

**PRINCIPALES INCLUSIONES Y MODIFICACIONES
GENERALES Y PATRIMONIALES AL LIBRO X:
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**
**MAIN INCLUSIONS, AND GENERAL AND PROPERTY
MODIFICATIONS TO THE BOOK X:
INTERNATIONAL PRIVATE LAW**

César Delgado Barreto*
**Pontificia Universidad Católica del Perú y
Universidad San Martín de Porres**

International Private Law has gone through several changes and modifications, in step with the globalization phenomenon, for which the relations between citizens of different countries have become more frequent and complex. In that regard, it is necessary to ask how International Private Law should react to be in accordance with the new scenarios.

In this article, the author examines the general and patrimonial aspects of International Private Law that he considers must be redefined, comparing the current dispositions of the Peruvian Civil Code with international regulations and national reform projects, and introducing a modification proposal for each topic.

KEY WORDS: *International Private Law; Civil Code reform; applicable law; competent judge; party autonomy.*

El Derecho Internacional Privado ha venido sufriendo diversos cambios y modificaciones, al ritmo del fenómeno de la globalización, por el cual las relaciones entre los ciudadanos de diversos países se han ido haciendo más frecuentes y complejas. En ese sentido, es necesario preguntarse cómo debe reaccionar el Derecho Internacional Privado para estar acorde a los nuevos escenarios.

En el presente artículo, el autor hace un recorrido por los aspectos generales y patrimoniales del Derecho Internacional Privado que considera deben ser replanteados, comparando las normas del Código Civil vigentes con las normas internacionales y los proyectos de reforma nacionales, y presentando para cada tema una propuesta de modificación.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Internacional Privado; reforma del Código Civil; ley aplicable; juez competente; autonomía de la voluntad.*

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Ex Ministro de Justicia. Ex vicepresidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Ex senador de la República. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Comité Directivo del Doctorado en Derecho de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Agraria La Molina. Profesor emérito de la Universidad San Martín de Porres. Contacto: cdelgado@pucp.edu.pe

I. INTRODUCCIÓN

El libro X del Código Civil es uno de los más desconocidos por los operadores nacionales del Derecho, a pesar de que las relaciones privadas internacionales se han multiplicado aceleradamente en las últimas décadas, en la medida en que se han desarrollado en el ámbito mundial los medios de transporte y las telecomunicaciones. El hombre común, como decía Laurent, ha pasado a ser **“un ciudadano del mundo”**.

Es precisamente el estudio de **las relaciones privadas internacionales** el objeto del Derecho Internacional Privado; vale decir, el estudio de aquellas relaciones jurídicas en que uno de sus elementos esenciales —sujeto, objeto, acto u hecho jurídico— se ubica en distintos países.

Nuestra disciplina se diferencia de las otras ramas del Derecho que tienen por objeto una relación humana conocida en la mayoría de las sociedades, como es el caso de la filiación, la propiedad, el matrimonio, entre otras. El Derecho Internacional Privado no sólo está desprovisto de objeto material específico, sino que regula el funcionamiento del propio Derecho, siendo **“Derecho sobre el Derecho”**. Por esta razón, las normas conflictuales se ubican a un nivel de abstracción superior al de las reglas sustantivas de Derecho privado interno.

Nuestras normas —a diferencia de los Códigos anteriores de 1852 y 1936— no están comprendidas en el Título Preliminar del Código Civil, sino en un Libro propio —como lo pergeñó, meritoriamente, la profesora Delia Revoredo Marsano—, y consta de cuatro títulos: (i) Título I: Disposiciones Generales; (ii) Título II: Competencia Jurisdiccional; (iii) Título III: Ley aplicable; y, (iv) Título IV: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras.

En el Título I se desarrollan los **Principios Fundamentales de nuestra disciplina**. El método conflictual, no siendo el único, sigue siendo el más importante, y se caracteriza por **la disociación entre la competencia jurisdiccional y legislativa**, e implica elegir la ley material o sustantiva que debe regir una determinada re-

lación privada internacional. Esta elección se hace teniendo en cuenta la propia naturaleza jurídica de cada una de las instituciones, buscando, como decía Gierke, el **centro de gravedad** de cada relación privada internacional¹.

Si bien las grandes categorías de conexión —estatuto personal, estatuto real, estatuto de los actos y de los hechos jurídicos— se encuentran en todos los sistemas jurídicos contemporáneos, las diferencias aparecen en lo que respecta al **contenido de las respectivas categorías**, así como en la elección de los distintos **factores de conexión**. Existe una estrecha vinculación entre las normas conflictuales de cada país y sus propias normas sustantivas, así como entre las normas conflictuales y el Derecho material extranjero, lo que obliga —en la medida de lo posible— a coordinarlas para lograr la **armonía internacional de las soluciones**, que constituye una de las principales finalidades de nuestra disciplina.

Han transcurrido treinta años desde la promulgación del Código Civil de 1984, y es una necesidad sentida la inclusión de nuevas categorías, así como la modificación de determinados artículos. Sin embargo, dada la naturaleza del presente número de THĒMIS-Revista de Derecho, la cual está dedicada al análisis de todo el Código Civil, nos vemos obligados a tratar sólo los cambios esenciales en las disposiciones generales y en las relaciones patrimoniales.

II. INCLUSIONES Y MODIFICACIONES EN LAS DISPOSICIONES GENERALES

A. El conflicto de calificaciones

El Título I no contiene ninguna disposición referente a esta temática, que consiste —según Battifol y Lagarde²— en determinar según qué ley el juez debe calificar el objeto del litigio para poder determinar, posteriormente, cuál es la ley aplicable al caso *sub judice*. La mayor parte de las legislaciones que norma el problema se inclina por la *lex civilis fori*, porque calificar consiste en interpretar una regla de conflicto, y corresponde al juez de la causa hacerlo de acuerdo a su **propia ley sustantiva**.

¹ VON GIERKE, Otto. “Deutsches Privatrecht”. Berlín: Duncker & Humblot. 1895.

² BATTIFOL, Henri y Paul LAGARDE. “Droit International Privé”. París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. 1981. p. 371.

Los Códigos Civiles de 1852 y 1936 no contenían ninguna disposición al respecto. Tanto el Anteproyecto como la Propuesta Sustitutoria se inclinaron por la *lex civilis fori*, lo mismo que la Comisión Revisora. Sin embargo, cuando se promulgó el Código Civil de 1984, el artículo correspondiente fue suprimido. Tampoco las Normas Generales de Derecho Internacional Privado aprobadas en 1979 en la Segunda Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, también conocida como CIDIP II, que se dio en Montevideo, contienen norma alguna sobre la calificación, por haber predominado el criterio de la profesora Tatiana de Maeckelt³, según el cual, tratándose de la cuestión probablemente más difícil de la teoría conflictual y, no habiéndose llegado a una maduración jurisprudencial y doctrinaria sobre el tema, era mejor dar al juez una mayor libertad de acción.

No obstante, la doctrina contemporánea discrepa de esta solución, y lo que se ha hecho es, más bien, **flexibilizar** la solución, tomando como base la *lex civilis fori*, motivo por el cual proponemos la siguiente redacción al nuevo artículo:

“Para determinar la naturaleza jurídica de las relaciones vinculadas con ordenamientos extranjeros se aplicarán las calificaciones del Derecho peruano ampliadas mediante la interpretación analógica y comparativa”.

Esta redacción está de acuerdo con la tendencia de evitar fórmulas rígidas y, a su vez, proporciona al juez una orientación lo suficientemente elástica que permita interpretarla de acuerdo con el resultado que se busca⁴.

B. Conflicto de conexión: Reenvío

Una vez precisada la naturaleza jurídica del tipo legal de la regla de conflicto de acuerdo

con la calificación, es necesario proceder a la elección del factor de localización. El sistema del reenvío apareció en Francia con motivo de la jurisprudencia de la Corte de Casación, en el famoso caso Forgo⁵. La solución del conflicto según la jurisprudencia fijada en este caso puede formularse de la siguiente manera: “Cuando una regla francesa de conflicto da competencia a una regla extranjera, es necesario tener en cuenta lo que la ley extranjera comporta ella misma; vale decir, una regla de conflicto que reenvía a la ley material francesa”.

En una primera época, el reenvío suscitó las críticas y el rechazo de la inmensa mayoría de la doctrina. Sin embargo, según Larebours-Pegeonnier, “una relación internacional que interesa a dos países puede resentirse si no hay una coordinación de las reglas de conflicto”⁵. Mencionemos un ejemplo: Se trata de precisar la capacidad de un peruano domiciliado en Francia. El juez peruano aplicará la legislación francesa por estar allí domiciliado el nacional, y el juez francés aplicará por reenvío de la norma conflictual peruana su propia ley sustantiva. En consecuencia, no habrán sentencias contradictorias.

En la actualidad, la mayor parte de los autores están de acuerdo en que el reenvío se justifica en ciertas materias y debe ser descartado en otras. Nos dice Lucas⁶ que en aquellos casos en que el llamado al Derecho extranjero se hace en función de su **vocación** –estatuto personal– más que de su **contenido** –contratos– se debe admitir el reenvío.

El Código Civil rechazó de plano el reenvío, disponiendo:

Artículo 2048.-

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

³ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. “Codificaciones de Normas Generales de Derecho Internacional Privado - CIDIP II”. En: “Conferencias e Informes del Noveno Curso de Derecho Internacional Privado”. Volumen I. 1982. p.336.

⁴ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. Lima: Editorial PUCP. 2008. p. 226.

⁵ Nota del Editor: Sentencia de la Corte de Casación de Francia del 24 de junio de 1878. La disputa estuvo referida a la herencia del empresario de origen bávaro Franz Forgo, nacido en Baviera pero residente en Francia, y versó respecto a la ley aplicable en esa situación.

⁶ LAREBOURS-PEGEONNIER, Paul. “Observations Sur La Question Du Renvoi”. París: Journal de Droit International (Clunet). 1924. pp. 887 y siguientes.

⁶ LUCAS, Louis. “Vue Simplifiée Du Renvoi”. En: Revue Critique de Droit International Privé. París: Sirey. 1964. pp.1 y siguientes.

Teniendo en cuenta los argumentos contemporáneos de la doctrina, la jurisprudencia e incluso los tratados internacionales, y la legislación positiva de la mayoría de los países, nosotros proponemos la siguiente modificación:

“Los jueces aplicarán el Derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Peruano. No obstante, en lo que respecta al estado y capacidad civil de las personas, relaciones de filiación y sucesión por causa de muerte, se admitirá el reenvío que las normas de conflicto extranjera puedan hacer al ordenamiento jurídico peruano o a otro ordenamiento extranjero”.

C. Excepción de Orden Público Internacional

A tenor de lo dispuesto en el artículo 2049 del Código Civil:

“Las disposiciones de la ley extranjera pertinentes según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el Orden Público Internacional y con las buenas costumbres. Rígen, en este caso, las normas del Derecho interno peruano”.

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

A fin de evitar confusiones entre los conceptos de orden público interno –que es sinónimo de ley imperativa– y el orden público internacional, el artículo 2049 precisa que la presente excepción está referida sólo al segundo. Sin embargo, la misma expresión es equívoca porque, si bien incluye a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales que obligan jurídicamente a los Estados, también comprende a los llamados derechos propios de cada cultura, como es el caso de la monogamia y la poligamia, así como a los que salvaguardan una determinada política legislativa.

De lo expresado, fluye claramente que la inclusión de la excepción de orden público internacional es indispensable en la teoría conflictual

como **cláusula de excepción** para salvaguardar el respeto de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de foro, evitando así que, por el juego de las reglas de conflicto, se apliquen leyes extranjeras contrarias a estos principios.

También, no es menos cierto que, dado el carácter dinámico del concepto orden público, es imposible hacer referencia *a priori* a su contenido –fuera del caso de los derechos fundamentales de la persona humana. Por ello, resulta necesario precisar, en la medida de lo posible, el sentido de la excepción, no refiriéndonos a la expresión orden público internacional, ni tampoco a las buenas costumbres, que tiene su razón de ser en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, dirigido al orden público interno, pero que no se justifica en el caso del artículo 2049, el cual alude exclusivamente al orden público del Derecho Internacional Privado.

Por las razones expuestas, proponemos eliminar de la redacción de los artículos 2049 y 2050 las expresiones “orden público internacional” y “buenas costumbres”, y referirnos directamente a los **principios fundamentales** de nuestro Derecho. La matriz conceptual de esta modificación es el artículo 6 de la Ley de Aplicación del Código Civil alemán de 1986, de tal forma que el nuevo artículo debería ser redactado de la forma siguiente:

“Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con los principios fundamentales de nuestro Derecho. Rígen, en este caso, las normas del Derecho interno peruano”.

D. Conflictos en el Tiempo: Derechos adquiridos

Hasta ahora sólo nos hemos referido a los conflictos de carácter espacial; sin embargo, el factor temporal también puede intervenir en la elección del factor de conexión. No obstante, en nuestra legislación, para que un derecho adquirido en el extranjero sea respetado deben observarse las reglas conflictuales del foro, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2050 del Código Civil, el cual dispone:

“Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero compe-

tente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”.

Observamos que esta solución no es ni lógica ni justa, pues cuando el derecho fue adquirido en el extranjero no tenía ninguna vinculación con el ordenamiento jurídico nacional y, por lo tanto, su reconocimiento en el Perú no puede depender de la observancia de nuestra norma conflictual.

Para corregir posibles injusticias, el Anteproyecto elaborado por la Comisión reformadora del Libro X del Código Civil propuso la modificación siguiente del artículo 2050:

“Todo derecho regularmente adquirido al amparo de una ley extranjera tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres”.

Sin embargo, esta solución, según la cual el juez nacional prescinde de sus reglas conflictuales y reconoce todo derecho regularmente adquirido al amparo de una ley extranjera, es **excesiva**.

Según Meijers, el juez sólo debe prescindir de sus normas conflictuales si se encuentra en presencia de un hecho o de un comportamiento realizado en otro país, respecto al que **todos los sistemas conflictuales** en presencia en el momento de su cumplimiento declaran aplicable la misma ley material⁷. La concepción del jurista holandés ha pasado al artículo 21 del Convenio de la Ley Uniforme del BENE-LUX (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo), así como al artículo 7 de las Normas Generales de Derecho Internacional Privado aprobadas en la Segunda Conferencia Internacional de Derecho Privado realizada en Montevideo en 1979, que ha sido suscrita y ratificada por el Perú. A fin de homologar nuestro Derecho interno con el convenio referido, proponemos la siguiente redacción:

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

E. Normas de Aplicación Inmediata

El contexto de la actual evolución del Derecho Internacional Privado nos permite comprobar la existencia de un **pluralismo metodológico normativo**, en donde resultan tres los métodos fundamentales: **El conflictual, el sustantivista y el autolimitativo o exclusivista**, que también recibe el nombre de **Método de Aplicación Inmediata o Necesaria**.

Estas últimas reglas –según Francescakis– son de ineludible observancia y obligan a todos los que habitan en el territorio de un Estado, siendo su característica principal que no se concede relevancia jurídica alguna a los elementos extranjeros eventualmente existentes en el supuesto a regular. Su *ratio legis* es proteger determinados intereses nacionales fundamentales que deben ser preservados. Es por ello que dichas normas tienen como efecto extender la ley sustantiva del foro, eludiendo la solución contenida en una norma de conflicto⁸.

No obstante, este método debe ser utilizado restrictivamente para evitar lo que se ha venido en llamar **el imperialismo jurídico del foro**. Resalta Boggiano⁹ que, frente a las relaciones internacionales, los países necesitan, en determinadas materias, someter algún aspecto o todo al Derecho propio, en aras de proteger los intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, cuya observancia es requerida en todos los casos, sean estos nacionales o internacionales.

La Corte Internacional de Justicia de la Haya, en el caso Boll, en 1958, que enfrentó a Suecia con los Países Bajos, reconoció la existencia de normas de aplicación inmediata, las cuales prevalecen incluso frente a los tratados. Asimismo, diversas legislaciones, como es el caso de la Ley Italiana de Derecho Internacional

⁷ MEIJERS, Edward. “L’Histoire des principes fondamentaux du Droit International Privé à partir du Moyen Age Spécialement dans L’Europe Occidentale”. En: Le Recueil des cours 49. 1934. pp. 543-686.

⁸ FRANCESCAKIS, Phocon. “La Théorie du Renvoi et les Conflits de systèmes en Droit International Privé”. París: Sirey. 1958.

⁹ BOGGIANO, Antonio. “Del nuevo al viejo Derecho Internacional Privado”. Buenos Aires: Depalma. 1981. pp. 125-126.

Privado de 1995¹⁰, incorporan esta categoría de normas. Dada su importancia proponemos su inclusión en nuestro Código con la siguiente redacción:

“Las leyes peruanas de aplicación necesaria en consideración a su objeto y finalidad serán aplicadas cualquiera sea el Derecho designado por las normas conflictuales nacionales”.

F. Fraude a la ley

Los distintos proyectos de reforma del Código Civil de 1936 recogían la **excepción de fraude a la ley**, aunque con fundamentos doctrinales distintos. La Comisión Revisora, alineándose a una concepción opuesta inspirada en el Common Law, optó por no considerarla, motivo por el cual no figura en el Código Civil de 1984.

La característica de esta excepción en el Derecho Internacional Privado consiste en que la norma de conflicto de leyes es manipulada y desnaturalizada con el único propósito de eludir las disposiciones del derecho material competente.

Los argumentos esgrimidos para suprimir la excepción de fraude a la ley son, en síntesis, los siguientes:

- a) Esta excepción obliga a investigar la intención de los autores, tema que corresponde a la moral y no al Derecho. Sin embargo, esto no es válido porque el Derecho no puede prescindir de las intenciones, y no sólo en el caso del Derecho Penal, donde la diferencia entre dolo y culpa es fundamental, sino también en el Derecho Civil, que sanciona –por ejemplo– el abuso del derecho.
- b) La existencia de la excepción de orden público internacional hace innecesario incluir una nueva excepción. Esto tampoco es exacto porque el orden público internacional **protege sólo los principios fundamentales** del Derecho del foro, mas no aquellas normas imperativas que, sin ser esenciales, protegen intereses superiores, como es el caso de la legítima existente en el Civil Law mas no en el Common Law. Nosotros no tene-

mos todavía jurisprudencia al respecto; sin embargo, según la Corte Suprema española, esta institución es sólo de orden público interno, mas no de orden público internacional, de forma tal que si se elimina la excepción de fraude a la ley, todas nuestras normas imperativas –que no se consideran fundamentales– se convierten en facultativas por el juego de las reglas de conflicto, lo que es contrario a su razón de ser.

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, en su Anteproyecto, incluye en el artículo 2049 inciso a) la excepción de fraude a la ley con la siguiente redacción: “No producen efectos en el Perú las situaciones y relaciones jurídicas creadas de conformidad con una ley extranjera cuya aplicación haya sido provocada a fin de eludir fraudulentamente la ley peruana. El fraude puede ser invocado sólo por el perjudicado”.

Nosotros estamos de acuerdo, en principio, con la necesidad de esta inclusión. Sin embargo, diferimos de ella, motivo por el cual proponemos la siguiente modificación:

“No se aplicará el derecho material resultante del juego de las reglas de conflicto cuando, artificioosamente, se haya evadido la norma imperativa que, de conformidad con las normas de conflicto peruanas, deben regir las relaciones privadas internacionales. Rige, en este caso, la norma material que se hubiera tratado de eludir”.

Nuestra propuesta sanciona tanto el fraude a la ley sustantiva peruana como el fraude a la ley material extranjera, porque la norma que se infringe en ambos casos es **la norma conflictual peruana**, que es la que dispone por su carácter bilateral la aplicación de la ley material peruana o de la extranjera.

G. Adaptación

En un mismo ordenamiento jurídico, los contenidos de las diversas reglas casi siempre armonizan. Su pertenencia a un todo organizado hace que estén ligados por **lazos sistemáticos** que forman un conjunto legislativo. En cambio, el método conflictual, dado su carácter

¹⁰ Artículo 17.- Normas de aplicación necesaria:

“1. Sobre las disposiciones que siguen, se aplican preferentemente las normas italianas que, en consideración de su objeto y su fin, deben ser aplicadas, no obstante la designación de la ley extranjera.”

indirecto, conduce frecuentemente a la aplicación de normas de diversos ordenamientos jurídicos. Es normal y aceptable que la aplicación combinada de las leyes produzca un resultado de conjunto diferente del que derivaría de la aplicación integral de cada una de ellas.

Sin embargo, también puede suceder que se llegue a situaciones contradictorias e injustas que hagan necesario corregir el resultado de la aplicación de las reglas de conflicto; esta es, precisamente, la finalidad del proceso denominado **adaptación**. Raape¹¹ y Lewald¹² hicieron referencia a esta cuestión en sus respectivos cursos en la Academia de La Haya en 1934 y 1939.

Un caso clásico es el que acaece en la sucesión intestada con relación al cónyuge supérstite. Por ejemplo, un juez peruano competente –por existir bienes en el Perú– debería aplicar a la sucesión la ley sueca, por ser la ley del último domicilio del causante, y al régimen de bienes del matrimonio, la ley inglesa, que es la del primer domicilio conyugal. No obstante, en Suecia no se considera al cónyuge supérstite como heredero, pero en este país es obligatorio que los cónyuges adopten el régimen de bienes de sociedad de gananciales. Mientras que en Inglaterra, al ser obligatorio el régimen legal de separación de bienes, al cónyuge supérstite sí se le considera como heredero. Así, si una persona se casa en Inglaterra y muere posteriormente domiciliado en Suecia, al fallecer, a su cónyuge no le correspondería nada del patrimonio dejado por su esposo, lo cual no solo es injusto, sino ilógico, pues tanto en el Derecho sueco como el inglés, el cónyuge supérstite tiene derecho sobre el patrimonio del causante, en el primer caso vía liquidación de la sociedad de gananciales, y en el segundo, como heredero *stricto sensu*.

Para evitar esta contradicción, el artículo 9 de la II Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979, ratificada por el Perú, referido a la adaptación dispone: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procu-

rando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

Este artículo vincula a los países americanos que han suscrito y ratificado la mencionada convención, más no a los Estados de otros continentes, por lo que resulta conveniente su inclusión en el Código Civil.

H. Domicilio Internacional

En el Libro X, el domicilio es el factor de conexión del estatuto personal; sin embargo, no se incluye ningún artículo que defina el “**domicilio internacional**”. Es por esta razón que, en la propuesta de reforma del Código Civil del 11 de abril del 2006, se propone la inclusión de un nuevo artículo, el cual tiene el siguiente tenor:

- “1. El domicilio internacional se constituye según las reglas de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privada sobre Domicilio.
2. Sólo se pierde un domicilio internacional cuando se ha adquirido uno nuevo”.

En la Exposición de Motivos se expresa que, a fin de guardar uniformidad y coherencia, se propone que las disposiciones sobre el domicilio internacional en el Código Civil sean iguales a las reglas que el Perú ha aceptado en el Derecho Convencional, es decir, en los tratados que ha suscrito y ratificado; en este caso, la Segunda Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado aprobada en 1979 y ratificada por el Perú.

Si bien la solución es heterodoxa, teniendo en cuenta que la Comisión Redactora suprimió los artículos sobre domicilio internacional contemplados en el Anteproyecto y en la Comisión Revisora por considerarlos reiterativos, al ya haber sido mencionados en el Título IV del Libro I del Código Civil, la solución propuesta es necesaria, pues viene a llenar un vacío.

¹¹ RAAPE, Leo. “Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du Droit International Privé”. En: Le Recueil des cours 50. 1934. pp. 401-544.

¹² LEWALD, Hans. “La théorie du renvoi”. En: Le Recueil des cours 29. 1929. pp. 515-620.

I. Cuestión Previa

Estamos en presencia de una **cuestión previa** cuando, en una relación privada internacional, solucionarla implica resolver una cuestión incidental, para lo cual se debe determinar el Derecho aplicable a la misma, pues de su solución depende cómo se resolverá la cuestión principal.

El Título I del Libro X no contiene ningún artículo sobre esta temática. En el Anteproyecto de la Comisión Reformadora se incluye el artículo 2056 a) con la redacción siguiente: “Cuando en un proceso se suscite una cuestión que debe der resuelta antes que la cuestión principal, se aplicará a ella la ley pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado”.

Ya la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 –ratificada por el Perú– en su artículo 8 trata el tema con el siguiente tenor: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última”.

La solución de la Convención Interamericana es la que está más de acuerdo con la orientación contemporánea de defensa de los **“derechos adquiridos”**, para lo cual adopta una solución flexible, tomando como base la *lex formalis causae*, es decir, la del sistema al cual pertenece la ley que rige la cuestión principal.

Sin embargo, nosotros consideramos que, si bien es necesario mantener la solución flexible, el punto de partida debe ser la *lex formalis fori* –o sea, la ley conflictual del juez– por resultar más congruente con el principio de la independencia de las normas conflictuales, motivo por el cual proponemos la siguiente redacción modificatoria:

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

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

III. PRINCIPALES INCLUSIONES Y MODIFICACIONES EN MATERIA PATRIMONIAL

A. Límites a la autonomía de la voluntad (artículo 2096)

Si bien es un hecho que la posición predominante en el mundo actual es la de admitir la autonomía de la voluntad en materia contractual, también lo es que el ámbito dentro del cual las partes pueden elegir la ley y el foro está delimitado siempre en forma más o menos estricta. Esta tendencia se percibe no sólo en la doctrina y en la jurisprudencia, sino también en importantes convenciones, como la de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de la Comunidad Económica Europea, o la de La Haya de 1986, sobre ley aplicable a los contratos de compraventa de mercancías, y la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, llevada a cabo en México.

Sin embargo, nuestro Código Civil referido a esta temática expresa:

Artículo 2096.-

“La Ley competente de conformidad con el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad”.

La profesora Revoredo Marsano, al hacer el comentario del artículo 2096, reproduce el argumento de Von Bar¹³, según el cual la posibilidad de elección de las partes requiere siempre de una ley previa que, a la vez de facultar, también determina sus límites, concluyendo que la imperatividad de las normas no debe corresponder de manera exclusiva a la legislación elegida por los contratantes, sino que estos deberán observar **acumulativamente** las normas imperativas del foro, así como las contenidas en el Derecho elegido.

Coincidimos con la crítica referida; asimismo, la Convención Interamericana sobre Contratos Internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada sobre Derecho In-

¹³ REVOREDO MARSANO DE DEBAKEY, Delia. “Código Civil: Exposición de motivos y comentarios”. Lima: Diagramación E.I.B.M. 1985.

ternacional Privado, también llamada CIDIP V, llevada a cabo en México en 1994, dispone en su artículo 11: “No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicará necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro cuando lo considere pertinente aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.

Discrepamos de este artículo en lo referente a que el límite a la autonomía de la voluntad sean las normas imperativas del foro o de otro Estado vinculado estrechamente al contrato, porque hay que tener en cuenta que se trata de contratos internacionales, motivo por el cual los límites sólo deben ser los que disponen las **normas internacionalmente imperativas**, vale decir, las de aplicación necesaria. En consecuencia, proponemos la siguiente modificación:

“La ley competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095 determina las normas imperativas aplicables y los límites a la autonomía de la voluntad de las partes. Se aplicarán necesariamente las disposiciones del Derecho del Foro cuando tengan carácter internacionalmente imperativas.

Será discreción del foro cuando lo considere pertinente aplicar las disposiciones internacionalmente imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.

B. Responsabilidad extracontractual (artículo 2097)

La diversidad de los tipos de obligaciones extracontractuales admitidos en las distintas legislaciones hace difícil su estudio en el Derecho Internacional Privado. Desde los glosadores de la Edad Media, no sólo los delitos están sometidos a la ley del lugar en el cual se han cometido, *lex loci delicti commissi*, sino todos los hechos jurídicos.

Esta solución se ha mantenido como principio, pero se ha visto necesario **flexibilizarla**, utilizando para este fin diversos caminos. Uno ha sido la elección de una **conexión subsidiaria general**. Tal es el caso de Ley Federal de Austria de 1978, cuyo artículo 48, manteniendo el

principio de la *lex loci delicti commissi*, establece que si existiese para las partes un vínculo más fuerte con el Derecho de otro sólo y mismo Estado, este Derecho será el aplicado.

Nuestro Código Civil, en su artículo 2097, introduce como novedad la **responsabilidad por omisión**; sin embargo, no ha **flexibilizado** la conexión clásica, quedando redactada de la forma siguiente:

“La responsabilidad extracontractual se regula por la ley del país donde se realice la principal actividad originaria del perjuicio. En caso de responsabilidad por omisión, es aplicable la ley del lugar donde el presunto responsable debió haber actuado. Si la ley del lugar donde se produjo el perjuicio considera responsable al agente, pero no la ley del lugar donde se produjo la actividad u omisión que provocó el perjuicio, es aplicable la primera ley, si el agente debió prever la producción del daño en dicho lugar como consecuencia de su acto u omisión”¹⁴.

Si bien consideramos conveniente la inclusión de la responsabilidad por omisión en el texto legal, somos de la opinión que, siguiendo la corriente contemporánea, se debe flexibilizar la regla tomando como matriz el artículo 48 de la Ley Federal de Austria —a la cual ya hemos hecho referencia—, motivo por el cual proponemos la siguiente redacción:

“La responsabilidad extracontractual se regula por la ley del país donde se realice la principal actividad u omisión que origina el perjuicio. No obstante, si existiese para las partes un vínculo más estrecho con el Derecho de otro y mismo Estado, será aplicado este Derecho.

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

C. Prescripción extintiva de acciones personales (artículo 2099) e inclusión de un nuevo artículo sobre caducidad

Sobre la naturaleza jurídica de la prescripción extintiva de acciones personales, existen dos

¹⁴ Este artículo se inspiró en el artículo 45 del Código Civil portugués de 1966.

concepciones: Para el Derecho peruano y el Common Law, la prescripción es una **excepción que extingue la acción, mas no el derecho mismo**; mientras que, para el Derecho alemán, la prescripción **extingue el derecho mismo**.

La consecuencia de estos dos planteamientos en el Derecho Internacional Privado es que, mientras en el caso del Derecho peruano la ley aplicable debería ser la *lex fori* por ser la prescripción una excepción, para el Derecho alemán, por tratarse de un asunto sustantivo y no de procedimiento, la ley aplicable es la misma ley que regula la obligación que se va a extinguir.

Nuestro Código Civil, en el artículo 1989 dispone: “La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo”, motivo por el cual, para conservar la sistemática del mismo Código Civil, es necesaria la modificación del artículo 2099 disponiendo:

“La prescripción extintiva de acciones personales derivadas de obligaciones patrimoniales se rige por la *lex fori*”.

Asimismo, consideramos que es necesario incluir un nuevo artículo sobre la ley aplicable a la caducidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2003 de nuestro Código Civil: “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”. El nuevo artículo conflictual tendría la redacción siguiente:

“La caducidad de acciones personales derivadas de obligaciones patrimoniales se rige por la ley que regula la obligación que se va a extinguir.”

D. Competencia en acciones sobre universalidad de bienes en caso de concurso (artículo 2061)

Nuestro Código Civil busca preservar el tratamiento jurídico unitario que debe tener toda universalidad de bienes, ya que resultaría perjudicial la separación entre el foro y la ley que regula dicha universalidad. Podríamos en-

contrarnos en el escenario de tener una pluralidad de foros competentes que aplicarían su norma interna para regular cada uno de los bienes que la integran, lo que deformaría el sentido de la universalidad jurídica que se pretende normar. Así, nuestra norma ha establecido la inversión del método conflictual, de modo que el juez peruano será competente cuando el Derecho aplicable a dicha universalidad resulte ser la ley peruana¹⁵.

En este sentido, de los artículos 2057 y 2061 del Código Civil se desprenden tres supuestos. El primero corresponde a la competencia de los tribunales peruanos respecto de acciones relativas a la universalidad de bienes contra personas domiciliadas en el Perú. El segundo supuesto está referido al caso de las acciones contra personas no domiciliadas en el Perú. Se establece aquí la inversión del método conflictual; es decir, se analiza primero si conforme a nuestras normas de atribución el Derecho material peruano es el aplicable, en cuyo caso nuestros tribunales serán competentes. Finalmente, se establece una excepción para el caso del concurso: El juez peruano será competente para conocer de acciones relativas al patrimonio del concursado respecto de los bienes que se encuentran en el Perú, pese a que estos pertenecen a una universalidad.

Cabe señalar que la acción de insolvencia es una acción de universalidad de bienes; sin embargo, aquí no puede operar la inversión del método conflictual que se plantea en el artículo 2061, ya que la institución del concurso tiene una **naturaleza altamente procesal**, el *jus* viene determinado por el *fórum*. En este sentido, la licenciada Tullume¹⁶, siguiendo al Reglamento Europeo de Insolvencia, considera conveniente que el concurso debe regirse por la siguiente norma: “El procedimiento concursal estará sometido al Derecho del Estado de apertura de dicho procedimiento” —el cual coincide con el centro de negocios del deudor. Esto permite que coincida el *fórum* y el *jus*.

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, en su Anteproyecto, incluye el artículo 2061 sugiriendo la siguiente redacción:

¹⁵ REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Op. cit.

¹⁶ TULLUME CARRIÓN, Giovanna Elizabeth. “La inobservancia del concurso en su dimensión internacional y la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico peruano: Una aproximación al Derecho Internacional Privado para un marco normativo adecuado”. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho PUCP. Lima. 2013. pp. 295-296.

- “1. Las autoridades judiciales peruanas y, en su caso, las administrativas tienen competencia para conocer las acciones relativas a patrimonios o a concursos de las personas domiciliadas en el Perú.
2. Tratándose de personas domiciliadas en el extranjero, las autoridades peruanas son competentes sólo si la ley peruana es aplicable de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado.
3. No obstante, siempre se respetará la competencia peruana para conocer acciones relativas al declarado en concurso en el extranjero, respecto de los bienes situados en el Perú, aunque la ley peruana no sea la aplicable, y sin perjuicio de los dispuesto en el Título IV de este libro”.

Esta modificación permite una mejor interpretación del artículo 2061 e incluye como competente para el asunto de universalidad de bienes a las autoridades administrativas, que en el Perú es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual [en adelante, Indecopi].

Estamos de acuerdo con la modificación con algunas salvedades. Considerando que en el concurso no es posible la inversión del método conflictual, la norma debería excluirla, quedando redactado de la siguiente manera:

- “2. Tratándose de personas domiciliadas en el extranjero, **a excepción del declarado en concurso**, las autoridades peruanas son competentes solo si la ley peruana es aplicable de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado”.

Y, en caso que se adoptara la norma conflictual sugerida para el concurso, el inciso 3 debería quedar redactado del modo siguiente:

- “3. No obstante, siempre se respetara la competencia peruana para conocer acciones relativas al declarado en concurso en el extranjero, respecto de los bienes situados en el Perú, aunque la ley peruana no sea, **en principio**, la aplicable, y sin perjuicio de los dispuesto en el Título IV de este libro”¹⁷.

E. Reconocimiento de la sentencia extranjera en materia de concurso (artículo 2105)

El artículo 2105 del Código Civil expone una posición clara sobre las tres cuestiones principales a discutirse en el concurso internacional que –según Goldschmidt¹⁸– son: (i) La territorialidad o extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra; (ii) la unidad o pluralidad de los juicios de quiebra; y, (iii) la unidad o pluralidad de la masa.

Respecto a la primera, el presente artículo reconoce la universalidad del hecho generador del concurso. Sin embargo, la declaración del concurso por un tribunal extranjero sólo podrá surtir sus efectos en el Perú después del reconocimiento de dicha sentencia, es decir, luego del procedimiento de *exequátur* –artículo 2104.

En relación con la segunda cuestión, se ha elegido establecer un sistema de pluralidad de juicios para el caso del concurso internacional, pese a que el Tratado de Montevideo de 1889 y el Código Bustamante de 1928, ratificados por el Perú, tienden a la unidad del juicio de quiebra. En este procedimiento, la competencia del juez viene derivada de la ubicación de los bienes del concursado en el territorio peruano, por lo que debe ser considerado un procedimiento secundario.

Finalmente, se ha preferido adoptar el criterio de pluralidad de la masa del concurso. Así, el artículo 2105 señala que los bienes que se encuentren en el país servirán para satisfacer primero a los acreedores locales y las acreencias inscritas en el Perú.

De otro lado, el artículo 2105 presenta términos y conceptos desfasados en el tratamiento del concurso internacional, debido a que, cuando se promulgó el Código Civil de 1984, aún se encontraba vigente la Ley Procesal de Quiebras de 1932.

En este sentido, la Comisión Reformadora del Código Civil, en su Anteproyecto, sugiere la modificación siguiente:

- “1. Tratándose de bienes situados en el Perú, el reconocimiento de una senten-

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Werner. “Derecho Internacional Privado”. Buenos Aires: Lexis-Nexis Depalma. 1999. pp. 514-519.

cia extranjera de declaración de concurso debe cumplir con los requisitos generales de reconocimiento de sentencias extranjeras. Una vez que dicho trámite haya concluido, la autoridad judicial ordenará a la autoridad correspondiente para que proceda de acuerdo a lo establecido en la ley peruana en cuanto a la formación y desarrollo del concurso, y graduación de créditos, satisfaciendo los derechos de los titulares de acreencias inscritas en el Perú.

2. Si no hay acreencias inscritas en el Perú o existiendo ellas han sido satisfechas y resultara un saldo positivo, la gestión del patrimonio remanente en el Perú quedará a cargo del administrador del concurso en el extranjero, previo *exequátur* ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero. Con dicha actuación cesa la competencia de las autoridades peruanas”.

Esta modificación no cambia en forma sustancial la postura del Código Civil respecto al concurso internacional. Se propone una variación del término “quiebra” por “concurso”, que es más adecuado porque la quiebra sugiere que el deudor sea sometido sólo a un procedimiento de liquidación. Además, se adhiere el término “auto declarativo” de la apertura del concurso, para hacer referencia a las decisiones de las autoridades administrativas que dirigen el concurso en algunos países. Asimismo, deja explícito que, tratándose de bienes en el Perú, la sentencia extranjera que declara el concurso debe pasar por el procedimiento de *exequátur* para su reconocimiento en nuestro país. Y se excluye del artículo la facultad de dictar medidas preventivas por el juez que conoce del reconocimiento de una sentencia extranjera de concurso.

Al respecto, señala la licenciada Tullume¹⁹ que no es conveniente restarle facultades al juez que conoce del reconocimiento de la sentencia extranjera de concurso, puesto que en el concurso una actuación rápida del juez evita-

rá el traslado o reducción del patrimonio del concursado. Asimismo, la referida autora considera que mencionar que la norma concursal peruana es aplicable para este procedimiento no es necesario, ya que al indicar que se ordenará a la autoridad administrativa, Indecopi, abrir el procedimiento concursal, se entiende que ésta aplicará la norma concursal nacional, al no encontrar una disposición especial para el caso. Por último, expresa que mantener la discriminación respecto de los acreedores o créditos extranjeros en favor de los nacionales atenta contra el principio de colectividad y constituye un obstáculo para la cooperación entre los tribunales que se encuentran implicados en el procedimiento concursal a un mismo deudor.

En el ámbito internacional, las más modernas legislaciones en el tema de insolvencia –la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Reglamento Europeo de Insolvencia– han dejado de lado esta discriminación a favor de los nacionales, poniendo énfasis en una administración conjunta del patrimonio del concursado, de modo que se pueda elegir el procedimiento que brinde un mayor rentabilidad de la masa concursal y se logre una distribución equitativa entre los acreedores.

La licenciada Tullume²⁰ considera que una modificación del artículo 2105 debería efectuarse en los términos siguientes:

“El tribunal peruano que conoce de un auto o sentencia extranjera que declara la apertura del concurso, puede dictar las medidas preventivas pertinentes desde la presentación de la solicitud de reconocimiento.

El auto o sentencia extranjera que declara la apertura del concurso será reconocido en el Perú previo procedimiento de *exequátur*; concluido dicho trámite, la autoridad judicial ordenará a la autoridad administrativa para que proceda a la apertura de un procedimiento secundario respecto al patrimonio del deudor localizado en el territorio nacional. (...)”.

¹⁹ TULLUME CARRIÓN, Giovanna Elizabeth. Op. cit. pp. 303-306.

²⁰ Ibid. p. 334.