

“Mediante la aplicación de nuestro marco, observamos que es más oportuno enfocarse también en la fuente (...). No debemos estudiar el producto omitiendo su origen. Al revalorar la fuente, nos enfocamos en el acontecimiento, los estados y los efectos generados. Luego, se estudia el lugar de la ejecución de los efectos.”

La aplicación de la teoría del hecho jurídico para determinar la competencia legislativa en el Derecho Internacional Privado.

“Sócrates: [Dice como si fuera las leyes] Aparte de eso [expedición militar por orden de la ciudad], jamás hiciste, como los demás ciudadanos, un viaje, ni sentiste el deseo de conocer otra ciudad y otras leyes, sino que nuestra ciudad y nosotras te bastábamos: tal era la fuerza de tu preferencia por nosotras y hasta tal punto estabas conforme con ser ciudadano según nuestras normas.”¹

165

Diego Alonso Nicolás León Herrera*

Antes de empezar con el desarrollo de este artículo, es necesario agradecer a quienes hicieron este esfuerzo posible. Con su paciencia, sin ausencia del merecido ultimátum, el profesor Novak Talavera logró inculcarme tanto el respeto por las formas, como la necesidad de elaborar un texto comprensible para todo lector. A su vez, el profesor Delgado Barreto se apostó en la primera línea de fuego con el fin de reforzar los contenidos y contestar anticipadamente las posibles críticas. Bajo ninguna circunstancia perecerá mi agradecimiento, ni los deseos de ser un educador como ellos.

Para iniciar proponemos un caso. Durante sus primeros años en Poitiers (Francia), María del Portal Jiménez compró un pequeño departamento. Cuando cumplió 70 años, decidió volver al Perú para retirarse y pasar tiempo en familia con sus hijos y nietos quienes residían en este país. Lastimosamente, luego de ocho años, falleció en el Perú. Antes de morir, había dejado un testamento por el cual su sobrina que residía en Francia era titular de una alícuota ascendiente al 50% del departamento. Su hijo pidió la reducción del acto de liberalidad por ser superior a la cuota de libre disposición.

Tanto el juez peruano como el francés son competentes, pero sus soluciones serán disímiles. Ambos, usando sus leyes internas, calificarán a la legítima y al testamento dentro del derecho de sucesiones. Sin embargo, en la ley

*Estudiante de 8vo ciclo de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

¹ PLATON. Critón, o del deber. En Platón Obras Completas; traducción, preámbulos y notas por María Araujo, Francisco García Yagüe, Luis Gil, José Antonio Miguez, María Rico, Antonio Rodríguez Huescar y Francisco de P. Samarach. Segunda edición. Madrid: Ediciones Aguilar S.A. 1969. pp. 230-231.

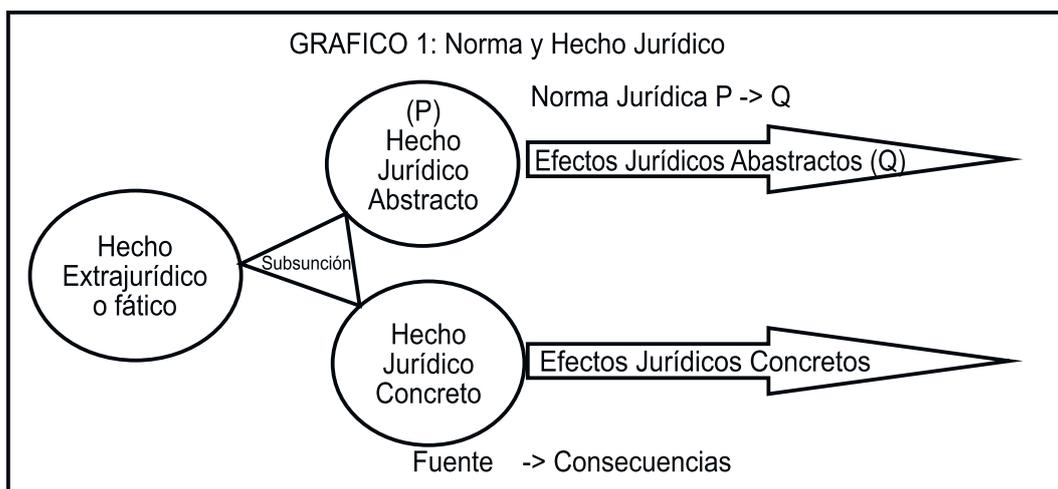
francesa, la sucesión es regida por el lugar donde están los bienes², mientras, el Código Civil peruano especifica que la norma del último domicilio del causante es la competente³. Por un lado, el juez peruano negará la conveniencia del legado porque violenta los dos tercios de los herederos forzosos⁴. Por otro lado, el juez francés lo protegerá, ya que la legítima solo asciende a la mitad del patrimonio hereditario cuando existe un solo hijo⁵. En este caso, inclusive es imposible el reenvío porque las normas conflictuales señalan competente a la norma interna y no a la extranjera. Por tanto, no importa quién sea el juez, las sentencias serán contradictorias.

Sin embargo, no es concebible tener soluciones distintas para casos objetivamente iguales. Por esta razón, el método conflictual ha sido duramente criticado y, en consecuencia, ha iniciado un proceso de armonización de legislaciones, sobre todo a nivel regional. No obstante, tales procesos son lentos y aún hay una serie de materias que no han podido ser reguladas. Incluso los privatistas de la Unión Europea muestran su escepticismo en la meta de una regulación única europea sobre todas las materias de Derecho Privado⁶. Además, cuando las legislaciones se integran, forman una nueva frontera frente a los terceros Estados; por lo tanto, para la desaparición del método conflictual es necesaria la

unificación global legislativa sustantiva⁷. Asimismo, vale señalar que el paradigma de la integración ha regulado normas conflictuales internas (de variopintos criterios) desde la aplicación del Programa de Mercado Único, con el fin de establecer las competencias legislativas entre sus países miembros, manteniendo las normas conflictuales como en los países federados.

Con el fin de lograr la unificación de criterios, y ante la dificultad para materializar una regulación global única, hemos encontrado en la teoría del hecho jurídico una potencial base para regular el Derecho Internacional Privado durante la tan ansiada transición a normas sustantivas. Mediante el análisis tanto de los puntos de contacto, como de la teoría mencionada, buscaremos formar normas conflictuales aceptables para la mayoría de los Estados; para todos si fuera posible.

Para los concededores del Derecho Internacional Privado, el ejemplo es insuficiente porque bastaría la aplicación de exequátur (o exequator) para excluir la ley peruana por ser inejecutable, siendo bizantina toda la discusión propuesta. Por ello requerimos paciencia porque los alcances de este trabajo van más allá del caso propuesto. Intentamos reivindicar la territorialidad de la norma a todos los supuestos.



Fuente y Elaboración: Propia

² MAYER, P. y V. HEUZE. *Droit international privé*. Octava edición. Paris: Montchestein. 2004, p. 640. Citado en: KLEINER, Caroline. *Tendencias actuales en el Derecho Francés*. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:15. [<http://www.oas.org/dil/esp/385-406%20Kleiner%20-%20tendencias%20actuales%20del%20DIP%20frances.pdf>].

³ Código Civil Peruano. Artículo 2100.- La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante.

⁴ Código Civil Peruano. Artículo 725.- El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

⁵ Código Civil Francés (Ley nº 72-3 de 3 de enero de 1972 art. 6 Diario Oficial de 5 de enero de 1972 en vigor el 1 de agosto de 1972) (Ley nº 2001-1135 de 3 de diciembre de 2001 art. 16 II Diario Oficial de 4 de diciembre de 2001) (Orden nº 2005-759 de 4 de julio de 2005 art. 17 VIII Diario Oficial de 6 de julio de 2005 en vigor el 1 de julio de 2006). Artículo 913.- Las liberalidades, por actos inter vivos o por testamento, no podrán exceder de la mitad de los bienes del testador, si éste sólo dejara un hijo a su muerte; de la tercera parte, si dejara dos hijos; de la cuarta parte si dejara tres o un número mayor.

⁶ MICHAELS, Ralf. *Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization*. Duke Law School Legal Studies, Research Paper Series. Carolina del Norte, número 74. 2005, pp. 1-6. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:15. [http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2812/].

⁷ BASEDOW, Jürgen. *Conflictos de leyes en la Unión Europea y armonización del Derecho Privado*. En FERNANDEZ, José. *Anuario español de derecho internacional privado*. Madrid: Iprolex. 2006, p. 142.

I. La teoría del hecho y su aplicación en el Derecho Internacional.

Es aceptado que toda norma jurídica está conformada por un supuesto de hecho y por una consecuencia, ambos ligados por un nexo causal⁸. Pero es necesario un hecho extrajurídico (o fáctico) que sea subsumido por el supuesto de hecho para encontrarnos frente a un hecho jurídico⁹; entonces, este es todo suceso relevante jurídicamente debido a la verificación de una norma¹⁰. Por tanto, para su formación es necesario no solo el evento, sino también la vigencia de una norma que lo regule. En el común de los casos es la legislación nacional de un Estado la causante del valor jurídico, pero nada impide que sea la regulación supranacional.

El presente concepto está constituido por una clasificación interna de acuerdo a los requisitos necesarios para su configuración y la generación de sus efectos¹¹. Para nuestro trabajo, este tema solo es de interés para mantener un orden, no para su aplicación. Por esta razón, utilizaremos el término hecho jurídico para referirnos indistintamente al hecho, acto y negocio jurídico, mas haremos algunas acotaciones cuando sean necesarias.

Bajo este marco, para encontrar la norma aplicable, debemos observar al hecho fáctico. Debido a la existencia temporal y espacial de este, podemos conocer cuándo y dónde se realizó y, aplicando el criterio de territorialidad, la legislación que le da valor jurídico. Usándola, determinaremos la realización del hecho jurídico y sus efectos primigenios.

Como observamos en el primer gráfico, el hecho jurídico se da en un momento determinado. Luego de realizarse produce efectos jurídicos. Estos dependen del primero, pero son distintos. Una cosa es la configuración, otra sus consecuencias. Mediante esta distinción es posible disociarlos, posibilitando la mutación de los efectos por cambios normativos sin afectar la fuente. No obstante, toda terminación del origen causa el cese de los efectos porque dependen de este. Además, los hechos se realizan bajo una norma, siendo esta la única

competente legislativamente para el análisis de la configuración.

El cambio en los efectos es una necesidad básica porque los sujetos no deberían poder crear burbujas jurídicas que eviten la aplicación de las normas competentes; entonces podrían ser afectados no solo por la realización de un nuevo hecho, sino también por la entrada en vigencia de otra norma, ya sea por cambio en el tiempo o en el espacio. A este segundo caso, por el cual una norma de un Estado distinto al inicial es competente, lo llamaremos cambio de competencia legislativa.

Al respecto, pueden haber dos clases de cambios: La creación de nuevas situaciones jurídicas (o la ampliación de su contenido) y la ineficacia de las situaciones jurídicas presentes (o disminución). Por un lado, las adiciones serán permitidas sin objeción alguna debido a la ya señalada relevancia de ambas legislaciones y su concordancia. Por el otro lado, hay un conflicto entre el respeto a los efectos primigenios y la necesidad de aplicación de las normas del foro, basado en la contradicción de las legislaciones. Preferir una en desmedro de otra no es una solución.

Ambas clases de cambios, la formación de burbujas jurídicas en situaciones objetivamente similares y la negación de efectos a la fuente, son patológicas e inaceptables por disminuir la jurisdicción de los Estados. La primera debilita al de la nueva competencia legislativa en tanto en el otro escenario se reduce la del Estado fuente, formando la paradoja de crear efectos mediante hechos correctamente configurados para, luego, ignorarlos. Sin embargo, debemos preferir las normas con vocación vigente de ser aplicadas sobre las que no la tienen.

Debido a estas razones, no extinguiremos los efectos, sino los suspendemos, es decir, los consideraremos ineficaces, posibilitando su ejecución bajo las jurisdicciones legislativas que los permitan. Este escenario solo puede ocurrir en casos extremos. No solo debe ser

⁸ RUBIO, Marcial. El sistema jurídico: introducción al Derecho. Décima edición, aumentada. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, pp. 71-99.

⁹ ZATTI, Paolo. Las situaciones jurídicas; traducción por Gilberto Mendoza del Maestro y Vladimir Contreras Granda. Revista jurídica del Perú. Lima, número 64. 2005. p. 358.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes. Versión generada por el usuario Pontificia Universidad Católica Del Perú. p. 571. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:16. Id. vLex: VLEX-52360092 [http://international.vlex.com/vid/hecho-relevante-oacute-n-52360092].

¹¹ Para mayor información sobre la clasificación interna del hecho jurídico, sus características e implicancias, léase MORALES, Rómulo. Las patologías y los remedios del contrato. Tesis de doctorado en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados. 2010. pp. 16-41. Para la realización del hecho jurídico en sentido estricto solo son necesarios la existencia de la norma y el hecho extrajurídico, ya que, la voluntad es irrelevante. En cambio, en el acto jurídico en sentido estricto se requiere voluntad de realizar el hecho extrajurídico. A su vez, en los negocios jurídicos, se ejercita el poder de autonomía privada, creando un reglamento de intereses que debe armonizarse con la ley.

contrario, sino imposible de homologar, constituyéndose una excepción para resolver casos de afectación del orden público. Con los cambios propuestos, debemos considerar una nueva noción de orden público internacional para el Derecho Internacional Privado, la cual explicaremos más adelante.

Es cierto que pueden adquirirse situaciones jurídicas mediante la realización de hechos jurídicos en otros países y los mismos se mantengan vigentes, asimismo, no es menos cierto que la norma del foro puede variar los efectos generados en otros. Este criterio es similar a la solución actual de los conflictos móviles. Cuando hay algún cambio en el elemento de contacto, las situaciones jurídicas generadas bajo el primer ordenamiento competente se mantienen vigentes pero las normas del posterior elemento de contacto son competentes desde el primer momento en que haya vocación de aplicación¹².

Para graficar los cambios propuestos por esta teoría imaginaremos una pareja homosexual de hombres casados en San Francisco que deciden luego radicar en el Perú. En el contrato prenupcial habían determinado que en caso de infidelidad, el infiel debía abonarle a su pareja \$160,000.00 dólares americanos aparte de los bienes correspondientes por el divorcio. El matrimonio se realizó cumpliendo con todos los requisitos de la ley de San Francisco. En este caso la norma peruana no puede determinar su validez, ya que, la legislación vigente para ese acto era la de San Francisco. Sin embargo, puede modificar sus efectos debido a sus normas de orden público que no permiten el matrimonio homosexual. Esta variación en los efectos no cambia los derechos patrimoniales del contrato prenupcial, ni del matrimonio, mas contraviene todos los efectos no patrimoniales, haciéndolos ineficaces, pudiéndose ejercer en otros Estados que los permitan.

1.1. Críticas

Durante el trabajo emprendido hemos podido encontrar algunas críticas contra el uso de esta teoría para materias de derecho internacional privado.

1.1.1. Irrelevancia de los elementos internacionales y los puntos de contacto.

Si adoptamos esta teoría como base de análisis del Derecho Internacional Privado, el enfoque varía, relegando a los elementos internacionales de la relación jurídica como irrelevantes para determinar la competencia legislativa. Solo es necesario observar la localización temporal y espacial del hecho fáctico, datos que nos permiten determinar bajo qué norma ha ocurrido.

Savigny, padre tanto del hecho jurídico, como del Derecho Internacional Privado, consideraba que las personas, sean naturales o jurídicas, son el centro del Derecho debido al carácter accesorio de las situaciones jurídicas que no podrían existir sin hacer referencia a alguna, estas son solo una extensión de las personas. Las normas, por tanto, los someten primero y, en consecuencia, a sus situaciones accesorias. También señalaba que en el caso de los bienes (patrimoniales) hay un cambio en la posición antes descrita gracias a la posibilidad de sucesión subjetiva, debiéndose legislar alrededor del bien porque la persona es accidental¹³. En ese marco, los hechos jurídicos son tan solo el punto en la realidad que configura un cambio en el mundo jurídico, marcando la mutación pero no la norma aplicable¹⁴. De esta manera, se establecen los elementos internacionales de la relación y los puntos de contacto que la regirán; por ejemplo, como la regulación recae primero sobre los bienes inmuebles, será su localización la que determinará las normas aplicables. Este es el origen de todas las normas conflictuales y los puntos de contacto.

El modelo presentado por el maestro de la escuela pandectista no deja lugar a las contradicciones actuales en el conflicto de las legislaciones internas, ni siquiera en la regulación del estatuto personal según la nacionalidad o el domicilio porque hay una clara preferencia por la segunda¹⁵. El problema ha surgido en su aplicación por los intentos de imposición de intereses estatales o distintas concepciones de la misma institución. Es esta la razón por la cual necesitamos nuevas teorías que nos permitan homologar los criterios y, al mismo tiempo, sean aceptables por la mayoría de los Estados.

¹² DELGADO, César, María DELGADO y César CANDELA. Introducción al derecho internacional privado. Primer volumen. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2008, pp. 273-274.

¹³ SAVIGNY, Friedrich. Sistema del derecho romano actual. Prólogo por D. Manuel Durán y Bas, y traducción por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Segunda edición. Sexto tomo. Madrid: Centro Ed. de Góngora. 1873, pp. 120-142

¹⁴ *Ibidem*. Segundo tomo, pp. 141-155.

¹⁵ *Ibidem*. pp. 153-181

Como hemos podido observar, hay un enfoque sobre las relaciones jurídicas (y las situaciones jurídicas que la componen) a pesar de constituirse como efectos de un hecho jurídico. Mediante la aplicación de nuestro marco, observamos que es más oportuno enfocarse también en la fuente, ya que, los efectos dependen de su configuración. No debemos estudiar el producto omitiendo su origen. Al revalorar la fuente, nos enfocamos en el acontecimiento, los estados¹⁶ y los efectos generados. Luego, se estudia el lugar de la ejecución de los efectos.

1.1.2. Visión estática

El uso de la doctrina del hecho jurídico estudia al fenómeno desde su perspectiva estática porque solo considera importante el conocimiento sobre el lugar de realización del hecho para determinar los efectos, sin considerar la sobrevivencia de los efectos en otros ordenamientos¹⁷. Lo importante no es su generación, sino su aplicación.

Al disociar los hechos jurídicos de sus consecuencias jurídicas, se habilita la posibilidad de los cambios en los efectos. Estos pueden variar no solo por la realización de otros hechos jurídicos y cambios normativos en el tiempo, sino también mediante la variación de competencia legislativa, lo que implica un dinamismo del modelo y su preocupación por la aplicación de los efectos. Por lo tanto, esta crítica es infundada.

1.1.3. Las categorías son de derecho interno

La relación jurídica privada internacional se desarrolla en, por lo menos, dos legislaciones; por eso, no se puede encerrar en criterios locales¹⁸.

Sin lugar a dudas cada ordenamiento maneja su propia clasificación. En el Perú se reconocen solo dos categorías, el hecho y el acto, según la relevancia de la voluntad para la realización del evento. Los actos a su vez se dividen en patrimoniales o no patrimoniales a razón de las situaciones jurídicas modificadas; en unilaterales, bilaterales o multilaterales de acuerdo a las partes necesitadas para configurarlo; y en contractuales o extracontractuales según el origen de la obligación en

aplicación de las reglas de responsabilidad civil.

Existen distintas apreciaciones de instituciones parecidas. Para los países del *common law* (en los que tampoco se manejan estas categorías) el matrimonio podría considerarse un negocio jurídico pero para un grupo de países del Derecho Civil Continental es un acto jurídico en sentido estricto y, a su vez, en el Perú es un acto jurídico no patrimonial. Sin embargo, la clasificación interna no es relevante por sí misma. Debemos considerar lo que implica para cada legislación la localización de determinado hecho en alguna categoría porque hacen referencia a la generación de sus efectos y a algún requisito indispensable para su configuración. En el *common law* se pueden regular las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales mediante el acuerdo prenupcial. En cambio el matrimonio en el Derecho Civil Continental tiene efectos determinados por la ley. Su diferencia radica en el ejercicio de la autonomía privada. Se ha usado esta clasificación solo por el orden que establece.

No importa si es un hecho, acto o negocio porque todos se amparan en normas y tienen un hecho fáctico que las activa. En consecuencia, esta característica no desmerece la aplicación de esta teoría.

1.1.4. Establece demasiada libertad y es discriminatoria

Mediante el juego con las normas resultantes de este modelo, podrían acumularse una serie de situaciones jurídicas válidas. Si eres capaz de asumir los gastos, entonces puedes hacer lo que quieres. Podrías tener dos matrimonios válidos y plenamente eficaces.

Imaginemos a un hombre con dos matrimonios. Antes de casarse en Gabón, país que permite la poligamia, contrajo otro en Perú. Ambos matrimonios tienen su domicilio habitual en el país donde se celebraron. Por su lugar de celebración las normas de esos países no podrán revisar la validez del otro matrimonio. Tampoco limitarían sus efectos porque no ha habido un cambio de competencia legislativa. Esto no significa la falta total de remedios, la esposa peruana puede alegar

¹⁶ Hacemos una pequeña distinción entre ambos términos, siendo por un lado el estado el género que incluye las características fácticas, por ejemplo, la discapacidad; mientras los estatus son el conjunto de consecuencias jurídicas por verificación del estado, como ejemplo tenemos los derechos otorgados a las personas con alguna discapacidad en aplicación de la ley Nro. 27050. Como pueden notar, los estados son hechos de verificación continuada. Para una mayor y mejor explicación, leer ZATTI, Paolo. Las situaciones jurídicas.

¹⁷ PEREZNIETO, Leonel. El negocio jurídico en el Derecho Internacional Privado en México. En FERNANDEZ, José. Anuario español de derecho internacional privado. Madrid: Iprolex. 2006, pp. 40-41.

¹⁸ Ídem.

causal de divorcio y usar otros remedios internos para terminar su matrimonio. Además, los bienes no se ven comprometidos porque hay una preferencia por el régimen patrimonial del primer matrimonio, el segundo solo abarca a los que hubiera recibido una vez disuelto el primer vínculo matrimonial.

Hay una clara separación de jurisdicciones en desmedro del catálogo de remedios. Los pedidos de inexistencias o invalidez no pueden fundamentarse en normas distinta a la de su configuración y los pedidos de ineficacia solo son aplicables de acuerdo a la norma competente. La tarea pendiente es determinar la eficiencia de los remedios restantes.

II. Relación entre la teoría del hecho jurídico y los puntos de contacto

Para relacionarlos debemos encontrar el hecho jurídico con el cual mantiene un vínculo estrecho. En la teoría clásica del Derecho Privado una nueva norma tiene vocación de ser aplicada cuando varía el punto de contacto. De forma parecida, los cambios de jurisdicción legislativa son causados cuando el país de ejecución de los efectos varía.

II.1. Normas sobre el estatuto personal

El centro de gravedad de la relación internacional es el sujeto cuando se analiza el estatuto personal, que comprende el Derecho, el estado y capacidad civil de la persona y, en algunas legislaciones, el Derecho de Sucesiones.

Sobre los derechos inherentes a la personalidad, estos se obtienen por el simple hecho de ser persona y se originan en base a la nacionalidad del sujeto (pues es el lugar donde se presume el nacimiento), su ejercicio puede variar dependiendo de la legislación del sitio donde se ejercita el derecho. No obstante, las normas internacionales y la costumbre internacional regulan una serie de mínimos exigibles a todos los Estados. Actualmente, hay pocos derechos civiles exclusivos y, cuando existen, se rigen bajo criterios de nacionalidad, como el caso del artículo 71^o de nuestra Constitución¹⁹.

Asimismo, varios derechos políticos solo pueden ser ejercidos por los nacionales o los domiciliados, como la votación nacional y municipal, respectivamente. En ambos casos, cada Estado regula los límites de los derechos de los extranjeros.

Otro de los temas relevantes es la capacidad de la persona, el mismo que es regulado por cada uno de los Estados. Ante todo debemos diferenciar los tres niveles de la capacidad. Primero, la capacidad jurídica, comúnmente llamada capacidad de goce, por la cual los sujetos de derecho pueden ser titulares de situaciones jurídicas. Segundo, la capacidad natural por la cual las personas humanas pueden saber y querer, ambas necesarias para actuar con discernimiento. Y, por último, la capacidad de ejercicio que son las limitaciones impuestas por la ley a la capacidad natural para realizar hechos jurídicos específicos, por ejemplo el matrimonio y el contrato. La incapacidad es la excepción regulada por cada ordenamiento²⁰.

Estudiando la capacidad, notamos su determinación por las normas internas de cada Estado como parte de los requisitos necesarios para realizar hechos jurídicos específicos. Al ser parte de los elementos de configuración para brindar amparo jurídico, debería ser regulado también por las normas del país que brinda tal protección. Además, los supuestos de hecho son de verificación continuada porque es necesario que se configuren constantemente durante el tiempo. La limitación a la capacidad de un mal gestor se mantiene mientras exista la norma o lo siga siendo, según sea el caso. Debemos enfatizar que la autonomía privada es un poder otorgado por los ordenamientos jurídicos, entonces sus limitaciones son impuestas por los mismos.²¹

Bajo la doctrina actual, las normas de capacidad de los futuros cónyuges están reguladas por su respectiva norma de estatuto personal, por lo que, se aplican normas distintas para los novios. En cambio, bajo nuestro marco las normas aplicables son las del lugar donde celebran el matrimonio por ser las causantes de su relevancia.

¹⁹ Constitución Política del Perú. Artículo 71. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

²⁰ MORALES, Rómulo. Las partes. Lima. 2010, p. 40. Consulta hecha el 06/09/2013.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 320.

Varios Estados han regulado los efectos del interés nacional sobre el tráfico jurídico²² para permitir que la legislación del país donde se realizó el contrato regule la capacidad de un extranjero, a pesar de la incapacidad de las partes de acuerdo a sus normas tradicionales sobre el estatuto personal. Tal criterio ya ha sido recogido en el Código Civil peruano²³. Lastimosamente, nuestra disposición se restringe en los casos de bienes situados en el extranjero a diferencia de otras más audaces. La propuesta de ampliarlo en nuestro país no es nueva. Delgado Barreto ya lo ha planteado, incluyendo la capacidad en los casos de responsabilidad extracontractual²⁴. De acuerdo a nuestro marco teórico, este criterio debe expandirse para incluir todo tipo de hecho jurídico.

Los temas de familia pueden dividirse en dos materias importantes, los temas sobre consanguinidad y afinidad. El primero tiene su origen con la filiación, mientras, el segundo con el matrimonio. Sin lugar a dudas, la regulación en los casos de matrimonio correspondería al lugar donde se realizó el mismo. Pero esta es solamente la determinación primigenia porque las relaciones generadas se mantienen en el tiempo mientras exista el matrimonio. Por ejemplo, el matrimonio origina los deberes no patrimoniales, como los de convivencia y cohabitación, pero estos no se cumplen necesariamente en el lugar donde se realizó el matrimonio. El domicilio conyugal se impone como el criterio más óptimo por ser el lugar de la vida familiar y de cumplimiento de los deberes derivados. Esto implica un cambio de competencia legislativa que modificará los efectos del lugar donde se realizó el matrimonio en concordancia con la legislación del domicilio conyugal. No importa cómo se considere el régimen patrimonial del matrimonio, sea como efectos del acto matrimonial o como un contrato, ya que constituye un pacto sobre bienes que no involucran al orden público. Por esa razón, el cambio de domicilio no puede afectar el régimen pactado (o el contrato prenupcial en su parte patrimo-

nial) una vez realizado los trámites matrimoniales correspondientes, salvo en los casos de derechos fuera del comercio.

Los casos de separación de cuerpos deben ser regulados por el lugar del domicilio conyugal habitual por ser la localización real de la familia que se divide. Bajo el mismo argumento, esa sería la legislación que regule el divorcio porque es la familia la que se disuelve, siendo irrelevante donde lo realizan las partes. A la luz de nuestro marco, el último domicilio conyugal determina tanto la legislación aplicable al divorcio, como sus efectos.

Asimismo, usando el criterio del lugar donde se desarrolla la familia, la relación filial dentro del matrimonio debe ser regulada por el domicilio conyugal. Todos los hechos familiares de filiación se registrarían bajo ese mismo criterio mientras se mantenga la unidad familiar. En los casos de filiación artificial, la vinculación nace con la adopción, este acto debe ser regulado por las normas de donde se realiza. Luego, hay un cambio en la competencia legislativa porque el desarrollo del vínculo se dará en el domicilio conyugal o del tutor legal, según corresponda. Lo señalado también es aplicable en los casos de filiación fuera del matrimonio, salvo los cambios necesarios, siendo la norma de la nacionalidad del hijo la que establece la filiación.

La materia se complica al analizar los supuestos de distintos domicilios (en distintos países) del progenitor y su hijo. La madre con domicilio habitual en Brasil sigue siendo madre, tanto como su hijo sigue siendo tal aunque esté domiciliado en Perú. En estos casos, consideramos que se debe aplicar la ley más favorable al niño en aplicación del artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵.

El estado civil de las personas es determinado por la realización de distintos hechos: ausencia, matrimonio,

²² Para mayor información sobre el interés nacional: tráfico jurídico, léase CARAVACA, Carlos. La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:20. [<http://www.google.com.pe/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&cad=rja&ved=0CEYQFJAE&url=http%3A%2F%2Frevistas.um.es%2Fanalesumderecho%2Farticle%2Fdownload%2F105471%2F100381&ei=NTx5Usu3C7S0sATkuoCwDA&usq=AFQjCNF6sOYq73pgwTMetDnGJzHwRikUzw&bvvm=bv.55980276,d.cWc>].

²³ Código Civil Peruano. Artículo 2070. El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio. El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior. No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero.

²⁴ DELGADO, César. Estatuto Individual. Lima. 2013. p. 12. Consulta hecha el 28/05/2014. El estado y capacidad de la persona natural, así como sus inherentes derechos, se rigen por la ley del domicilio. El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior. No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico relativo a obligaciones patrimoniales si el agente es capaz según la ley del lugar donde se celebró el acto, o donde acaeció el hecho generador de la responsabilidad extracontractual, salvo que se trate de acto jurídico unilateral o de derechos sobre predios situados en el extranjero.

²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3.1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

divorcio y muerte del cónyuge. El primero se determina de acuerdo al domicilio, pues este es el lugar donde se da la ausencia. Los otros tres deben ser regulados por la legislación del lugar donde se genera el cambio.

Por último, en el tema de sucesiones, el hecho jurídico a estudiar es la muerte del causante. La misma se realiza en su último domicilio, por ser el lugar donde realizaba sus actividades diarias. Por tanto, el derecho de sucesiones debe ser regulado por el último domicilio del causante. En los casos en que haya testamento, su formación se regula por las normas del lugar donde se dispone; no obstante, su aplicación no es inmediata al considerar el hecho central la muerte. Primero se aplicarán las consecuencias de este, luego los efectos del testamento en sincronía con el primero, y, al final, pero no menos importante porque estudia la titularidad de derechos reales, el lugar de los bienes determina un cambio de competencia legislativa, afectando el desarrollo de los derechos si solo si son contrarios al orden público, como en los casos de imposibilidad de constituir propiedad sobre ciertos bienes.

II.1.1. Ley del domicilio (Lex domicilii)

Como hemos podido observar, ninguno de los criterios se aplican a todo el estatuto personal, mas resalta la primacía del domicilio debido al mayor contacto con el sujeto y el desarrollo de las relaciones familiares.

El mayor cambio propuesto a la legislación actual es la regulación sobre la capacidad, que la teoría del hecho jurídico considera parte de los requisitos del hecho celebrado.

II.1.2. Ley de la nacionalidad (Lex patriae)

Queda clara la inconveniencia de este criterio salvo en algunos casos como el establecimiento de la relación de filiación natural o los derechos inherentes. Pero en general es un criterio demasiado artificial que deja de lado el continuo cambio de las relaciones del estatuto personal para refugiarse en falsos aires de seguridad por lo poco que se modifica la nacionalidad durante la vida de una persona.

II.2. Normas sobre bienes

Los bienes son objetos de derecho que no constituyen derechos; se constituyen derechos sobre ellos mediante hechos jurídicos. Los derechos que se han formado

serán ejercidos, causando un cambio de competencia legislativa por el cual pasamos de la legislación generadora a las normas del sitio donde se encuentra el bien.

Según nuestro marco, en materia de patrimonios, como los existentes después de una quiebra o herencia, estos deben ser regulados por la norma del domicilio y el de la sede social, respectivamente, en concordancia al aforismo romano, *mobilia sequuntur personam*, los bienes muebles siguen al propietario. En cambio, los bienes inmuebles siempre se consideran singularmente.

Sobre los bienes incorporeales tenemos un problema debido a la ausencia de cuerpo. La misma ha sido resuelta fijando una ficción que establece que tales bienes se encuentran en el sitio donde están inscritos. Para no complicar un tema que merece mayor estudio que estas humildes páginas, mantendremos tal ficción.

II.2.1. Ley del lugar donde se encuentra el bien (Lex rei sitae)

Para materias de derechos reales se prefiere la ley del lugar donde se encuentra el bien por tener una conexión real con dicho espacio y su mayor utilidad para proteger los intereses de terceros.

La diferencia entre el criterio actual y el propuesto se encuentra en la imposibilidad de regular toda la relación. Tampoco debe considerarse para el análisis de la configuración del hecho jurídico. Sin embargo, puede modificar los efectos. Esto mantiene la necesidad de considerar la legislación del lugar donde se encuentra el bien en términos prácticos.

II.2.2. Los bienes se encuentran en el domicilio del propietario (Mobilia sequuntur personam)

En los casos de patrimonios conformados por varios bienes muebles, todos estos se encuentran en el domicilio de su propietario porque se mantiene la ficción por la cual los bienes siempre siguen al propietario. Este criterio se aplica por la necesidad de centrar el patrimonio en un solo lugar.

II.3. Normas sobre actos jurídicos en sentido amplio

Para la realización de actos jurídicos es necesaria la voluntad en realizar el hecho fáctico. Este es el punto de contacto que guarda la relación más cercana con la

teoría propuesta debido al énfasis en un acto jurídico generador de efectos. El lugar donde se desarrolla el acto jurídico determina tanto los requisitos de forma, como los efectos.

II.3.1. Ley del lugar donde se cometió el ilícito civil (Lex loci delicti commissi)

Se aplica la norma del lugar donde ocurrió el último acto generador de responsabilidad civil no solo por tener mayor cercanía a los hechos y a las pruebas, sino también por ser el lugar donde se adquiere el derecho. Este punto de contacto refleja claramente lo dispuesto por la teoría propuesta.

II.3.2. Ley del lugar donde se realizó el acto (Lex loci regit actum)

La forma del acto jurídico está regulada por el lugar donde se realiza. Concorde a la teoría propuesta, este criterio debería regular no solo la forma del acto, sino también todos sus requisitos y sus efectos generados. Es necesario que se dé este avance porque no es posible la omisión de la norma.

II.4. Normas sobre los negocios jurídicos

En los negocios jurídicos se ejercita el poder de autonomía privada. Los negocios jurídicos unilaterales siempre han sido celebrados de acuerdo a las normas del lugar, salvo por los temas de capacidad. Con el nuevo marco, ambos estarían regulados por la misma legislación.

II.4.1. Ley donde se celebró el contrato (Lex loci actus)

Cuando no haya manifestación de voluntad, el contrato es regulado por las normas del lugar donde se celebró. En perfecta sincronía con lo propuesto, el lugar donde se celebra el contrato no solo determina los requisitos de configuración, sino también los efectos. Lastimosamente, el siguiente criterio, que es de mayor aplicación, es contrario.

En este punto hay que señalar el gran fenómeno de los contratos celebrados mediante herramientas digitales, el cual plantea un nuevo problema, resuelto en la práctica con cláusulas que disponen la ley aplicable.

II.4.2. Ley escogida por las partes (Lex voluntatis)

Cuando explicamos la relación del estatuto personal con la teoría del hecho, concluimos que la autonomía privada es limitada por el ordenamiento jurídico, por ser este un poder otorgado por el ordenamiento. No obstante, las partes pueden escoger la norma a aplicar a la configuración del contrato y a los efectos en todo o en parte²⁶, criterio aceptado por la doctrina y las legislaciones, y vital para el comercio internacional.

En este marco, el trabajo realizado sería inaplicable e inútil. Señalar que este es aplicable solo cuando las partes no han expresado su voluntad es forzado. Si la autonomía privada puede imponerse sobre las normas que la limitan, entonces estamos frente a una paradoja que solo puede resolverse aceptando la superioridad de la voluntad de las partes, lo que nos plantea una pregunta: ¿por qué hay una diferencia de trato entre un contrato interno de uno con elementos internacionales relevantes? La respuesta es simple, esto es lo que han dispuesto los Estados. Ellos les han otorgado el poder a los particulares de escoger la norma aplicable. Recordemos que la finalidad de este trabajo es encontrar normas aceptables para la mayoría de ellos y que permitan la convivencia de los particulares en un mundo cada vez más globalizado.

Ante la finalidad de evitar la aplicación de una norma imperativa, es alegable la excepción de fraude a la ley.

II.4.3. Ley donde se cumplirán las prestaciones (Lex loci solutionis)

Se admite como regla aplicable al contrato las normas del lugar donde se ejecuta la obligación característica; por ejemplo, en la locación de servicios rige la norma del lugar donde se ejecutara el servicio por ser más característica que el precio. En cambio, la teoría del hecho, sin perjuicio del criterio anterior, propone enfocarnos en cada uno de los actos de pago. En los contratos hay obligaciones que deben ser ejecutadas, cada una está regulada por las normas del lugar de su realización, ya que, cada uno es distinto. Tanto el cumplimiento, como el incumplimiento estarán regidos por

²⁶ CIDIP-V. Artículo 7.- El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

las normas correspondientes según el lugar de su ejecución. Este criterio cede ante el anterior.

III. Cambios en la excepción de orden público.

En el esquema actual, la excepción de orden público se configura de tres maneras distintas. Por la primera, se prefiere la norma del foro en desmedro de la norma extranjera en principio aplicable debido a la contravención de una norma internacional de dignidad humana²⁷. Ninguna legislación puede contravenir los derechos de *ius cogens*, sin los cuales la convivencia sería imposible.

Por la segunda, el efecto del orden público es atenuado por la existencia de derechos adquiridos en otra legislación; a pesar de afectar el orden público interno deben respetarse las situaciones jurídicas vigentes. Sin embargo, no permite la realización de nuevos actos, afectando sus configuraciones²⁸. La necesidad de atenuarlo se fundamenta en su inestabilidad pues el orden público varía de acuerdo a la legislación de cada Estado, lo que es un terrible error.

La afectación al orden público es un atentado contra las instituciones y valores fundamentales de un ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no pueden ignorarlo. Tampoco pueden permitir la diferenciación en el trato de relaciones jurídicas objetivamente iguales que tendrán su ejecución en su territorio. Por tanto, el orden público interno debe suspender los efectos que le sean perjudiciales. De esta manera, los efectos cambian por el orden público sin importar que hayan sido generados en otra legislación, ni su falta de vocación en el momento de su formación. Por su aplicación, los efectos contrarios son ineficaces, mas su configuración solo podrá ser analizada bajo la legislación en la que se realizó. Los actos posteriores deben configurarse de acuerdo a las normas de la legislación competente.

Por último, el efecto reflejo mediante el cual se protege el orden público de un Estado debido a la coincidencia con el orden público de otros Estados involucrados²⁹. No consideramos necesaria la coincidencia porque

cada Estado debe proteger el suyo.

La concepción actual de esta excepción es la consecuencia lógica del enfoque en las relaciones jurídicas. Por lo dispuesto, se cree que un punto de contacto regula toda la vida de la relación jurídica originada, así como el hecho que la constituye. Esto vuelve estática la relación porque no permite el cambio, salvo en los casos de conflictos móviles, bajo ciertas restricciones.

Lastimosamente, por su complejidad, su contenido político y la necesidad de una mayor investigación, no podemos desarrollar más el tema. Sin embargo, no olvidaremos que la definición y regulación de este tema es una necesidad. Para poder avanzar con el trabajo, usaremos una definición limitada de orden público: es el conjunto de valores e instituciones jurídicas que permiten el desarrollo personal del ser humano manteniendo su dignidad y libertad sobre sus derechos dentro de una sociedad determinada, incluye los derechos de la persona, la regulación sobre la familia y la exclusión de algunos derechos del comercio por ser instituciones mínimas necesarias dentro de una sociedad y no entrometerse demasiado en la vida privada.

IV. Aplicación del marco elaborado.

Con el fin de explicar mejor lo propuesto, resolveremos algunos casos que grafiquen la mayor parte de las diferencias y similitudes entre la posición actual y la propuesta.

IV.1. Primer Caso

El señor Lizardi, mexicano, domiciliado en su país de origen, mayor de edad de acuerdo a la ley francesa, pero aún menor según la ley mexicana, compró diversas joyas en pago de las cuales suscribió diversos pagarés y letras de cambio por importes bastante considerables. El tutor legal demandó en Francia la nulidad de todo lo celebrado, en razón de la incapacidad civil por minoría de edad de su tutelado³⁰.

Para el juez francés, el elemento internacional es el sujeto de nacionalidad mexicana. Asimismo, el punto a

²⁷ GARCIA CALDERON, Manuel. Derecho internacional privado. Lima: UNMSM, 1969. pp.102-103.

²⁸ DELGADO, César, María DELGADO y César CANDELA. Op. cit., p. 311.

²⁹ *Ibidem.*, p. 312.

³⁰ *Ibidem.* Segundo volumen, p. 43.

calificar es su capacidad, la misma pertenece al estatuto personal. Interpretando el artículo tercero del Código Civil francés³¹, obtenemos que la capacidad del sujeto en cuestión está regulada por las normas mexicanas (porque la capacidad de cada persona es determinada por su ley nacional). Por tanto, es incapaz. No obstante, en los casos de contratos con derechos reales, la aplicación del interés nacional sobre el tráfico jurídico es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia no solo por la necesidad de dar seguridad a las transacciones, sino también por la inconveniencia generada de conocer las leyes aplicables a la capacidad de cada una de las partes involucradas. En consecuencia, el contratante mexicano fue capaz en el momento del contrato.

Es fundamental identificar el hecho jurídico para comenzar el análisis. A simple vista, es el contrato de compraventa. Como hemos señalado previamente, la capacidad es un requisito para la celebración de negocios jurídicos y el poder de autonomía privada depende de una legislación que la respalda. Sin lugar a dudas, Francia, al ser el lugar donde se realiza el hecho es el Estado que lo regula. Por esta razón, son aplicables las normas francesas. Hay que señalar que, al ejecutarse el contrato en Francia, son sus normas las llamadas a regular también el pago.

Si nos damos cuenta, hemos llegado a la misma solución sin la necesidad de crear una excepción a la norma general.

IV.2. Segundo Caso

Dos polacos de religión diferente, uno católico y el otro judío, se casaron en Bélgica. La legislación polaca de esa época prohibía el matrimonio interconfesional, salvo dispensa legal, la cual la pareja no tenía. Posteriormente la pareja se domicilió en Francia, donde el marido pide la invalidez del matrimonio por inobservancia de la ley polaca³².

Debido a las citas previas, conocemos que el juez francés aplicará las normas polacas debido tanto a su calificación dentro del estatuto personal, como lo dispuesto en su artículo 3º. Como resultado obtenemos la declara-

ción de nulidad del matrimonio celebrado en Bélgica. Parte de la doctrina, descontenta con el resultado, señaló que las limitaciones impuestas por la ley polaca son contrarias al orden público por aplicación del efecto reflejo, ya que las normas de Bélgica y Francia permiten el matrimonio interconfesional³³.

En este caso, el matrimonio es celebrado en Bélgica. Tal acto se ha configurado bajo las normas de dicho país. Por tanto, no se pueden aplicar las normas de otros países para analizar su configuración, otras legislaciones solo podrán cambiar sus efectos. Entonces, el matrimonio es válido por darse de acuerdo a las normas correspondientes. En caso hubieran vuelto después de un tiempo, el orden público de Polonia volvería ineficaces los efectos extrapatrimoniales de la unión, pero en ningún caso se analiza la validez con normas distintas a las del lugar donde se realizó el acto. En Francia rigen los efectos del matrimonio, lógicamente habría un cambio en la competencia legislativa pero se pueden ejecutar sin problemas por no ser contrarios al orden público.

Con nuestro marco podemos proteger los efectos generados por hechos jurídicos en otros países, que de otra manera serían ignorados como lo hemos apreciado en el caso. No es conveniente ignorar la legislación del sitio donde se realizó el hecho porque estaríamos negando la fuente.

IV.3. Tercer Caso

CHP es una sociedad con domicilio en Madrid, que se encarga de comprar chalets en toda Europa para alquilarlos con fines turísticos. El pasado mes de marzo, Hans C., con domicilio en Hamburgo, contacta por internet con la sociedad española, que le ofrece el arrendamiento de un chalet en Ajaccio (Córcega, Francia). Una vez examinadas las fotografías que le enviaron, Hans C. decidió contratar el alquiler del chalet para todo el mes de agosto. CHP le envía una oferta por correo electrónico en la que se exige a Hans C. el previo pago de una renta de 2.500 euros y se incluye una cláusula según la cual “para cualquier litigio que se pueda derivar del presente contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales de Madrid”. Hans C.

³¹ Código Civil Francés. Artículo 3.- Las leyes de policía y las de seguridad obligan a todos los que se hallen en el territorio. Los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros, se registrarán por la ley francesa.

Las leyes relativas al estado y la capacidad de las personas rigen a los franceses, aunque residan en país extranjero.

³² DELGADO, César, María DELGADO y César CANDELA. *Op. cit.*, p. 312.

³³ *Ibidem.* p. 313.

envió un fax firmado en el que hace constar la aceptación de las condiciones y facilita un número de tarjeta de crédito para que CHP perciba lo acordado. Cuando Hans C. llegó a Córcega observó que el inmueble se encuentra en un estado muy deteriorado, sin agua caliente ni electricidad³⁴.

Las personas usualmente no conocen las normas conflictuales. Cuando se refieren al sometimiento jurisdiccional, incluyen las leyes sustantivas de ese país. Por eso, todo el contrato, incluidos los remedios en caso de incumplimiento y la tutela del error, están sometidos a esta legislación.

IV.4. Cuarto Caso

En 1960, la familia Jackson partió de Nueva York con la señorita Babcock como invitada. El destino era Canadá. Cuando manejaba en la provincia de Ontario, el señor Jackson perdió el control del volante, causando un terrible accidente. La invitada pidió una indemnización ante los tribunales americanos basada en los daños generados y la negligencia del conductor. Por un lado, las normas canadienses no permitían tal cobro debido a la sola aplicabilidad de la responsabilidad en casos de transporte a título oneroso.

En principio, el hecho debe estar regulado por el lugar donde se realizó el accidente como señala el tribunal. No obstante, se prefirió las normas de Nueva York por tener más conexiones con los participantes que el arbitrario lugar del accidente³⁵. En esa línea, se tomó la relación entre los esposos y la invitada como una relación cuasicontractual en aplicación de las normas de Nueva York que homologan esa especial circunstancia al contrato de transporte³⁶.

La disconformidad con el método conflictual tradicional ha llevado nuevamente a la formación de una excepción para evitar sus terribles consecuencias. De acuerdo a nuestro marco, tenemos dos hechos a ana-

lizar: la partida de los esposos con la señorita Babcock (hecho jurídico cuasicontractual) y el acto de responsabilidad civil contractual. En conclusión, las normas que señalarán la existencia o no de incumplimiento son las de Ontario porque ese es lugar donde se realizaría el acto jurídico pago. Asimismo, seguirán los efectos del contrato y se adicionarán nuevos que no contravengan los primeros, ya que, no hay temas de orden público implicados.

De esta manera damos relevancia a ambos hechos jurídicos y a sus efectos generados. Recordemos que las relaciones jurídicas son efectos y por tanto son dinámicos ya que nuevos hechos modifican los efectos de los anteriores. No debemos estudiarlos de tal forma que solo una de las legislaciones involucradas regule todo el fenómeno.

IV.5. Quinto Caso

Hace seis años Ramón P. –nacional peruano- y Emma C. –de nacionalidad italiana-, contrajeron matrimonio en Lima, donde continuaron residiendo habitualmente con sus dos hijos hasta su separación conyugal, decretada mediante sentencia dictada por un Juzgado de Primera Instancia de Madrid hace ocho meses. Inmediatamente después de esa sentencia, Emma C. y sus dos hijos se trasladaron a Milán, donde fijaron su nueva residencia habitual. En el momento actual, Ramón P. interpuso demanda de divorcio contencioso ante los tribunales de su país³⁷.

El juez peruano lo calificará dentro del derecho de familia y, posteriormente, en el estatuto personal. Así, aplicará el artículo 2083º del Código Civil³⁸. El último domicilio conyugal es Lima, y por eso se aplican las normas peruanas respecto al divorcio. No habría diferencias con la respuesta obtenida en aplicación de la teoría propuesta. Vale señalar que el hecho jurídico a estudiar es el divorcio y el mismo se da en el domicilio conyugal, pues es la familia la que es diluida.

³⁴ UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. Derecho Internacional Privado Casos Prácticos: Cursos 2012-2013. p. 1. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:21. [<http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento38130.pdf>]

³⁵ MORRIS, J. H. C. *Cases on private international law*. Cuarta edición. Oxford: At the Clarendon Press. 1968, pp. 308-313.

³⁶ COURT OF APPEALS OF NEW YORK. Georgia W. Babcock v. Mabel B. Jackson: 12 NY2d 473 (May 9, 1963). Consulta hecha el 09/05/2014, 12:22. [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm].

³⁷ UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. Óp. cit., p. 2

³⁸ Artículo 2082.- Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

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

IV.6. Sexto Caso

Para terminar con este ejercicio analizaremos el caso propuesto en nuestra introducción. Como en la misma está la solución tradicional, solo usaremos nuestro marco. El último domicilio del causante regula los efectos de la muerte, incluidos el testamento, la única norma aplicable es la peruana, sin importar donde se realiza la demanda. Luego, en aplicación del testamento, varían los efectos en tanto no contradigan las normas imperativas del primero. Por lo tanto, el tercio de libre disposición le pertenece a la sobrina.

De esta manera resolveríamos las contradicciones en las sucesiones manteniendo la eficacia del testamento.

V. Observaciones

Durante el estudio tanto de la parte teórica, como práctica, notamos ventajas y desventajas relevantes en caso se considere pertinente regular este modelo.

V.1. Ventajas

La primera ventaja resaltante es la seguridad jurídica obtenida en la aplicación de nuestro marco teórico. Solo hay una respuesta a diferencia de las múltiples soluciones brindadas en la teoría tradicional. Esta es obtenida localizando el hecho jurídico para reconocer la legislación que le da valor jurídico.

Los distintos puntos de contacto han dado paso a un único criterio integrador enfocado en la realización del hecho; el mismo es lo suficientemente flexible para regular las distintas circunstancias sin recurrir a excepciones que por su continua aplicación difuminan la regla general. De esta manera mantenemos una unidad teórica que no necesita alteración alguna para adecuarse a las necesidades de las personas.

La disociación de los efectos del hecho jurídico da una ventaja a las personas involucradas, ya que solo la legislación del Estado donde se realizó puede determinar la nulidad y existencia del mismo. Ya no habría el problema actual por el cual una norma que no tenía vocación de aplicación en la realización del acto puede afectar su composición posteriormente. En todo caso, si afecta principios fundamentales de su sociedad, debería negarle solo los efectos en su Estado para que en otro en los que no haya tal afectación puedan ejercerse sin problemas.

Pero la ventaja más importante es la aplicación de todas las legislaciones participantes desde el origen hasta la extinción de los efectos. Con el marco propuesto la aplicación de una norma depende únicamente de su vigencia. En cambio, bajo la doctrina clásica, el Derecho Internacional Privado se enfoca en un punto de contacto que lleva a una legislación competente después de la calificación, el reenvío y la aplicación de la norma conflictual, sin tomar en cuenta su origen ni cambios. Se mantiene una visión global del fenómeno a costa de la realidad cambiante del efecto jurídico y las competencias legislativas de otros Estados.

V.2. Desventajas

Como todas las legislaciones participan, habrá más posibilidades de conflictos de legislaciones sobre materias de orden público. Este tema es extremadamente político. Cada Estado tratará de incluir la mayor cantidad de temas dentro de su orden público, afectando indiscriminadamente los efectos generados en otras legislaciones. Es cierto que será más fácil conciliar la mayoría de temas dentro de la misma familia jurídica. Pero cuando estemos frente a dos legislaciones de familias disímiles el problema se agravará de tal manera que puede afectarse hasta los efectos patrimoniales, sobre todo los que tienen relación con el derecho de familia.

El panorama se torna sombrío cuando pensamos en la base de los sistemas jurídicos; la dignidad es más importante en los países de tradición civil continental a diferencia de los Estados del *common law* donde se inclinan a favor de la libertad. Estas diferencias llevan a distintas concepciones de diversas instituciones como los deberes extrapatrimoniales del matrimonio.

Este trabajo se hizo con la gran ambición de manejar la transición a las normas sustantivas pero varios Estados podrían considerarlo contraproducente, ya que los efectos producidos en su territorio no serán respetados en otros que tengan un orden público contrario a esos efectos en materias controvertidas. No es difícil imaginar a los Estados que regulan el estatuto personal según la nacionalidad y, a su vez, están a favor del matrimonio homosexual negándose a esta doctrina. Esto se debe a que no permite el despliegue pleno de los efectos generados en los países con orden público contrario, siéndoles más favorables el estado actual de las cosas.

Por eso, nuestra insistencia en que el orden público sea excepcional y para materias limitadas.

Sin un mínimo de consenso, todo este trabajo sería infructífero. Su mayor debilidad es la necesidad de voluntad política de los actores que se consideren más perjudicados.

Otra desventaja es la disminución de los remedios disponibles por la separación de competencias legislativas, como observamos en el ejemplo del matrimonio polígamo. Es clara la necesidad de un mayor estudio sobre la eficacia de las soluciones jurídicas internas del foro.

VI. Conclusiones

El estudio del fenómeno internacional privado mediante la doctrina del hecho jurídico no solo ha permitido desarrollar los objetivos del trabajo, sino también ha puntualizado algunas falencias de la doctrina actual y de los argumentos a favor de ciertos puntos de contacto. Entre los problemas reconocidos están la falencia en la seguridad jurídica, el mantenimiento de una visión estática que favorece la aplicación de una legislación sobre otras partícipes y la incapacidad de los Estados de defenderse de los efectos jurídicos nocivos con la noción actual de orden público internacional.

A su vez, es notable la importancia fáctica del domicilio para regular el estatuto personal de las personas por ser el lugar donde se desarrolla normalmente su personalidad. Este criterio es correcto a menos que se trate de actos jurídicos porque la capacidad debe ser regulada por el lugar donde se realiza por ser parte de su configuración. También hemos podido notar la relación de casi todos los puntos de contacto con la teoría propuesta, como el lugar de la comisión del hecho de responsabilidad civil con el acto jurídico que la causa, el domicilio conyugal con el lugar de ejecución de los efectos del matrimonio, el sitio de los bienes con los efectos sobre ellos, entre otros. Esto nos ha permitido observar que la teoría del hecho jurídico no es tan distante de los criterios actuales. Las respuestas obtenidas en todos los casos son las mismas, salvo cuando hay más de una respuesta, solo que en nuestro caso el marco se mantiene uniforme y no es alterado por excepciones innecesarias. Es más, esas excepciones son fáciles de considerar como parte de la norma si se analiza des-

de nuestro marco.

Como no puede ser de otra manera, terminaremos este trabajo enunciando tres normas conflictuales y dos normas transitorias basadas en todo lo explicado. La primera es: Todos los hechos jurídicos se configuran de acuerdo a las normas del sitio de su realización. La segunda debe ser regulada por la necesidad de norma específica para no entrar en complicaciones teóricas: La capacidad está determinada por las normas del sitio donde se realiza el acto jurídico. Y la tercera: Todos los efectos jurídicos están regulados por las normas del sitio donde se realizó el hecho jurídico que los generó.

Dos normas transitorias son necesarias para habilitar la adición y disminución de efectos en los casos que haya variado la competencia legislativa. La primera transitoria consiste en: Las normas del lugar donde se ejecutan los efectos regulan y modifican los efectos. La última norma debe disponer: Los efectos pueden ser suspendidos cuando afecten el orden público. Estas cinco normas resumen todo lo expuesto en estas páginas.



Bibliografía:

- BASADRE, Jorge.
2010 *Derecho Internacional Privado*. Cuarta edición, revisada y aumentada. Lima: Eds. Legales.
- BIOCCA, Stella Maris, Sara DE CARDENAS y Victoria BASZ.
1997 *Lecciones de Derecho Internacional Privado: Parte General*. Segunda edición. Buenos Aires: Universidad.
- DELGADO, César, María DELGADO y César CANDELA.
2008 *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Dos volúmenes. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- FERNANDEZ, José y Sixto SANCHEZ.
2007 *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas.
- FERRI, Giovanni.
2002 *El Negocio Jurídico*. Traducción y notas de Leysler L. León y presentación de Guido Alpa. Lima: ARA.
- GARCIA CALDERON, Manuel.
1969 *Derecho Internacional Privado*. Primera edición.

Lima: UNMSM.

LONDOÑO, Luis y Diego GALAN.

2005 *Derecho internacional privado: parte general*. Primera reimpression. Bogotá: PUJ. Facultad de Ciencias Jurídicas.

MAESTRE, Pilar, Antonia AYAGO y María VELAZQUEZ.

2007 *Aplicación práctica del derecho internacional privado: casos y soluciones*. Salamanca: Ratio Legis.

MORRIS, J. H. C.

1968 *Cases on private international law*. Cuarta edición. Oxford: At the Clarendon Press

RUBIO, Marcial.

2009 *El sistema jurídico: introducción al Derecho*. Décima edición, aumentada. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SAVIGNY, Friedrich.

1873 *Sistema del derecho romano actual*. Prólogo por D. Manuel Durán y Bas, y traducción por Jacinto Me-sía y Manuel Poley. Segunda edición. Segundo y sexto tomo. Madrid: Centro Ed. de Góngora.

SOTO, Alfredo.

2001 *Derecho internacional privado: la importación del derecho extranjero*. Buenos Aires: Ciudad Argentina: Universidad del Salvador.

SUPO, Rafael.

2010 *Manual de derecho internacional privado*. Tacna: Universidad Privada de Tacna.

TOVAR, María del Carmen y Javier TOVAR.

1987 *Derecho internacional privado*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente.

Artículos de Libros:

BASEDOW, Jürgen.

2006 *Conflictos de leyes en la Unión Europea y armonización del Derecho Privado*. En FERNANDEZ, José. Anuario español de derecho internacional privado. Madrid: Iprolex, pp. 141-159.

PEREZNIETO, Leonel.

2006 El negocio jurídico en el Derecho Internacional Privado en México. En FERNANDEZ, José. *Anuario*

español de derecho internacional privado. Madrid: Iprolex, pp. 39-85.

Artículos de Revistas:

CAVERS, David.

1933 *A critique of the choice-of-law problem*. Harvard Law Review. Cambridge, volumen XLVII, número 2, pp. 173-208. Consulta hecha el 06/09/2013. [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5467&context=faculty_scholarship].

MORALES, Rómulo.

2009 *Hechos y actos jurídicos*. Foro jurídico. Lima, número 9, pp. 14-24.

NAVARRETTA, Emanuela.

2008 *Hechos y actos jurídicos*; traducción de Rómulo Morales Hervias. Revista jurídica del Perú. Lima, número 91, pp. 291-301.

ZATTI, Paolo.

2005 *Las situaciones jurídicas*; traducción por Gilberto Mendoza del Maestro y Vladimir Contreras Granda. Revista jurídica del Perú. Lima, número 64, pp. 357-389. Artículos en la web:

CARAVACA, Carlos.

La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:20. [<http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&cad=rja&ved=0CEYQFjAE&url=http%3A%2F%2Frevistas.um.es%2Fanalesumderecho%2Farticle%2Fdownload%2F105471%2F100381&ei=N-Tx5U3C7S0sATkuoCwDA&usq=AFQjCNF6sOYq73p-gwTMetDnGJzHwR1kUzw&bvm=bv.55980276,d.cWc>].

KLEINER, Caroline.

Tendencias actuales en el Derecho Francés. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:15. [<http://www.oas.org/dil/esp/385-406%20Ckleiner%20-%20tendencias%20actuales%20del%20DIPr%20frances.pdf>].

MICHAELS, Ralf.

2005 *Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization*. Duke Law School Legal Studies, Research Paper Series. Carolina del Norte, número 74.

Consulta hecha el 09/05/2014, 12:15. [http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2812/].

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

Derecho Internacional Privado Casos Prácticos: Cursos 2012-2013. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:21. [<http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento38130.pdf>].

COURT OF APPEALS OF NEW YORK.

Georgia W. Babcock v. Mabel B. Jackson: 12 NY2d 473 (May 9, 1963). Consulta hecha el 09/05/2014, 12:22. [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm].

Legislación Internacional:

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.

1980 *Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Viena, 11 de abril.

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

1979 *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*. MONTEVIDEO, República Oriental del Uruguay, 08 de mayo.

1979 *Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado*. MONTEVIDEO, República Oriental del Uruguay, 08 de mayo.

1994 *Convención interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. México D.F, México, 17 de marzo.

Tesis:

MORALES, Rómulo.

2010 *Las patologías y los remedios del contrato*. Tesis de doctorado en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.

TOVAR, María del Carmen.

2003 *Lexmercatoria internacional y su relación con el derecho interno de los Estados*. Tesis de maestría en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.

Diapositivas:

DELGADO, César.

2013 *Estatuto Individual*. Lima. Consulta hecha el 28/05/2014.

MORALES, Rómulo.

2010 *Las partes*. Lima. Consulta hecha el 06/09/2013. Bases de datos:

DOMINGUEZ, Jorge.

2008 *Derecho Civil: Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Décimo primera edición. Mexico: Porrúa. Versión generada por el usuario Pontificia Universidad Católica Del Perú. Consultada hecha el 09/05/2014 12:25. Id. vLex: VLEX-424465686 [<http://vlex.com/vid/hecho-237-dico-424465686>].

PERLINGIERI, Pietro.

El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes. Versión generada por el usuario Pontificia Universidad Católica Del Perú. Consulta hecha el 09/05/2014, 12:16. Id. vLex: VLEX-52360092 [<http://international.vlex.com/vid/hecho-relevante-oacute-n-52360092>].