

COMENTARIOS AL LIBRO X DEL CÓDIGO CIVIL

El trabajo que presentamos a continuación se inscribe dentro de la serie de los que, con motivo de la revisión integral del Código Civil para su posterior reforma, se han hecho sobre casi todos los libros de este importante cuerpo de leyes.

En esta oportunidad, es materia de análisis el derecho internacional privado, y las propuestas de reforma que formula la autora se orientan hacia la protección del orden público y el perfeccionamiento de la determinación de las normas sobre el factor de conexión, principal elemento de aplicación de las denominadas *normas de conflicto*.

Delia Revoredo de Mur

Miembro del Tribunal Constitucional
ex-directora de la Academia de la Magistratura

En el presente trabajo me ocuparé de plantear algunas de las modificaciones al libro X del Código Civil que considero necesarias, referentes todas al tema de derecho internacional privado.

Otros cambios, que también considero pertinentes, tales como la supresión del artículo 2096 y la incorporación de la regulación del acto jurídico en general, serán desarrollados en otra oportunidad.

Recordaré primeramente la génesis del libro X, para luego analizar, de manera especial, algunos artículos que —en mi opinión— deben ser modificados, incorporados o suprimidos.

1. GÉNESIS DEL LIBRO X

Como expresara en la exposición de motivos del libro X en la obra "*Código Civil, concordancias, exposición de motivos y comentarios*",¹ tal vez la disciplina que presenta mayores modificaciones en el nuevo Código Civil respecto al de 1936, sea la de derecho internacional privado.

Las modificaciones obedecen, en general, a una decidida intención del legislador de difundir el conocimiento y la aplicación de las normas de derecho internacional privado, también denominadas normas "de conflicto" o "conflictuales".

Decía en la exposición de motivos que, en lo que al Perú respecta, sin dejar de reconocerlo orgullosamente como país propugnador e iniciador del primer congreso de derecho internacional privado en el mundo (1877) y como activo participante en las conferencias y convenciones encaminadas a unificar en tratados internacionales las reglas conflictuales de los países latinoamericanos, debemos también aceptar que, desde el punto de vista del derecho internacional privado nacional, la realidad peruana venía perdiendo su posición de vanguardia.

En esta rama del derecho, con pocas —aunque notables— excepciones, predominaba tanto en el ámbito judicial como en el profesional, un desconocimiento casi generalizado sobre los fundamentos, las normas y el método de aplicación del derecho internacional privado. Como consecuencia, eran muy frecuentes los casos en que la Corte Suprema de la República declaraba nulos procesos sobre relaciones internacionales, por haberse desarrollado dichos procesos al margen de las normas de derecho internacional privado.

Esta situación debía cambiar y la reforma del Código Civil brindó una excelente oportunidad para ello.

Las reglas de derecho internacional privado que aparecen en el libro X han sido fruto de una larga y cuidadosa depuración de opiniones legislativas tomadas frente a varios anteproyectos y proyectos preparados a lo largo de diecinueve años por diferentes especialistas.

¹ Código Civil: Compiladora Delia Revoredo, 1985.

Constituyen antecedentes inmediatos del libro X del Código Civil de 1984, el título preliminar del Código Civil de 1936; el Código de Procedimientos Civiles peruano, el proyecto de Código Civil de la comisión revisora de febrero de 1984 y las fuentes de éste, a saber, el proyecto de ley de normas venezolano de 1965, el primer proyecto de la comisión reformadora (1974) aprobado en base al anteproyecto del Dr. Jorge Vega García; mi propuesta ante la comisión reformadora (1981) y el criterio del Dr. Roberto Mac Lean Ugarteche.

En efecto, la comisión reformadora, en base a un anteproyecto del Dr. Jorge Vega García, tenía ya preparado antes de 1967 un proyecto de título preliminar del Código Civil, en cuyo capítulo II se consignaban 46 artículos de derecho internacional privado.

Infelizmente, el Dr. Jorge Vega García falleció antes de poder fundamentar su articulado por escrito y también con anterioridad a las aprobaciones de la nueva Constitución del Estado y de los numerosos tratados de derecho internacional privado aprobados posteriormente por el Perú y contenidos en las conferencias interamericanas especializadas de Panamá en 1975 y de Montevideo de 1979.

Con la finalidad, entonces, de actualizar y coordinar el proyecto del título preliminar a estos tratados y a la nueva Constitución, la comisión reformadora solicitó mi asesoría, la misma que se tradujo en una propuesta de título preliminar de 87 artículos, 77 de los cuales, distribuidos en cuatro capítulos, eran de derecho internacional privado.

Esta propuesta y la del Dr. Vega García (proyecto original de la comisión) pasaron, por acuerdo de la comisión reformadora, al ilustrado criterio del Dr. Roberto Mac Lean Ugarteche quien, de acuerdo con las instrucciones del presidente de la reformadora, trató en lo posible que permaneciera intacto el texto del Dr. Vega García (que ya había sido aprobado por la comisión) y presentó luego un articulado que fue el que, en definitiva, acogió la comisión reformadora y presentó al Congreso en 1981 (segundo proyecto de la comisión reformadora). Posteriormente, la comisión revisora modificó y suprimió algunas de las disposiciones del proyecto de la reformadora, e incorporó otras, apareciendo en el diario oficial El peruano, en febrero de 1984, ya como libro X del Código Civil, 75 preceptos de derecho internacional privado, distribuidos también en cuatro partes (títulos).

Sorpresivamente, sin embargo, al publicarse el Código Civil en julio del mismo año de 1984, se observó que el proyecto de la comisión revisora al que nos hemos referido **había sido sustancialmente modificado** en los últimos meses, con nuevas e importantes, aunque no siempre acertadas, modificaciones y supresiones. No se cuenta hasta la fecha con explicación o exposición de motivos respecto a estas últimas y sorpresivas modificaciones de la comisión revisora.

2. MODIFICACIONES PROPUESTAS

En cuanto a los artículos que, en mi opinión, deben ser modificados tenemos dentro del título primero del libro X al:

Artículo 2049. - Este dispositivo señala a la letra:

"Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de derecho internacional privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.

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

El artículo transcrito se refiere a la excepción llamada de orden público, en virtud de la cual no se aplica la ley extranjera señalada por el derecho internacional privado peruano.

Considero, en primer lugar, que también debe incluir-

se en el mismo artículo la excepción llamada de "fraude a la ley", ya que si la ley extranjera que debe aplicarse fue conseguida con fraude a la ley peruana, su aplicación debe ser excluida, de igual manera como ocurre con la excepción del orden público internacional.

Cierto es que el fraude a la ley no se encuentra regulado en el libro X. Sin embargo, opino que debe regularse. El artículo presentado por la comisión reformadora en su proyecto, que sancionaba el fraude a la ley en concordancia con nuestros principios y nuestra jurisprudencia, debe ser incluido en el texto del libro X. Las razones que fundamentan esta opinión se dan más adelante, al tratar de los artículos nuevos que deben incorporarse al Código Civil.

En cuanto al último párrafo del artículo 2049 que ordena aplicar en lugar de la ley extranjera las normas de derecho interno peruano, pensamos que debe también ser modificado.

En efecto, no se ve con claridad qué título tiene el derecho interno peruano para sustituir al derecho extranjero declarado aplicable por la norma conflictual peruana, salvo el título de ser el derecho evadido en el caso de fraude a la ley y de ser el derecho vulnerado en el caso del orden público, títulos que me parecen insuficientes para sustituir a la ley extranjera.

Propongo, en cambio, que en los casos de transgresión al orden público internacional y de fraude a la ley peruana el juez aplique las normas del derecho que considere más apropiadas al caso concreto, en virtud de sus particulares conexiones.

El texto del artículo 2049 sería en consecuencia:

"Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de derecho internacional privado sólo serán excluidas cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres, o haya mediado fraude a la ley peruana.

Rigen en estos casos las normas pertinentes del derecho más vinculado a la relación jurídica."

Artículo 2050. - El artículo 2050 se refiere a los derechos adquiridos y dispone:

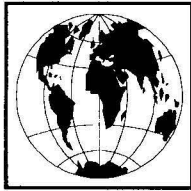
"Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de derecho internacional privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres."

La doctrina peruana ha comentado extensamente este artículo en los once años de vigencia del Código Civil.

Ha llamado, sobre todo, la atención el hecho que, para reconocer en el Perú a un derecho regularmente adquirido en el extranjero, sea requisito que el ordenamiento extranjero a cuyo amparo nació el derecho subjetivo, sea necesariamente el declarado competente por las normas de derecho internacional privado peruanas.

Al respecto y comentando este artículo, los hermanos María del Carmen y Javier Tovar Gil explican que no entienden porqué tiene que ser el derecho internacional privado del Perú el que deba señalar en sus normas de conflicto cuál es el derecho interno competente para que nazcan y sean reconocidos todos los derechos subjetivos en el extranjero.

Transcribo, para mejor claridad el comentario de los hermanos Tovar Gil:



A) El sentido positivo del artículo 2050

El artículo transcrito no se refiere al problema propio del conflicto de leyes vinculados con un caso concreto en virtud del cual un juez debe resolver una pretensión jurídica, sino, más bien, a los efectos de derechos y situaciones jurídicas preexistentes creadas al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, y su eficacia en el Perú.

De acuerdo con el artículo que estudiamos la suma de tres elementos producen como consecuencia jurídica el reconocimiento y eficacia del derecho en el Perú.

Estos tres elementos son los siguientes:

- a) Que el derecho haya sido regularmente creado al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, es decir, que sea válido de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico bajo cuyo amparo nació.
- b) Que el ordenamiento jurídico al amparo del cual haya sido creado el derecho sea el competente de acuerdo a la norma de conflicto peruana.
- c) Que el derecho no sea contrario al orden público internacional peruano.

Todo derecho subjetivo que cumpla con los tres presupuestos que acabamos de enumerar goza de plena eficacia en el Perú y, por tanto, deben ser reconocidos sus efectos por cualquier juez, tribunal, notario o funcionario, que desde su actividad específica le toque analizar el derecho de que se trate.

B) El sentido negativo del artículo 2050

Lo dicho hasta aquí fluye con claridad del texto mismo del artículo; existe sin embargo un aspecto de la norma que no lo es tanto. Nos referimos a los derechos subjetivos o adquiridos que no cumplan estrictamente con alguno de los presupuestos a los que nos hemos referido.

Los presupuestos a) y c) no dejan lugar a dudas: cualquier derecho subjetivo creado en contradicción del ordenamiento jurídico bajo cuyo amparo nació no puede gozar de reconocimiento internacional; lo mismo podemos decir de aquellos efectos de un acto jurídico que resulten contrarios al orden público internacional peruano: ellos no tienen eficacia posible en el Perú. No es tan clara, sin embargo, la situación del presupuesto b). La exigencia que el ordenamiento bajo cuyo amparo se creó el derecho sea aquel designado como competente por la norma de conflicto peruana.

Veamos un ejemplo imaginario:

Juan y María, nacionales del país X, cuyo ordenamiento jurídico contiene disposiciones persecutorias de sus nacionales en materia de forma de celebración del matrimonio —que, de acuerdo con sus normas, debe celebrarse adoptando una forma religiosa determinada—, contraen matrimonio en el país Y utilizando la forma religiosa prevista en su ley nacional común. Por su lado, la norma de conflicto del país Y dispone que cuando exista nacionalidad común entre los contrayentes será aplicable la ley de la nacionalidad común.

Una vez casados la pareja registra su matrimonio en el país Y, en virtud de la aludida norma de conflicto. El matrimonio es válido en el país Y como en el X.

Juan, por determinados motivos, abandona el hogar conyugal y establece su domicilio en el Perú; María se traslada a Lima donde interpone una demanda por alimentos, basada —como es lógico— en su calidad de cónyuge de Juan. Si aceptamos ciegamente el presupuesto b) al que nos hemos referido, el juez peruano al examinar la cuestión preliminar que supone el análisis de la calidad de cónyuge de María, podría en virtud del derecho interno del país Y, competente de acuerdo a la norma de conflicto peruana que, para la forma, establece la competencia de la ley del lugar de celebración, negar a María eficacia a los derechos derivados del matrimonio, por cuanto el derecho interno del país Y sólo prevé la forma civil de matrimonio.

Resultaría pues que los efectos de un acto jurídico en cuya creación estuvieron involucrados los ordenamientos jurídicos de los países X e Y, sin ninguna vinculación con el Perú, serían desconocidos por aplicación de la norma de conflicto peruana.

La aparente solución dada por el presupuesto b) no lleva a una situación difícilmente aceptable para el jurista. ¿Cómo podría ser posible que quien siempre tuvo la calidad de cónyuge para los ordenamientos jurídicos vinculados resulte no siéndolo, en virtud de un simple desplazamiento a un tercer país, en nuestro ejemplo, el Perú?

La posición expuesta se basa en que del artículo 2050 se desprende un efecto negativo cuya conclusión podríamos enunciar más o menos así:

Si el derecho subjetivo o adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero no cumple los tres requisitos previstos en el artículo, entonces no se le reconocerá en ningún caso eficacia en el Perú.

Detrás de este enunciado se esconde una variable del argumento *contrario sensu* que, partiendo de una norma de carácter positivo o afirmativo, establece una conclusión de carácter negativo que podríamos inclusive calificar de prohibición: la prohibición de reconocer eficacia a derechos que no cumplan estrictamente con los presupuestos de la norma. Ello no es necesariamente así. Nótese que el artículo 2050 no emplea fórmulas tales como «solamente serán reconocidos...» o «son requisitos para la eficacia...»: se limita a una afirmación de cuáles derechos serán necesariamente reconocidos por el derecho peruano, lo que no implica que otros no pueden serlo, sino solamente que esos otros no lo serán compulsivamente, pues no lo ordena así el artículo 2050.

En nuestra opinión, el argumento *contrario sensu* aplicado al caso concreto nos llevaría a una conclusión errada, pues no encierra el artículo 2050 una norma jurídica de cuyo contenido pueda deducirse una consecuencia jurídica de carácter negativo, una prohibición, que en nuestro concepto debe siempre o ser expresa o ser muy clara, si no se trata de una norma jurídica cuya consecuencia jurídica es de carácter estrictamente positivo y que se limita a establecer los derechos que necesariamente serán reconocidos como eficaces por el juez peruano.

C) Posibilidad de reconocimiento de derechos adquiridos que no cumplan los tres presupuestos del artículo 2050

Hemos ya descartado el argumento *contrario sensu* del análisis del artículo 2050; ello, sin embargo, no agota el tema, sino solamente lo coloca en su correcto lugar.

la consecuencia jurídica de la norma contenida en el art. 2050º, es de carácter estrictamente positivo

Las razones para sostener que sólo los derechos adquiridos al amparo de un ordenamiento jurídico previsto como competente por la norma conflictual peruana tienen eficacia en el Perú son diferentes al que nos hemos referido en el punto que antecede y no dejan de tener una notable solidez conceptual. Intentaremos presentarlos brevemente:

- a) No tiene sentido aplicar soluciones distintas al conflicto de leyes y al problema de los derechos adquiridos, hacerlo implicaría introducir un elemento de contradicción e incoherencia en la estructura del libro X. Podría resultar que la solución de un asunto concreto fuera diferente dependiendo si se presenta como cuestión previa o cuestión principal.
- b) Admitir la posibilidad de reconocer efectos a derechos creados al amparo de un ordenamiento jurídico incompetente de acuerdo a la norma de conflicto peruana, podría esconder una modalidad de reenvío, figura no reconocida por el derecho internacional privado del Perú.

Ciertamente la posición de examinar el derecho adquirido conforme a lo dispuesto por la norma de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico es lo más recomendable como regla general, pues ello le da coherencia al sistema de derecho internacional privado peruano; a pesar de ello somos de la opinión, ante la inexistencia de norma que lo prohíba, de admitir excepcionalmente la eficacia de derechos adquiridos al amparo de ordenamientos jurídicos diferentes del previsto por la norma de conflicto peruana, especialmente cuando se trate de derechos constituidos válidamente en un país extranjero que, al momento de su creación, no tuviera vinculación alguna con nuestro ordenamiento jurídico.

Lo contrario podría llevarnos a soluciones lógicamente perfectas pero injustamente absurdas. Como bien señala el profesor español Miaja de la Muela al comentar la aplicación de las normas de conflicto del foro para el examen de los derechos adquiridos:

«Aunque la solución expuesta sea la de mayor conciencia lógica, y seguramente la que todo tribunal tiende naturalmente a aplicar, resultaría en un aspecto humano mucho más satisfactorio el que, en todo caso, el derecho adquirido válidamente en otro país se viese reconocido aunque hubiese sido imposible su constitución según las reglas de derecho material a que remiten las normas de conflicto del foro.»

Un argumento histórico puede reforzar nuestra posición.

El artículo XX del título preliminar del proyecto de la comisión reformadora, referido a la cuestión preliminar y suprimido del texto final del código, establecía que la cuestión previa no se resolvería necesariamente aplicando la misma ley competente para conocer de la cuestión principal, sino que se estaría a lo determinado por el juez con criterio de justicia y equidad. Esta norma ya coexistía con un artículo idéntico al 2050 que estudiamos, lo que permite suponer que, por lo menos en su concepción original, no necesariamente debe declararse ineficaz un derecho adquirido por el solo hecho de no haber sido creado al amparo del ordenamiento designado por la norma de conflicto peruana, pues este artículo no es incompatible con la aplicación de una norma de conflicto distinta.²

A fin de evitar una interpretación forzada del artículo 2050 encontramos preferible modificar el texto de la siguiente manera:

“Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según los principios de derecho internacional privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres.”

² Tovar Gil, Carmen y Javier: Derecho internacional privado. Cultural Cuzco. Lima, 1987, pág. 106 y ss.

3.1. Fraude a la ley peruana

Dentro del primer título creo conveniente incorporar la regulación del fraude a la ley, con el siguiente texto:

“No se aplicará el derecho extranjero cuando artificialmente se haya evadido los principios fundamentales del derecho peruano.

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

La comisión revisora decidió suprimir el artículo que en el proyecto de la comisión reformadora, regulaba así el fraude a la ley.

Insisto en recomendar la incorporación del fraude a la ley como institución, en concordancia a la *convención interamericana de derecho internacional privado sobre normas generales*, ratificada por el Perú, que en su artículo 6 reconoce y regula el fraude a la ley.

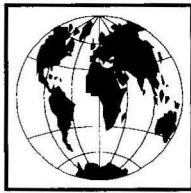
Tradicionalmente, desde el conocido caso Beaufremont-Bibesco, la excepción de fraude a la ley ha dado lugar a dos posiciones opuestas, tanto en el ámbito legislativo como en el doctrinario.

Por un lado, varios textos legislativos, tales como el proyecto de ley de normas venezolano, el Código Civil peruano de 1936 y el Código portugués, y connotados tratadistas –entre ellos el profesor uruguayo Quintín Alfonsín– se oponen a su consagración legislativa. Argumentan en respaldo a su posición, que el fraude a la ley no es verdaderamente tal, pues los interesados, al provocar la realización del factor de conexión en el país que les conviene, no transgreden ley alguna, ya que no está prohibido establecer nuevo domicilio, celebrar contratos, contraer nupcias, etc., en otros países. Por el contrario, se adecuan con tal actividad a lo dispuesto en las normas de conflicto, las cuales, al no exigir espontaneidad en la realización del factor vinculatorio, deben ser aplicadas aun cuando dicha realización haya sido provocada por los interesados.

Agregan que los principios fundamentales y las normas imperativas locales se encuentran suficientemente protegidas con la excepción de orden público y que, respecto a las normas supletorias de la voluntad de las partes, no puede configurarse una evasión fraudulenta, ya que en estos últimos casos, al no haber una ley obligatoriamente aplicable, no puede haber tampoco ninguna ley técnicamente evadible, pues los interesados pueden elegir la que deseen.

Además, la exclusión de la ley señalada por la norma conflictual no se justifica sólo por las maniobras –lícitas– de los interesados, si las consecuencias de ellas a nadie perjudican. La “ilicitud” de la intención supondría en tal caso, con mayor propiedad, un *animus* de acogerse a una ley que les es más favorable, y no un *animus* de evadir la ley local; dicha intención no tendría por qué ser calificada de ilícita. Estos argumentos se suman al de la dificultad de la prueba de la intención fraudulenta en el cambio de realización del factor, considerando que dichos cambios están permitidos por el Derecho y son posibles de realizar sin que el Derecho exija a los sujetos justificaciones declaradas o explicaciones previas para llevarlos a cabo.

Por otro lado, existen textos modernos, de carácter tanto legislativo como doctrinario, que defienden la regulación normativa de la excepción de fraude a la ley. Entre los primeros está el proyecto peruano de título preliminar de Código Civil y la *conferencia interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado* de 1979; entre los segundos, la “Suma de derecho internacional privado” de Werner Goldschmidt.



Esta segunda posición reposa básicamente en los siguientes argumentos: si bien las normas de conflicto no exigen expresamente la espontaneidad en la conexión del caso con la ley de otro país, el

espíritu de dichas normas presume o supone tal espontaneidad o naturalidad; y si bien las normas claramente imperativas y los principios indudablemente fundamentales nacionales se encuentran adecuadamente protegidos por la excepción de orden público, existen casos en los que esta excepción no sería técnicamente deducible por tratarse de normas cuyo carácter de orden público no aparece definido con claridad. Además, los jueces requieren de cierta flexibilidad frente al caso concreto, a fin de evitar que los interesados manipulen el derecho internacional privado de acuerdo a sus intereses particulares, por encima del interés más alto de la comunidad internacional.

Frente a las dos posiciones señaladas, he optado por proponer la regulación del fraude a la ley como excepción a la aplicación de la ley extranjera, recogiendo lo dispuesto en el artículo 6 de la *convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado* de 1979, pero exigiendo, además, para la procedencia de la excepción, la existencia probada del perjuicio a un tercero.

Estimamos en primer lugar que, si las normas conflictuales son imperativas –salvo expresión propia en contrario– ellas deben aplicarse, y que si los individuos buscan obtener el mayor beneficio posible utilizando un medio lícito (el cambio de realización del factor), adecuando su comportamiento al derecho internacional privado y sin ocasionar con ello perjuicio alguno, no cabe justificación ética ni jurídica para sancionar tal actitud, ni para desconocer sus efectos, ni para exceptuar, por tanto, la aplicación de la ley extranjera sustituyéndola por otra.

De ahí que la autora agregue al texto del artículo 6 de la *convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado* de 1979, la exigencia del perjuicio probado, como condición para que proceda la excepción de fraude a la ley, como especie del género “abuso de derecho”.

3.2. Domicilio internacional

Dentro del mismo título primero considero de trascendental importancia incorporar las normas que, sobre el domicilio internacional, traía el proyecto de la comisión reformadora y traía también el proyecto de la comisión revisora y que, sin embargo, inexplicablemente, desaparecieron del texto publicado como Código Civil. Constaba en el proyecto de la comisión revisora:

Artículo 2015.- El domicilio de una persona natural será determinado por el siguiente orden de prelación:

1. El lugar de su residencia habitual;
2. El lugar principal de sus actividades;
3. El lugar de la simple residencia; o
4. El lugar donde se encuentre.

Artículo 2016.- Cuando una de las situaciones previstas en el artículo que antecede, parezca realizarse simultáneamente en dos o más países, se entenderá que el domicilio se configura en el país donde se dé además, la situación inmediata subsiguiente prevista en el mismo artículo.

Artículo 2017.- El cambio de domicilio se determinará de acuerdo

do a la ley del lugar del proceso o, subsidiariamente, por la ley del lugar donde se pretenda haber adquirido el nuevo domicilio. En todo caso, el lugar cuya ley determine el cambio, debe guardar una vinculación objetiva con la relación jurídica.

Artículo 2018.- El domicilio de las personas incapaces es el de sus representantes legales. Si no tuvieran representantes legales conocidos, o hubieran sido abandonadas, o se discutiera la representatividad, se les presume domiciliadas en el lugar de su residencia habitual o en el de la simple residencia, o en el lugar donde se encontraran, prefiriéndose, entre éstas, la vinculación más favorable al incapaz.

Artículo 2019.- El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consuno y en su defecto, el último que compartieron.

Artículo 2020.- Salvo lo establecido en tratados o leyes especiales, el domicilio de los funcionarios diplomáticos es el último que hayan tenido en el territorio del país acreditante. El domicilio de las personas naturales que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno, es el último que tuvieron en el Estado que los ha designado.

Pese a que las definiciones legislativas no son por lo general aconsejables, considero de indispensable necesidad la incorporación de estas normas esclarecedoras del contenido conceptual del factor domiciliario tan frecuentemente utilizado en el Código Civil de 1984.

En efecto, el domicilio internacional es utilizado por nuestro código para atribuir la ley aplicable al principio y

fin de la persona natural (artículo 2068), a la declaración de ausencia y sus efectos (artículo 2069), al estado y capacidad de la persona natural (artículo 2070), a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz (artículo 2071), a la capacidad nupcial y los requisitos esenciales del matrimonio (artículo 2075), a las relaciones personales y patrimoniales de

los cónyuges (artículos 2077 y 20780), a la nulidad del matrimonio (artículo 2080), al derecho al divorcio y la separación de cuerpos (artículo 2081), a las causas y efectos del divorcio y de la separación de cuerpos (artículo 2082), a la filiación matrimonial y a la extramatrimonial (artículos 2083 y 2084), al reconocimiento del hijo (artículo 2085), a la adopción internacional (artículo 2087) y a la sucesión internacional (artículo 2100).

El domicilio fija también la competencia jurisdiccional peruana como regla general contenida en el artículo 2057 del Código Civil.

Ahora bien, el panorama se agrava si consideramos que el domicilio es un factor de conexión que requiere ser interpretado. Hay otros que no: los de hecho, como el lugar donde se encuentra una cosa o donde nace una persona. Pero los jurídicos requieren de interpretación, “pues dan lugar a consecuencias muy distintas según el significado que se les atribuya”, como explicara Quintín Alfonsín.

Por ejemplo: si el factor de conexión es el domicilio y la capacidad se rige por el domicilio, la ley aplicable a la capacidad de una persona será distinta si por domicilio interpretamos el lugar donde reside con ánimo de permanecer (centro de afectos), o el lugar donde tiene el centro de sus negocios o intereses (como lo define el artículo 102 del Código Civil francés) es decir, *la ley aplicable será distinta según la interpretación que se dé al domicilio.*

Al suprimirse los artículos que lo interpretaban, habrá que recurrir, por analogía, a los tratados de derecho internacional privado ratificados por el Perú o al derecho interno peruano.

el perjuicio probado a un tercero es condición para la excepción del fraude a la ley

Que la definición de domicilio en el derecho interno (libro de las personas) no basta para resolver los problemas de derecho internacional privado es fácil de demostrar con el siguiente ejemplo: supongamos que queremos averiguar si un francés que está en el Perú pueda casarse válidamente a los diecisiete años. Sus padres viven en Escocia.

Como se trata de un caso internacional, aplicamos el libro X; el artículo 2075 dice: "La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos esenciales del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por las leyes de sus respectivos domicilios". Entonces, para saber si es capaz a los diecisiete años, debemos ver qué dice la ley del país donde domicilia. O sea, «*la capacidad depende del domicilio*». Bien ¿dónde domicilia? ¿qué debemos entender por lugar de su domicilio? Al recurrir al derecho interno peruano (porque el derecho internacional calla), nos encontramos con dos artículos que lo definen, uno de ellos referido al domicilio de las *personas capaces* (artículo 33) "el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar" y el otro referido al domicilio de las *personas incapaces* (artículo 37): "los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales". Obviamente, pues, en el derecho interno peruano, es distinto el domicilio de las personas según sean éstas capaces o no, es decir, "*el domicilio depende de la capacidad*".

De esto se deduce que para averiguar en qué país domicilia una persona debemos saber *antes* si es capaz o no, pues si es capaz domicilia donde reside habitualmente (en Francia) según el artículo 33 del libro de personas, y si es incapaz domicilia donde domicilian sus padres (Escocia) según el artículo 37.

En otras palabras: en el libro de derecho internacional privado, la capacidad depende del lugar del domicilio... y en el libro de personas, la fijación del domicilio depende de la capacidad, con lo que el Código Civil nuevo presenta este círculo vicioso imposible de romper:

- Para averiguar si es capaz hay que saber dónde domicilia (2075).
- Para saber dónde domicilia hay que averiguar si es capaz (33 y 37).

También surgirán problemas por la supresión del artículo referente al domicilio conyugal.

En el ámbito del derecho internacional privado, el proyecto de la reformadora de 1981 y el de la comisión revisora de 1984 definían el domicilio conyugal como el lugar donde los cónyuges vivían de consuno. En defecto de éste, es decir si vivían en distintos países, era el último que compartieron. El artículo 145 del libro de personas del proyecto no definía el domicilio conyugal en caso que los cónyuges viviesen en distintos países (ni tenía por qué hacerlo, pues ésta es una hipótesis de derecho internacional privado, reservada al libro X).

La comisión revisora pocos meses antes de publicarse el Código Civil y después de publicado su proyecto, (entre marzo y julio de 1984) sustituyó el artículo 145 del libro de personas (proyecto de la comisión reformadora, 1981) por el artículo 2019 de derecho internacional privado (proyecto de la comisión revisora, febrero de 1984) suprimiendo en esta parte de derecho internacional privado (libro X) toda mención al domicilio conyugal internacional.

Precisa aclarar que la definición en el libro de personas (derecho interno) del domicilio conyugal no subsana la omisión en derecho internacional privado.

El domicilio conyugal es punto de conexión utilizado en el nuevo Código Civil para atribuir la ley material a los derechos y deberes personales de los cónyuges. En otras

palabras, los deberes y derechos de los cónyuges se rigen por la ley del país del domicilio de la pareja, sea el país que sea; las convenciones matrimoniales y relaciones patrimoniales entre los cónyuges, algunos efectos de la nulidad del matrimonio, el derecho al divorcio y a la separación de cuerpos y las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se rigen también por la ley del domicilio conyugal. Dejar entonces sin explicar qué debe entenderse por "domicilio conyugal" expone al intérprete a que, a través de la interpretación analógica, considere como tal al del marido, en virtud de lo plasmado en los tratados de Montevideo de 1889 y de La Habana de 1928, textos que deben aplicarse antes que el derecho interno, por ser de naturaleza internacional y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2047 del Código Civil.

Si el domicilio conyugal fuera fijado por el marido, y a éste no le conviniera divorciarse, a pesar de incurrir en varias de las causales del artículo 333 del Código Civil, éste podría impunemente abandonar a su mujer y cambiar frecuentemente su domicilio (y por tanto el de ella) haciendo prácticamente imposible para la mujer plantear acciones de divorcio al amparo de una ley fija. A modo de ejemplo, el marido que incurriera en causal de divorcio en el lugar del domicilio conyugal verdadero, podría establecer por sí solo nuevo "domicilio conyugal" en otro país cuya ley –aplicable ahora por ser la del domicilio conyugal– lo favoreciera al no considerar su comportamiento anterior como causal de divorcio o al no reconocer la disolubilidad del vínculo matrimonial. El "privilegio" marital también funciona a contrario, pues en caso de querer divorciarse fácilmente ubicará el "domicilio conyugal" en uno de los países llamados "paraísos divorcistas".

Como hemos visto, el principio de analogía y el de jerarquía nos remiten, a falta de una definición en el libro X, al domicilio internacional definido en los tratados que ha ratificado el Perú y si resultare aplicable el de Montevideo de 1889... es el del marido. Se puede argüir que prima la Constitución, que ordena la igualdad jurídica entre varón y mujer. Desgraciadamente, la Constitución no nos dice cuál ley resolverá el divorcio, si cada cónyuge tiene domicilio en países distintos... Sólo queda aplicar el derecho interno, artículo 36, en contravención con la jerarquía de fuentes que ordena el artículo 2047.

No nos explicamos esta omisión: las normas sobre domicilio de las personas físicas estaban en el proyecto venezolano, en nuestra propuesta sustitutoria, en el proyecto de la comisión reformadora, en el proyecto de la comisión revisora... pero no aparecieron en el Código Civil.

Es verdad que el Perú ha ratificado la *segunda conferencia especializada interamericana de derecho internacional privado sobre domicilio de personas físicas*, en la que se reconoce la necesidad de interpretar unívocamente el domicilio internacional, y es verdad también que tal interpretación está contenida en normas de superior jerarquía que las del Código Civil (el Perú ratificó la convención el 15 de mayo de 1980). Sin embargo, el campo de aplicación del Código Civil peruano no coincidirá siempre, en la casuística internacional, con el de la CIDIP II y es una lástima que un texto legislativo novísimo como es el Código Civil peruano, requiera de otros más antiguos y menos difundidos para ser comprendido a cabalidad. **D&S**