

Comentarios al Código Civil Peruano

TITULO PRELIMINAR *

(Continuación)

Art. V.—“El estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley de domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos.

Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de éstos”.

Referencias: C. Francés art. 3; Holandés 6, disp. gen.; Español 9; Alemán, 7, 14, 15; Argentino, 14 inc. 4.º; 161 y s. 312; Colombiano, 19; Chileno 15; Ecuatoriano 14; Italiano 18 (6); Uruguayo 4; Tratado de Montevideo 1, 11, 14, 16, 19, 40; de la Habana 7, 27, 36, 43, 47, 52, 57, 67, 69, 73, 84, 98, 101, 187; ley Polaca de 2 de agosto de 1926 art. 3; Cód. Mejicano, 12; Japonés, 3, 12, a 24; Venezolano 9; Brasileiro 7;

Los arts. V al XX contienen reglas del Derecho Internacional Privado. La necesidad de tal inclusión no demanda ahora mayor explicitación. Las relaciones jurídicas entre los individuos imponen que se den soluciones cuando se presenten colisiones de legislaciones. La exigencia resulta, dialectivamente apreciada, por una superación de una tesis, la existencia del intercambio en las relaciones jurídicas entre los hombres, y de una herotesis, la pre-

(*) Véase el N.º II, Año XII de esta Revista.

sencia de diferentes regímenes legales correspondientes a los diversos Estados. Con el progreso humano esas relaciones se han ido haciendo cada vez más frecuentes y numerosas; esto impetra aplicar con frecuencia a determinadas relaciones jurídicas de los individuos no una (así, la legislación nacional), sino varias legislaciones, pues como se ha dicho, "la naturaleza no ha querido encadenar la vida al país en que se nace". Hay, así, un doble factor que considerar para explicar el origen del derecho internacional privado: el cosmopolitismo humano y la delimitación legal estadual. Jitta ha escrito: "la tendencia humanitaria y la tendencia nacional están fundadas ambas sobre la naturaleza social del hombre. Bien entendidas, no está en oposición la una con la otra. La sociedad jurídica universal puede organizarse sin atentar contra las nacionalidades, de igual manera que el Estado pudo constituirse sin destruir el vínculo de la familia o la asociación municipal. Si, por el contrario, se exagera una u otra tendencia, se las pone en abierta lucha. La tendencia humanitaria degenera entonces en un cosmopolitismo que se alimenta con vanos sueños, y la tendencia nacional se hace celosa y exclusiva: no contentándose ya con ser el vínculo que une a los miembros de un grupo, se convierte barrera que los separa del resto de la humanidad".

La posibilidad de elegir entre diferentes normaciones jurídicas deriva de la concurrencia de las soberanías estaduales, resultando la consecuencia de que la ley no siempre tenga una aplicación territorial; es decir, dentro del territorio del Estado en que tal ley rige, sino que se admite que ella pueda tener efecto extraterritorial. Cada Estado debe consentir en la posibilidad de aplicar leyes distintas a las propias, esto es, leyes extranjeras. De otro modo, no habría solución propiamente tal respecto a las cuestiones que forman el contenido del Derecho Privado Internacional, pues resultaría que toda ley sería estrictamente territorial, salvo que existiese una sola legislación universal, en cuyo caso desaparecería la coexistencia de Estados soberanos y, por lo mismo, todo conflicto de legislaciones. A veces, pues, debe aplicarse una ley de otro país, y esto no por mera cortesía internacional, por reciprocidad, sino principalmente por un imperativo de justicia, por un deber impuesto por la comunidad internacional. En ciertos casos en que atinentemente a una relación jurídica hay algún elemento que haga tributaria a la misma de una ley extranjera, cabe la posibilidad de que aquélla debe ser apreciada en función de la última.

El caso, pues, que conduzca al llamado de una ley distinta de la indígena, debe tener algún ingrediente de extranjería. De otra manera, no habría razón para no hacer funcionar *le lex civilis fori*. "El elemento extranjero, escribe Goldschmidt, puede ser personal, si una de las partes contratantes posee una nacionalidad (o un domicilio o una residencia) extranjera o si no posee ninguna. El elemento es por ejemplo real, si la cosa vendida se halla en un país extranjero. El elemento es, finalmente, conductista, si, por ejemplo las partes celebraron el contrato en el extranjero".

Por eso es que se presentan los casos de colisiones de leyes, con más propiedad, de derechos en el sentido de derecho objetivo, como normaciones, ya que puede aplicarse las reglas de un derecho consuetudinario de un país en que éste existe, y no sólo el *jus scriptum*. Lo único que interesa es que se esté ante un caso de conflicto internacional, en presencia de normas jurídicas vigentes al propio tiempo en diversos países, sin que, por lo demás, sea precedente hacer discriminación alguna, de índole ideológica, sobre el reconocimiento o nó del Estado en que rige determinada ley, pues se trata de una cuestión *de facto*: que esa ley esté efectivamente en vigor en el Estado respectivo. Como dice Balladone. "Es irrelevante que se trate de un Estado reconocido o no reconocido según la distinción en uso en el derecho Internacional Público. Solamente la jurisprudencia anglo sajona ha intentado en estos últimos años, pero con escaso éxito, el hacer derivar del reconocimiento internacional consecuencias con relación a la aplicabilidad de las leyes del Estado extranjero. Entre nosotros semejantes ensayos son completamente desconocidos y no existe duda alguna que nuestra norma también impone la aplicación de las leyes del Estado no reconocido".

La legislación atribuída por la norma de referencia es la vigente en el país de aquélla en el momento en que en el país del *forum* se determina la fijación de la norma referida, dentro del derecho internacional privado. Como dice Goldschmidt, "hay que interpretar la norma del D. I. P., como indicando derecho vigente, y derecho vigente sólo representa el derecho del nuevo Gobierno, a saber, por lo menos derecho consuetudinario, mientras que el derecho del Gobierno antiguo se ha derogado. Claro que resultarán modificaciones de la aplicación del orden público indígena".

En cuanto a los conflictos intertemporales, por modificación

de la ley recurrida, ellos deben resolverse de acuerdo a las reglas del derecho material de esa ley (Marin).

La copresencia de soberanías territoriales de igual jerarquía conduce a la creación de normas de conexión, para determinar que legislación correspondiente a alguna de aquéllas, sea la competente.

Las normas de conexión representan, así, principios informantes que vinculan una relación jurídica, o alguno de sus elementos, con determinada legislación. No se trata, de consiguiente, de disposiciones de derecho material que resuelvan concretamente el caso juzgado, sino de normas atributivas, que remiten el juzgamiento a una determinada legislación, a la que la asignan competencia. Se trata no de normas directas, de decisión del caso, sino de normas indirectas, de indicación de la legislación que interviendrá con sus normas directas.

En lo que concierne a la estructura de la norma de vinculación del derecho internacional privado, ella se indentifica con la norma jurídica general, en cuanto contiene en primer lugar un supuesto de hecho, al que puede agregarse otro supuesto de carácter negativo o una consecuencia, de sentido positivo, a la que puede sumarse eventualmente una consecuencia que destierre a la anterior. Esquemáticamente podría indicarse así tal estructura: (a) y (no b) será (c) salvo que deba ser (d). Consignamos un ejemplo tomado de Goldschidt: "si se tratase de una controversia acerca de la propiedad, posesión u otro derecho real referente a un bien mueble, ostentando el propietario determinada nacionalidad (características positivo del tipo legal), y si no resultase que dicha nacionalidad fué adquirida con el fin expreso de burlar las leyes del Estado al que el propietario pertenecía con anterioridad (características positivas del tipo legal), debe aplicarse la ley nacional del propietario (características positivas de la consecuencia jurídica), a no ser que dicha ley fuese escandalosa con arreglo a la concepción del Estado cuyo juez conoce del asunto (característica negativa de la consecuencia jurídica).

Estas normas rectoras tienen un carácter eminentemente nacional (de aquí que las calificaciones sean de exclusiva incumbencia de la *lex fori*). Cada Estado soberanamente determina esas normas; desde este punto de vista se trata de un derecho territorial establecido para solucionar los conflictos de derecho internacional privado. Por eso se explica que los Códigos civiles contengan tales reglas, y tal es el caso con referencia a nuestro Código Civil y a sus artículos V a XX. Como puede no haber armonía entre las soluciones así dadas en las diversas legislaciones de los países, se suele celebrar tratados, figura propia del derecho internacional, pero que se vincula al derecho nacional (territorial) de un país, en cuanto es ratificado por éste, o sea, que el tratado sufre una "transformación" en derecho nacional. Nos interesa destacar ahora que el Perú ha ratificado dos tratados sobre materias de Derecho Internacional Privado; el de Montevideo de 1889 y el de la Habana de 1928 (Código Bustamante).

Previamente a indicar cuáles son las normas de conexión, débese indicar cuál es el campo de aplicación del Derecho Internacional Privado.

En primer lugar es de su incumbencia la solución de los conflictos de competencia material legislativa, para decidir qué ley se aplica en cuanto a una relación jurídica dada. Como lo tenemos anotado antes, se trata de la copresencia de regímenes jurídicos soberanamente independientes. Estos conflictos se ofrecen no sólo en cuanto ellos son interestatales, sino también interprovinciales, interregionales (distinguiendo, así, la soberanía política y la soberanía jurídica), como ocurre en Estados vinculados federativamente. En relación al derecho civil, nuestro Código atiende a estos asuntos de competencia legislativa material, en los artículos V, VI, VII, VIII, IX, XIV, y XX.

Un segundo asunto del Derecho Internacional Privado es el constituido por la solución de los conflictos en materia de competencia jurisdiccional, para decidir de qué país son los jueces que deben conocer el caso. Los artículos XVII, XVIII y XIX, están dedicados a resolver tales supuestos de competencia jurisdiccional. El asunto de la ejecución de sentencias extranjeras corresponde al Código de Procedimientos Civiles (art. 1155 y s.).

Además se considera que el Derecho Internacional Privado tiene otros dos objetos complementarios: la determinación de la nacionalidad y la determinación de la condición jurídica de los extranjeros. Algunos tratadistas son de opinión de la exclusión de tales temas, que pertenecen al derecho político; por ejemplo Wolf. Pero los mismos pueden tener un carácter bipoisicional, y pueden quedar insumidos dentro de dos disciplinas, el derecho político al que pertenecen básicamente, y el Derecho Internacional Privado, al que interesan notoriamente. Para comprender el debido funcionamiento de las normas de remisión, es preciso resolver previamente las dos cuestiones mentadas. El Código en sus arts. XV y XVI se refiere a una y otra.

La doctrina francesa defiende esta triple comprensión del Derecho Internacional Privado, en tanto que la doctrina alemana es unimiembre, pues considera que la única materia propia de esta disciplina es la referente a la contención de sistemas legales. Nuestro Código ha seguido la inspiración francesa.

Las normas de remisión, que como hemos dicho no resuelven en sí mismas el caso contemplado, sino determinan conforme a que legislación él mismo será juzgado, merecen, así, la atención previa del legislador. Se puede hacer aquí un parangón entre la función de la lógica noseológica y de la metafísica: antes de hacer ninguna descripción de los objetos, es preciso determinar las reglas de nuestros conocimientos para aprehender los objetos.

La norma indirecta sólo indica, pues, el camino para llegar a una legislación apropiada, sin anticipar siquiera cuál sea ésta última. Son puntos de contacto que funcionan como variables en las matemáticas, que según los casos pueden revestir cualquier valor (Goldschmidt). Si para el caso concreto (a) sometido al forum, la ley de éste recurre a la ley (b) como norma de vinculación —por ejemplo el domicilio de una persona—, la ley aplicable, la de ese domicilio, puede ser la del país (c) o (d), según que tal persona tenga en uno u otro su domicilio.

Las normas rectoras del Derecho Internacional Privado son las que en seguida se indica.

Ley personal.—Esta, como de su nombre se desprende, se establece en consideración al individuo, a quien acompaña “como la sombra al cuerpo”. Esta *lex personae* se desdobra en dos manifestaciones: ley nacional (*lex patriae*), por razón del nacimiento o, mejor, por la nacionalidad misma del individuo, y ley del domicilio. La ley personal puede referirse a personas colectivas, (art. IX).

Lex rei sitae.—Se aplica a las cosas tomadas *ut singuli*, a los derechos reales.

Lex loci actus.—Rige para el acto jurídico en lo referente al fondo o substancia misma de aquél, y no a su forma. Tratándose de las obligaciones, la ley puede ser *loci celebrationis* o *loci solutionis*; es decir, la ley del lugar de la celebración de la obligación o la de su ejecución.

Lex locus regit actum.—Respecto a la forma del acto; es la ley del lugar de la celebración de acto.

Lex voluntatis.—Es la elegida por las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad.

Lex causae.—Se trata del llamado “estatuto de efecto”, que conduce a aplicar la ley que regula la relación jurídica misma, para ciertos efectos o aspectos de la misma (art. XX).

Ley territorial.—Ley local; es la propia ley del juzgador, que debe funcionar por motivos de orden público o seguridad social, prescindiéndose de la posibilidad de aplicar una ley extranjera.

Lex fori.—Es la ley del juzgador, que opera en relación al derecho procesal y determina las llamadas “calificaciones”.

Una misma relación jurídica puede quedar remitida a diversas legislaciones, por inferencias de distintas normas rectoras. Así tratándose de un contrato puede éste quedar sometido a la ley personal para determinar la capacidad de los contratantes, a la ley *loci celebrationis* en cuanto a su naturaleza y efectos, a la ley *locum regit actum* en cuanto a su forma, a la ley territorial en cuanto a los puntos contenidos en ese contrato que comprometen al orden público, a la *lex fori* en cuanto al tratamiento procesal. Como anota Dreyfus “aunque se está en presencia de un acto jurídico determinado, la complejidad de los elementos constitutivos de este acto, la multiplicidad de sus consecuencias, pueden conducir a la aplicación simultánea de leyes diferentes”.

Las normas de atribución permiten insumir, como se ha indicado, una relación jurídica dentro de una legislación, para su juzgamiento. Pero las relaciones jurídicas se establecen con referencia a categorías, esto es, a instituciones jurídicas (capacidad, derecho real, herencia, obligación, forma del acto, etc.); por lo que precisa previamente decidir a que institución pertenece la relación jurídica concreta que se juzga. Esto es lo que se llama "calificación".

Bartin ha reparado en la importancia de las calificaciones, pues así las legislaciones adopten los mismos principios rectores, si la calificación varía, la relación jurídica puede ser juzgada de modo radicalmente distinto. Como ha dicho ingeniosamente Niboyet, se trata como un movimiento de guarda-agujas, que expide los trenes en una u otra dirección. En el caso, por ejemplo, de la obtención por el Estado de herencia vacante, si se califica este hecho como dentro del derecho sucesorio, o como un derecho real de ocupación, la norma de remisión varía notablemente; y según esta variación el caso puede ser juzgado de acuerdo a *lex sitae* o a la ley nacional de causante.

Se comprende, pues, toda la importancia de la calificación. Sin ella el juez obraría el acaso en la fijación de la ley utilizable.

La calificación es como la clave que permite descifrar la correspondencia, o empleando una frase de Goldschmidt, "es la combinación cuyo conocimiento es necesario para abrir la caja de caudales".

La calificación es, así una cuestión predeterminable, en el sentido que debe resolverse conforme a qué ley el caso ha de ser resuelto. "La calificación es la infraestructura de los conflictos de leyes, escribe Salazar Flor. Agrega: "la calificación resuelve la naturaleza de un institución jurídica cualquiera y es el resorte que moviliza la regla de colisión aplicable al conflicto de leyes". Algunos autores propugnan que la ley apta para determinar la calificación sea la propia *lex causae* que rija la relación jurídica, esto es, la misma ley que deba aplicarse internacionalmente, de acuerdo a la norma de remisión pertinente. Es la opinión sostenida por Despagnet y también por Matos. Ella acusa una *petitio principii*, pues para saber qué norma de conexión es la apropiada y, en consecuencia, que ley está premunida de competencia material, es indispensable antes fijar la naturaleza de la relación jurídica o sea, calificarla. No se puede, pues, evadir el círculo vicioso.

Consecuentemente, es inevitable que la *lex fori* sea la que sirva para la calificación. De otra manera no habría solución posible, lógicamente compulsada; y para reafirmar la tesis se ha dicho que la definición y calificación de una relación jurídica afecta a la estructura misma del sistema jurídico del país del juzgador; que se trata de "reglas constructivas" (Arminjón); de modo que no puede imperar para las calificaciones el criterio de una ley extranjera, sino únicamente la propia ley del país en que se juzgue el caso, de modo que sólo se consiente en aplicar la ley extranjera para resolver el caso mismo, en cuanto derecho material, sobre la base de la previa calificación de ese caso. Además, concurre un argumento de orden práctico: la dificultad de conocer las reglas de Derecho Internacional Privado.

En resolución, la *lex fori* es imprescindible para la calificación; esta viene a formar parte integrante del sistema de Derecho Internacional Privado estatuido en cada país. Con acierto, el Código Bustamante establece en su art. 6.º. "Cada uno de los Estados contratantes aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopta en adelante la legislación interior".

Claro aparece que por excepción puede prescindirse de la *lex fori*. Así, por razones de incompatibilidad con la organización de la propiedad, la distinción de los bienes en mueble, e inmueble, pongamos por caso, se hará de acuerdo a *lex causae*, que aquí será la *lex situs*. Por respeto a la autonomía de la voluntad, los contratantes pueden escoger la ley para la calificación, siempre que con ello no se atente contra el orden público. Como resultado de las anteriores indicaciones, se puede decir que, como acertadamente lo observa Morelli, los elementos que se encuentran en toda norma de Derecho Internacional Privado son las siguientes: a) indicación de una categoría abstracta que comprende el caso de que se trate; b) indicación del elemento de carácter extranjero que él mismo contiene; c) indicación del criterio de vinculación del hecho a determinada ley. Los dos primeros elementos sirvan para la determinación del hecho contemplado por la norma de Derecho Internacional Privado, mientras el tercero sirva para la determinación del ordenamiento jurídico que debe aplicarse.

Decíamos que los Códigos Civiles incluyen, en general, reglas de Derecho Internacional Privado. Se puede recordar que Zittelmann es de opuesto parecer, pues la cuestión asume un carácter que se roza con el derecho público (se está frente a la concurrencia de soberanías propias de Estados independientes); y debido a la diversidad de criterios que puede presentarse sobre los principios rectores mismos, no es fácil alcanzar soluciones definitivas, de modo que es precipitado decidirse a este respecto en algún sentido.

La antingencia de Zittelmann no ha prosperado. Resulta conveniente fijar, precisar, el criterio regulador para saber a qué norma rectora debe atenerse el juez en la solución de los casos que se le presenten.

El Código prusiano de Federico II, de 1794, ya había establecido las reglas fundamentales en esta materia, a base de la inspiración estatutaria. Igual comprobación resulta del Código bávaro de Maximiliano de 1796. El Código de Napoleón consignó la decisión que es objeto de su art. tercero. Caso semejante hallamos en el Código belga, calcado del anterior. El austriaco de 1811 y el holandés de 1820 también hacen declaraciones sobre el particular. El Código de Zurich de 1853, siguiendo a Bluntschi, se detuvo con atención a este respecto. El Código sajón de 1865, bajo la inspiración de Pissinelli exhibió los arts. 6 y 12. También el Código Español (art. 8 y s) trata del asunto. El Código Alemán destina los arts. 7 a 27 de la ley de introducción a estas cuestiones, y el Código japonés el art. 3 y siguientes de la ley respectiva integrante de dicho Código. La ley de setiembre de 1942 de introducción al Código Civil brasileiro se ocupa de estos asuntos. Lo mismo se constata en el art. 17 y siguientes de la ley respectiva, integrante del Código Civil de 1942. De esta materia tratan los numerales 12 y s., del mejicano. El Código Argentino dedica estos supuestos sus arts. 6 y s; el chileno sus artículos 14 y s. Es de citar también la ley polaca de 2 de agosto de 1926, la ley suiza de 1891. Naturalmente la enumeración no es exhaustiva.

Nuestro antiguo Código Civil de 1852 consiguió como reglas del Derecho Internacional Privado los arts. IV, V, 30, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 635, 679, 692, 693, 695.

Debemos ocuparnos ahora de la regla contenida en el art.

V.

Por estado civil compréndese, como es sabido, el conjunto de cualidades o atributos que constituyen la individualidad jurídica de un sujeto de derecho. Es una noción determinante de la personalidad. La determinación de la nacionalidad, el sexo, la edad, profesión, estado familiar y la capacidad misma, forman los elementos determinantes del estado civil. O sea, como expresa Fiore, "el estado de la persona es el conjunto de circunstancias o cualidades jurídicas que la ley atribuye al individuo considerado en si mismo y en sus relaciones con la familia y con el Estado". En cuanto a la capacidad, se entiende por tal la aptitud para gozar o ejercer un derecho.

Ahora bien, es indispensable que una ley definida rijan lo relativo al estado y capacidad civil, por la importancia ipso de uno y otra, en cuanto representan elementos de unidad e identidad de la personalidad jurídica. Esa ley debe ser la personal del sujeto. Sólo que, como es conocido, ella se desdobra en dos manifestaciones: ley nacional y ley del domicilio, dando lugar a dos posiciones contendientes. El art. V, se decide por la ley domiciliaria.

Mas, reparemos que en cuanto a la capacidad cabe preguntarse si la regla funciona concernientemente sólo a la de ejercicio y no a la de goce. Algunos autores así lo han sostenido (Barr, Zittelmann). Pero esta opinión no ha prevalecido en general. Nosotros, pues, en este punto acatamos la indicación de Savigny, que no hizo distinción en cuanto al sometimiento de la capacidad de ejercicio y la de goce a la *lex domicilii*. Es la misma solución del Tratado de Montevideo. La cuestión se ha debatido, por ejemplo en relación a la legislación argentina. En lo que se refiere al art. 7.º de la ley brasilera, escribe Serpa López: "el art. 7.º de la ley de introducción no establece distinción alguna y, en consecuencia, tanto para la capacidad de hecho como para la de derecho prevalece siempre la ley del domicilio, subordinada naturalmente a las limitaciones discorrientes del orden público". La misma opinión sustentan Espinola y Espinola. Wigny escribe: "la relación íntima que vincula la capacidad de goce al estado es cierta. Esto es unánimemente admitido en el derecho puramente interno. Es también ella verdadera cuando la trasplantamos en el plano internacional. Ninguna razón nos autoriza a hacer diferencia. En derecho interno nacional privado, es la ley que determina

el estado del individuo la que nos dirá cual es la capacidad que se le debe reconocer, es decir, según el sistema francés la ley nacional y según la concepción anglosajona, la del domicilio".

En la que se refiere a nuestro art. V, como éste mienta al "estado", además de la capacidad, no cabe duda, que su regla de invocación a la *lex domicilii* comprende la capacidad jurídica, pues como expresan Espinola y Espinola, puede decirse que estado en sentido lato se refiere a la condición jurídica general de una persona, como sujeto de derecho. Si la capacidad jurídica está sometida a la ley personal, sin embargo ha de acceder en algunos casos al estatuto de efecto, a la norma atributiva que rige para la institución a que se refiere el hecho jurídico en que hay que apreciar tal capacidad jurídica. Así, los impedimentos para el matrimonio pueden resolverse por la ley a que esté sometida esta institución (art. 11 del tratado de Montevideo); la capacidad del causante, del heredero o legatario puede corresponder a la ley de la situación de los bienes en que se sucede (art. 45 del tratado de Montevideo). Así, pues, la capacidad y por consiguiente la incapacidad de ejercicio están regidas por la ley personal. Lo mismo ocurre con la capacidad de goce. Pero en relación a ciertas incapacidades jurídicas, cuando ellas interesan al orden público, pueden ser adscritas a otra ley: la *lex causae* o la ley local.

Con relación a la capacidad del extranjero que celebra un contrato en el país del *forum*, hay que tener en cuenta que conforme al derecho comparado basta que sea capaz conforme a la ley local, así no lo sea conforme a su estatuto personal. Así ocurre en Suiza. Al respecto comenta Carasso: "El criterio del que nos servimos en el curso de esta exégesis nos será suministrado por los motivos que han inspirado este *favor negotii* del art. 76 y que son los mismos que han dado origen a disposiciones análogas de legislaciones extranjeras: se ha querido proteger a los acreedores suizos y de una manera general, el crédito y las transacciones suizas. Es, en efecto, muy difícil exigir en los negocios corrientes, de los comerciantes, de los acreedores en general, que ellos se informen sobre la nacionalidad de su cocontratante, y en el caso de que la conociesen, no se puede exigir que estén informados de las disposiciones de su ley nacional sobre la capacidad o la incapacidad. Ello sería paralizar las relaciones comerciales y, sobre todo, los negocios corrientes. Sería injusto, de otro lado, que una persona, que fiándose en las apariencias ha creído contraer con una persona capaz, vea su contrato afectado de nulidad, por-

que en realidad su cocontratante era incapaz". Conforme al derecho suizo basta que el hecho anotado se presente: que el extranjero sea capaz para contratar, y con ello no cabe invalidar el contrato por intervención de la ley extranjera, la del estatuto personal, por la incapacidad del agente. Escribe Carasso: "se puede explicar el abandono de esta noción (la buena fe del que contrató en el extranjero) por la preocupación del legislador de asegurar la firmeza de las transacciones; manteniendo la exigencia de la buena fé, se introducía en el sistema un elemento de incertidumbre que acarrearía el riesgo de hacer perder las ventajas que se esperaba obtener. Entre la justicia y la seguridad, polos entre los cuales oscila el derecho, es la seguridad o la oportunidad, que alguna vez toma la ventaja". En Francia el criterio es más severo. La jurisprudencia exige una mala fé en el extranjero contratante, de modo que él conozca de su incapacidad conforme a su ley personal y lo ignore el cocontratante (Dalloz).

En Alemania también rige la excepción anotada, por la cual se deja de lado la ley personal y se aplica la ley local, para no invalidar el contrato por incapacidad del extranjero. Escribe Wolf: "Si se impusiera exclusivamente la vigencia del Derecho nacional, se perjudicaría la marcha leal de los negocios: el que contratara con un extranjero debería informarse previamente de los requisitos que el Derecho extranjero establece para la capacidad contractual, y el que de buena fé no se diera cuenta de que la persona con quien contrata es extranjero porque domina perfectamente el lenguaje, se exponería a graves daños, sin que se le pudiera imputar el haber obrado con negligencia. Por esta razón disponía ya la Ordenanza cambiaria Alemana de 1848-50 (art. 84), inspirándose en el A. L. R. prusiano (Intr. 35), que un "extranjero que según las leyes de su patria fuese incapaz para contraer obligaciones cambiarias" (y lo mismo se consideraba el alemán que firmaba letras en Alemania fuera del Estado particular a que pertenecía), quedaba obligado en el país por haber contraído tales obligaciones cuando "fuese capaz para contraerlas a tenor de las leyes del país". Tal protección requiere que el negocio se celebre efectivamente en Alemania, para lo cual es indispensable la presencia corporal del extranjero en Alemania. La protección del art. 7, ap. 3, reza sólo para los negocios de transmisión de bienes. No es extensiva a los dos siguientes casos: los

negocios de familia y de sucesiones . . los negocios de disposición sobre un inmueble extranjero”.

En Inglaterra, la jurisprudencia ha estimado que se puede descartar la ley del domicilio en el caso de un matrimonio celebrado en Inglaterra entre un inglés y un extranjero, en vista de proteger al consorte inglés contra la incapacidad que pudiera invocar el extranjero, fundándose en su ley personal (Barbey). Pero no sólo ocurre que se dé la ingerencia a la *lex-local* en cuanto a la capacidad matrimonial; también ello ocurre con los negocios comerciales, según la tesis que ya sostuvieran Westlake y Dicey. Se toma en cuenta la ley del lugar donde el acto se concierta, para juzgar conforme a ella la capacidad de los contratantes, ya sea en Inglaterra o en otro país el lugar donde el acto se ha celebrado. La jurisprudencia inglesa, concluye Barbey, parece, pues, como que ha consagrado la *lex loci contractus* para determinar la capacidad de los contratos mercantiles (*contrato de affaires*).

En lo que respecta al derecho americano, la capacidad contractual se aprecia por la *lex loci contractus* (art. 333 del Restatement). Es la consagración del principio territorial, que tan acentualmente caracteriza dicho derecho.

Tratándose de la ley personal en su doble y distinta mostración, como *lex patriae* o *lex domicilii*, la cuestión teóricamente permanece abierta, exponiéndose argumentos en favor de uno y otro sistema y, asimismo, difieren las soluciones logradas en las legislaciones. Los Códigos europeos en general adoptan la ley nacional (se trata de países de inmigración); los americanos la ley del domicilio (se trata de países de inmigración).

Al fin y al cabo es el reflejo en el campo de los conflictos de leyes de lo que vimos al tratar de los conflictos de nacionalidad; la ley nacional corresponde al *jus sanguinis*, la ley del domicilio corresponde al *jus soli*. Aquélla es propia de los países de inmigración, que quieren retener sujetos a su dominio y legislación a los nacionales que marchan al extranjero. La segunda prospera en países que quieren hacer suyos a cuantos extranjeros se establecen en su suelo, creando un hogar y un centro de trabajo.

El Código de Montevideo se decidió por el domicilio (art. 1.º); pero el Código de Bustamante eludió la solución, hablando simplemente de ley “personal” (art. 7.º).

Conforme al art. V de nuestro Código, como regla se aplica la ley del domicilio. Pero se hace la excepción relativa a los peruanos, quienes pueden ampararse en todo supuesto (o sea, así estén domiciliados en país extranjero) en la ley peruana (su ley nacional). El precepto así elaborado ha dado origen a críticas fundadas (Alvarado Garrido). Contiene una flagrante inconsecuencia, que no puede ser cohonestada por un propósito de nacionalismo jurídico, de "chauvinismo" jurídico. La ley domiciliaria debería, pues aplicarse en todo caso. Bustamante y Rivero escribe: "cabe anotar a propósito de este artículo, el grave defecto doctrinario de que adolece el art. V del Título Preliminar del Código Civil del Perú, el cual, después de aceptar la ley del domicilio como norma general del estado y la capacidad de las personas, destruye a renglón seguido ese principio al establecer una excepción en favor de los peruanos, a quienes somete, en cuestiones de estado y capacidad personales, al imperio de la ley peruana, sea cual fuere el lugar donde estuvieren domiciliados. Vale decir, que en materia de Derecho Internacional Privado, el art. V sigue el sistema de la ley *nacional* en cuanto a los peruanos y el sistema *domiciliario* en cuanto a los extranjeros; incurriendo, así, en una notoria incongruencia jurídica. Por otra parte, en el terreno de la práctica resultaría ingenuo pensar que la ley peruana puede tener virtualidad para llevar su imperio hasta los peruanos residentes en país extranjero respecto a materias en las cuales el ciudadano extranjero es sometido en el Perú a la ley peruana y no a su ley de origen. Por falta de reciprocidad, cada Estado aplicará su propia ley, a despecho del art. V. Sería, pues, conveniente que el Poder Legislativo procediera a revisar esta disposición legal, para eliminar de ella el defecto acotado".

Rabel anota que la "combinación de la ley domiciliaria y nacional ha sido siempre considerada como anómala". Muestra el Código peruano como un desafortunado esfuerzo en el sentido de buscar esa combinación criticable.

Débesse remarcar que el art. V (primera parte) sólo concierne a personas individuales; las colectivas de derecho privado están sujetas a otra norma (art. IX), que remite su capacidad a la ley del país de su constitución. No hay, así, oposición como algunos han pensado, entre el art. V. del C. Civil y el 15 del C. de Comercio, que dice que una compañía mercantil constituida en país extranjeros se rige en cuanto a su capacidad por la ley de su

constitución. Este art. 15 citado, guarda concordancia con el art. IX del C. Civil.

Los derechos de familia, las relaciones personales de los cónyuges y el régimen de bienes en el matrimonio, se rigen por las mismas leyes que el estado y la capacidad, según el apart. 2 del art. V.

En cuanto a los esponsales habría, antes que todo, que averiguar si el pacto se halla instituido en la legislación a que se atribuye la competencia material, pues como se sabe no todas las legislaciones reconocen dicha figura. Si la reconoce la ley a que se remite el caso, por ella se decidirá lo relativo a los efectos de la ruptura indisculpable de la promesa, o sea, la obligación de daños y perjuicios, inclusive en su caso el moral. Esa ley es la domiciliaria, a tenor del art. V. Si el domicilio en común, no se yergue dificultad; si no lo es, hay que decidirse por la ley de uno u otro de los desposados o por la ley local. La doctrina se manifiesta propensa a aplicar la legislación que favorezca la reclamación de indemnización por la violación del deber esponsalicio. El Código Bustamante (art. 38) remite la solución a la ley local. Es de orden público la no obligatoriedad de contraer el matrimonio a que conciernen los esponsales, (art. III de nuestro Código, art. 38 del Código Bustamante). La forma del acto se rige por *lex loci actus* (art. XX). Si se trata de peruanos, la ley pertinente para juzgar los esponsales, será la nacional, según la indicación del primer párrafo del art. V.

Tratándose del matrimonio, lo relativo a la forma del mismo no cae dentro de la comprensión del art. V, pues éste determina el estatuto de efecto, dejando el aspecto extrínseco del acto para otro dispositivo, cual es el art. XX, que se refiere en general a la forma de los actos jurídicos.

En cuanto a las condiciones de fondo para la celebración del matrimonio, lo relativo a los impedimentos se rige por la ley del domicilio (salvo para los peruanos, para quienes se aplica siempre la ley *patriae*). Ha de entenderse que se trata del domicilio en el momento de la celebración del matrimonio. Esto es lo que ordena el art. 11 del tratado de Montevideo, que indica: "la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en

que se celebra. Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos, cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos:

a) Falta de edad de algunos de los contrayentes, requiriéndose, como mínima, catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer;

b) Parentesco en línea recta, por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo;

c) Parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;

d) Haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge superviviente;

e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente".

La anterior remisión a la ley del domicilio no conduce a que se prescindiera de la ley local en cuanto a los impedimentos absolutos, es decir, a los que se consideren de orden público en el país del juzgamiento del caso; lo que puede llevar a no reconocer la validez del matrimonio, por imposición de la ley local (así en la ley domiciliaria sea válido, por no considerarse tales impedimentos). Nuestro Código Civil de 1852 declaraba, por eso, en su art. 158, la validez del matrimonio celebrado en el extranjero, "con tal que no sea de personas que este Código declare incapaces de casarse". Y del art. 11 del C. de Montevideo, citado, aparece también lo anterior.

La nulidad del matrimonio será resuelta de acuerdo con la ley a que está sometida la condición intrínseca o extrínseca de aquél; a la cual ley infrinja la causal de nulidad respectiva (art. 47 Bustamante). Así que en cuanto a la nulidad por defectos de forma, se apreciará aquella por el *locus regit actum* (art. XX); y por defectos de fondo, se juzgará por la ley señalada en el art. V.

Los efectos del matrimonio nulo se decidirán por la *lex causae* (la del art. V.) Así lo indica el Código de Bustamante en su art. 49.

En cuanto a las relaciones personales de los cónyuges, dice también el art. V. que se regularán por la ley del domicilio (sal-

vo la repetida excepción correspondiente a peruanos). Si el domicilio es común, naturalmente será la ley del mismo aplicable. Si el domicilio no es común, se preferirá el del marido (art. 43 Bustamante), pues el domicilio del marido se extiende a la mujer (art. 24 Bustamante). Es el temperamento aconsejado por Fiore y Despagnet. Según el tratado de Montevideo el domicilio conyugal que se tome en cuenta es el actual y no, pues, el primitivo domicilio (art. 12). Se acepta, así, el efecto discurrante del "cambio de estatuto"

Se rechazará la ley extranjera cuando en el punto de los deberes conyugales, sus decisiones hirieren al orden público o a las buenas costumbres, conforme a la ley territorial (ejemplo: deber de fidelidad, de vivir juntos, de prestación de alimentos, privación de efectos civiles al matrimonio bígamo).

El régimen patrimonial de los cónyuges queda sometido a la misma ley del matrimonio en general. Los bienes en este caso son apreciados no *ut singuli* (pues entonces competiría el caso al art. VI), sino como una totalidad, es decir, no en sí mismos en su particularidad propia, sino en conjunto, en cuanto condicionados por la relación matrimonial. Por lo tanto, no importa que los bienes se hallen en diversos países; su situación no juega ningún rol aquí; una sola ley tiene que aplicarse, como ya lo propugnaba Dumolin.

La diversidad en cuanto a las relaciones inherentes al régimen de bienes en el matrimonio, justifica la necesidad de dictar una norma de remisión única, que evite tal variedad de soluciones legales. Hay países donde se permite las capitulaciones matrimoniales, y en otros nó. En unos puede haber separación de bienes, en otros comunidad completa, y en algunos discriminarse entre bienes propios y comunes.

El tratado de Montevideo (art. 42 y 43) indica como la ley vigente, la del domicilio del marido al tiempo de celebrarse el matrimonio. El Código de Bustamante (art. 187), habla de la ley "personal" común, o del primer domicilio conyugal. Como lo recomienda la doctrina, según es de comprobarse en Weiss y Pillet, el cambio de domicilio no debe tener efecto alterante en cuanto al régimen legal de bienes, o sea, que el domicilio significado será el de origen. De otro modo podría cambiarse maliciosamente de domicilio con fines fraudulentos contra terceros, o por el marido interesadamente en perjuicio de la mujer (art. 188).

El asunto ha sido atendido en Montevideo (art. 43) y Bustamante (art. 188).

La jurisprudencia suiza también mantiene el efecto determinatorio del domicilio de origen en cuanto a las relaciones recíprocas de los cónyuges sobre los bienes del matrimonio, pero en relación a terceros hace funcionar el domicilio actual (Bateman).

Sobre el divorcio, no hay reserva alguna en relación a la disposición atributiva del art. V, salvo que la extraterritorialidad de una ley extranjera puede frustrarse cuando se estima que ella en este aspecto compromete al orden público. En el Perú las arduas discusiones sobre este particular han perdido interés en vista de admitirse el divorcio no sólo *ab torum et mensa*, sino también con carácter vincular. Con respecto al divorcio, el domicilio debe ser el actual, no el primitivo, pues el matrimonio está ya desvinculado de él y debido a que podría cambiarse de domicilio para fines fraudatarios. El tratado de Montevideo descarta el domicilio constituido por el lugar de la celebración del acto y confiere competencia al domicilio conyugal actual en correspondencia con la ley local, para admitir los causales de divorcio en tanto no atenten contra el orden público, (arts. 12 y 13). Según el Código de Bustamante, no se deberá admitir las causales de divorcio anteriores a la constitución del domicilio conyugal, salvo que ellas estén admitidos por la ley personal común (art. 52).

Los derechos de familia en general quedan también subordinados a la ley indicada en el art. V. La filiación legítima con mayor razón que cualquier otra relación familiar, debe estar sometida a la ley referente al matrimonio. Al respecto el tratado de Montevideo prescribe en su art. 16, que la ley que regía la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por sub-siguiente matrimonio.

Según el Código de Bustamante si la ley personal (para el Perú, la domiciliaria) es común, ella se aplica; si fuese distinta (lo que puede ocurrir tratándose del domicilio en caso de mayoría de edad del hijo) se prefiere la ley del hijo (art. 57). Weiss defiende la misma tesis, favorable a la ley del hijo. Para Pillet debe pre-

ferirse la ley del padre. En el derecho inglés predomina la ley personal de los padres.

En lo que concierne a la filiación ilegítima, si la ley es común no existe problema. Si es distinta, una relativa al hijo y otra relativa al padre o madre, hay que optar entre una y otra ó escoger otra norma de remisión.

Rabel anota que respecto a esta materia de relaciones por filiación ilegítima, compiten diferentes criterios. Hay reglas que las sujetan a la ley del *forum*, al domicilio de la madre en la época de la concepción o del nacimiento, o al del padre como demandado en el momento en que se inicia la acción, o la ley nacional de la madre, del hijo, de ambos acumulativamente, a la ley nacional del padre, de éstos y del hijo acumulativamente.

En Montevideo se prescribe que los derechos y obligaciones derivados de la filiación ilegítima están regidos por la ley en la cual hayan de hacerse efectivos (art. 18). En Bustamante se consigna varios preceptos sobre filiación ilegítima. La posibilidad de investigación de paternidad o maternidad, y, en su caso, la manera de proceder a ella, se basan en la ley local (art. 63), pues se reputa que ello interesa al orden público. Mas, hay que interpretar que así la ley local no permite esa investigación, si ella se ha llevado a efecto conforme a una ley extranjera, sus efectos no pueden ser desconocidos, porque sería desconocer un derecho adquirido. El reconocimiento voluntario obedece a la ley "personal" del hijo, (art. 64). La misma ley opera en cuanto a la obligación alimentaria, (art. 67). En este punto anotamos que el mismo Código de Bustamante establece la ley aplicable en cuanto a los derechos sucesorios basados en filiación ilegítima, siendo dicha ley la del padre, si este es el causante, y la del hijo, si éste lo es. (Art. 66).

La legitimación por subsiguiente matrimonio tiene que informarse a la ley del país en que dicho matrimonio se realiza, pues se trata de un efecto basado en tal hecho fundante del matrimonio. Es lo que se ordena en el tratado de Montevideo, en su art. 16. Si en el país en que el matrimonio se celebra no se reco-

noce la legitimación, ésta no puede obtenerse en ningún otro país. Si se reconoce en dicho país, tiene valor en cualquier otro, salvo que esté en oposición en el país de importación del derecho con algún principio de orden público. Así podría ocurrir tratándose de hijos incestuosos o adulterinos, según el art. 61 del Cód. Bustamante. Este indica que la capacidad para legitimar está sometida a la ley personal del padre, y la capacidad para ser legitimado por la ley del hijo (art. 60); los efectos de la legitimación se condicionan a la ley "personal" del hijo, pues la legitimación es una figura instituida con el propósito de favorecer al hijo. Algunos autores como Fiore y Pillet por ejemplo, recomiendan la ley del padre. La diología implícita en la expresión "ley personal", tiene que interpretarse entre nosotros como ley domiciliaria, por razón del art. V.

La legitimación por declaración judicial o *rescriptum del Príncipe*, tiene que quedar englobada dentro de la ley personal del legitimado. Pero la ley personal debe entenderse como ley nacional en el presente caso de legitimación, pues se trata de una concesión otorgada por el Estado a que pertenece el favorecido.

A la adopción alcanza también la *lex domicilii*. La doctrina exige en lo referente a la capacidad para realizar dicho acto, que concuerden las leyes del adoptante y del adoptado, si son distintas; pues, naturalmente, si es común esa ley sólo a ésta se recurre. Los efectos serán considerados de acuerdo a tal ley común, y si no, la opinión predominante en que se prefiera a la ley del adoptante, toda vez que éste desempeñe el rol propiamente determinante de la relación jurídica que se constituye, viniendo el adoptado a aceptar la situación que se le ofrece por el adoptante. El Código Bustamante incluye varios artículos sobre la adopción (72 a 77). Como no hay uniformidad de criterio en cuanto a ley competente, en caso que la del adoptante y la del adoptado no sean comunes, además de aquél que subyace se tenga en cuenta la ley del adoptante (tesis difundida entre otros por Armignion y Surville y recogida por algunas leyes como la polaca de 1926 y el Código italiano), se ha propuesto que se atempere el predominio de dicha ley del adoptante, haciéndose que intervenga también la ley del adoptado en cuanto a la protección del *status* del adoptado. También se ha propugnado por Weiss que la ley que se deba tener en cuen-

ta sea la del adoptado. Despagnet ha aconsejado que concurren ambas leyes, y Pillet también asume una posición ecléctica aunque con cierta preminencia del estatuto del adoptante.

Lo que concierne a la patria potestad, queda vinculado a la ley domiciliaria común, por inferencia del art. V. No se da el caso de una ley diferente (como podría suceder si la ley fuese la nacional), pues el hijo sometido a patria potestad tiene el domicilio de quién ejerce ésta última (art. 23). En el tratado de Montevideo se señala la ley en que se ejerce la patria potestad (art. 14); en el Código de Bustamante la ley personal común y si las dos leyes son distintas la ley del hijo (art. 69). Todo lo anterior en cuanto a las relaciones personales entre padres e hijos. En lo que respecta al usufructo legal de los bienes de los hijos y a los peculios, se presenta la dificultad de que los bienes pueden estar situados en diferentes países; esa dificultad es salvable, sometiendo todo el régimen de bienes a una ley única, que no puede ser otra que la del estatuto de efecto; en este supuesto la ley que rige para la patria potestad, o sea, para nosotros, por lo que ordena el art. V., la ley del domicilio. Esto lo que se ordena en los arts. 69 y 70 del Código Bustamante. El tratado de Montevideo indica a este respecto la ley territorial (art. 15).

La ley local deberá controlar la facultad para corregir y castigar a los hijos, a fin de impedir un abuso de derecho y la procedencia de causales inapartables de pérdida de la *patriae potestas*. Así se preve en el art. 72 del Cód. Bustamante. Estos hechos se vinculan, pues, al orden público.

El régimen de tutela y curatela queda también comprendido en la norma del art. V, es decir, que la ley del domicilio elimina la posibilidad de una doble ley concurrente, pues el tutelado o curatelado tiene por domicilio el de su representante legal (art. 23). El tratado de Montevideo destina a esta materia de la tutela y curatela los numerales 19 a 24. Conforme a éstos, la ley competente es la del domicilio del incapaz (arts. 19 y 21); el cargo de tutor o curador discernido legalmente en un país, tendrá que ser reconocido en los otros países (art. 20); las facultades del representante legal en cuanto a los bienes del representante, obedecerán a la *lex sitae* (art. 23); se puede adoptar, conforme a la ley de la residencia del tutor, cualquiera medida urgente que demande la protección del incapaz (art. 24). El Código de Bustamante reserva para las instituciones de que ahora

nos ocupamos, sus arts. 84 y s.. La ley aplicable es la del incapaz (art. 84), si la ley no es común; las incapacidades y excusas de los guardadores se someten a ambas leyes, si son diferentes (art. 86); es de orden público internacional la obligación del Ministerio Fiscal de pedir la interdicción por causal de interdicción (art. 90); y esa ley territorial determinará los trámites de la declaración respectiva (art. 91). Debe concederse efecto extraterritorial a toda declaración de incapacidad producida en un país (art. 92).

Aplicándose la ley del domicilio según el mandato del art. V, es indispensable considerar las consecuencias por el cambio de domicilio. La ley del último domicilio es en general la que impera; pero por respeto a los derechos adquiridos, los efectos realizados antes del cambio quedan sujetos a la ley del antiguo domicilio. Así se indica en el art. 2 del tratado de Montevideo.

En cuanto al criterio para la determinación del domicilio y la caracterización de éste, rige la *lex fori*, si conforme a ésta debe reputársele domiciliado en el país de dicha ley; si se debe reputársele domiciliado en otro país, se hará la caracterización del domicilio según esa ley del país extranjero. Así, hay aquí una cuestión de calificación, para determinar donde debe estimarse que se esté domiciliado.

Art. VI.—“Los bienes, cualesquiera que sea su clase, están regidos por la ley de su situación”.

Referencias: Código Argentino, arts. 10 y 11; Montevideo, art. 26 y s.; Bustamante, arts. 105, 227 y 228, 114 y s.; Francés, arts. 3 al 2; austriaco, art. 300; italiano, art. 22, (7); español, art. 10; boliviano, art. 3, holandés, art. 7; chileno, art. 16; soviético, art. 6; japonés, art. 10; argentino, art. 10 y 12; uruguayo, art. 5; peruano, art. V; brasileiro, ley de introducción, art. 8; ley polonesa de 1926, art. 16; colombiano, art. 20; mejicano, art. 14; venezolano, art. 10.

Respecto a los bienes, es preciso hallarles su sede o asiento jurídico, para adjudicarles la ley que debe serles aplicada. Como

ellos ofrecen una realidad corpórea, existe un dato objetivo, constituido por su situación. La *lex rei sitae* se impone, pues, a la consideración inmediata. Como dice Bartín, existe un signo material, dado por la ubicación de la cosa. Pero se trata de los derechos reales, de los *jura in re*, de los derechos en las cosas, no de los derechos a las cosas, como relación inmediata a ellas. Así el *jus ad rem* procedente de una obligación convencional, está influenciado por otra norma de remisión (art. VII). Al decir de Wharton, como de Fiore y Weiss, en lo que concierne a la propiedad inmobiliaria, la necesidad de que no se supedite a la ley del *situs*, se impone por exigencia es de carácter público.

De otro lado, se considera ahora a los bienes *ut singuli*, en si mismos, en su caracterización entitativa propia; no como un conjunto subordinado a otra institución jurídica, como un dato fundado en otra relación jurídica. El régimen de bienes en el matrimonio, o el del patrimonio hereditario, son ajenos a la regla a que se contrae el art. VI. Para ellos valen otras normas atributivas (arts. V y VIII). En cuanto a un acto jurídico de disposición, la ley aplicable será también distinta, pues será el estatuto de efecto, es decir, la ley misma que regula el acto que incide en el bien de la disposición (*lex loci actus*).

Con referencia a los bienes *ut singuli*, es la *lex situs* la atribuida en forma casi unánime y de manera también casi infracta. A lo menos, referentemente a los inmuebles. Se reputa que el régimen de la propiedad interesa consubstancialmente a la ley territorial, porque se vincula con la organización social y económica.

El art. VI habla de los bienes "cualquiera que sea su clase". No puede haber aquí interpretación restrictiva. Por lo tanto, en general a toda clase de bienes la *lex re sitae* es la que sirve para su clasificación (inmuebles, muebles, semovientes, inmuebles por destinación, fungibles o no, consumibles o no, dentro o fuera del comercio jurídico, del comercio público o privado); para todo lo que respecte a la organización del dominio, en cuanto a los derechos y limitaciones del propietario; en lo que conviene a la posesión; en lo que se refiere a frutos, accesorios y pertenencias; en cuanto a las garantías reales que se pueden establecer; a fin de determinar las servidumbres legales y los efectos y carácter de las convencionales; a fin de examinar los modos de adquirir (¡no los títulos!), como son la ocupación, el hallazgo, la inven-

ción, la especificación, la comixtion, la accesión, la usucapión. La misma ley de la situación se empleará para lo que concierne a las acciones reales, al registro inmobiliario, a los embargos y medidas precautorias sobre los bienes.

Sobre la capacidad para adquirir se han presentado algunas hesitaciones; hay quienes piensan que ella se determine por la ley personal; otros, por la ley *situs*. No falta quien sostenga que el B.G.B. (art. 11) conduce a esta última solución. Esta opinión aparece por ejemplo, prohiada por García Gastañeta. Creemos que la indicación peca por ilusiva, pues el art. 11 del B.G.B. legisla sobre la forma del acto que puede dar origen a un derecho real. El art. 10 del Código Argentino es interpretado por algunos como que insume la capacidad dentro de la *lex rei sitae*. Esta interpretación, empero, tiende a ser puesta de lado. Romero del Prado enjuicia el problema así: "el legislador puede considerar los bienes bajo dos puntos de vista: 1.º— Tomando las cosas en sí mismas, haciendo abstracción de las personas (régimen de los bienes), y 2.º— en sus relaciones con las personas, y en tal caso las cosas ocupan un lugar secundario, siendo el propósito de la ley la defensa, amparo y protección de aquéllas, apareciendo así, como dice *Savigny*, la capacidad de adquirir y de enajenar como elemento independiente del régimen de los bienes, como una rama de la capacidad general, que se refiere entonces al estado de la persona y por consiguiente sometida, no a la ley territorial, sino a la ley del domicilio de la persona" con las limitaciones que el bien entendido concepto del orden público imponga, que constituyen la forma concreta de las limitaciones, en general, a la personalidad del derecho. Y bien, el codificador argentino, como su modelo, *Freitas*, siguiendo a *Savigny*, adopta este punto de vista al decirnos en su nota al art. 6.º: "La última parte del artículo no se opone al principio de que los bienes son regidos por la ley del lugar en que están situados, pues, en este artículo se trata de la capacidad de las personas y no del régimen de los bienes o de los derechos reales que los afectan". Con respecto al primer punto de vista el legislador teniendo en mira la seguridad del Estado, los intereses públicos, considera a los bienes en su conjunto *uti universitas*, sujeto al dominio político y soberano del Estado y "advierde que a ellos se vinculan fuertemente a los intereses sociales y económicos por su influencia en la riqueza privada y pública y en los principios que informan éstos; vé que sólo él con su ley puede asegurar las garantías de seguri-

dad reclamada por la misma naturaleza de esos bienes, y entonces retiene exclusivamente para sí el régimen universal de la propiedad". Son, pues, las leyes del país las que organizan la propiedad, determinan la naturaleza jurídica de las cosas, sus clasificaciones y efectos de ellas, las que establecen los derechos de que pueden ser objeto las cosas, modos de adquisición, transmisión de las mismas, ellas nos indican también cuáles están en el comercio y cuáles no, todo lo referente a la posesión, duración, etc., qué derechos reales pueden constituirse, con qué extensión, etc." (Pág. 273 Manual de Derecho Internacional Privado.— Víctor N. Romero del Prado).

Cuando el legislador argentino habla en el art. 10 de que los bienes situados en Argentina son regidos por las leyes de la república respecto a la "capacidad de adquirirlos", utiliza un medio de expresión anfibológico. Con ello se quiere significar no propiamente la actitud del sujeto para adquirir los bienes, sino el carácter de los bienes en cuanto estén o no en el comercio de los hombres. Para el derecho anglo sajón la capacidad en el caso estudiado se determina por la *lex situs*. El Restatement indica que la capacidad para celebrar contrato real sobre inmueble se halla determinada por la ley "del estado en que la cosa está", agregándose en el respectivo comentario que es sin eficacia que el transferente tenga o no capacidad conforme a la ley de su domicilio o del lugar en que el acto se realiza. (Wigny Brockelbank) La misma regla rige en cuanto a la capacidad para transmitir una cosa mueble.

De acuerdo con el art. V de nuestro Código, que no hace distinción entre capacidad de goce y de ejercicio, la ley personal indicada en dicho numeral debe ser la que opere, tratándose de la adquisición de bienes.

La forma de los actos jurídicos que se refieran a un derecho real, quedará siempre bajo el imperio de la ley *locus regit actum*. El art. VI se preocupa de los derechos reales en su estructura misma, en su contenido, y no en su aspecto extrínseco en cuanto ellos pueden ser objeto de declaraciones de voluntad.

De esta suerte diversas leyes pueden converger con respecto a un bien: la *lex situs*, en cuanto a lo que él es en sí y a sus efectos propios; la *loci contractus*, en cuanto al origen convencional del respectivo derecho real; la personal, en cuanto a la capacidad para celebrar dicho contrato; la ley *locus regit actum*, en cuanto a la formalidad de este último. Aún otras leyes pueden hacerse

presentes: en la acción de enriquecimiento sin causa sobre frutos indebidos percibidos, la *lex causae*, que sería la del lugar en que se produjo el enriquecimiento; en la acción por gastos y gratificación en caso de hallazgo, la ley donde éste tuvo lugar.

El régimen de los bienes, sean muebles o inmuebles, cae dentro de la ley de su situación, según el mandato del art. VI. No siempre ésta ha sido la solución, sino que a veces se ha tomado en cuenta la distinción antes aludida, de inmuebles y muebles, para someter a uno y otros a diferentes leyes. La doctrina estatutaria reputaba que los inmuebles quedasen bajo el imperio de la ley de su situación, y los muebles bajo la ley personal. Savigny insurgió enérgicamente contra ese diferente tratamiento, sosteniendo que tanto los muebles como los inmuebles deben estar bajo la regulación de la *lex rei sitae*; lo cual ni siquiera es eludible por la voluntad de las partes, pues tal regulación está en la naturaleza de las cosas. El tratado de Montevideo (art. 26) y el Código de Bustamante (art. 105) expresamente apartan toda distinción, como la referida.

Los objetos que se lleven consigo, de uso personal, corresponden conforme a la indicación savigniana, a la ley personal (domiciliaria) del propietario. Es lo que ordena el art. 10 del Código Argentino. Las cosas *intransitu* se regirán por la ley de su *destinación*, según el art. 28 del tratado de Montevideo. Como dice Pontes de Miranda, "durante el tránsito no hay *situs* caracterizado, por lo tanto no hay *lex sitae*".

En relación a la usucapión conviene hacer algunas indicaciones. La ley *situs* es la que rige, como regla. Pero el orden público puede conducir a que ella sea substituída por la ley local en cuanto a los requisitos exigidos para usucapir: justo título, buena fé. También respecto a determinadas causales de suspensión o interrupción de la prescripción. En Montevideo se prescribe, en primer lugar, que la prescripción adquisitiva se determina por la ley de la situación (art. 54); que en materia de bienes muebles, traslados de éstos de un país a otro, se aplicará la ley del país de la situación actual (art. 55), aunque naturalmente, ha de computarse el tiempo transcurrido en el país en que la cosa se hallaba anteriormente. Fundamentalmente, las mismas reglas aparecen en el Código Bustamante (arts. 227 y 228). La prescripción

ya producida conforme a la ley de un país, ha de ser reconocida internacionalmente, así en otro país el plazo exigido sea mayor, pues se trata de un derecho adquirido.

Art. VII.—“La naturaleza y los efectos de la obligación se rigen por la ley del lugar donde fué contraída”.

Referencias: Digesto. Lib. 44, tit. 7 f. 21; lib. 42, tit. 5; Código Alemán, art. 13, argentino 8; chileno 16, al 2 y 3; colombiano, 20, al 2 y 3; ley Polonesa, art. 7 a 10; Código Japonés, art. 7; brasileiro art. 9; Peruano, 40; argentino 1209 y 1210; Montevideo 33 y s; italiano 24 25.

El precepto concierne a las obligaciones de carácter convencional, pues las de carácter legal son adyacentes al estatuto de efecto, a la ley que rige la institución en donde se impone la obligación respectiva. Así, tratándose de la obligación alimentaria ella será juzgada por la norma de remisión del matrimonio y la familia; tratándose de la obligación indemnizatoria por acto ilícito, por la ley del lugar en que éste sobrevino.

Como escriben Espinola y Espinola “las obligaciones *ex lege* tienen como característica el hecho de ser como consecuencia de una relación jurídica principal, de la que son en cierto modo accesorias, por eso la ley las vincula a tal relación jurídica, naciendo ellas independientemente de cualquier hecho del hombre; como consecuencia de esa naturaleza especial, a sus obligaciones se aplica la misma ley que rige a la relación principal”. El principio se halla ubicado en el art. 165 del Código Bustamante.

En lo que corresponde a las obligaciones convencionales, por su naturaleza “invisible” como decía Savigny, urge encontrar cuál sea su sede o asiento legal, para determinar qué ley es la que debe funcionar. Pero no puede constatarse tan aína cuál sea propiamente esa sede, y de aquí que las opiniones no sean contestes sobre el particular.

De otro lado, en este campo de las obligaciones convencionales desplégase con gran holgura la autonomía de la voluntad,

la "autorquía personal" que dice Bustamante y Sirven; lo que no sucede en otros ámbitos jurídicos, como son los del estado civil y la capacidad, la familia, la herencia, los derechos reales. Por la autonomía de la voluntad las partes pueden escoger la ley de la que resulte adnata la obligación convenida. Y si nada se ha indicado sobre este respecto, la ley aplicable que resulta de la regla de Derecho Internacional privado puede suponerse que asume tal carácter de vinculada a la voluntad, en virtud de que a dicha ley presumiblemente las partes quisieron someterse. La ley, dentro de este presupuesto, es sólo supletoria de la voluntad individual; sirve para llenar espacios en blanco dejados por la autarquía personal.

Pero ha de repararse en que la autonomía de la voluntad se detiene ante las prescripciones legales imperativas, que como tales son irrecusables. Lo que a la voluntad privada no se le consiente en el derecho interno, tampoco puede serla consentido en el derecho internacional; la voluntad privada no puede crear ordenamientos regulativos contra un *jus cogens*.

Hay elementos de una relación obligacional convencional, dentro del plexo integral de la misma y que, empero, no pueden quedar librados a la autonomía de la voluntad y, aún más, supeditar a la propia *lex local*. La capacidad convencional es dependiente de la ley personal; la forma del pacto, del *locus regit actum*. También hay otros aspectos que conviene elucidar. Los vicios del consentimiento deberán ser apreciados conforme a la ley del lugar de la celebración del acto (de suerte que si la norma rectora o atributiva es la *lex loci solutionis*, esta sufrirá inhibición en este punto) o por la ley local, cuando esté interesado el orden público (de suerte que si tal norma rectora es la *lex loci celebrationis*, padecerá excepción ante dicha circunstancia). La donación eventualmente puede quedar ligada al derecho sucesorio, en cuanto se revoque por atentar contra las reservas de los sucesores necesarios. Los contratos que se celebran en bolsas, ferias, lonjas, mercados o mediante pública subasta, tienen que acogerse necesariamente a la *lex loci celebrationis*; la *lex voluntatis* no tiene poder para decidir en cuanto a la licitud o ilicitud del objeto o de la causa de la obligación, ni a la comercialidad del primero; toda vez que aquí es inexcusable la ley local. Una obligación accesoria ha de sujetarse al mismo régimen impuesto para la obligación principal.

La ley que regule lo referente a las obligaciones convencionales decidirá en cuanto a su naturaleza, contenido y efectos, la extensión y carácter de ellas, sus diferentes modalidades y clases, las consecuencias de la mora y la inejecución, los hechos extintivos de las mismas. Si las partes han elegido determinada ley para que a ella quede sometida una obligación, tal ley será la que decida sobre todos esos puntos antes referidos. Pero la facultad de elegir una ley para las obligaciones convencionales no puede ser absoluta; debe existir un elemento justificante; de otro modo, hay la presunción de que tal remisión voluntaria obedezca a propósitos fraudulentarios. Así en el caso de un contrato celebrado entre peruanos en país extranjero, es explicable que se estipule que aquél quede sometido a la ley peruana; lo mismo en el caso de una obligación pactada en el extranjero entre personas que no son peruanas, si aquélla ha de tener cumplimiento en el Perú. Rabel se refiere al derecho americano, en cuanto a examinar si el escogitacion de una determinada ley se ha hecho con *bona fide*, si no es ficticia, si está basada en una *normal relation* o en una *natural and vital connection*. Es lo que respecta al derecho inglés, Barbey citando a Chesire, dice que las partes no pueden escoger sino una ley que tenga con el contrato una *reasonable connection*.

Dumolín fué quien con gran ahinco sostuvo el principio de la autonomía de la voluntad. No nos interesa ahora recordar los motivos, sobre todo de orden práctico, que le indujeron a ello (las dificultades para asegurar el cumplimiento extra territorial de las obligaciones convencionales).

El principio impetra interpretar la voluntad, para ubicar la obligación dentro de determinada ley material. Si hay indicación expresa de las partes, no hay dificultad alguna. Solo puede ofrecerse esta última si las partes nada estipularon. Es preciso entonces investigar cuál fué esa voluntad, implícita. Para ello hay que acogerse a ciertas presunciones. Pero antes de detenernos en esta cuestión, que conduce a precisar cuál debe ser el estatuto obligatorio y la justificación del mismo, conviene advertir que en la hipótesis de sumisión expresa, el cambio de soberanía que sobrevenga respecto al país cuya legislación fué indicada, no altera la competencia de tal legislación. Hecho en que debe pararse mientes, es el relativo a la dación de nueva ley en el país a que se sometieron voluntariamente las partes, para afirmar que se aplicará esa nueva ley y no la anterior, abrogada: la remisión es a la ley de un país en cuanto en general ella rige.

Esta posición no está sin embargo ecuménicamente consagrada. En Alemania, Estados Unidos e Inglaterra, sí ha prosperado. Pero en Francia por una actitud lisonjera con la autonomía de la voluntad, la jurisprudencia ha considerado que la ley escogida por las partes en el momento de la pactación, sea la aplicable, de tal suerte que el contrato escape a la ley nueva, sin que sea menester que las partes prevean esta eventualidad (Barbey).

En caso de que no se haya estipulado nada sobre la ley aplicable, entran en juego ciertas presunciones, para deducir cuál pudo ser la voluntad de las partes. En realidad, se trataría de una voluntad más bien ficcional. Pillet tiene razón cuando previene contra la exageración que se pueda dar a lo referente a la autonomía de la voluntad. García Gastañeta escribe: "Conviene sin embargo, no exagerar el principio de la autonomía de la voluntad. En el derecho de obligaciones, independientemente de la cuestión de la capacidad de las partes y de los requisitos intrínsecos de validez del acto, hay disposiciones preceptivas o prohibitivas de la voluntad que las partes no pueden eludir. Los requisitos mismos de la voluntad de los contratantes no pueden depender de la autonomía de las partes, sino de la ley aplicable preceptivamente al contrato. Esto induce a dividir la investigación de esta materia en dos partes. En la primera hay que examinar los principios aplicables en las relaciones contractuales en que la voluntad es autónoma. En la segunda, los principios aplicables en puntos en que la ley es preceptiva".

Como sea, ya *ex via interpretationis*, ya como ordenamiento propiamente imperativo, débese hallar el criterio para erigir la norma remisiva de las obligaciones convencionales.

Algunos han sostenido que debe ser la ley personal, sea la del domicilio o la de la nacionalidad. Esta solución se descompone en una serie de recomendaciones, según que la nacionalidad o el domicilio sean comunes, o según que no lo sean; prefiriéndose ya la nacionalidad o el domicilio del deudor, ya del acreedor. Romero del Prado enumera epitomadamente esas diversas indicaciones, que son las siguientes: 1.º) la del domicilio del deudor (Savigny, Harburger, Von Bar); 2.º) domicilio común de las partes (Pillet); 3.º) domicilio del acreedor; 4.º) domicilio del acreedor o deudor al tiempo del contrato; 5.º) nacionalidad común (Durand) 6.º) domicilio común y subsidiariamente la ley de la nacionalidad común, y en caso de domicilio o nacionalidad diversos, la ley del lu-

gar del contrato (Rolin, Fiore, Diena); 7.º nacionalidad común y subsidiariamente ley del lugar del contrato (Félix, Laurent, Despagnet, Audinet); 8.º) ley de la nacionalidad común, de lo contrario es necesario recurrir a presunciones distintas derivadas ya del lugar en que el convenio se celebra, ya del lugar en que debe surtir sus efectos (Weiss); 9.º el *vinculum juris* a la ley del lugar de celebración y el onus probandi a la ley del lugar de ejecución (Fiore y Asser); 10.º) ley del lugar de la celebración (Brocher, Prats, Bustamante, y Sirven, Alcorta, etc.); 11.º ley del lugar del cumplimiento (Savigny, Wharton, Ramírez, Quintana, etc.); 12.º) la *ley fori*; 13.º) el derecho vigente en el lugar de la situación de las cosas a que el acto se refiere.

Otro sistema es el que adscribe la obligación convencional a la *lex loci*, el que se bifurca en dos tendencias: la de la ley del lugar de la celebración y la de la ley del lugar de la ejecución. La primera se basa en que el lugar de la celebración de la obligación se asocia sin mayor esfuerzo, con un presunto sometimiento convencional y, además, presenta la ventaja de la facilidad en su constatación, en tanto que la ley del lugar de la ejecución "será casi siempre desconocida el día en que sus voluntades (de las partes) concuerdan, y a menudo carecerán de los medios de preguntarse por sus disposiciones". (Weiss). El punto de vista antinómico; es decir, el de la *lex loci solutionis*, estima que el lugar de la celebración es, muchas veces, un dato accidental, y que lo que importa es el medio social en que tenga su desarrollo y cumplimiento la obligación voluntaria; luego, el fulcro de imputación, de afectación, tiene que ser el lugar de la ejecución. Pero esta solución no está indemne a objeciones. La obligación puede ejecutarse en varios países; a veces no se indica cuál debe ser el lugar del cumplimiento.

Arminjón ha ideado un régimen ecléctico. En lo que se refiere al nacimiento de la obligación, debe optarse por la *lex loci celebrationis*, y por *loci solutionis* en cuanto a su cumplimiento.

Jitta y modernamente Niboyet, aconsejan abandonar la imposición de una regla única, aceptándose un pluralismo ordenativo, en el sentido de relevar el elemento preponderante en cada categoría de contrato, para así vincular ese elemento a la ley con la cual guarde más intrínseca conexión; con lo cual se deja en bue-

na cuenta librada la decisión al arbitrio judicial. Batiffol igualmente propugna una tendencia dirigida a encontrar la "localización del contrato", de modo que si las partes no declaran formalmente cual es la ley que escogen, el juez procederá a deducir la ley aplicable, buscando los índices revelados de la voluntad de las partes. Para ello enumera una serie de tales índices, unos de carácter intrínseco, nacionalidad o domicilio comunes de las partes o de uno de ellos, situación de la cosa, moneda de pago, contrato del cual depende en cierta forma aquél que se juzga, utilización de una formalidad típica empleable en un determinado país, intervención de un funcionario público, idioma empleado, localización de la cosa que sirva de garantía real a la obligación, sometimiento a jurisdicción de un país, y otros de carácter extrínseco, como aplicar entre dos leyes, una de las cuales invalida y la otra no a la obligación, la primera, o aplicar la ley del país que prevé la operación concertada frente a la ley del país que la desconoce, lugar en que se efectúa el pago si aquel no estaba determinado en el contrato, lugar en que se demanda la obligación, referencia por una de las partes a una ley o uso de un país en relación al pacto. Batiffol aconseja seguir una fórmula de jerarquisación de los anteriores elementos; y a falta de ellos, como índice general, hacer intervenir la *lex loci solutionis*.

El sistema de Batiffol aparece complicado y hace reposar la solución *in terminis*, en el criterio del juez, al compulsar los elementos diversos integrantes de la obligación convencional.

Las soluciones legales ofrecen igual falta de uniformidad que las recomendaciones doctrinales. El *Code Civil* no contiene indicación; la jurisprudencia francesa se inclina a la ley del lugar de la celebración. El B. G. B. también guarda silencio y se aconseja que el juez indague sobre la presunta voluntad de las partes; el Código italiano de 1942 (art. 25) muestra predilección por la ley personal, si es común, y si no, favorece a la ley del lugar de la celebración.

El Código Argentino (art. 1205.) hace indicación de la ley del lugar de la celebración. La jurisprudencia inglesa recomienda atenerse a la *proper law of the contract*. Rabel cita a lord Wright: está ahora bien determinado que conforme a la ley inglesa, "*the proper law of the contract*" es la ley que las partes se han propuesto aplicar. Tal intención es objetivamente determinada y, en caso de que no haya sido expresada, será presumida por los términos

del contrato y las relevantes circunstancias respectivas. La ley brasilera de 1942 se decide en favor de la ley donde se haya constituido la obligación (art. 9).

La jurisprudencia norteamericana, conforme lo que se constata del Restatement, se refiere a la ley del lugar del cumplimiento; pero solo en cuanto a las consecuencias de la obligación convencional ya constituida, pues tratándose de los requisitos para la formación de la convención, se hace valer la *lex loci celebrationis*. Así Dove escribe:

"El Restatement reconoce la competencia de la *lex loci contractus*. Beale ha explicado en términos felices esta solución: "es el legislador quien concede una fuerza obligatoria a las convenciones que llenan ciertas condiciones ¿Qué soberano tiene competencia para crear estos derechos obligatorios?. Según el principio territorial, el del lugar donde las partes han cambiado su consentimiento; este sólo puede atribuir consecuencias jurídicas a los actos cumplidos en su suelo. A esta razón teórica se añade una consideración práctica. Ninguna incertidud detiene a las partes, que determinan fácilmente el lugar de la conclusión del contrato. Además, esta ley es ciertamente la más fácil a observar". En cuanto al funcionamiento de la *lex loci solutionis*, para todo lo que concierne al cumplimiento del contrato, hay que pensar que la determinación "es lógica en el sistema de la territorialidad" (Dove), que predomina en el Restatement.

La ley polonesa de 1926, después de consentir en que se manifieste la autarquía de la voluntad y de consignar algunas indicaciones preceptivas para determinados contratos, señala como estatuto obligacional la ley domiciliaria común y, en su defecto, la del deudor para los actos unilaterales, y en los sinalagmáticos la ley donde ellos se han concertado. En el derecho soviético la ley que rige el contrato es la del lugar de su celebración (Stor-phizki). Según se infiere del art. 40 de nuestro Código derogado, la ley pertinente era la del lugar de la celebración. El art. 40 del C. C. de 1852 se remitía a la *lex loci celebrationis*, siempre que se tratase de una obligación contraída en el extranjero.

El art. VII de nuestro Código Civil ha optado perentoriamente por la *lex loci celebrationis*. El precepto habla de la "naturaleza y efectos" de la obligación; es decir, de lo que respecta

a su contenido y a los resultados que se derivan de la obligación; de modo que los requisitos de validez formal de ella no caerán dentro de esa norma de remisión, a tenor del art. XX; pero como tales requisitos están determinados por la ley donde se genere la relación jurídica, resulta que hay coincidencia en cuanto a la atribución conferida.

La capacidad obligacional está sujeta a la ley del domicilio, a tenor del art. V. No cabe, porque el art. VII del Código nacional no da pretexto para ello, distinguir según la clase de efectos de la obligación convencional, o sea, efectos directos y naturales, y efectos indirectos y extraordinarios (por ejemplo originados por caso fortuito o fuerza mayor), para discriminar cuáles no quedan sometidos a la *lex loci actus*. Esta distinción que alguna vez se ha insinuado para someter los últimos efectos al lugar del cumplimiento de la obligación o al lugar en que el evento haya sobrevenido, ha sido refutada por Despagnet y Asser.

Puede inflitarse alguna hesitación acerca de la ley competente en cuanto a la interpretación de la obligación convencional. Laurent y Despagnet se inclinaron por el derecho del *forum*; pero ha prevalecido el criterio que mantiene la unidad lógica del principio, haciendo que todo lo que se concierne a la figura, esté bajo el imperio de una sola ley, la *loci contractus*. Weis ha sostenido este punto de vista.

Puede suceder que no se pueda indentificar el lugar de formación de la obligación convencional; mejor dicho, que ésta no pueda ser asignada a la ley de ningún país, por aplicación de la *lex loci celebrationis*. Tal pasará cuando el acto se celebró a bordo de un buque en aguas extraterritoriales. Entonces, no cabe otra solución que aplicar la *lex fori*.

En los contratos entre ausentes, pactados por correspondencia, es posible que el país en que se formule la oferta no sea el mismo que aquél en que se produzca la aceptación. Entonces para decidir si ha de ser considerada como *lex loci celebrationis* la del primero o la del segundo, habrá de procederse a una calificación, naturalmente a base de la *lex fori* (en nuestro caso, de la ley peruana), para determinar de acuerdo a ésta donde debe reputarse que el contrato se perfeccionó. Nuestro Código Civil

manda a este respecto, que será en el lugar de la oferta (art. 1336).

El tratado de Montevideo destina los arts. 32 y siguientes al tema ahora atendido. La ley aplicable es la *loci solutionis* (arts. 32 y 33). Cuando la obligación tiene ejecución en dos países distintos, como puede pasar en la permuta, es la ley del domicilio común, y a falta de éste la ley de la celebración (art. 35). Habla que el contrato se perfecciona conforme a la ley del lugar del oferente (art. 37). Indica que la obligación accesoria se guía por la que concierne a la principal (art. 36).

El Código Bustamante en varios de sus numerales repara en el asunto. El contenido de las obligaciones contractuales y sus efectos se rigen por la ley personal común y, en su defecto, por la *lex loci celebrationis*. (art. 186). La capacidad convencional se regula por la ley personal (art. 176), los vicios del consentimiento quedan sujetos a la ley territorial (art. 177). Los requisitos de formalidad *ad solemnitatem* se sujetan a la concurrencia de la ley del lugar del contrato y al de su ejecución (art. 180). La nulidad de los contratos y su interpretación se adhieren a la *lex causae* (art. 183 y 184).

Art. VIII.—“La sucesión, en lo concerniente a los derechos de los herederos y a la validez intrínseca del testamento, se rige por la ley personal del causante, salvo las disposiciones de la ley peruana, que se aplicarán a los nacionales, a los extranjeros domiciliados, y cuando se trate de herencia vacante”.

Referencias: Código Argentino, art. 2382, 2616; Chileno 995, 996, 997; Colombiano 1012 y sig.; Español 10 al 12; Francés art. 2.^o inc. 2.^o; Alemán 24; Brasileiro, 10; Italiano, 23, (8); Japonés 25 y 26; Ley Polonesa de 1928, art. 28 y s. Código Montevideo, art. 44 y 45; Código Bustamante art. 144 al 163; Peruano, 35, 635, 692 a 695.

El patrimonio del difunto como una *universitas* debe estar sometido a una norma de conexión para determinar todo lo re-

ferente a la sucesión *mortis causa*, sea que ella se produzca en virtud de disposición testamentaria o en mérito de devolución legal.

La *lex sucesionis* se hace presente en lo que concierne al fondo de la transmisión hereditaria, a su substancia, al contenido intrínseco de la figura. En cuanto a la herencia testamentaria, en lo referente a la validez extrínseca, rige la regla sobre el acto jurídico: la *lex loci actus* o la *lex causae*, por inferencia del art. XX. Esa validez formal se apreciará en el momento en que el testamento se hizo, no en el momento del fallecimiento del causante (Pillet).

Tres sistemas han sido propuestos en relación la *lex sucesionis*: el de la territorialidad absoluta, el del estatuto personal, y un tercero ecléctico, en parte real y en parte personal.

El primero está hoy abandonado. Fué propugnado por el derecho ruso presoviético. "En la Rusia Soviética, según anota Bevilaqua, el mismo principio fué mantenido, salvo derogación por tratados, en alguno de los cuales la liquidación de las sucesiones es sometida a la ley nacional del *de cuius*". Una sola ley debe, pues, funcionar respecto a la sucesión *mortis causa*, conforme a la enseñanza savigniana. Fiore escribe: "nos parece claro que la ley de la sucesión debe ser única, porque si todo ha de depender de las relaciones de familia y de la presunta voluntad del *de cuius*, no puede admitirse que éste haya podido tener tantas voluntades cuantos sean los países en que se hallen sus bienes, y mucho menos que sin caer en el absurdo, el *de cuius* haya podido tener al mismo tiempo dos voluntades opuestas, llamando como su heredero a una persona para los bienes situados en un país, y excluyéndole para los situados en otro. Considerando que el patrimonio en su conjunto es una unidad indivisible, una universitas, se ve claramente que debe ser única la ley según la cual ha de transmitirse ese patrimonio".

El tercer sistema llamado estatutario, modernamente difundido por Wharton, distingue entre bienes inmuebles y muebles, sometiendo los primeros a la *lex situs* y los segundos a la ley personal (nacional o domiciliaria del causante). Es el sistema que se adecuaba a lo ordenado en el Código de Napoleón (art. 3°), y rige conforme al derecho inglés y norteamericano. En el Tratado de Montevideo aparece consignado en los artículos 44 y 45.

El segundo sistema, del estatuto personal, tiene la ventaja sobre el anterior de no permitir la concurrencia de legislaciones distintas en cuanto al patrimonio inmobiliario, en la determinación de que una sola ley sea la que se aplique. La ley personal es la que rige la sucesión, conforme a los Códigos de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Brasil (como ley de domicilio), y de Italia, Alemania, España (como ley nacional). El art. 144 del Código de Bustamante consigna "la ley personal del causante". Con una sola ley, la personal del causante, se obtiene las siguientes ventajas: se simplifica la solución del caso, eliminándose la presencia de disposiciones legales contradictorias y ateniéndose el juzgador a una sola legislación; se asegura la igualdad de derechos de los herederos; se facilita lo referente al pago de los derechos hereditarios.

El art. VIII se pronuncia por el segundo sistema. Mas, ofrece la ambigüedad de mentar la ley personal. Cabe, así, preguntarse si ha querido referirse a la ley nacional o a la ley del domicilio. Del propio texto del art. VIII no hay elemento de juicio que permita dejar traslucir cual es el sentido del mismo frente a la dialogía planteada. La parte del dispositivo que invoca a la ley local no aporta ninguna luz al respecto. Si la norma de remisión es la *lex patriae defuncti*, la alusión a los nacionales (con prescindencia de su domicilio) es una iteracción ociosa; si aquella es la *lex domicilii*, la referencia al extranjero domiciliado en el Perú es una repetición innecesaria.

Es forzoso, en consecuencia, buscar fuera del perímetro mismo del art. VIII, su interpretación adecuada.

Puede pensarse que él mismo cuando habla de ley personal quiere significar ley nacional, puesto que cuando el Código ha querido referirse a la ley domiciliaria la ha mencionado inequívocamente. Así ocurre en el art. V. Parece, pues, que todas las situaciones jurídicas que se deben regir por la ley del domicilio, se hallan instaladas en el art. V. Si la sucesión también quedara sometida a la misma ley, se habría colocado dicha figura en el citado numeral. Por este enjuiciamiento, cuando el Código utiliza la expresión de "personal", como ocurre en el art. VIII, quiere dar a entender la *lex patriae*.

Otra interpretación se muestra adicta a la ley domiciliaria, teniendo en cuenta que si la ley personal se desdobra en dos manifestaciones divergentes, la nacionalidad y el domicilio, el codificador peruano no se ha pronunciado en general por la segun-

da, de acuerdo con el sistema que predomina en América. De esta manera, si tratándose del estado civil, la capacidad de las personas individuales y las relaciones de familia, se ha ordenado que impere la ley de domicilio, sería ilógico que no sea el mismo principio el que comprenda el caso de la sucesión. Una exigencia de uniformidad de criterio elimina esta inconsecuencia en el pensamiento del legislador. La interpretación sistemática, la *ratio legis* y aún la *ratio juris*, conducen a estimar que la ley personal debe ser entendida como la ley del domicilio.

Hay que tener en cuenta, por lo demás, como lo remarca Despagnet, que la herencia legal está íntimamente vinculada al régimen legal de la familia; de modo que si en relación a ésta última se ha preferido la *lex domicilii*, también esta norma atributiva es la que tiene vocación en cuanto a la herencia *ab intestato*.

Estas apreciaciones son de tal fuerza persuasiva, que deciden el criterio en favor de la ley del domicilio, al interpretar el art. VIII. Bustamante y Rivero ha mirado así el asunto, cuando ha escrito: "El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, abandonado el sistema de Montevideo, incorpora al régimen de Derecho Internacional Privado del Perú la teoría de la unidad de la sucesión, estableciendo como ley aplicable la personal del causante, esto es, la de su domicilio, para todo lo concerniente a los derechos de los herederos y a la validez intrínseca del testamento".

La ley del *de cuius* rige todo lo concerniente a la devolución legal y a la transmisión testamentaria, (la validez intrínseca del testamento), pues su validez extrínseca cae bajo el ámbito del art. XX.

La ley del domicilio será la *de cuius* en el momento del fallecimiento; es decir, de su último domicilio, pues en el momento del deceso se produce la adquisición hereditaria (art. 657).

La capacidad para disponer por testamento, la porción de libre disposición, la procedencia de la revocación testamentaria, la caducidad y la nulidad del testamento, la devolución legal, la institución y vocación del heredero, la substitución, la colación, el albaceazgo, la desheredación, el derecho de representación, se regirán por la ley del último domicilio del testador. En lo que hace especialmente a la capacidad del causante tratándose de una herencia voluntaria, la capacidad de disposición

se debe juzgar por el estatuto personal del testador en el momento en que el testamento es producido. De otro modo, podría pretenderse anular el testamento válidamente hecho anteriormente, dándose efecto retroactivo a la nueva ley personal del testador.

La ley del último domicilio del heredado es la que sirve para juzgar lo concerniente a la aceptación y renuncia de la herencia, la responsabilidad *inter vires* o *ultra vires* del heredero, las cargas y deudas hereditarias.

Pueden caber dudas en lo que respecta a la capacidad sucesoria, es decir, del heredero, a las causales, por lo mismo, de indignidad. Hay hesitaciones sobre el particular, entre la ley personal (del domicilio) del causante o la del heredero. En general se opta por esta última, y así lo hace el art. 152 del Código Bustamante. Laurent recomendaba distinguir según que la sucesión fuese testamentaria o legal. En el primer caso, como la transmisión depende de la voluntad del difunto, el estatuto de éste debe prevalecer; en el segundo supuesto, puesto que tal transmisión es independiente de dicha voluntad, la ley procedente debe ser la del sucesor. Champcommunale se pronuncia por la ley personal del sucesor. "Esta solución- escribe- nos parece que resulta de la misma naturaleza de las cosas. ¿De qué se trata? De saber si el heredero puede suceder. ¿No es, pues lógico examinar la ley que la rige para averiguar qué suerte se le reserva a esta materia? La ley de *de cuius* no debe invocarse bajo título alguno". Esa capacidad será la determinada por la ley personal en el momento de la apertura de la herencia.

Todo lo anterior referente a la aplicación de la ley personal (domiciliaria) tiene validez siempre que por razón de orden público no se imponga la soberanía de la ley local. Así, conforme al art. 153 del Código Bustamante, son de orden público internacional las incapacidades para suceder impuestas por la ley de cada Estado. Y es que como dice Troplong, "la ley que cuida con diligencia los intereses de los particulares, ha debido privar del derecho de dar o de recibir a ciertas personas respecto a las cuales podía temer prodigalidades, o que su carácter, su estado social y el bien del Estado les hacía indignas o incapaces. De ahí ciertas prohibiciones introducidas, no contra las reglas del derecho natural, sino más bien, en virtud del derecho natural; es

decir, en virtud de la razón, la naturaleza de las cosas y de una equidad bien entendida".

Conforme a la salvedad declarada en el art. VIII, la ley peruana mantendrá su actuación cuando el causante era peruano, aunque no estuviera domiciliado en el Perú; y cuando aquel era extranjero, si estaba domiciliado en el Perú al momento de morir. De esta manera, la posibilidad de adoptar las soluciones de una legislación extranjera sólo se dá cuando el *de cujus* no era nacional ni estaba domiciliado en el Perú al producirse el deceso.

La misma política que ha inspirado al art. V, al quebrantar la aplicación de la *lex domicilii*, para favorecer al peruano, cayendo en una inconsecuencia lógica y cohonestando la solución por el favoritismo de orden nacionalista, se repite en el art. VIII. Nosotros no podemos dar nuestro asentimiento a la solución impuesta en el art. VIII, sobre la aplicación de la ley peruana en el caso antes indicado.

Por el contrario, merece comentario favorable la decisión del mismo numeral que subordina a la ley peruana lo que concierne a la herencia vacante. Resulta, pues, que al estar en la condición de vacante una herencia cuyo patrimonio en parte o en todo se halla en el Perú, ella ha de venir a pertenecer a la institución oficial designada en el art. 774 (a la Beneficencia Pública del último domicilio en el Perú del causante, o al Estado Peruano si el mismo estuvo domiciliado en el extranjero o, por analogía, si no tenía domicilio conocido). Lo que previene el art. VIII es que dicho patrimonio pueda pasar a poder de un Estado extranjero o de instituciones oficiales extranjeras, por aplicación de la ley extranjera, que regiría por el estatuto personal. Por eso el art. 661 dispone: "La ley peruana regirá la sucesión de los bienes existentes en la República, si conforme a la ley extranjera ellos debieran pasar al estado extranjero o a sus instituciones públicas".

Se puede considerar como una manifestación del dominio eminente del Estado, ésta de obtener el patrimonio hereditario vacante. Una poderosa reluctancia ha habido para consentir que una persona de derecho público extranjera adquiriera un patrimonio inmobiliario; lo que ocurriría en el caso de herencia

vacante, si la ley local no opusiese atajo a tal coyuntura, como ocurre con el art. VIII.

Champcommunale escribe: "puesto que la soberanía está en litigio, el estatuto se convierte en esencialmente real".

Recuérdese el caso Zappa. En buena cuenta, la última parte del art. VIII impone una incapacidad de goce a la persona de derecho público extranjera, una incapacidad para suceder, haciendo que corresponda a una persona de derecho público interno, la obtención del patrimonio que comprende la herencia vacante.

Art. IX.—"La existencia y capacidad civil de las personas jurídicas extranjeras, de derecho privado, se rigen por la ley del país en el cual se han constituido.

La capacidad de las personas jurídicas extranjeras nunca podrá ser contraria al orden público ni más extensa que la concedida a las nacionales".

Referencias: Código Español, art. 28, 2.ª part.; Mejicano, 2736 a 2738; argentino, 34; alemán, 10; ley introd. brasilero, art. 11; Montevideo, art. 4.ª; Bustamante art. 16-20; 31 a 35; ley polonesa de 1926, art. 1 inc., 3; Código Soviético, ley de introducción: art. 8, japonés, 36; chino, 11 y 12.

Se plantea el problema de la ley que debe decidir acerca de la existencia y la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado y, así, surge el problema de la nacionalidad de dichas personas. Si la nacionalidad es un vínculo de una persona con el Estado, no hay inconveniente en que ese vínculo respecte a una persona individual o colectiva; aparece *eo ipso* que entonces sólo se puede hablar de personas morales de derecho privado. No tendría sentido hablar de nacionalidad de un Estado. Las personas jurídicas de derecho público están basadas en la ley propia de cada Estado a que pertenecen; su ubicación pertenece al derecho público. Así, pues, dentro de las reglas de derecho internacional privado sólo cabe hacer referencia a personas jurídicas de derecho privado.

Se objeta como impropia la indicación frecuente de nacionalidad de personas colectivas. Niboyet escribe: "hay que advertir, ante todo, que la palabra nacionalidad la empleamos aquí en su acepción técnica, no pudiendo considerarse como verdadera nacionalidad el simple hecho de la conexión entre una sociedad y un Estado y la consiguiente sumisión a sus leyes. Porque un crédito está sometido a la ley del domicilio del acreedor o del deudor, no tiene por eso una nacionalidad. Otro tanto podemos decir de todas las hipotecas en que una cosa está sometida a una ley determinada, pues esto no basta, por sí solo, para que exista una nacionalidad. Pero en la práctica, sin embargo, se ha recurrido a una terminología muy discutible, utilizando el vocablo *nacionalidad* para expresar lo que la palabra *estatuto*, por ejemplo, hubiera precisado mucho mejor". Agrega el mismo autor: "La verdadera nacionalidad, la única que existe, crea una relación de orden político entre un individuo y un Estado. Hasta ahora, el Derecho internacional no ha conocido ninguna otra. Teniendo esto en cuenta, ¿cómo es posible concebir una relación de orden político entre una persona moral, u otra formación equivalente, y un Estado?. Hay en ello algo que no se comprende. Un estado se forma mediante sus nacionales, los cuales constituyen la substancia del mismo. Las formas con que los nacionales manifiestan su actividad, no aumenta el número de ellos. No puede admitirse que España esté constituida, ante todo, por españoles (personas físicas) y, además, por sociedades españolas, en las cuales figurarán de nuevo, forzosamente, los mismos nacionales. De admitirse la opinión contraria, habría que admitir también que un Estado puede aumentar ficticiamente el número de sus nacionales".

El mismo Niboyet también repara que no porque se matricule en un país una persona moral, puede decirse que tiene una nacionalidad; que a los buques no puede tampoco reputárseles que tengan una nacionalidad por razón de su pabellón, pues entre una cosa y un Estado no puede existir un vínculo político, sino el estar sometida la cosa a un determinado estatuto jurídico. ¿Podría decirse —se pregunta— que un regimiento posea una nacionalidad por el hecho de tener una bandera?. Sólo los asociados como personas individuales pueden tener nacionalidad; las personas colectivas no pueden tenerla, porque ello importaría la posibilidad de que tenga una nacionalidad distinta de las personas que forman un ente colectivo. La nacionalidad con referencia al individuo se basa en un hecho, el del *jus soli* o el del *jus sanguinis*,

o la naturalización; la persona colectiva se basa en un acto jurídico.

La naturaleza de la argumentación y su valor dialéctico, no son suficientes para abolir la figura. Naturalmente, la nacionalidad debe ser entendida como el estatuto jurídico a que está sometido una persona colectiva privada con respecto a un país, independientemente de la nacionalidad de los individuos componentes de la misma.

Para fundamentar el reconocimiento internacional de la persona colectiva, hay que reflexionar con Pillet, que dicha persona representa una situación jurídica establecida según los cánones de una legislación dada; de donde deriva que "esa situación debe prolongar sus efectos en el dominio de las relaciones internacionales", por aplicación del principio del respecto a los derechos adquiridos.

Se han ideado diferentes sistemas para la estructuración de la nacionalidad de las personas morales de derecho privado, existiendo marcadas divergencias de pareceres, sobre todo en relación a las sociedades, pues en cuanto a asociaciones y fundaciones el criterio general es en el sentido de que la nacionalidad está dada por el país en que se constituyen (art. 17 Cód. Bustamante).

Refirámonos sumariamente a tales sistemas:

1) Nacionalidad del país que la autoriza. Este sistema es el que se instala en el Tratado de Montevideo, de acuerdo al art. 4.º que habla de la ley "del país en la cual han sido reconocidos como tales" (las personas jurídicas). También aparece en el Código Bustamante (art. 16) con referencias a las fundaciones. Presenta el inconveniente de estar apuntalado en una consideración ficcionalista, en cuanto a la existencia de la persona colectiva. Esta última sólo existiría por concesión del Estado; es, pues, una ficción, a la que la ley infunde vida. Ahora bien, tal criterio ficcionalista yace superado. La persona colectiva existe como una realidad misma; la ley no hace sino reglar esta situación. Hay, de otro lado, países en que no se requiere la autorización estadual para que la persona colectiva tenga existencia legal.

2) Nacionalidad del país en que se constituye la persona moral. Este sistema acogido por el Código Bustamante para las

asociaciones (art. 17.) es uno de fácil aplicación, pues se basa en un hecho perfectamente constatable. Hace pensar en el *jus soli* en cuanto a la nacionalidad de las personas naturales. Fué recomendado por el Congreso Internacional de París de 1889. Mas, la circunstancia concerniente al lugar en que aparezca constituida la persona colectiva, no siempre es determinante en cuanto a caracterizar la verdadera nacionalidad que corresponde a la misma. Esto sobre todo puede presentarse en relación a las sociedades comerciales. La constitución puede hacerse en un país y la organización misma, la actividad inherente a la sociedad, pueden corresponder a otro país, incurriéndose en un hecho *in fraude legis*.

4) Nacionalidad basada en el lugar en que se suscribe el capital social o donde reside la mayoría de los accionistas al suscribirlo. Este sistema que desde luego sólo puede operar en relación a sociedades mercantiles, presenta el inconveniente de que la suscripción del capital puede hacerse en diversos países (por intermedio de establecimientos bancarios), y que en cuanto a la residencia de los accionistas al suscribirlo, ella es también variable, y difícil de precisar tratándose de acciones al portador.

5) Nacionalidad basada en el domicilio señalado en el acto de constitución de la persona colectiva. Es un criterio de cómoda aplicación, que permite sin dificultad constatar esa nacionalidad. Se justifica considerando que hay aquí como una especie de voluntad presunta para determinar la nacionalidad. En los países de Europa el sistema ha sido socorrido. El proyecto de reforma del Tratado de Montevideo de 1940 lo ha acogido (art. 4.º). Se le opone la objeción de que se consigne un domicilio ficticio, para perpetrar un acto en fraude de la ley, desenvolviéndose la actividad social en país distinto al del domicilio indicado.

6) Nacionalidad que se indica en el acto fundante de la persona jurídica. Se basa este sistema en el acatamiento a la declaración de voluntad formulada. Ha sido acogido en el Código de Bustamante para las sociedades civiles o comerciales no anónimas. Su falla está en la posibilidad de declaraciones ficticias; es decir, que se indique una nacionalidad que miente a un país respecto al cual la persona colectiva no tenga vinculación alguna. Puede también ocurrir que no se haga ninguna indicación al respecto.

7) Nacionalidad constituida por el país donde el ente colectivo ejerza su actividad. Este sistema atiende al hecho más caracterizante del ente, a un dato conectado a su razón de ser. Ese

dato establece su vinculación propia con el Estado a cuyo amparo desarrolla sus actividades. El punto débil está en que la actividad social puede tener lugar en diferentes países, y así se cita la posibilidad de empresas de obras públicas que realizan actos en diferentes países, como es el caso de las compañías *wagon lits*, de ferrocarriles internacionales, de transporte marítimo internacional, de explotación de cables submarinos. Para soslayar esta dificultad se ha propugnado que la nacionalidad sea la del país donde exista el principal establecimiento o el principal centro de explotación del ente colectivo. Pero este último tampoco es sencillo de precisar y, además, podría ocurrir que la nacionalidad variase frecuentemente, al trasladarse de un sitio a otro el principal establecimiento o el centro de explotación.

8) Nacionalidad del país en que se reúnen o radiquen los órganos directivos.— Con ocasión de la primera guerra mundial se recurrió a este criterio. Se procuró, con ello descubrir quiénes eran los que verdaderamente dirigían las sociedades que se presentaban con socios que eran nacionales de un país, mientras que los individuos que dirigían las sociedades eran nacionales de otro país. Se quiso de esta manera, “levantar el velo”, descubriéndose que los que aparecían como socios no tenían de ello sino el nombre y eran simplemente testaferros, pues la sociedad en realidad estaba en poder de otras personas. El Código de Bustamante admite este sistema, cuando en el acto constitutivo no se indica su nacionalidad. Este criterio repara, pues, en lo que se ha llamado “lugar de control”. Teóricamente no es satisfactorio. Es un criterio nacido de circunstancias emergentes, que puede conducir a arbitrariedades en cuanto a considerar cuál es ese “lugar de control”, por lo mismo que no hay un dato explícito sobre el mismo.

El art. IX de nuestro Código Civil se pronuncia por el segundo de los criterios antes relatado. Habla de “la ley del país en el cual se han constituido” (las personas colectivas de derecho privado).

La diversidad de criterios científicos en cuanto a la determinación de la nacionalidad de que ahora se trata y la falta de uniformidad en las fuentes legales sobre el particular, excusan de enjuiciar la solución dada por el codificador nacional. Ningún sistema es irreprochable. De esta suerte, lo que hay que elogiar

es que nuestro Código haya definido su posición, adoptando el régimen de la nacionalidad del país que se ha constituido la persona colectiva. Este es el mismo criterio que impera en nuestro Código de Comercio, que en su art. 15 dispone "Los extranjeros y las compañías constituídas en el extranjero podrían ejercer el comercio en el Perú con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a su capacidad para contratar; y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio peruano, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la Nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los tratados y convenios con las demás potencias". Y en inciso último del art. 21, dispone que: "las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en el Perú, presentarán y anotarán en el Registro, además de sus estatutos y de los documentos que se fijan para los peruanos, el certificado expedido por el Cónsul peruano, de estar constituídas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo".

Así, pues, como no podía dejar de suceder en la situación actual de las relaciones jurídicas internacionales, tenía que reconocerse la extraterritorialidad de las personas jurídicas. Estas al constituirse en un Estado, deben ser reconocidas en cuanto sujetos de derechos en los demás Estados y, en consecuencia, pueden ejercer sus actividades o finalidades en estos últimos, salvo algunas limitaciones justificadas. Si se respeta y ampara al hombre, sujeto de derecho, cuanto tiene que desenvolver su actividad fuera del país de su domicilio o de su patria, ¿por qué no hemos de proceder del mismo modo respecto al conjunto de los mismos?. ¿No es también la persona jurídica un sujeto de derecho?. Porque es una realidad, un sujeto de derecho y en virtud de la "comunidad de derecho", la persona jurídica tiene vida internacional. Basta pues se constituya legalmente en un país, sin que se necesite crearla nuevamente en otro donde pretenda actuar" (Romeo del Prado).

Al decidir el art. IX de nuestro Código sobre la ley competente en cuanto a las personas colectivas, ello conduce a que, como dice Pontes de Miranda, tratando del punto general, el estatuto de creación decida en cuanto a la constitución y administración, al pacto social y sus modificaciones, al comienzo y fin de la capacidad, a la representación del ente, a las obligaciones espe-

ciales que se vinculan a su existencia y funcionamiento, a la disolución y liquidación de la persona colectiva. Por lo demás, al hablarse de capacidad en relación a las personas jurídicas, se quiere indicar, como dice el mismo Pontes de Miranda, capacidad de goce. No hay cuestión sobre la de ejercicio, pues el órgano de la persona moral representa a la misma.

El art. IX se refiere a las personas jurídicas de derecho privado. Como lo dijimos antes, las de derecho público no requieren de disposición legal en este orden de cosas, pues propiamente rebasan al contenido del derecho internacional privado, por su propio carácter de personas de derecho público. No es pertinente, pues, señalar con respecto a ellas norma de remisión en cuanto a la ley aplicable y en cuanto a su nacionalidad. Son personas de existencia necesaria, que deben ser reconocidas indefectiblemente en los demás Estados. No nos interesa aquí detenernos en como un Estado y las demás personas jurídicas de derecho público puedan ejercer actos en otros Estados en su calidad de entes público. Esto concierne al derecho de gentes. Pero, además, dichas personas pueden ejercer actos propios del derecho privado en un país extranjero, y no cabe desconocer esto, porque sería una solución arbitraria. Así es que hoy se admite unánimemente la actividad extraterritorial de las personas de derecho público en el campo del derecho privado.

En el tratado de Montevideo se prescribe: "El Estado en el carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad a las leyes de este último" (art. 3.º). En el Código de Bustamante se dispone: "cada Estado contratante en el carácter de persona jurídica tiene capacidad para adquirir y ejercitar derechos civiles y contraer obligaciones de igual clase en el territorio de los demás, sin otras restricciones que las establecidas expresamente por el derecho local". (art. 31).

En primer lugar el art. IX se refiere a la existencia de la persona jurídica privada. La capacidad es un supuesto fundado en dicha existencia. Antes que otra cosa débese, pues, constatar que una persona colectiva extranjera de derecho privado es realmente tal; es decir, que ha sido creada de acuerdo a los requisitos exigidos por el país de su nacionalidad, esto es, donde el ac-

to jurídico generador de dicho ente ha tenido lugar. Precisa, como escribe Pillet, que la persona moral tenga en su país de creación una existencia incontestable. La existencia significa, por ende, que dicha persona tiene realidad jurídica, en un ser con personalidad jurídica, en un sujeto de derecho. La ley del país respectivo será, pues, la que decida sobre esa existencia como persona colectiva. A dicha ley habrá, por lo mismo, que remitirse. Así, si la presunta persona colectiva no reúne las exigencias intrínsecas o extrínsecas ordenadas por dicha ley del país de su constitución, la ley del país donde pretende ser admitida le negará validez extraterritorial, pues en un país extranjero no puede pretenderse obtener más de lo que no pudo obtenerse en el país indígena. Es la ley del Estado donde se ha constituido la persona colectiva la que servirá, en suma, para identificarla, para decidir de su surgimiento a la vida jurídica, de su carácter, de la clase a que pertenece dentro de las clasificaciones pertinentes (de fines patrimoniales o extrapatrimoniales, corporaciones y fundaciones, sociedades civiles de responsabilidad limitada, sociedades comerciales colectivas, anónimas, en comandita), de su disolución.

Enseguida el art. IX se refiere a la capacidad, la cual se conforma también por la ley del país de la constitución de la persona colectiva. Hay actos que ésta puede realizar y otros no, por la naturaleza misma de ella. Saber, pues, aquéllos para los que tiene aptitud de llevar a cabo y aquéllos para los cuales no tiene tal aptitud, es cuestión que debe decidirse por la ley de su constitución. Si en el país distinto al de su nacionalidad inténtase realizar un acto que no le esté permitido en el país de su nacionalidad, habría extralimitación en el reconocimiento extraterritorial de la persona colectiva; en un país extraño no se le puede conceder más de lo que se le concede en su propio país. Así es que aún cuando en el primero a una persona jurídica nativa se le otorgue determinada capacidad de goce, una persona jurídica extranjera de similar naturaleza no podría demandar que se le otorgase tal capacidad, si en su propio país se le niega. Hay, así, un primer límite a la capacidad de dichas personas colectivas extranjeras. Y hay, además, una segunda limitación señalada en el art. IX, cuan-

do advierte que esa capacidad "nunca podrá ser contraria al orden público".

No interesa insistir sobre el orden público como un principio excepcionante a la aplicación de leyes extranjeras por razón de su extraterritorialidad. De ello nos ocupamos al analizar el art. X. En cuanto a la limitación consistente en que la capacidad de la persona colectiva extranjera no puede ser mayor que la permitida a la nacional, se justifica plenamente, pues de otra suerte esta última se encontraría en una situación desventajosa frente a aquélla. Escribe Romero del Prado: "Como primera conclusión podemos, pues, formular la siguiente: la persona jurídica goza en país extranjero de los mismos derechos que en el de origen. Por otra parte es lógico que las restricciones o limitaciones impuestas a la capacidad de las personas jurídicas nacionales, se apliquen también a las extranjeras. Si a las primeras se les prohíbe adquirir bienes raíces o se les obliga solicitar el permiso previo para hacerlo, por ejemplo, ¿cómo no someter a lo mismo a las segundas?. En este sentido formularíamos una segunda conclusión. Es indiscutible también, que ciertas restricciones pueden ser establecidas únicamente respecto de la capacidad de las personas jurídicas extranjeras, o de una categoría de ellas, sin que a las mismas estén sometidas las nacionales. Tal ocurre con la recordada ley francesa de 6 de noviembre de 1922, o con la situación en que son colocadas, por ejemplo las sociedades extranjeras de seguros sobre la vida en ciertos países como en la misma Francia, respecto a sus similares nacionales". Explica Bustamante y Sirven que "cuando un país no permite que las personas jurídicas tengan ciertas clases de propiedad o ejerciten sus actividades en un orden determinado, lo hace siempre por motivos sociales o políticos, que corren el mismo riesgo por parte del nacional que del extranjero, o quizás mayor con relación a éste; y la regla tiene que estimarse de orden público internacional".

En el tratado de Montevideo se prescribe que para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de la institución de las personas morales, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el estado en el cual intenten realizar dichos actos (art. 4; segunda parte). En el proyecto de tratado de 1940 se agregó al párrafo tercero, la indicación de "ejercicio habitual".

De este modo cabe distinguir entre los actos eventuales, adventicios, circunstanciales, que una persona colectiva puede ejercer en el Perú, y los actos habituales, constantes. Bustamante y

Rivero comentando este punto del aludido tratado, desarrolló la diferencia, diciendo: "ocasiones hay en que persona jurídica privada ejercite actividades fuera del país de su institución de una manera *eventual, transitoria e intrascendente*: ya sea que esas actividades consistan simplemente en poner en práctica algún atributo de la capacidad personal, como por ejemplo celebrar un contrato, demandar o presentarse en juicio: o ya que consista en realizar en forma aislada algún acto comprendido en los fines de su propia institución. Tal sería el caso de una entidad uruguaya de beneficencia que celebra en la República Argentina una escritura de compra de una casa de renta, o el caso de una sociedad agrícola argentina que inicia en Montevideo un juicio de cobro contra un deudor uruguayo; o el de una firma peruana, o el de un instituto cultural norteamericano que, dentro las facultades de su reglamento, entrega un donativo a la Universidad de la Plata para la compra de una biblioteca. En estos casos, la persona jurídica privada actúa en el país extranjero sin necesidad de llenar en él ningún requisito previo: la credencial de su constitución legal en el país de su domicilio de origen le basta para realizar actos de la índole de los ya citados en cualquiera de los otros estados signatarios. Vale decir, que en éstos no podrá ponerse en tela de juicio la existencia legal de la entidad, ni medirse su capacidad por lo dispuesto en las leyes locales. Esto es lo que ha querido significar el párrafo segundo del art. 4.º, al expresar que las personas jurídicas por el simple hecho de estar reconocidas en ese carácter por la ley de su domicilio, quedan plenamente habilitadas para ejercitar fuera de ese país todas las acciones y derechos que les corresponda o en otros términos, para poner en acción su capacidad. Para ponerla en acción *eventual o en actos aislados*, habría podido añadirse".

Sólo que respecto al art. IX de nuestro Código Civil esa diferencia no aparece. Sea que se trate de un acto aislado o de actos en ejercicio permanente de su actividad, uno y otros sufren la limitación que impone el segundo apartado del art. en cuanto confronta la capacidad de la persona colectiva extranjera (su "capacidad" en general, sin distinción alguna sobre la índole de los actos a realizar) con aquélla de que goza la peruana. Todos los ejemplos que consigna Bustamante y Rivero respectan a actos eventuales, pero conciernen a casos que en general se admiten en otros países (distintos de la persona colectiva de que se trate) para las personas colectivas nacionales de éstos últimos países. Pero

si se tratase de que una asociación establecida en el extranjero quisiera emitir bonos hipotecarios en el Perú, así la ley del país de su nacionalidad se lo permita, no tendría capacidad de derecho para realizar tal emisión en el Perú, porque tal acto no le está permitido a las asociaciones constituídas en el Perú, a tenor del art. 1807. Y si una sociedad anónima extranjera quisiera realizar un préstamo en el Perú dando como garantía sus propias acciones, tal acto no podría ejecutarse, porque así lo permitiese la ley del país de constitución de la sociedad, ello se halla prohibido por el numeral 174 de nuestro Código de Comercio.

En conclusión, nos parece que la solución del art. IX del Código Peruano es rigurosamente más precisa que la consignada en el art. 4 del Proyecto de Tratado de Montevideo de 1940.

El art. IX tiene conexión con el 1058, que prescribe: "Las personas jurídicas extranjeras, para gozar de personalidad, deberán inscribirse en el registro de Lima o en el lugar donde actúan". El art. 186 del Reglamento de las inscripciones dispone: "Las sociedades extranjeras que quieren establecerse o crear sucursales en el Perú, presentarán y anotarán en el Registro, además de sus estatutos y de los documentos que se fijan para las peruanas, el certificado expedido por el Cónsul peruano de estar constituídas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo". También el art. IX guarda concordancia con los arts. 15 y 21 del C. de Comercio, antes transcritos.

Surge, en relación a las personas colectivas, el problema de la calificación de las llamadas asociaciones internacionales; problema examinado por Pillet. Si aquéllas emanan de un tratado, el asunto desplaza el ámbito del derecho internacional privado; si son obra de particulares, es recomendable que su nacionalidad se determine por el lugar de residencia de sus administradores, salvo que se pueda fijar aquélla en virtud del cumplimiento de un determinado país de formalidades necesarias para la adquisición de su personalidad.

Art. X.—“Las leyes extranjeras no son aplicables cuando son contrarios al orden público o a las buenas costumbres”.

Referencias: Código argentino, art. 14; español, 11, párr. 3; italiano, disposición prel., art. 31; brasileiro introd., art. 17; alemán 30, introd.; Montevideo, art. 4 Protocolo Adicional; Bustamante, 8; francés, 3, inc. 3.º

El orden público actúa en el Derecho Internacional Privado como un principio limitativo y controlador de la aplicación extraterritorial de una ley extranjera. Nos hemos ocupado ya de la noción del orden público al comentar el art. III. No insistiremos mayormente sobre el particular. Se está frente a una misma denominación, también de una sola idéntica significación, y creemos igualmente se trata de un mismo objeto. Sólo que este objeto puede aplicarse tanto al derecho interno privado como al derecho internacional privado, y de aquí que se haya consignado la referencia al orden público en dos preceptos, el III y el X. El primero fulmina con nulidad todo pacto antinómico del orden público; el segundo detiene la aplicación de una ley extranjera en el Perú, cuando ella sea contraria a aquél. La precisión definitoria del concepto es difícil; pero es irrecusable. Como se lee en el Répertoire de Lapradelle y Niboyet, la noción del orden público es ciertamente una de las más importantes del derecho internacional privado, pero también una de las menos logradas de la materia. Todo es aquí objeto de discusión, desde el nombre mismo de la institución, como de sus condiciones, dominio y efectos. Se entiende en realidad por orden público, el hecho que la ley del país del juez se aplique necesariamente en contraposición de toda otra ley.

Junto con el orden público se habla de las buenas costumbres. En verdad, la última mención se comprende en la primera. Se trata, puede decirse, de una paráfrasis. Cuando la decisión de una ley extranjera contiene un resultado opuesto a los principios morales que informan la legislación peruana, esa decisión es inaceptable porque lastima al orden público.

La cláusula legal de reserva que impone el art. X lleva al predominio de la ley local frente a la ley extranjera, sea para resolver el caso de que se trata, sea para su ejecución judicial. El derecho adquirido por funcionamiento de la ley extranjera deja

de tener valor en el país de ejecución del mismo, de importación de él, cuando tal derecho está en pugna al orden público. Escribe Dove: "será siempre posible al legislador del forum el desconocimiento de un derecho, el cual se halle sin embargo debidamente adquirido según la ley competente, si este derecho es contrario a las buenas costumbres y al orden público". Agrega el mismo autor: "Si incluso el soberano del lugar admite en cierta medida la aplicación en su suelo de la ley extranjera, su permiso es necesario y puede siempre retenerlo invocando el orden público. Aquí todavía este poder discrecional está acoplado a este derecho de veto; demuestra que posee en su suelo la autoridad suprema". Se trata de una "*raison d'état*" (Wygny). El orden público es pues, como expresa Alfonsini, "estatal porque su vigencia está limitada jurídica y prácticamente por las fronteras del Estado".

Débase tener cierta severidad para considerar cuando el orden público está comprometido. De otro modo, se presentaría la nota de "chauvinismo jurídico", para querer aplicar desorbitadamente la ley territorial, exagerándose la nota de vanidad nacionalista y de xenofobia. Si se extremase a este respecto el criterio, se llegaría a un concepto feudal de la ley, imponiendo en todo caso la ley local, considerando que todas "las costumbres son reales", como lo pedía la escuela de D'Argentré, y concluyéndose por desconocer toda extraterritorialidad a la ley extranjera, aboliéndose en el hecho, de este modo, el Derecho Internacional Privado.

Previnendo contra una postura exagerada en cuanto a la extensión y alcance que se le quiere atribuir al orden público, Goldschmidt cita: "con razón lo llamó el Juez americano Burrough (Richardson v. Mellish, 1824) un caballo desbocado ("*unruly horse*") del que nunca se sabe adonde arrastra a su jinete ("*once you get astride of it, you never know where it will carry you*").

De esta manera, así la decisión de una ley extranjera que sea competente, no coincida con la solución de la ley del país en que tal ley se aplique, deberá la primera ser aplicada. Sólo cuando tal aplicación atente contra ciertos principios o intereses fundamentales del Estado de importación de la ley extranjera, de ella habrá que hacer ablación, por razón del orden público.

Si en el Código Civil peruano se requiere la tradición para adquirir la propiedad de un bien mueble y en el Código de Napoleón basta con el consentimiento, no se puede dejar de recono-

cer la validez de la adquisición verificada en Francia conforme al segundo de los cuerpos de leyes, pues la disparidad de criterio en este punto no compromete al orden público. Si de acuerdo a la ley de un determinado país, el acreedor que obra por acción pauliana tiene derecho a que a él solo se le pague su crédito, no se podría poner a un lado la disposición legal pertinente, so color de que no armoniza con lo mandado en el art. 1101 de nuestro Código Civil.

Pero cuando la ley extranjera en su aplicación compromete al orden público, debe prescindirse de ella. Se trata de una cláusula de reserva irrenunciable que corresponde a cada país, frente a la comunidad internacional y al reconocimiento de la extraterritorialidad legislativa. Es una legítima defensa de principios inabdicables, porque comprometen los intereses fundamentales de un Estado.

Hemos reparado al estudiar el art. III, la dificultad para precisar lo que es orden público. Naturalmente abundan las explicaciones. Pero la dificultad resiste tozudamente. Como alguien ha dicho, no se puede evitar un movimiento de impaciencia, que a uno sacude, motivado por tal dificultad. Vareilles Sommieres habla de una "noción informe".

Algunos autores optan por hacer una enumeración de las leyes que deben conceptuarse como de orden público. Hay el riesgo de caer en el casuismo. Se trata, más bien, de una noción sincrética. El criterio al respecto es plástico. Ni siquiera es algo estático. Puede variar con el tiempo y las circunstancias. Así, a base de la llamada economía dirigida, puede comprenderse nuevos aspectos de la vida social dentro de la influencia.

El criterio del orden público está históricamente condicionado. En suma, se trata de una norma de sentido más regulativo que constitutivo, de un criterio más formal que de contenido material y empírico.

Si el orden público históricamente es variable, (pues si aquél consiste en la protección de las necesidades del Estado, es natural que varíe a medida que cambien dichas necesidades), el orden público está contenido en la *lex fori* actual, en el momento de la exclusión (Alfonsini).

El orden público es nacional. Cada Estado determina aquella esfera inviolable, que no puede ser desconocida por la intervención de una ley extranjera. Mas, como decíamos antes, no se debe exagerar la nota e incurrir en una especie de abuso del derecho a este respecto. La comunidad jurídica internacional impetra moderación en este asunto. En algunos países se observa la agravación de la nota excluyente. Así, Stenpnizki escribe: "todas estas razones nos dejan prever que la aplicación del orden público debe necesariamente alcanzar una extensión muy grande en el sistema del derecho internacional privado soviético".

Son de orden público, las leyes que norman el derecho público. Así, las leyes de policía, seguridad social, salubridad. Las que definen los derechos y deberes naturales del individuo. Las que responden a la protección y mantenimiento del Estado desde el punto de vista económico, político, moral, social.

También hay leyes del derecho privado que son de orden público, porque definen situaciones jurídicas personales irrenunciables, como son los que conciernen al estado civil y a la capacidad de las personas. Caen dentro de la misma calificación las leyes que estructuran otras instituciones civiles, en las cuales hay bases imprescindibles de dogmática jurídica, como ocurre con el matrimonio monogámico, con la defensa de la propiedad y la no expropiación de ella salvo utilidad pública y previo pago de indemnización, con la herencia forzosa, con la nulidad de los contratos por la ilicitud de su objeto o causa.

La consecuencia que deriva del orden público, es la no aplicación de la ley extranjera respectiva. Esta es una consecuencia necesaria. Cabe preguntarse si además de tal efecto negativo, aparece un efecto positivo: la aplicación de la *lex fori* en reemplazo de la ley extranjera. Modernamente tiéndese a prohiar esta solución, acentuándose la intervención del control del orden público local. La mejor solución es la que impone la regencia de la *lex fori*, cuando la decisión dentro de ésta, en relación con la ley extranjera, está impuesta en aquélla con carácter cogente.

"La aplicación del orden público produce siempre como escribe Goldschmidt, un doble efecto: elimina derecho extranjero nocivo y lo sustituye por derecho inofensivo. El carácter positivo o negativo de la situación se encuentra en relación inversa al

carácter negativo o positivo del derecho extranjero descartado. En efecto, si lo perjudicial del derecho extranjero consiste en negar una facultad —como, por ejemplo, la de pedir la anulación de un matrimonio civil celebrado cuando aún subsistía el matrimonio canónico, el derecho sustituto la concedería (resultado positivo del orden público). Si, al contrario, lo perjudicial del derecho extranjero consistía precisamente en que confería una facultad, por ejemplo la del divorcio vincular— el derecho sustituto la negaría (resultando negativo el orden público). No se debe, pues, hablar del efecto positivo y negativo del orden público, puesto que siempre posee ambos efectos a la vez. Se habla correctamente del resultado positivo o negativo de dicha institución”.

La exclusión de la ley extraterritorial sólo debe limitarse a la parte del derecho que atenta contra el orden público y las buenas costumbres, y no a la parte del mismo exento de tal tacha, por respeto al derecho adquirido (Lapradelle y Niboyet).

En relación al asunto de que se ocupa el art. X, el art. 4 del Tratado de Montevideo, Protocolo Adicional, prescribe: “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”.

Art. XI.—“Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido, pero si la actuación de la prueba, corresponde al juez, éste puede negar o restringir los medios que no considere idóneos”.

Art. XII.—“Los jueces pueden solicitar del Poder Ejecutivo que, por la vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se

trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido”.

Art. XIII.—“La Corte Suprema está autorizada para contestar las consultas que se dirijan por un tribunal extranjero, por la vía diplomática, sobre puntos del derecho nacional”.

Referencias: Bustamante, art. 408 a 411; Montevideo, protocolo adicional, art. 1.º y 2.º; argentino, 13; guatemalteco, 20; ley polonesa de 1926, art. 39; portugués, 2406.

Si la norma de conexión conduce a la regencia de una ley extranjera, se plantea la cuestión de su existencia e interpretación. Entonces surge la pregunta de si esa ley debe considerarse como incorporada a la legislación propia del juzgador que la aplica, de modo que es lógico estimar que al hacer tal aplicación aplica su propia ley, o si debe considerarse como una ley que permanece ajena a la propia del juzgador, y en tal supuesto la prueba de esa ley extranjera es una cuestión de hecho. Los principios de la soberanía territorial acogen este último punto de vista. La aceptación de la intrusión de una ley peregrina, responde a un deber de simple cortesía internacional (comity). Como consecuencia, el juez no puede obrar de oficio en cuanto a la prueba de la ley extranjera; es una cuestión de hecho, que como cualquiera otra corresponde a las partes interesadas. La jurisprudencia anglo-americana adopta esta posición. El Código argentino (art. 13) dispone. “La aplicación de las leyes extranjeras en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúase las leyes extranjeras que se hicieran obligatorias en la República por convenios diplomáticos o en virtud de ley especial”.

Fiore, Despagnet, Asser y Rivier y en general la mayoría de los internacionalistas, se pronuncian por la doctrina de la incorporación, de la que se deduce que el juez puede proceder de oficio en cuanto a la prueba de la ley extranjera. Se piensa que en el estado actual de la ciencia del derecho y con el incremento de las relaciones internacionales, el juez de un país puede infor-

marse de la ley extranjera y puede exigir de oficio a las partes la aportación de los elementos de probanza necesarios. El Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Hamburgo de 1891 se pronunció en tal sentido. El Tratado de Montevideo (art. 2.º) dispone: "su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada". El Código de Bustamante establece en su art. 408: los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere. El autor argentino Vico escribe: "el derecho se aplica al litigio *ex justitia*"; "y esto no puede subordinarse a algo tan contingente como el pedido de las partes. Cuando las partes piden que se resuelva en tal o cual sentido, buscan encuadrar su *petitum* en la ley que consideran aplicable. El juez examina la concordancia del *petitum* con la ley que debe aplicar, pero la ley misma es la aplicable según el criterio del juez y no por pedido de parte. El juez no puede substituirse a la ley, como las partes no pueden substituir una ley por otra con solo proponerlo y omitir pedir que se aplique". Balmaceda Cardoso escribe: "La buena administración de justicia requiere que la ley extranjera competente para regular la relación o situación jurídica en causa, sea conocida y aplicada compulsivamente".

La facultad reconocida al juez que conduce el caso, de proceder *ex officio* en cuanto a la aplicación de la ley extranjera, no obsta para que las partes ofrezcan las pruebas pertinentes acerca de ella, como con ejemplar precisión lo dice el art. 2.º del Tratado de Montevideo. Después de todo, se trata de una determinación no siempre fácil de alcanzar. El juez compulsará el valor de las pruebas presentadas. Publicaciones oficiales de leyes, informes de los respectivos cónsules, de los Ministerios de Justicia, tendrán el valor que les confiere la seriedad de sus fuentes de procedencia. Referencias a obras doctrinales sobre la legislación, también serán debidamente apreciadas. Puédese presentar informes de abogados del país de procedencia de la ley. Puédese recurrir a prueba pericial, como se estila en Inglaterra.

El art. XI de nuestro Código Civil permite a las partes ofrecer las pruebas tendientes a demostrar la existencia de la ley ex-

tranjera y su sentido. No dice nada sobre si el juez peruano puede en este orden de cosas proceder de oficio. La última parte del precepto habla del caso en que "la actuación de la prueba corresponde al juez", pero esta expresión resulta poco perspicua. ¿Cuándo la prueba corresponde al juez, cuándo no?. Esa última parte del art. XI está articulada con la primera, como una limitación a la libertad de los interesados en cuanto a la presentación de pruebas; no cualquiera prueba que se ofrezca es admisible, sino solamente la que se reputa idónea para el fin conducente de demostrar la existencia de la ley extranjera y su sentido. Así, si se pidiere la declaración de un testigo, quien ni siquiera fuese súbdito del país a la que esa ley atañe, y quien no fuese *homo juridicus* en ningún sentido, la prueba se rechazaría por impertinente.

El juez controla, pues, la actuación de la prueba en este orden de cosas; es decir, cuando es ofrecida por las partes. El sistema de nuestro Código parece ser, así, el del arbitrio judicial, desde que el juez controla los medios de prueba, pero pudiendo considerar el derecho extranjero no como un simple *res facti*, sino pudiendo proceder de *oficio*, como se demostrará más adelante. Es el sistema inspirado en el C. C. procesal alemán (art. 293).

El Código no dice si el juez puede ordenar de oficio la actuación de la prueba sobre la existencia y sentido de una ley extranjera. Mas, nosotros creemos que a pesar de tal silencio, ello está permitido. El no prohibirse tal actuación, el no indicarse como ocurre con el Código Argentino, que la aplicación de la ley extranjera nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada (art. 13), da asidero para pensar que cabe procederse a dicha prueba de oficio. De otro lado, ello se desprende de lo indicado en el art. XII. No condiciona éste la solicitud por parte del juez, señalada en el mismo, a una previa petición de parte interesada. A mayor abundamiento, el art. XII guarda similitud muy marcada con el art. 410 del Código de Bustamante, que se refiere cabalmente a dicha prueba solicitable de oficio. Dice así este artículo: "a falta de prueba o si el juez o tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate, proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable".

Además, si la prueba de la ley extranjera es una cuestión de hecho, ella debe quedar sujeta, cuando menos por analogía, con

el régimen instituido en general para la prueba. Ahora bien, el art. 340 del Código de Procedimientos Civiles indica. "Los jueces en cualquier estado de la causa pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y el juramento decisorio". Juan José Calle escribe respecto a este dispositivo: "El ejercicio de esta facultad es potestativo, como lo denota de manera indudable el verbo "*pueden*" empleado por la ley. No es, pues, obligatorio ni forzoso a los jueces ordenar pruebas de oficio. La ley lo deja exclusivamente a su juicio, a la apreciación que haga de las pruebas aducidas en el pleito, y a la convicción particular que formen de que no estando completos los méritos, crean deber mejorarlos o robustecerlos con alguna para escudriñar la verdad y fallar con arreglo a ella. No se deja, no puede dejarse esta apreciación a los que litigan: deduciéndose lógicamente de esto que las partes no tienen derecho para pedir que el juez, para proveer con más acierto, practique las diligencias que indican, pues no son ellas las que han de apreciar el resultado de lo alegado y probado; y si el juez se cree bastante instruido y estima bien averiguada la verdad para dictar sentencia, deberá denegar la solicitud que se presente con dicho objeto, sin que contra la denegatoria se admita reforma ni apelación".

No obstante, la cuestión fué debatida en el seno de la Comisión reformadora.

Oliveira manifestó que era partidario de la fórmula propuesta por el doctor García Gastañeta, porque le parecía que "el interés público en la buena administración de justicia y el interés privado estaban mucho mejor garantizados con la aplicación de oficio de la ley extranjera; que considera ésta como un hecho, y dejarlo a la libre probanza de las partes tenía graves inconvenientes, principalmente el de entregar la buena administración de justicia a la mayor o menor pericia o a los medios económicos de que dispusieran las partes para obtener la documentación necesaria o la más completa para la prueba del texto y del sentido de la ley extranjera". Agregó que, por otra parte, "era un hecho normal de la convivencia y de la cortesía internacional el intercambio de tales informaciones; y que ese intercambio basado generalmente en el principio de la reciprocidad podía convertirse en una obligación jurídica por convenciones especiales cuya negociación haría necesaria la vigencia del Código nuevo".

Olaechea sostuvo una opinión contraria, manifestando que "la aplicación *ex officio* de la ley extranjera es un peligro cierto,

porque es prácticamente imposible que ningún juez conozca por sí mismo el derecho vigente en cada país. Por otra parte, es necesario conocer el texto legal y el derecho que de él emana, como resultado de la interpretación de los tribunales. Para salvar tan grave escollo se aconseja que se celebren tratados con el fin de obligar a los tribunales de las diferentes naciones a emitir informes siempre que se soliciten por algunos de ellos; pero esta solución es más imaginaria que real, por la dificultad que existe de celebrar tratados con todos los países. En el sistema de la comunidad de derecho se dificulta positivamente la celeridad y corrección de los fallos. El sistema que subordina la aplicación de la ley extranjera a la actividad diligente de las partes concilia los intereses legítimos y facilita la aplicación de la ley extranjera, poniendo al juez en aptitud de resolver con seguridad y firmeza. La única solución legislativa posible en el momento actual del mundo consiste en librar la prueba de la ley extranjera a las partes interesadas en el pleito. Dejar al juez la tarea de buscar por sí mismo la ley que debe aplicar, es sumamente peligroso, porque autoriza el error con detrimento de la justicia; y esperar la celebración de tratados internacionales no es solución positiva sino hipotética”.

“Un legislador prudente, agregó el señor Olaechea, no puede prescribir lo que está fuera de su propio alcance. El anteproyecto sancionado llega al máximo de lo que es posible hacer en este orden de ideas, cuando establece que la Corte Suprema del Perú está autorizada a contestar a las consultas que se le dirijan por algún tribunal extranjero sobre puntos del derecho nacional vigente, y al prescribirlo así la Comisión se asocia al movimiento de opinión que agita al mundo en el sentido de cooperación y de la interdependencia; pero es evidente que si el legislador peruano inspirándose en este sentimiento civilizador, puede autorizar o imponer a su más alto tribunal de justicia el deber de contestar a las consultas que se le dirijan por un tribunal extranjero, no puede nunca estatuir un sistema de procedimiento que está fuera de la autoridad de sus propios tribunales llamados a aplicar la ley extranjera cuando ello sea procedente, sin disminución del deber fundamental que tiene todo Estado de velar por su propia conservación e integridad”. (Aparicio y Gómez Sánchez. CODIGO CIVIL. Concordancia. Tomo II). Calle se optu-

so al anterior punto de vista defendido por Olaechea, citando el art. 13 del Código argentino.

La discusión tiene que replantearse en los términos que la hemos situado: o la aplicación de la ley extranjera se basa en la teoría de la incorporación, en cuyo caso no puede haber duda que cabe proceder de oficio por el juez para conocer su existencia y sentido, o se basa en la teoría de la materialización, en cuyo caso se trata realmente de una prueba de hecho, pero que como tal queda sometida al ordenamiento establecido en esta materia, y ya hemos destacado lo que el art. 340 del Código de Procedimientos Civiles preceptúa.

De otro lado, conviene advertir que la primitiva ponencia de Olaechea contenía una declaración legal terminante: "la ley extranjera no puede aplicarse de oficio". Esta fórmula no ha sido mantenida en el texto *del Código vigente*.

Cuando la ley extranjera es invocada no por mandato de la *lex fori*, sino porque las partes eligieron esa ley extranjera, en virtud de la autonomía de la voluntad, sólo a ellos interesa la prueba de la misma; no puede hablarse entonces de incorporación alguna. O sea, que no procedería en este caso la prueba *ex officio*.

La prueba de la ley extranjera se refiere no sólo a su existencia, sino a la interpretación que se la dé en el país al que pertenece. El art. XI por eso habla de "su sentido". ¿El juez debe interpretar la ley extranjera conforme a su propio criterio, o habida cuenta de la manera como ha sido interpretada en el país de origen? La cuestión queda subordinada a la acentuación o no de la teoría de la incorporación. En caso afirmativo, el juez goza de la mayor libertad para poder apartarse de esa interpretación: la ley extranjera es insumida dentro del derecho local y, por ende, la hermenéutica compete completamente al juez que pertenece a dicha ley local. En caso negativo, es decir, de acuerdo a la teoría de la materialización, la ley extranjera conserva su plena independencia y, consecuentemente el juez debe tomar en consideración la interpretación dada a la ley en el país de su origen. De acuerdo al art. XI parece que el juez peruano debe atenerse a este último punto de vista, pues dicho numeral habla no sólo de la existencia sino también del "sentido" de la ley extranjera. Es lo mismo que dispone más categóricamente, el art. 39 de la

ley polonesa de 1926. Lógico es que los tribunales del país de la ley respectiva conozcan mejor a ésta y, de este modo, sería en general imprudente que el juez de otro país la interpretase en forma diferente. Como recomienda Goldschmidt, lo mejor es informarse por los tribunales del Estado extranjero, porque la sentencia que dieron, probablemente representará la base esencial para el juez indígena. Pero lo anterior no debe significar que el juez del fallo debe proceder en todo caso automáticamente, sometiéndose indiscriminadamente a la interpretación dada, aunque ella emane de un texto legal equivocado, o vaya contra el sentido evidente del mismo, o desemboque en una solución notoriamente injusta. Pero fuera de estos supuestos, en que puede justificarse una interpretación distinta, como regla el juez debe tener muy en cuenta la dada por los tribunales del país de procedencia de la ley. Escribe Niboyet: "Efectivamente, cuando existe en el país extranjero una interpretación constante sobre un determinado punto, no parece oportuno que se descarte (la interpretación dada). Cuando, al contrario, hay duda con referencia a él, el juez francés debe saber asumir sus responsabilidades, buscando él mismo la interpretación que le parezca mejor. La Corte Permanente de Justicia Internacional, ha tenido la ocasión de pronunciarse netamente en este sentido... Decisiones de varios países siguen la misma doctrina. Con mayor razón así ocurre cuando esta solución se halla indicada sea por una ley o sea por un tratado diplomático".

Puede ocurrir que no se pueda probar la existencia de la ley extranjera. Entonces surge la interrogación de cómo se debe proceder. Unos sostienen que debe recurrirse al derecho hipotéticamente vigente, a la ley que presenta más analogía *Exempli gratia*, el *common law* inglés supliría al americano; si no se pudiese conocer el texto del novísimo Código italiano, se recurriría al anterior; si no acreditase la solución dada por el Código ecuatoriano habría que consultar el chileno y, subsidiariamente, el *Code Civil*.

Otros son de parecer que se haga intervenir a la *lex fori*. Es la solución de la ley de Polonia (art. 39) y de la jurisprudencia de algunos países, como Inglaterra, Francia, Suiza y Alemania.

No falta la opinión para que se rechace la demanda, por falta de prueba, sancionándose la regla de *actore non probandi, reus absolvendi*. Por último, cabe pensar que el juez debe resolver el caso apoyándose en los principios generales del derecho.

La primera opinión es arbitraria. La remisión concierne a la ley de determinado país y no, subsidiariamente, a la de otro país (salvo caso de reenvío, pero que es cosa distinta de la tratada ahora). La segunda tiene en puridad de principio, el mismo defecto. Es sólo por simple comodidad práctica para el juez, que aplicaría su propia ley, pero teóricamente significa negar el mandato mismo de remisión. La tercera solución aparece como asaz drástica, y, de otro lado, no se aviene con la teoría de la incorporación. Queda, por eliminación, el último de los criterios enunciados como el más recomendable.

El art. XIII autoriza a la Corte Suprema para contestar las consultas que le sean dirigidas por un tribunal extranjero por la vía diplomática, sobre puntos de derecho nacional.

El doctor Barreto hizo, en comunicación dirigida a la Comisión Reformadora, algunas atingencias a la fórmula propuesta por ésta última, en el sentido antes indicado. Se preguntaba cuáles serían los tribunales extranjeros que podrían plantear la consulta. "Con el nombre de Tribunal, en un sentido amplio, se comprende a todo organismo judicial, individual o colectivo, sin distinción de clase ni categoría; y entonces cualquier juez civil o criminal, de un punto cualquiera del globo, a quien interesase conocer, por razón de oficio, el sentido de la ley peruana, podría consultar directamente el punto a nuestra Corte Suprema, y ésta se hallaría legalmente obligada a absolver la consulta". (Aparicio y Gómez Sánchez. CODIGO CIVIL. Concordancias).

En la Comisión Reformadora se explicó las razones justificantes del art. XXIII del Proyecto (art. XIII del Código), constatándose "que la mencionada disposición se fundó en que siendo cada día mayor la necesidad de aplicar las leyes extranjeras, se observa un movimiento general dirigido en el sentido de facilitar el conocimiento de ellas; que no sería discreto limitarse a adquirir el conocimiento literal del texto, siendo, como es, tan variable el sentido de las leyes en cada país, por lo que se mani-

fiesta la utilidad de conocer también, la interpretación dada a la ley en cuestión por los tribunales del país en que está en vigor; que ningún principio se opone a que la Corte Suprema del Perú absuelva las consultas que se le dirijan; que, antes bien, un deber de solidaridad internacional y de mutua cortesía obliga a los países a proporcionarse, recíprocamente, los datos que pidan en interés de la justicia". (Aparicio y Gómez Sánchez).

Se recordó que en el sentido indicado, de la absolución de las consultas referidas, se había pronunciado la opinión de los internacionalistas, y que el Instituto Internacional de Hamburgo, en su sesión de 1891, enunció la recomendación de que "el Ministerio de Justicia de este último Estado responderá a la solicitud, absteniéndose de todo consejo o parecer sobre la cuestión de hecho y limitándose a certificar la existencia y tenor de la ley".

La consulta no puede hacerse, según el art. XIII, directamente por el tribunal extranjero, sino a través de la vía diplomática. Es un medio de evitar consultas impertinentes.

Cuando el tribunal de un país extranjero considere necesario utilizar el medio indicado, para saber sobre la existencia y sentido de una ley peruana, se dirigirá al respectivo Ministerio de ese país, para que haga la consulta, si aquél lo considera conveniente. Se sobreentiende que la consulta sólo será posible cuando se origine en un litigio seguido en el país extranjero, en que debe aplicarse la ley peruana; entonces únicamente la consulta será procedente, de oficio o a petición de parte, según el criterio que sobre el particular prime. Consultas con fines puramente especulativos, científicos, no tendrían por que ser atendidas.

La indicación del art. XIII es, así perfectamente plausible. Como el doctor Calle lo hiciera ver, la disposición "al establecer la obligación de la Corte Suprema de absolver las consultas que le dirijan los tribunales extranjeros (individuales o colectivos), no hace más que ampliar los casos en que pueda solicitarse de los tribunales del Perú la realización de ciertas diligencias y actos de carácter judicial, en las causas civiles o criminales seguidas en el extranjero, en la forma prescrita por los tratados o siguiendo las reglas de la reciprocidad internacional cuando faltan los convenios o tratados". (Aparicio y Gómez Sánchez).

El primitivo Proyecto hablaba de que la Corte Suprema estaba "obligada" a contestar las consultas. Se modificó la fórmu-

la, por la que aparece del art. XII del Código, en el sentido de que "está autorizada" para absolver las consultas. Es potestativo, pues, de dicho organismo deferir o no al pedido. Si éste no se ajusta a las condiciones antes indicadas que lo hagan procedente, puede no absolver la consulta.

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.

(Continuará).