentado contra el derecho que debe ser amparado.

El derecho de las partes a seleccionar la ley y a señalar los límites de su aplicación, debe siempre estar limitado por la protección debida al derecho predominante en el contrato. Ello supone, como es natural, diferenciar netamente cada tipo de contrato a fin de establecer el derecho que en cada uno de ellos debe ser preferentemente protegido, de suerte que no evada la ley protectora del derecho y a la cual, por esa razón, debe estar necesariamente conectado.

Los tribunales deberían tener presente, en cada caso, el propósito que el contrato persigue y la particular situación de las partes en relación con ese propósito, con el fin de determinar la ley normalmente aplicable para la defensa del derecho que ese propósito persigue. Así como tratándose de las personas jurídicas, hemos dicho que la ley aplicable debiera ser aquella que mejor convenga a la defensa del objeto que cada una persigue, de la misma manera, tratándose de los contratos, el propósito que con ellos se quiere obtener, objeto del derecho, debe ser tenido en cuenta para decidir cuál ha de ser la ley aplicable.

44.— En el caso del conocimiento de embarque, el derecho predominante es sin duda el del tenedor del documento que es el título representativo de las mercaderías. Siendo el propósito esencial del conocimiento garantizar la entrega de los bienes, parece natural que deba ser aplicable la ley del lugar donde esos

bienes deben ser entregados a su legítimo tenedor. Esa deberá ser la ley que gobierne los derechos y obligaciones derivadas del conocimiento de embarque. De otro lado, es natural también que lo que se refiere a la creación del documento y a los requisitos esenciales para su formación, debe ser gobernado por la ley del lugar de su emisión, atendiendo a que allí se localiza el derecho de los contratantes.

45.— Tratándose del transporte de personas, debe distinguirse entre los varios aspectos del contrato: La extensión de los derechos del pasajero en cuanto a lo estipulado en el contrato, tendría que someterse a la ley del lugar de embarque libremente escogido por él. Las obligaciones del pasajero durante el viaje y las del transportador en relación con él, deberían estar sujetas a la ley del pabellón. Las obligaciones de la tripulación y de los pasajeros en los puertos de desembarque, deberían estar sujetas a la ley del país al cual esos puertos pertenecen. En el primer caso, porque el derecho predominante es el del pasajero que se supone ha subordinado sus expectativas a la ley del lugar donde embarcó. En el segundo caso, porque el derecho predominante es el de quien asume el riesgo del transporte y está obligado a sujetarse a las obligaciones impuestas por la ley que gobierne la nave en la que ese transporte se realiza. En el tercer caso, porque el derecho predominante es el de las autoridades del lugar donde arribe el barco, que deben velar por la protección de pasajeros y tripulantes y por el cumplimiento de los reglamentos sanitarios, aduaneros y de extranjería.

46.— Parece indiscutible que en materia de seguros, el derecho predominante es el del asegurado. En esta materia también debiera distinguirse entre los diferentes tipos de seguros para determinar la ley aplicable, teniendo siempre en cuenta la necesidad de proteger al derecho del asegurado, aun en los llamados contratos de adhesión. Si bien es cierto que las empresas de seguros asumen un riesgo que supervisa el país en que actúan y que requiere de procedimientos legales y técnicos uniformes, la ley del asegurador debe ceder el lugar a la ley del asegurado, por ser el beneficiario directo del contrato en cuyo interés está concebido.

Conclusión

A través de la consideración de todos estos diversos aspectos, hemos visto la posibilidad de encontrar la ley aplicable partiendo de la idea de que la solución de los conflictos de leyes debe estar referida a la persona como destinataria de toda norma jurídica.

Si todo el derecho está fundado en la persona, es indudable que la base del derecho internacional privado debe residir también en la persona. En nada afecta este principio el que las legislaciones no reconozcan o no protejan en la misma medida y del mismo modo los derechos de la persona. Siendo ella en todo caso la destinataria de la norma, siempre será posible establecer cuál es el derecho que esa norma reconoce o protege, cualquiera que sea el alcance o la extensión con que la haya concebido o dictado el legislador; y, consecuentemente, seleccionar la ley aplicable de acuerdo a un criterio uniforme.

No debemos olvidar por último que la norma no es un fin en sí misma, sino un medio, un instrumento operativo para un fin que es la persona. La norma está a su servicio, y es que el derecho, como conjunto de normas, es una organización para la finalidad de garantizar los valores jurídicos que corresponden a la persona como sujeto de ellos.