

ISSN N° 0719-6261

# Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

---

Volumen 8, número 1  
Primer semestre 2022



ASOCIACIÓN CHILENA DE  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



# Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

---

**Volumen 8, número 1**  
**Primer semestre 2022**



ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - ADIPRI

La Revista Chilena de Derecho Internacional Privado es una publicación editada por la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado.

Toda correspondencia, solicitudes de ejemplares y colaboraciones deben dirigirse a [adipri2021@gmail.com](mailto:adipri2021@gmail.com)

Los puntos de vista manifestados en la Revista Chilena de Derecho Internacional Privado expresan el concepto de los autores que en ella escriben y no representan necesariamente la opinión de la Asociación.

Diagramación: Benjamín Soto Torres - [benjamin.soto.torres@gmail.com](mailto:benjamin.soto.torres@gmail.com)

## **Directorio**

Presidente: Sr. Ignacio García Pujol  
Vicepresidente: Sr. José Luis Díez Schwerter  
Secretario: Sr. Jaime Gallegos Zúñiga  
Tesorera: Sra. María Elena Wurth Naveillan

## **Comité Científico**

Andrea Bonomi (Suiza); Fernando Cantuarias (Perú);  
Adriana Dreyzin de Klor (Argentina); José Carlos Fernández Rozas (España);  
Francisco González de Cossio (México); Eugenio Hernández Bretón (Venezuela);  
Pedro de Miguel Asensio (España); Leonel Pereznieto Castro (México);  
Rubén Santos Belandro (Uruguay); Carlos Villarroel Barrientos (Chile).  
David Stewart (USA); Ana Villalta (El Salvador).

## **Consejo de Dirección**

Edición: Jaime Gallegos Zúñiga  
Asistentes de edición: Matías Vergara Moreno y Benjamín Monsalve Rey



## ÍNDICE

- 9 Presentación  
*IGNACIO GARCÍA PUJOL*
- 13 Las aperturas jurídicas  
en Derecho Internacional Privado, en América Latina  
*Leonel Pereznieto Castro*
- 103 De la evolución reciente del derecho comercial internacional en  
Latinoamérica  
*Eugenio Hernández-Bretón*
- 115 La protección internacional del adulto incapaz en España: actualización  
de la norma de conflicto que deja intactos antiguos problemas  
*Lerdys Saray Heredia Sánchez*
- 129 La incidencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos  
en el estatuto regulador de la relación de consumo, con una especial  
referencia al ordenamiento jurídico chileno  
*Erika Isler Soto*
- 139 De la reserva chilena al Código de Bustamante. Implicancias a su  
aplicación directa e indirecta en el territorio nacional  
*Esteban Busch Montanares*
- 149 *La relación laboral internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia,  
2022, de Ángel Espiniella Menéndez  
*Jaime Gallegos Zúñiga y Javier Aguiló Gelerstein*



# PRESENTACIÓN

---



## PRESENTACIÓN

La Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) fue creada el año 2014, por un grupo de profesores y jueces, con el propósito de renovar y fortalecer el estudio del Derecho Internacional Privado en Chile.

Entre sus objetivos se encuentran el promover e incentivar el estudio, investigación y difusión del Derecho Internacional Privado en Chile, y de aquellas disciplinas relacionadas con ella; fomentar y honrar la cátedra y a los grandes maestros que han enseñado en nuestro país y contribuir al progreso del conocimiento, estudio y solución de aquellos problemas que le son propios.

ADIPRI se propone reunir, sin exclusión, a todos los académicos, abogados, jueces y estudiantes que, con respeto irrestricto a la libertad, igualdad y diversidad cultural, deseen reflexionar, debatir o intercambiar ideas en torno a las materias que integran esta disciplina.

La Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado pretende dar a conocer a la comunidad jurídica, chilena y extranjera, los estudios científicos, novedades legislativas y jurisprudencia chilena en esta disciplina. La publicación de la Revista, a partir de 2022, tendrá lugar semestralmente y su difusión se llevará cabo únicamente de manera electrónica –a través del correo de nuestra Asociación y en la página web [www.adipri.org](http://www.adipri.org)– a profesores, estudiantes, abogados y jueces que cultivan el derecho Internacional Privado, tanto en Chile como en el extranjero.

La presente edición de la Revista encuentra a nuestro país en un momento particularmente activo de discusión de cambios legislativos profundos. El aumento explosivo de la inmigración en los últimos años ha incrementado de manera muy significativa el tráfico jurídico de Derecho Internacional Privado, dejando en evidencia las falencias y descoordinaciones que tiene la normativa chilena en esta materia. Lo anterior hace aún más patente la necesidad de una reforma de la normativa de Derecho Internacional Privado. En este sentido, la discusión del Anteproyecto de ley sobre reforma al Derecho Internacional Privado chileno presentado recientemente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (el “Anteproyecto”), que busca proponer alternativas de soluciones a los distintos problemas que plantea esta área de la disciplina, aparece como una luz de esperanza de apertura legislativa muy necesaria y oportuna. En dicho marco, se realizó en el mes de abril la VII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, organizadas en esta oportunidad por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, que convocó a académicos nacionales y extranjeros, estudiantes, autoridades de Gobierno, profesionales y jueces, a discutir los aspectos más destacados de las reformas planteadas por el Anteproyecto. Aprovechamos de agradecer muy sinceramente a la Universidad de Concepción por el exitoso evento que organizaron, que además representó el regreso a la presencialidad de las Jornadas de la Asociación, tras un prolongado y traumático período de ausencia de actividades presenciales, a causa de la pandemia del COVID 19.

En este número hemos incluido varios artículos de destacados académicos nacionales y extranjeros, relativos a algunas de las distintas materias tratadas en el Anteproyecto, así como del contexto regional en que este se enmarca. De este modo, se incluyen en esta edición artículos que tratan temas de Derecho Internacional Privado de América Latina, tales como las aperturas jurídicas en América Latina y la evolución reciente del derecho comercial internacional en América Latina; otros temas tratados se refieren a la protección internacional del adulto incapaz en España; la incidencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el estatuto regulador de la relación de consumo; y las implicancias de la reserva chilena al Código de Bustamante. Se ha incluido también una reseña del libro “La relación laboral internacional” de Ángel Espiniella Menéndez.

Esperamos que este nuevo número de la Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado contribuya a la discusión y debate que permita impulsar las reformas que nuestro sistema legal necesita.

IGNACIO GARCÍA PUJOL  
Presidente ADIPRI

# ESTUDIOS

---



# LAS APERTURAS JURÍDICAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, EN AMÉRICA LATINA

## *LEGAL OPENINGS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, IN LATIN AMERICA*

LEONEL PEREZNIETO CASTRO<sup>1</sup>

### I.- Introducción

Hace 37 años durante una estancia de investigación en el Instituto *Max Planck für Ausländisches und Internationales Privatrecht*,<sup>2</sup> de Hamburgo, preparé un trabajo sobre el territorialismo de leyes en América Latina.<sup>3</sup> En él concluí que existían tres tipos de territorialismos en la zona: el territorialismo que luego se difundió en Sudamérica y que se inició con el Código Civil chileno de 1855, con las ideas de Andrés Bello y que fue el territorialismo más importante por las necesidades del momento<sup>4</sup> y los efectos que tuvo en gran parte del Subcontinente; un territorialismo intermedio, que fueron las ideas de TEXEIRA DE FREITAS (1860) en Brasil que nunca se concretaron en la legislación brasileña;<sup>5</sup> asimismo, el Código Civil argentino de 1871 redactado por Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD. El tercer territorialismo, el mexicano, un territorialismo absoluto, producto de la Revolución de 1910-17 que vino acompañada de un nacionalismo profundo y que se reflejó en el Código Civil de 1932.

En Sudamérica, se iniciaron las primeras convenciones de Derecho Internacional Privado (DIPr), con el Tratado de Lima de 1879, que fue el primer tratado de la materia en el mundo y que estableció las primeras vías de comunicación jurídica entre los países miembros, debido, principalmente, a que los órdenes jurídicos

1 Profesor titular de tiempo completo en el Centro de Estudios Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México; investigador emérito del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; y representante emérito de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, ante las Conferencias Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (1975) UNCITRAL (1976) y de La Haya (1984). El autor agradece al Instituto Max Planck de Hamburgo, la *Fellowship* que me otorgó la oportunidad de trabajar en ese Instituto, por unos meses y sacar de sus ricos fondos hemerobibliográficos la información que se expone en este trabajo. Asimismo, el autor agradece las observaciones y comentarios que me hicieron el DR. Jürgen SAMTLEBEN, la Profesora María Virginia AGUILAR y la invaluable ayuda de mi asistente de investigación, la Señorita Nadxelly URIBE.

2 Véase sobre el instituto <https://www.mpipriv.de/> (consultada: 16 de agosto de 2022).

3 PEREZNIETO, Leonel, "La tradition territorialite en droit international privé dans les pays d'Amérique latine", *Recueil des Cours. Academie de Droit International*, T. 190(II), 1985.

4 SAMTLEBEN, Jürgen, "La relación entre Derecho Internacional Público y Privado en Andrés Bello", *Revista jurídica de la Universidad Iberoamericana*, N°14, 1982, pp. 167-174. Publicado también en *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, Congreso internacional*, Roma, 1981, pp. 159 y ss. Y Scocozza, Antonio, *Filosofía, política y derecho en Andrés Bello: orígenes de la historia de la cultura civil en Latinoamérica*, La Casa de Bello, Caracas, 1989.

5 SAMTLEBEN, Jürgen, "Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latinoamericano", *Scientia Juridica*, N°33, 1985, pp. 344 y ss.

nacionales, por su territorialismo, no permitían una comunicación franca a pesar del movimiento de personas y mercancías entre ellos. A este Tratado de Lima, siguieron los tratados de Montevideo de 1889-90, que ampliaron esas vías de comunicación jurídica precisamente por el contenido territorialista de sus órdenes jurídicos internos. El primer intento de comunicación entre países del sur y del norte de América, fue el Código de Bustamante de 1928, al cual se adhirieron varios países del área, incluso de Centroamérica y que México firmó, pero no ratificó. El siguiente paso, fue esencialmente sudamericano con los tratados de Montevideo de 1940; sin embargo, a partir de 1975 con el inicio de las Conferencias Interamericanas de DIPr finalmente unió a todos los países del continente y brindó la oportunidad para que los juristas de los distintos países de América, incluyendo los Estados Unidos y Canadá, se conocieran personalmente y el intercambio científico se incrementara.<sup>6</sup> Los convenios regionales, han sido una fuente de derecho internacional.

En el presente trabajo, voy a hacer una revisión de diez países en los cuales la apertura jurídica en materia de DIPr ha tenido lugar. Como es natural, se trata de una apertura que muestra diferentes grados; así, puedo hablar de una apertura amplia, de una apertura limitada y de una apertura insatisfactoria. En cada clasificación, haré la presentación de los países por la fecha en que llevaron a cabo sus respectivas aperturas jurídicas. Serán diez países de un total de veintiuno, que son los países que componen el área latinoamericana, el cuarenta y siete por ciento, que no es un porcentaje bajo. Pero lo cierto es que los países del Caribe, salvo República Dominicana, son países coloniales o bien, como Haití y Cuba que son “gobiernos fallidos”, que solo cuentan con una legislación rudimentaria y en el caso de los países centroamericanos, Panamá lleva el liderazgo por la cantidad de convenios internacionales que tiene firmados y por los servicios financieros internacionales que presta. Costa Rica, es un gran exportador de fruta a Europa y a Los Estados Unidos. Por los países que firmaron con México un tratado de libre comercio, el 15 de marzo del 2001,<sup>7</sup> con requisitos parecidos que le fueron solicitados a México en 1994, con el TLCAN, obligó a los países centro americanos a abrir su orden jurídico y seguramente adoptar el modelo latinoamericano.

El caso verdaderamente lamentable es la ausencia de Chile, uno de los países más importantes y significativos del Continente, que no ha abierto su sistema jurídico, al menos, expresamente. Por tratarse de un caso interesante, además de lo que nos dice un joven y brillante profesor chileno al respecto: “Uno de los principales problemas que deben enfrentar los abogados, jueces y estudiantes al trabajar un caso de tráfico externo, es buscar la norma aplicable dentro del ordenamiento jurídico nacional... ”<sup>8</sup>,

6 Sobre este tema, SAMTLEBEN, Jürgen, “Métodos de armonización del derecho internacional privado en América Latina”, *Revista dell'Integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina. Roma e America. Diritto Romano Comune*, 2012, pp. 193 y ss. Hay una publicación que colectivamente varios autores, analizan las diferentes convenciones interamericanas en América Latina, de la última época, en la que da cuenta cómo estas convenciones han ayudado a que los diferentes derechos internos, en especial al derecho brasileño, para adoptar normas que ayudan a la apertura jurídica: CASELLA, Paulo; DE ARAUJO, Nadia, *Intefracao jurídica interamericana, as convecoes interamericanas de Direito Inyernacional Privado (CIDIPS) o dereito brasileiro*, Ed-LTR, Sao Paolo, 1998.

7 Los países firmantes fueron Guatemala y El Salvador.

8 PICAND, Eduardo, *Derecho Internacional Privado, leyes, tratados y jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, p. XX.

y ante la sorpresa, decidí analizar el sistema jurídico interno de Chile, para mostrar que internamente existe en la actualidad, un desarrollo importante en la materia, conducido por la jurisprudencia de dicho país y alimentado por la doctrina de juristas muy reconocidos, como son los chilenos.

En cuanto a los diez países a los que me referiré en adelante, en todos los casos, debido al número de disposiciones que han sido motivo de cambio y a los límites de espacio de éste trabajo, solo analizaré algunas de las disposiciones más importantes respecto a la apertura jurídica y que serán, principalmente: la aplicación de la ley extranjera, que nos muestra el carácter de la apertura general del sistema; el estatuto personal; el Derecho de familia, obligaciones civiles; y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Además, en algunos casos se tocan puntos de jurisdicción. El objetivo es mostrar un universo que, como tal, poco se muestra y que nos sugiere, más preguntas que respuestas.

Es un hecho que se debe festejar para el DIPr que haya diez países en el área latinoamericana que, con amplios proyectos unos, otros con algún proyecto y otros más cerrados (entre los cuales destaca México, Brasil y Chile), gracias a los tratados internacionales que tienen ratificados, entre otros elementos, han introducido instituciones de derecho moderno en su orden jurídico interno. Junto con lo anterior, destaca el producto de la *Lex Mercatoria* que las transacciones judiciales introducen constantemente, tales como el reconocimiento de laudos y sentencias extranjeras y la realización diaria y constante de cientos de operaciones financieras, cotidianamente.

Que el deseo del autor es que el mapa que trazo en esta obra pueda inducir al lector un panorama en el que podrá encontrar temas que seguir en cada uno de los ordenamientos a revisar.

## II.- Aperturas amplias

### 1.- Perú

#### a) Introducción

Desde el Código Civil peruano de 1852, ya había disposiciones de DIPr en el Perú.<sup>9</sup> En el artículo 40 de ese Código se establecía que, “[s]iempre que se trate de una obligación contraída en país extranjero, las leyes del país donde se celebre sirven para juzgar el contrato, en todo aquello que no esté prohibido por las leyes del Perú. Regirán sólo las leyes peruanas, si a ellas se sometieran los contratantes” y en el artículo 43 del mismo Código quedó establecido que no puede pedirse en el Perú el cumplimiento de obligaciones contraídas en el extranjero, por extranjeros, sino en el caso que se sometan las partes a los tribunales de esa República. Con este antecedente, en el Tratado de Lima de 1878 se adoptó la *Lex Loci Contractus*, que

<sup>9</sup> De tal manera que, con las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), a principios del siglo XXI, “estamos en presencia de una tradición latinoamericana en cuanto a la codificación del [DIPr] trisecular”, HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, Universidad de Monteávila, Caracas, 2020, p.177.

establece en el artículo 4° del Tratado respectivo: “Los contratos celebrados fuera de la República serán juzgados en cuanto a su validez intrínseca y efectos, por la ley de celebración jurídicos de sus estipulaciones”.<sup>10</sup> Tanto en el derecho interno como más tarde, por la influencia del Tratado de Lima,<sup>11</sup> existió en ese país un antecedente que le permitió abrir el sistema jurídico y participar y ratificar las convenciones de Montevideo de 1889 y el Código de Bustamante de 1928, que se reflejaron en el Código Civil de 1936, en el que aparecen otras disposiciones en la materia.

En 1967, con base en lo acordado en las convenciones interamericanas, se preparó un proyecto de Título Preliminar del Código Civil en cuyo Capítulo II se consignaban 46 artículos de Derecho Internacional Privado.<sup>12</sup> Con la finalidad de actualizar ese proyecto con la nueva Constitución reformadora, se creó una comisión que elaboró y presentó la propuesta de un título preliminar en la que se incluían las disposiciones de varios tratados internacionales en los que había participado y ratificado el Perú, “con 87 artículos, 77 de los cuales, distribuidos en cuatro capítulos, eran de Derecho Internacional Privado”.<sup>13</sup> Esta propuesta fue presentada a otra comisión reformadora del Congreso en 1981, el llamado “Segundo proyecto”, y después de algunas reformas fue aprobado conforme “al Diario Oficial El Peruano en febrero de 1984, ya como Libro X del Código Civil vigente y consta de 75 preceptos de Derecho Internacional Privado, distribuidos también en cuatro partes (Títulos)”. Sin embargo, en esta publicación “se encontraron errores que más tarde fueron subsanando”.<sup>14</sup> Es importante señalar que, como legislación moderna y pionera en el área, sirvió de modelo para muchas de las legislaciones posteriores latinoamericanas en la materia.

Se trató de la primera apertura moderna que tuvo lugar en el subcontinente y el resultado fue un código completo y bien estructurado con disposiciones modernas, claras y precisas.<sup>15</sup>

## b) Aplicación de la ley extranjera

“Artículo 2047.- El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados

10 DELGADO, César, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Fondo Editorial-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 205.

11 El primer tratado de Derecho Internacional Privado en el mundo, que desafortunadamente solo fue ratificado por el Perú y Costa Rica y constituyó un fracaso por el empeño de su autor, un profesor francés Jan LE FODRÉ que se empeñó en que el vínculo de las personas fuera la ley nacional, en un país y en un área donde el vínculo establecido y funcional ya era la ley del domicilio. El mismo error que han cometido profesores de la Universidad Complutense de Madrid, como veremos más adelante, en el caso de la nueva ley en la materia en la República Dominicana, en donde se provoca una mezcla confusa entre la ley del domicilio y la ley de la nación, esta última, solo un artilugio bonapartista de principios del siglo XIX.

12 Para una consulta sobre los antecedentes y el contexto de esta Ley, ver el extenso trabajo de: SAMTLEBEN, Jürgen, “Neues Internationales Privatrecht in Peru”, *Rebels Zeitschrift*, N°185, 1985, pp. 486 y ss.

13 REVOREDO, Delia, *Introducción al libro X del Código Civil. VI exposición y comentarios*, Okura editores, Lima, p. 873.

14 REVOREDO, cit. (n. 12).

15 En buena parte gracias al ímpetu de los profesores Delia REVOREDO, y Roberto MAC LEAN, representantes activos del Perú en las primeras conferencias latinoamericanas a partir de 1975 en Panamá.

ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si estos no lo fueran, conforme a las normas del presente libro”.

Como puede apreciarse, esta disposición trata con toda liberalidad a los tratados internacionales, al grado de colocarlos en la jerarquía de sus leyes internas. Rompe de una vez por todas, y así lo harán en lo sucesivo otros países sudamericanos dejando atrás al principio establecido y seguido por muchos durante el siglo XIX y principios del XX, la llamada “Doctrina CALVO”,<sup>16</sup> que llevó a considerar al Derecho desde una posición dualista según la cual, el derecho interno y el derecho internacional, son derechos diferentes y para que el derecho internacional pueda ser considerado como derecho interno, debe pasar por uno o más filtros nacionales de ratificación que lo permita. Sin embargo, en esta disposición que se comenta, de una forma moderna como sucederá con la legislación de otros de los Estados analizados, directamente se establece que serán aplicados los tratados, siempre y cuando sean ratificados. La justificación consiste en “[l]a prioridad jerárquica de los Tratados Internacionales celebrados por el Perú respecto a las leyes y que se encuentran expresamente señalada en el artículo 101 de la Constitución Peruana de 1979, disposición, que como se mencionó, aparece expresa o tácitamente en todos los textos normativos modernos de Derecho Internacional Privado”<sup>17</sup> del área.

Además, se dispone, un elemento novedoso, en el sentido de que serán “aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado”, es decir, la doctrina como fuente jurídica. Afirmación esta poco común en sistemas jurídicos como los latinoamericanos, de raigambre codificada y positivista y con la cual se aumentan las posibilidades de evolución de las normas de DIPr.

“Artículo 2050.- Eficacia del ordenamiento extranjero. 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”.

Otra vez aquí, hay novedades que dejan atrás la concepción territorialista latinoamericana y que retoman las normas de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, como el dotar al derecho extranjero con el mismo rango de la normatividad nacional, siempre y cuando se le considere susceptible de ser aplicado por las normas peruanas de conflicto. Se hace una diferencia respecto al orden público y se menciona, que será “el orden público internacional” con lo que el juez peruano deberá justificar que se trata de la contrariedad a este último orden, al internacional, que es más amplio y flexible, lo que implica que no es tarea fácil, para el rechazo de la

16 CALVO, Calos, autor argentino. Sobre el tema, se puede consultar: BELLO, Francisco, “La responsabilidad internacional del Estado”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, N°16, 1970, p. 7-19, Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16742> (consultada: 15 de agosto de 2022) y PEREZNIETO, Leonel, “Dos mitos en el Derecho Internacional Privado Mexicano. La Cláusula Calvo y la Zona Prohibida o Zona restringida”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2005, pp. 127-148.

17 REVOREDO, cit. (n. 12), pp. 898-899.

norma extranjera o una norma internacional que resultó aplicable, según las normas de conflicto peruanas y así, se evita un rechazo arbitrario por el juez peruano. El uso de este término es nuevo y deriva de la citada Convención. Además, “[l]a innovación más importante es la introducción irrestricta del principio de residencia”.<sup>18</sup>

“Artículo 2051.- Aplicación de oficio de normas extranjeras. El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio”.

Hasta ese momento, los órdenes jurídicos latinoamericanos, habían seguido la antigua fórmula de las cortes inglesas del siglo XVII derivada del famoso caso *Mostyn vs, Fabrigas* (1774) y seguida por el Código de Procedimientos Civiles francés de 1806<sup>19</sup> del que se derivan, en gran parte, los códigos de procedimientos civiles latinoamericanos y en donde, el derecho extranjero se presenta como un hecho en el proceso y en consecuencia, susceptible de ser probado por las partes en el mismo y, sobre todo, con amplio margen de interpretación para el juez. Sin embargo, con esta nueva fórmula prevista, de forma moderna, el derecho extranjero se considera lo que es, un Derecho y, por tanto, se le debe aplicar de oficio por el juez peruano. No obstante, lo que es correcto en este caso, no se corresponde con la realidad que sucede en el fondo. El Dr. Jürgen SAMTLEBEN, destacado latinoamericanista, nos indica que en la práctica el juez tiene poderes de oficio, pero les pide a las partes que presenten prueba de la ley extranjera,<sup>20</sup> con lo cual, el inicio del análisis se frena y se vuelve al sistema antiguo de la prueba del derecho extranjero. Esta hipótesis se confirma, si se consulta una recopilación de discusiones entre diversos abogados, jueces y académicos peruanos, en torno a la ley extranjera<sup>21</sup> y sus concepciones tan arraigadas que no señalan un buen camino para lograr su aplicación con éxito, conforme a la nueva legislación. Como todos estos procesos en los que hay que mover una costumbre arraigada, que es de desarrollo generacional, sin embargo, las formas modernas convencionales que existen hoy están en el texto de la disposición peruana.<sup>22</sup>

No se trata únicamente de cambiar la ley, porque los usos y costumbres que subyacen entre la abogacía y la judicatura suelen representar un escollo a la modernidad jurídica. El vacío que se crea entre la ley y las prácticas jurídicas, lo deben llenar universidades, o demás instituciones académicas, trabajos académicos del foro y con pláticas y discusiones sobre el tema.

18 SAMTLEBEN es quien reivindica esta idea en varias de sus obras citadas en este trabajo.

19 Sobre este tema, VAN RHEE, Remco, “Tradiciones europeas en el procedimiento civil: una introducción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°15, 2011, pp. 16 y ss.

20 SAMTLEBEN, cit. (n. 11).

21 CALDERÓN, Gonzalo, “Aplicación de oficio del Derecho extranjero”, *Ius Et Praxis*, N°35, 2004, pp. 235-242.

22 En la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia del Perú, no hay casos planteados en torno a la ley extranjera. Disponible en línea: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s\\_cortes\\_suprema\\_home/as\\_poder\\_judicial/as\\_corte\\_suprema/as\\_salas\\_supremas](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_salas_supremas) (consultada: 15 de agosto de 2022).

“Artículo 2052.- La ley extranjera como prueba. Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar”.

Esta disposición, además de darle amplia libertad al juez, refuerza a la anterior. Establece que, no obstante, que el derecho extranjero deba aplicarse de oficio por el juez, se abre la posibilidad de que las partes puedan ayudarlo con su prueba. Tómese en cuenta que todavía en 1984, fecha de publicación de este Código, los medios de comunicación digitales no existían como en el mundo de hoy. Sin embargo, respecto de esta disposición hay que resaltar el hecho que le da una facultad al juez poco usual en un sistema codificado y positivista, que puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos.

“Artículo 2053.- Informe sobre existencia y sentido de la norma extranjera. Los jueces pueden de oficio o a pedido de parte, solicitar al Poder Ejecutivo que, por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido”.

Es claro que una disposición de este tipo se debe al formalismo que exige que la existencia de la ley extranjera se dé con la fe notarial con la que cuenta el personal consular y diplomático peruano en sus funciones en el extranjero, pero que en buena medida ha quedado superada por los medios digitales modernos de información, de acreditamiento, de registro, etc. De cualquier forma, para el Perú y para países que siguieron esta fórmula, constituyó un gran avance en el tema.

Ya lo dijimos, el procedimiento de aplicación de la ley extranjera no tiene un presente, ni un futuro previsor, hasta que cambie finalmente la costumbre peruana del ofrecimiento de la prueba de la ley extranjera. Es importante subrayar que lo sucedido en el Perú ha sucedido con frecuencia en otros países latinoamericanos donde ha habido cambios importantes con motivo de la modernización legislativa, que veremos más adelante.

“Artículo 2054.- Absolución de consulta sobre la ley nacional. La Corte Suprema está autorizada para absolver las consultas que le formule un tribunal extranjero, por la vía diplomática, sobre puntos de derecho nacional”.

La misma fórmula que la anterior y el mismo comentario; sin embargo, lo previsto en esta disposición es un procedimiento largo y demorado, dada la burocracia de las cortes en general y de los máximos tribunales en lo particular, como es en el caso de los países latinoamericanos. Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de los Estados y sus tribunales cuentan hoy en día con una página *web* en la cual tienen una plataforma que permite consultas y en la medida que este procedimiento se generalice, se romperá un escollo más en la cadena internacional. Suele ser una pena que por el mal trabajo de unos cuantos, sufran muchos.

Un punto nodal es el de *la Interpretación del derecho extranjero* (artículo 2055). Las disposiciones del derecho extranjero aplicable se interpretan de acuerdo con el sistema al que pertenezca, lo cual es un gran avance en este sentido de la *calificación*. No sólo se le da la carga al juez peruano de aplicar de oficio al derecho extranjero,

sino que, además, debe hacerlo conforme al derecho de origen del derecho que resultó aplicable. Esta disposición indudablemente es una disposición moderna; lo que implica varias cosas: una, que su aplicación sea contextual; es decir, que se realice de acuerdo con el orden jurídico de su origen, jurisprudencia y la opinión de la doctrina; luego, dos, este procedimiento a seguir no será fácil por las pesadas cargas de trabajo, el bajo presupuesto y poco personal especializado con que cuentan los tribunales en Latinoamérica. En consecuencia, esta disposición se convierte en una pesada carga para el juez de la causa, de ahí, que termine por encargar a las partes que presenten prueba de la ley extranjera y su interpretación y así se vuelve al antiguo sistema. Es decir, estamos ante una costumbre arraigada que modifica el sentido de la ley.

En el artículo 2056 el Código se refiere a “Solución de conflictos entre normas extranjeras” o quizá, mejor dicho, *soluciones para los conflictos de leyes extranjeras* y dice que se trata:

“Cuando en el derecho extranjero que resulta aplicable coexistan diversos ordenamientos jurídicos, tal conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente derecho extranjero”.

Esta disposición es una consecuencia de la anterior, este sería el caso de un Estado federal en que son susceptibles de ser aplicadas dos o más leyes locales; y es evidente que deberá analizarse conforme a las reglas que ese Estado tiene previstas para resolver el conflicto que se presenta en los casos de las leyes, estatales o provinciales, internas, susceptibles de ser aplicadas y que pueden entrar en conflicto. Problema que, en el caso de México, un Estado típicamente federal, está resuelto con el artículo 121 constitucional en el que se establecen las bases del sistema de competencias de conflictos en el derecho mexicano.

### c) Estatuto personal

Artículo 2068, primer párrafo, dice “[e]l principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio”.

Se trata de la aplicación del principio característico en Latinoamérica, la Ley del domicilio, por todas las circunstancias históricas que conlleva.

### d) Matrimonio, filiación y adopción

En estos temas, como se verá, las disposiciones son modernas, están muy bien redactadas, son sencillas y claras, lo cual hará que mis comentarios sean breves.

Queda confirmada en esta normatividad, la influencia del convencionalismo latinoamericano, que provocó en la mente de muchos jóvenes juristas de las décadas de los sesentas y setentas del siglo pasado, una apertura que debían buscar en sus propios países y si se observa, esta legislación en especial, es producto de un grupo muy consolidado en el Perú, siempre capitaneado por la Dra. Celia REVOREDO y del profesor Roberto Mc LEAN, que elaboraron un proyecto, sumamente claro y bien escrito, lo cual ya es una primera ventaja. Incorporando el uso del principio

del domicilio y de la residencia, facilita todas las relaciones de la persona en estos y otros casos. Como punto de contacto para determinar la capacidad de las personas a fin de contraer matrimonio, se establece la Ley del domicilio (artículo 2070). Las formalidades del matrimonio quedan bajo el principio *Locus Regit Actum* (artículo 2076). Los derechos y deberes de los cónyuges se regulan por el domicilio conyugal. Si los cónyuges tuvieren domicilios distintos, se aplica la ley del último domicilio común (artículo 2077). No se admite el matrimonio igualitario, pero tal parece que esa disposición constitucional, cambiará en la interpretación que le dé el Tribunal Supremo Constitucional, la que ya comenzó a discutirse con motivo de una sentencia de Pleno de 11 de noviembre de 2020<sup>23</sup> en la que se debaten puntos modernos interesantes sobre el tema y se dieron varios votos disidentes a la negativa de discutir más por el momento y se rechazó el estudio del amparo. Pero como resulta en estos casos, las discusiones y los votos positivos de los ministros, quedan como precedentes para discusiones futuras sobre el tema del matrimonio igualitario.

Los Derechos y deberes de los cónyuges y cuanto se relaciona con ellos y en sus relaciones personales; es decir, no habiendo bienes en juego, se rigen por la ley del domicilio conyugal, una norma de conflicto muy clara (artículo 2077).

El régimen patrimonial del matrimonio amerita otras reglas. Para comenzar, la ley aplicable será la del primer domicilio conyugal y no importa qué número de cambios, esta permanecerá como la ley aplicable; por lo menos se abre a una gran certeza (artículos 2077 y 2078).

En cuanto a la Nulidad del matrimonio, nos encontramos con una norma de interpretación difícil, por lo mal redactada que quedó y así nos dice:

*“La nulidad del matrimonio se rige por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca cuya infracción motive dicha nulidad”.* (Artículo 2079).

No existe, en mi conocimiento, una interpretación a lo establecido en este artículo. No hay jurisprudencia, por lo que se nota, que es una disposición muy poco usada y la verdad es que el concepto al que se refiere me es ininteligible; ojalá que el amable lector lo entienda.

*“Los vicios del consentimiento, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar de la celebración”.* (Artículo 2079). Sin embargo, estos vicios ya habrán sido sometido previamente a la ley del domicilio de los respectivos cónyuges (artículo 2070) que serían, en todo caso, *las normas conforme a las cuales se sabrá si hubo consentimiento o no.*

La Ley del domicilio conyugal rige los efectos de la nulidad del matrimonio, excepto los referentes a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio, es decir, la ley del último domicilio conyugal (artículo 2080). Sin embargo, queda en duda, si la ley del último domicilio es la más apropiada ya que, cuando los bienes se constituyeron, se hizo conforme a otra ley, la del primer domicilio y no del último domicilio.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional (Perú), 11 de noviembre de 2020, EXP. N°01739-2018-PA/TC.

“Artículo 2081.- Divorcio y separación de cuerpos. El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal”.

“Artículo 2082.- Causas y efectos del divorcio y separación de cuerpos. 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”.

No en balde esta Ley completa, salvo los mínimos errores que señalamos, ha sido el faro que guio a la mayor parte de los órdenes jurídicos latinoamericanos contemporáneos que llevaron a cabo en la materia.

### e) Filiación

Todavía se puede ver, en disposiciones vigentes sobre el tema de la filiación, como a las que nos vamos a referir a continuación, la unión entre el Estado y la Iglesia, o simplemente, la influencia, seguramente, del sector más conservador que, se evidencian en normas tales como las de la filiación. De ahí que la filiación siga siendo diferenciada en algunos sistemas jurídicos de la región, lo que es un hecho lamentable. Hablar de filiación extramatrimonial y hacer una distinción con la filiación matrimonial, que se determina por la ley más favorable a la legitimidad, entre las de la celebración del matrimonio o la del domicilio conyugal, al tiempo de nacimiento del hijo, no es una disposición favorable a los derechos humanos de quien nació fuera del matrimonio y, por supuesto, que no es su culpa. Las reglas están bien definidas, pero como legislación al ser objetiva en un contexto tan sensible como el de la Familia, tendría hoy en día, como regla de conflicto, la más favorable al menor, no importa su origen.

“Artículo 2084.- Filiación extramatrimonial. La determinación de la filiación extramatrimonial, así como sus efectos y su impugnación, se rigen por la ley del domicilio común de ambos progenitores y del hijo o, en su defecto, por la del domicilio del progenitor que tiene la posesión de estado respecto al hijo.

Si ninguno de los progenitores tuviera la posesión de estado, se aplicará la ley del domicilio del hijo”.

Una filiación de este tipo, en una sociedad tan conservadora, señala a la persona de por vida, al distinguirlo de los demás, por un acto cometido por el padre o la madre, fuera del matrimonio. Es probable que esta disposición, sea derogada de la legislación peruana, con el auge que tienen hoy en día, las reivindicaciones de derechos humanos en todo el mundo.

“Artículo 2085.- Reconocimiento de hijo. El reconocimiento del hijo se rige por la ley de su domicilio”.

“Artículo 2086.- Legitimación. La legitimación por subsecuente matrimonio, se rige por la ley del lugar de celebración de este. Sin embargo, si la ley del domicilio del hijo exige el consentimiento de este, debe ser también aplicada.

La capacidad para legitimar por declaración estatal o judicial, se rige por la ley del domicilio del legitimante; y la capacidad para ser estatal o judicialmente legitimado, por la ley del domicilio del hijo; requiriendo la legitimación la concurrencia de las condiciones exigidas en ambas.

La acción para impugnar la legitimación se somete a la ley del domicilio del hijo”.

Esta disposición ya está desfasada de las corrientes actuales en las que ha desaparecido, por obsoleta, la legitimación.

### **f) Adopción**

La adopción está sujeta a una serie de reglas (artículo 2087) y sigue muy de cerca lo establecido por la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores de 1984, el mismo año en que se publicó el Código Civil peruano.

- 1.- Para que la adopción sea posible se requiere que esté permitida por la ley del domicilio del adoptante y la del domicilio del adoptado.
- 2.- A la ley del domicilio del adoptante corresponde regular:
  - a. - La capacidad para adoptar.
  - b. - La edad y estado civil del adoptante.
  - c. - El consentimiento eventual del cónyuge del adoptante.
  - d. - Las demás condiciones que debe llenar el adoptante para obtener la adopción.
- 3.- A la ley del domicilio del adoptado corresponde regular:
  - a. - La capacidad para ser adoptado (cuando así proceda).
  - b. - La edad y estado civil del adoptado.
  - c. - El consentimiento de los progenitores o de los representantes legales del menor.
  - d. - La eventual ruptura del parentesco del adoptado con la familia sanguínea.
  - e. - La autorización al menor para salir del país.

Como se puede ver, la utilización del domicilio como punto de contacto sirve lo suficiente para hacer funcionales y precisas las relaciones familiares. Sin embargo, ya son treinta y seis años desde que se publicó la ley que, quizá sea necesario, una actualización principalmente con los adelantos que se han producido en la Conferencia de La Haya, en materia familiar.

### **g) Obligaciones civiles**

“Artículo 2095.- Obligaciones contractuales. Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley

de la obligación principal, y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración”.

Como se puede observar, estamos ante una disposición muy elaborada y completa. Primero, libertad de contratación, enseguida, el lugar de cumplimiento como punto de conexión y en caso de que éste no se pueda encontrar, retrotraerse al lugar de celebración y, esta ley será la aplicable. Un sistema equilibrado, bien estructurado, porque en todas las opciones hubo un deseo de las partes de hacer las cosas correctamente y esto da muy buenos resultados.

“Artículo 2096.- Autonomía de la voluntad. La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes”.

Hemos dicho que estamos frente a una ley muy clara, aunque con algunas confusiones. Pocas afortunadamente e innecesarias, pero este artículo 2096 que es vital, en él se define nada más, ni nada menos, que a la autonomía de la voluntad y en su redacción, es la excepción, mal escrito, queriendo decir muchas cosas y las que dice, son con falta de precisión y de la claridad necesaria, lo que es una pena, con tan buen proyecto que se presentó a discusión, pero estas son desavenencias que suelen producirse en los congresos, en los que los representantes que aprueban las leyes, les da por meter la mano en disposiciones que no conocen o entienden. De ahí que siempre sea necesario de un internacionalista privado que los conduzca.

Explorando una interpretación de lo que pudo haber querido decir el legislador peruano, sería: hay una ley competente de conformidad con el artículo 2095 – habría que saber qué tipo de competencia le otorga. Además, éste último artículo no establece, ni determina algo que deba hacerse sobre el mismo tema, por lo que pierde sentido la disposición. Vemos que a pesar de ser la legislación peruana un modelo, tiene, sin embargo, artículos fallidos como éste.

Vamos ahora en otro tema de la ley, la responsabilidad extracontractual, al artículo 2097 que es una disposición lograda y con excelencia.

“Artículo 2097.- Responsabilidad extracontractual. La responsabilidad extracontractual se regula por la ley del país donde se realice la principal actividad que origina el perjuicio. En caso de responsabilidad por omisión, es aplicable la ley del lugar donde el presunto responsable debió haber actuado.

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

Principal actividad que causa el perjuicio: la fabricación, con lo cual un consumidor en un país como Perú, que importa muchos artículos, podrá optar por una ley que

en principio le va a dar una mayor indemnización, conforme a las leyes que rigen la fabricación y producción de dichos artículos, siempre buscando mayores cuantías para recuperar daños y perjuicios.

“Artículo 2098.- Obligaciones originadas por la ley y demás fuentes. Las obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación”.

“Artículo 2099.- Prescripción extintiva de acciones personales. La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley que regula la obligación que va a extinguirse”.

#### **h) Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras**

Este tema, en muchos sentidos ha sido modelo para otros ordenes jurídicos latinoamericanos. Comencemos por la reciprocidad.

“Artículo 2102.- Principio de Reciprocidad. Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos.

Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos”.

“Artículo 2103.- Reciprocidad negativa. Si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República.

Están comprendidas en la disposición precedente las sentencias que proceden de países donde se revisan, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos”.

“Artículo 2104.- Requisitos para Exequátur. Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103.

1.- Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.

2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional. Esta competencia del juez extranjero será determinada por el juez peruano de la causa.

3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.

4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.

5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que origino la sentencia.

6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.

7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.

8.- Que se pruebe la reciprocidad”.

Además, cabe considerar que “conforme al artículo 838 del Código procesal civil de 1992, la reciprocidad se presupone”.

A continuación, viene un procedimiento de quiebra, muy bueno, equilibrado y claro que se puede consultar.<sup>24</sup>

“Artículo 2105.- Sentencia extranjera en materia de quiebra. El tribunal peruano que conoce del reconocimiento de una sentencia extranjera de quiebra, puede dictar las medidas preventivas pertinentes desde la presentación de la solicitud de reconocimiento.

El reconocimiento en el Perú de una sentencia extranjera de quiebra debe cumplir con los requisitos de notificación y publicidad previstos en la ley peruana para las quiebras de carácter nacional.

Los efectos de la quiebra decretada en el extranjero y reconocida en el Perú, se ajustaran a la ley peruana en lo que respecta a los bienes situados en el Perú y a los derechos de los acreedores.

El juez procederá de acuerdo a lo establecido en la ley peruana en cuanto a la formación, administración y liquidación de la masa en el Perú, satisfaciendo los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el Perú [la ley de quiebras, que fue sustituida por la Ley General del Sistema concursal, Ley 27809 de 1992], según la graduación señalada en la ley.

Si no hay acreedores domiciliados ni acreencias inscritas en el Perú, o si, después de satisfechos estos conforme a los párrafos precedentes, resulta un saldo positivo en el patrimonio del fallido, dicho saldo será remitido al administrador de la quiebra en el extranjero, previo exequatur ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero”.

Un largo artículo con cinco párrafos, regula, de forma equilibrada y clara el procedimiento a seguir en caso de quiebra en el extranjero y su reconocimiento en el Perú, que es un acontecimiento muy poco frecuente, pero posible.

Pasemos ahora a lo que es el procedimiento de ejecución de sentencias.

<sup>24</sup> Véase apartado 3.- Argentina, g) Conclusión, del presente trabajo.

### **i) Ejecución de sentencias**

“Artículo 2106.- La sentencia extranjera que reúna los requisitos establecidos en los artículos 2102 [reciprocidad], 2103 [reciprocidad-negativa], 2104 [requisitos para Exequátur] y 2105 puede ser ejecutada en el Perú a solicitud del interesado”.

“Artículo 2107.- Formalidad de la solicitud de ejecución de sentencia extranjera. La solicitud a que se refiere el artículo 2106 debe ir acompañada de copia de la sentencia íntegra, debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano, así como de los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos establecidos en este título”.

“Artículo 2108.- Trámite para declaración de ejecutoria de sentencia extranjera. El trámite para la declaración de ejecutoria se ajusta a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles. Cumplido el trámite, la sentencia extranjera tendrá la misma fuerza ejecutoria que tienen las sentencias nacionales.

Las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren de exequatur”.

Resulta claro que esta disposición, busca la precisión, en una labor tan delicada para el juez.

“Artículo 2109.- Valor probatorio de sentencia extranjera legalizada. Las sentencias extranjeras debidamente legalizadas producen en el Perú el valor probatorio (artículo 2109) que se reconoce a los instrumentos públicos, no requiriendo para ese efecto del exequatur”.

“Artículo 2110.- Valor probatorio de la sentencia extranjera. La autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera puede hacerse valer dentro de un juicio si cumple con los requisitos establecidos en este título, sin necesidad de someterla al procedimiento del exequatur”.

“Artículo 2111.- Aplicación supletoria. Lo dispuesto en este título rige, en cuanto sea aplicable, también para resoluciones extranjeras que ponen término al proceso y, especialmente, para las sentencias penales en lo referente a la reparación civil.

Tratándose de laudos arbitrales, serán de aplicación exclusiva las disposiciones de la Ley General de Arbitraje”.

### **j) Conclusión**

La apertura peruana, como lo dijimos, fue la primera y una legislación modelo, salvo algunas excepciones que ya señalamos, muy bien escrita, que incorpora de forma sencilla los principios del DIPr moderno, muchos de ellos procedentes de las conferencias interamericanas. La Ley peruana sirvió de modelo para algunas legislaciones del área y se debe a la calidad de la Ley, y la calidad de sus autores. Por su parte, como lo veremos más adelante, sólo los juristas uruguayos, entre los más destacados del Continente, lograron superar esta versión.

## 2.- Venezuela

### a) Introducción

En Venezuela se presentó uno de los primeros proyectos de aplicación de normas de Derecho Internacional Privado que han existido en todo Latinoamérica, el de Pedro ARAYA en 1912 y 1914 y “fue realizado con el propósito de facilitar la incorporación [de Venezuela] a una eventual unificación del Derecho Internacional Privado en el Continente Americano, la cual había sido discutido en la sesión de la Junta de Jurisconsultos de 1912 en Río de Janeiro, Brasil y a la cual asistió el doctor Pedro ARAYA”.<sup>25</sup> La promoción de un nuevo proyecto con algunas disposiciones del anterior proyecto, fue retomada por el Ministerio de Justicia en 1963 y 1965. Proyecto que el Dr. SAMTLEBEN, considera que es el antecedente de la legislación peruana. En 1998 se publicó por el profesor Gonzalo PARRA-ARANGUREN, otro proyecto, basado en el anterior, de ley de DIPr, pero sin las disposiciones que habían inquietado a los funcionarios venezolanos. El proyecto va a recorrer diferentes instancias de la burocracia venezolana para finalmente llegar al Senado y se apruebe el 6 de agosto de 1998.

### b) Aplicación de la ley extranjera

“Artículo 1º. Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”.

Se trata de un artículo que contiene varios elementos, primero la expresión que, en virtud de derivarse de los tratados, la normatividad del Derecho internacional privado, parte de sus fuentes del Internacional público, lo cual es correcto, y viene enseguida, una jerarquización: a falta de tratados se aplicarán las normas internas venezolanas y, a falta de ellas, “la analogía” servirá para identificar a las normas extranjeras que deberán de aplicarse. Cuál es la *Ratio* de este criterio: “se ha de recurrir a los hechos específicos del caso [ y ] consiste en identificar la solución normativa atribuida a un tipo de caso identificando sus características fácticas relevantes”;<sup>26</sup> es decir, con base en los hechos sucedidos, lugar de la celebración del contrato o lugar de su ejecución, por ejemplo, se identifica las características significativas relevantes, que en nuestro caso, sería posteriormente, la solución normativa, ley aplicable a esos hechos, una forma por lo demás tradicional de interpretación en el DIPr. A falta de una interpretación de ese tipo, se recurrirá a los principios de la materia, que se forman con base en la doctrina. Nótese cómo por segunda ocasión, gracias a disposiciones modernas de DIPr, conducen al juez a la consulta de la doctrina, abriendo con ello un

25 RINCÓN, Iván, *Introducción al libro Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1988 (Antecedentes, comentarios, jurisprudencia)*, vol. I, Ed. Fernando A. Parra-Aranguren, Caracas, 2001, p. 61.

26 GASCÓN, Marina; NUÑEZ, Álvaro, *La construcción del precedente en el Civil Law*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 84-85.

amplio panorama frente a derechos codificados y altamente positivizados, debido a un formalismo rígido, como el de los derechos latinoamericanos. El juez venezolano tiene así amplias facultades de interpretación en la materia.

“Artículo 2º. El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”.

En materia propiamente dicha de derecho extranjero, se conserva un texto como el de sus proyectos anteriores y se hace concordante con la Convención Interamericana sobre Normas Generales; sin embargo, a diferencia de lo propuesto por ésta Convención en la que, la interpretación se deja al derecho de origen de la norma, en la ley venezolana, se le condiciona a que “se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”, entonces se plantea una contradicción, o se interpreta el derecho extranjero conforme a su derecho de origen o se le deja a que sea concordante con la ley de conflicto venezolana, lo cual pierde sentido ya que está última norma, la única función que persigue, es la aplicación de la ley extranjera.

Además, esta solución no concuerda del todo con el artículo siguiente, ya que en el artículo 3º, se establece que cuando exista conflicto de leyes, éste se resolverá “conforme con los principios vigentes en el correspondiente Derecho extranjero”. La pregunta es, porqué en un caso se le condiciona de acuerdo con los objetivos de la norma venezolana y en otro caso semejante, conforme a la norma extranjera. La respuesta no es clara, aunque hay que tomar en consideración, que se trató de las primeras grandes aperturas viniendo de sistemas territorialistas. Veremos en otros casos cómo estas soluciones se van perfeccionando. Desafortunadamente, no sabremos por un buen tiempo cuál será la interpretación que le den los tribunales venezolanos, por el gran deterioro que han sufrido de manos de dos *tiranos* que, en los últimos años, han conducido a esa agobiada nación.

Los artículos 4º a 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela,<sup>27</sup> son copia de la Convención Interamericana sobre Principios Generales y no hay

27 Artículo 4º. Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado. Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho. En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto.

Artículo 5º. Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano. Artículo 6º. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última.

Artículo 7º. Los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

Artículo 8º. Las disposiciones del derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.

Artículo 9º. Cuando el Derecho extranjero declarado aplicable al caso establezca instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación que no estén contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, podrá negarse la aplicación de dicho Derecho extranjero, siempre que el Derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos.

nada que aportar más que se trata de disposiciones que fomentan de manera precisa y directa la aplicación de la ley venezolana, ya sea en el caso de evitar un reenvío en segundo grado, o respetando el libre juego de la norma de conflicto (artículos 4° y 6°). En casos de diversas leyes susceptibles de ser aplicadas, habrá que lograr una coordinación entre ellas o aplicar, en caso de que no pueda lograrse dicha coordinación, la equidad en cada caso concreto (artículo 7°). La regulación del orden público se establece en los artículos 5° y 8°; mientras en el caso de la cuestión previa, se busca un vínculo autónomo respecto de la cuestión principal (artículo 6°), interpretación por analogía cuando no haya norma precisa en el derecho interno (artículo 9°) y la aplicación de leyes imperativas internas (artículo 10).

### c) Estatuto personal

El domicilio como regulador de las diversas situaciones vinculadas con el estatuto personal (artículos 11 a 20).<sup>28</sup>

### d) Matrimonio, filiación y adopción

Los efectos personales y patrimoniales se rigen por el domicilio conyugal o en su caso, del último domicilio común (artículo 22); la filiación se determina con base en el domicilio del hijo (artículo 23); y en la adopción “[a]l adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio” (artículo 25).

### e) Obligaciones civiles

Para las obligaciones convencionales, la ley elegida por las partes (artículo 29) y en caso de omisión, conforme a una solución moderna, clara y amplia, pero al mismo tiempo, esta ley es precursora de la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales: “A falta de indicación válida, las obligaciones

---

Artículo 10. No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicará necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos.

28 Artículo 11. El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual.

Artículo 12. La mujer casada tiene su domicilio propio y distinto del marido, si lo ha adquirido de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 13. El domicilio de los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, se encuentra en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual.

Artículo 14. Cuando la residencia habitual en el territorio de un Estado sea resultado exclusivo de funciones conferidas por un organismo público, nacional, extranjero o internacional no producirá los efectos previstos en los artículos anteriores.

Artículo 15. Las disposiciones de este Capítulo se aplican siempre que esta Ley se refiera al domicilio de una persona física y, en general, cuando el domicilio constituye un medio de determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los tribunales.

Capítulo III

De las Personas

Artículo 16. La existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el Derecho de su domicilio.

Artículo 17. El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

Artículo 18. La persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto.

Artículo 19. No producirán efectos en Venezuela las limitaciones a la capacidad establecidas en el Derecho del domicilio, que se basen en diferencias de raza, nacionalidad, religión o rango.

Artículo 20. La existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por el Derecho del lugar de su constitución. Se entiende por lugar de su constitución, aquél en donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales” (artículo 30).

Que es una disposición, como se dijo, precursora de la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, en donde se repitió casi idéntica esta disposición.

Lo mismo sucedió con el artículo siguiente: “Artículo 31. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Son dos aspectos que cubre esta disposición, por un lado, reconoce expresamente como parte del Derecho Comercial Internacional a las normas, los principios del Derecho Comercial Internacional, así como el uso de “prácticas comerciales de general aceptación” lo que se conoce hoy por *Lex Mercatoria*.

En materia de responsabilidad extracontractual, igualmente se establece otra norma moderna y precisa: “Artículo 32. Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito”.

Una disposición de esta naturaleza, como es natural, atiende a los efectos, pero al mismo tiempo, hay una opción para la víctima a fin de demandar en la fábrica o en el lugar donde se llevó a cabo el diseño o la fabricación del bien o servicio que ha causado el daño, lo cual es muy importante para países como los latinoamericanos consumidores de productos o servicios de países industrializados.

#### **f) Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras**

De acuerdo con el artículo 53, las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que hayan sido dictadas en materia civil o mercantil (fracción 1); tengan fuerza ejecutoria en el país de origen (fracción 2); que no se refieran a bienes y luego, “que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio” (fracción 3); que el tribunal que dicte la sentencia haya tenido jurisdicción, de acuerdo con el derecho venezolano (fracción 4); que el demandado haya sido citado a comparecer a juicio y que se le hayan brindado garantías procesales (fracción 5); “[q]ue no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada” (fracción 6); y que no sean contrarias al orden público venezolano.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Para un estudio completo sobre el orden público en materia de reconocimiento de sentencias en Venezuela, consultar: PÉREZ, Yaritzza, *La sentencia extranjera en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2011, pp. 164 y ss.

### g) Conclusión

La segunda legislación de apertura y nuevamente, un verdadero modelo de estructura, de claridad y de técnica moderna, más depurada que la anterior. Esta segunda apertura, quizá no con la perfección en algunas disposiciones de la peruana pero indiscutiblemente influenciada por dicha legislación y, sobre todo, por las convenciones interamericanas, logró un alto nivel de calidad y de libertad para la aplicación del sistema del internacional privado en Latinoamérica. Desafortunadamente, como lo mencioné, ese país, otrora modelo de la democracia y del desarrollo, fue captado por un par de tiranos, que, de manera sucesiva a lo largo de 22 años, han hundido al país, en la pobreza, represión e injusticia, de las que difícilmente se ha tenido noticia en Latinoamérica, con la dominación de su política por parte de los *tiranos* cubanos.

### 3.- Argentina

#### a) Introducción

La apertura argentina la he encuadrado dentro de las aperturas amplias, aun cuando no se trata de una apertura que haya tenido el nivel de calidad, ni el aporte de un número importante de novedades en la materia, que tuvieron las aperturas, peruana, la venezolana, y muy especialmente de la uruguaya, como veremos más adelante.

“En 1952, [Werner] GOLDSCHMIDT publicó la primera edición de sus “Bases de un Anteproyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado”. Su Desarrollo obedeció a la aprobación del Código Civil de 1949 que incorporó cambios a diversos principios y derechos y se requería de una reforma del [DIPr]”.<sup>30</sup> Sin embargo, dicho anteproyecto no fue tomado en cuenta por el legislador argentino y ninguna repercusión tuvieron las propuestas del Prof. GOLDSCHMIDT hasta que “a finales del siglo veinte una comisión especial fue formada para trabajar en una reforma comprensiva sobre las reglas del Código Civil. Sin embargo, para modificar al [DIPr], el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, nombró a un comité de expertos, el cual presentó un borrador para estudio en el Congreso y que se denominó, *borrador de Derecho Internacional Privado al Código Civil*”.<sup>31</sup>

Durante la Cuarta Conferencia Interamericana de DIPr, celebrada en 1989 en Montevideo, Uruguay, una anécdota puede mostrar la postura todavía territorialista del momento. El profesor Antonio BOGGIANO, que encabezaba la delegación argentina a la citada Conferencia, en los contactos previos, parecía haber aceptado las bases para una Convención sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, elaborada por el Profesor uruguayo, Ronald HERBERT, presentada por la delegación uruguaya, y respaldada por las delegaciones mexicana y venezolana, sobre el principio de la autonomía de la voluntad; sin embargo, durante el desarrollo de la Conferencia, el Prof. BOGGIANO bloqueó el proyecto uruguayo que el Dr. Ronald HERBERT había preparado conforme a 5 bases, arguyendo que su país no estaba

30 DREYZIN, Adriana, *Republic of Argentine*, Kluwer Law Internacional, Ámsterdam, 2021.

31 DREYZIN, cit. (n. 29).

dispuesto a aceptar la autonomía de la voluntad en las condiciones que se planteaban y esta negativa fue aprovechada por la delegación de Brasil que se negó en absoluto a admitir dicha propuesta<sup>32</sup> y el proyecto fue pospuesto para una conferencia posterior. Durante cinco años, las bases del proyecto uruguayo fueron ampliamente discutidas en reuniones que se tuvieron en el Centro de Estudios sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en Tucson, Arizona, en 1992 y 1993, conclusiones que fueron retomadas por la delegación mexicana, desarrolladas y presentadas, en la Quinta Conferencia Interamericana en 1994, celebrada en la Ciudad de México. En esta ocasión, la delegación argentina había cambiado su actitud, aunque la brasileña seguía empeñada en no aceptarla. Finalmente, la Convención Interamericana sobre el Derecho Internacional de los Contratos, fue aprobada. Lo anterior muestra que las posturas territorialistas estuvieron vigentes hasta muy avanzada el desarrollo de dichas conferencias y en alguna medida, siguen existiendo.

El Título IV, del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, fue dedicado al DIPr. De los tres capítulos que lo componen, los dos primeros, están dedicados a la parte general y el tercero a la parte especial de la materia. Este título, consta de 16 secciones con las cuales se cubren la mayoría de los temas de la materia. Veamos las partes más relevantes.

#### b) Aplicación de la ley extranjera

En el título preliminar del Código se establece el principio general en los términos siguientes:

“Artículo 1° Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes y los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Como puede observarse, se tiene como base a la Convención Interamericana sobre Normas Generales y se transcribió la propuesta venezolana, pero en la argentina, hay, además, tres aspectos relevantes: la aplicación de la ley, la finalidad de la norma jurídica y los usos, prácticas y costumbres, cuando las leyes o las partes se refieran a las mismas.

Al iniciar esta disposición con el enunciado “Fuentes y Aplicación” se quiso subrayar que además de la Ley se incluyen fuentes internacionales (tratados) y usos y costumbres ya sean reguladas o no por la ley o escogidas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a derecho y la doctrina. En cuanto a las fuentes provenientes de la Constitución y de “Los tratados sobre derechos humanos en los que *la República sea parte*” se advirtió que en el proyecto se refería a los tratados en general, pero al final, se intentó una limitación restringiendo sólo a tratados de derechos humanos. Sin

32 FRESNEO, Cecilia, *Autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1991, p. 76.

embargo, los tratados que no versan sobre derechos humanos “son fuente de derecho y tienen, incluso jerarquía superior a las leyes [y por tanto] la ausencia de su mención en el precepto no excluye la necesidad de su aplicación al caso regida por ellos y a que las leyes deban adecuarse a sus principios [en referencia a los de los tratados] debido a su jerarquía normativa superior”.<sup>33</sup>

Por lo que corresponde a los usos y costumbres, la forma como están expuestos “no excluye [que] los usos y prácticas (elemento material) tengan valor en el plano de la interpretación de la ley y en el sentido que pueden constituir parámetros objetivos para apreciar el significado de una ley”. La referencia “[a] *tal efecto, se tendrá en cuenta [en] la finalidad de la norma*”, punto de interpretación que lo da el artículo 2° del mismo Código, cuando establece:

“Artículo 2°. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

La finalidad de la ley, como se establece en el texto, consiste en que el juez interprete, como le pide el legislador, que además de la finalidad de las leyes, tenga en cuenta leyes análogas y a “*las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos*” teniendo en cuenta también, “*los principios y los valores jurídicos*”.

Para lograr final y coherentemente la interpretación de la ley, es precisamente en base al DIPr conforme al cual hay que seguir la determinación del contenido de la norma internacional, en la medida en que se aplica en el orden jurídico interno. Con lo cual la interpretación de la ley abre el camino para una conceptualización amplia del Derecho que la Corte Suprema argentina precisa en los términos siguientes:

“[...] Corresponde recordar que por encima de lo que las leyes parecen expresar jurídicamente. No se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines y en especial al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho, en grado y jerarquía con que ellos son valorados por el todo normativo”.<sup>34</sup>

Dicho en otras palabras, la interpretación va dirigida a la norma jurídica interna argentina; en aplicación del criterio establecido en el artículo 2° al que nos referimos y en una perspectiva internacional (Tratados de derechos humanos), puede aplicarse la norma jurídica internacional y, de manera más específica, la norma de DIPr, con lo cual, en el nivel jerárquico que le corresponde, esta normatividad podrá ser aplicada, si en el criterio de los tribunales argentinos, conforme a principios fundamentales del derecho que al valorarse de acuerdo con el orden jurídico interno, son susceptibles de ser aplicados. Lo anterior, sobre todo porque el artículo 3° establece claramente: “[d]eber de resolver. El juez debe resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

33 DREYZIN, cit. (n. 29).

34 DREYZIN, cit. (n. 29).

En esta decisión nacional, estaría incluida la norma internacional, siempre y cuando esa decisión del juez, además de encontrarse razonablemente fundada, el juez considere que se trata de su jurisdicción.

De esta forma, en los tres primeros artículos del nuevo Código Civil y Comercial argentino tenemos un cambio radical en la percepción, interpretación y aplicación de la norma jurídica internacional y consecuentemente de la norma del DIPr.

No obstante, tal parece que hubo una actitud de cierta frustración de parte de un comité de expertos de internacional privado que había sido convocado para la redacción del Código ya que, si bien se dio un avance, no se tomó en cuenta sino una parte de la propuesta presentada por dicho comité, como lo mencionó la profesora Adriana DREYZIN, una de las integrantes de la comisión:

*“New PIL regulations constitute significant progress with regard to the former ones. Although the highest aspirations of internationalist private law scholars has not been attained yet relating to the recognition of the legislative autonomy of a scientifically autonomous discipline, the fact that most of the topics have been grouped under a single title, albeit devoted to only two of its three sectors (applicable law and competent jurisdiction), it is a significant step in that direction”.*<sup>35</sup>

El artículo 2594, establece que las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones vigentes de aplicación en el caso, y en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas de derecho internacional privado argentino de fuente interna.

Esta disposición está en concordancia con los tres primeros artículos del Código ya mencionados. Se parte del principio de la fuente internacional que es, hoy en día, la fuente internacional más importante en los países del área latinoamericana en materia de DIPr y en su defecto, la aplicación será normatividad interna argentina en la materia.

El artículo 2595, muy importante. “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;

b) si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;

c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos

<sup>35</sup> DREYZIN, cit. (n. 29).

derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos”.

Esta disposición se refiere a la aplicación del derecho extranjero y adopta los tres principios de la Convención Interamericana de Normas Generales, a saber: primero, la aplicación del derecho extranjero se hará por el juez argentino como lo haría el juez al que pertenece ese derecho; segundo, si existen varios derechos susceptibles de ser aplicados, se aplicarán de conformidad con el orden jurídico en disputa que tenga “*los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate*”; y tercero, si hay diversos derechos aplicables, susceptibles de ser aplicados, “*esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada una de ellas*”.

Esta disposición es criticada por una de las más destacadas académicas argentinas en la materia, la Dra. Alicia PERUGINI, en los siguientes términos: “[c]abe apuntar que el artículo 2594 se aparta formalmente de su fuente. Contiene una redacción que se puede considerar, por lo menos, discutible. Se puede conjeturar que, con la expresión, las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales, los autores han querido en forma elíptica, identificar el problema básico u objeto del [DIPr]. Si esta fuera la intención se sugeriría se siga la secuencia ontológica y, por ende, lógica: son las situaciones vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales los que reclaman una solución acorde con sus conexiones internacionales. Es decir, los datos sociológicos preceden a la respuesta normativa: primero Caín mató a Abel (realidad social), luego se vio que era malo (valoración) y por ello se decide prohibir el homicidio (respuesta normativa)”.<sup>36</sup>

Otros académicos argentinos, María A. FERREIRA y Juan Pablo DE ROSAS, se refieren a esta disposición y nos la explican de esta manera: “[I]a jerarquía legislativa en el ámbito del [DIPr] queda configurada al disponer que las normas aplicables a las situaciones jurídicas con elementos extranjeros se rigen por las previsiones contenidas en los tratados y convenciones internacionales vigentes y, en su defecto -es decir, si no hay fuente internacional que regule el caso-, regirá el [DIPr] de fuente interna, es decir, la regulación de Código Civil y Comercial.

Este [DIPr] de fuente interna regulará, con relación a una situación con elementos extranjeros, en primer lugar, el juez competente, en segundo lugar, el derecho aplicable, y en su caso, la normativa aplicable a la cooperación jurisdiccional internacional”.<sup>37</sup>

Lo mismo en el caso del *Reenvío* en donde se le concibe de una forma restringida; es decir, si hay un reenvío a las normas argentinas, serán estas las que se apliquen y la remisión hecha al derecho extranjero, será a las disposiciones de orden interno, las que se apliquen con exclusión de las reglas de conflicto (artículo 2596).

36 PERUGINI, Alicia, *Panorama General del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2012.

37 Así, la jerarquía legislativa en el ámbito del DIPr queda configurada al disponer que las normas aplicables a las situaciones jurídicas con elementos extranjeros se rigen por las previsiones contenidas en los tratados y convenciones internacionales vigentes y, en su defecto, regirá el DIPr de fuente interna, la regulación de Código Civil y Comercial.

En este cuerpo normativo, se espera la elección del derecho aplicable elegido por las partes por regla general (artículo 2597); se establece el Fraude a la Ley (artículo 2598); y se aplican las normas imperativas o de aplicación inmediata argentinas en contra de cualquier derecho susceptible de ser aplicado (artículo 2599), y se establece también el principio del orden público.

### c) Estatuto personal

La distinción entre domicilio y residencia habitual de personas físicas. En el primer caso debe haber una intención de establecerse en él y la residencia es en “*el Estado en que se vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado*” (artículo 2613).

En realidad, como puede observarse, la diferencia es tan sutil que puede perderse, pero tal parece que los jueces se atenderán exclusivamente a la intención, manifiesta o implícita, de la persona. En el caso de los menores de edad, su domicilio está, en donde se encuentren quienes ejercen la responsabilidad parental y en caso de que estos se encuentren en países diferentes, será el lugar de su residencia habitual. Es importante subrayar que el Código dispone que *los menores sustraídos ilícitamente no adquieren domicilio en el Estado a donde hayan sido sustraídos* (artículo 2614). La capacidad se rige por el derecho del domicilio (artículo 2616) de origen. Podemos ver que esto es importante porque de otra forma, un menor sustraído puede según el tiempo, adquirir el domicilio en el país de sustracción y se pierde el derecho en favor del padre desposeído del menor. Es decir, se ignora el principio del “Interés superior del menor” y, por lo tanto, no solo se retienen los principios que guían a la Conferencia de La Haya, sino que además no se afilia a los avances en este tema.

### d) Matrimonio, filiación y adopción

En materia de matrimonio la disposición sobre jurisdicción para acciones de validez, nulidad y disolución se determina por el lugar *del último domicilio efectivo*, el que se entiende por el lugar *de efectiva e indiscutible convivencia de los cónyuges* (artículo 2621).

En materia de adopción se siguen los lineamientos de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes sobre adopción y así, se dispone que son competentes los jueces argentinos (artículo 2635), la misma jurisdicción para los casos de revocación o anulación (artículo 2637). Existe la posibilidad de conversión de adopción simple en adopción plena (artículo 2638). Para el caso de la restitución de menores se siguen los lineamientos de las convenciones interamericanas y de La Haya al establecer que además de atenerse a dichas convenciones, el juez debe resolver, teniendo en cuenta el interés superior del niño y por tanto deberá supervisar el retorno seguro del menor (artículo 2642). Como puede apreciarse, ese es el método de derecho uniforme convencional, cuando sus preceptos son adoptados por un Estado Nacional en su legislación interna.

**e) Obligaciones civiles**

En materia contractual, el Código se rige igualmente por los principios y mayormente, por las normas de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, estableciendo de forma amplia el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y sujetándolo a tres reglas, a saber:

- a) Las partes pueden cambiar el derecho aplicable a su contrato, ya sea a su totalidad o a parte de él sin que ello afecte derechos de terceros (*Depeçage*);
- b) La elección del derecho aplicable debe entenderse al derecho interno, con exclusión de normas de conflicto;
- c) Se establece la plena libertad de las partes para crear las disposiciones contractuales que deseen, incluyendo *las disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido*, lo que es incorrecto en caso de que el contrato deba tener ejecución en el Estado donde el derecho ha sido elegido por las partes, ya que los jueces tendrán por no puesta esa elección y resulta contradictoria esta disposición, con dos más de las establecidas como requisitos normativos de la autonomía de la voluntad que son: “[s]e imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso y en él los contratos hechos para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso [ya que] no tienen efecto alguno”, dicho en otras palabras, por un lado se permite el desplazamiento de normas imperativas del derecho elegido y por otra parte, la designación del derecho extranjero es inválida cuando se pretende la violación de dichas normas.

Es válida la incorporación de *los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional* y, finalmente, la elección del derecho aplicable no supone esa elección de ley aplicable al foro origen de ese derecho (artículo 2651).

**f) Reconocimiento y ejecución de sentencia**

Se dedica el Capítulo II del Título IV al tema de la Jurisdicción internacional. Un primer artículo que contiene todos los elementos de jurisdicción interna es el artículo 2601 que establece: “[1]a jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”.

A continuación, se dispone la competencia de los jueces argentinos para evitar la denegación de justicia (artículo 2602). Se establece una disposición (artículo 2603) con el título de “Medidas provisionales” en el que se dispone las facultades de los jueces argentinos para conocer:

- a) Cuando se entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República. Es decir, que habrá competencia general

sobre personas y bienes. En el primer caso, esa competencia deberá estar sujeta a que el demandado sea notificado de las acciones que se le siguen, de lo contrario la jurisdicción y decisiones no tendrán efecto fuera del territorio argentino. Lo mismo en materia de bienes, si estos son sobre derechos reales, de bienes ubicados fuera de territorio argentino, tampoco tendrán efecto ya que es común en las legislaciones latinoamericanas que exista jurisdicción exclusiva respecto de este tipo de derechos. De esa manera, esta disposición tiene un valor relativo.

b) A pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal. Aquí es entendible este tipo de competencia, sobre todo, porque se trata de “*Un caso de urgencia*” en la que, la medida, por su naturaleza, es “*provisional*”. En este caso la provisionalidad es relativa; en otros términos, el legislador argentino define el reconocimiento y en su caso la ejecución de una sentencia extranjera como una medida provisional que entiende desde la perspectiva procesal, pero no jurisdiccional ya que el juez argentino para conocer de resoluciones extranjeras debe tomar jurisdicción la cual puede incluso, ser contestada y apelada, lo que le quita su carácter de “provisionalidad” y si lo es, al final del proceso, los tribunales de alzada decidirán, si es el caso, que la jurisdicción asumida por el juez es definitiva. Sobre todo, si se observa lo dispuesto en *el siguiente inciso que establece*:

c) “[C]uando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina”. En esto, el reconocimiento y la ejecución deben ser definitivas.

En el párrafo final de esta disposición hay un texto que se encuentra adoptado por varias de las legislaciones latinoamericanas<sup>38</sup> respecto a la “*Medida cautelar*”, se trata de lo establecido por la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares, artículo 6°, en el que previene que el reconocimiento de una medida cautelar implica la competencia del juez para conocer del reconocimiento de la sentencia final, que se dicte en ese mismo juicio de reconocimiento de la medida cautelar: “[e]l cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal”.

“Artículo 2604.- Litispendencia. Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento.

El proceso suspendido puede continuar en la República si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que, habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país”.

38 En Perú, en el artículo 2066 CC; Venezuela, artículo 58 de la ley correspondiente; y en la República Dominicana, artículo 25 de la ley de Derecho Internacional Privado.

Una disposición moderna clara, con muchos elementos y que aporta en el proceso internacional al precisar que será, en última instancia, solo por razones de orden público que se rechace eventualmente, la sentencia en cuestión. Lo mismo sucede con las disposiciones en el caso de prórroga de la competencia que se autoriza *en materia patrimonial e internacional* siempre que no esté prohibida por ley (artículo 2605).

“Artículo 2606.- Carácter exclusivo de la elección de foro. El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario”.

“Artículo 2607.- La prórroga procede si hay convenio expreso o tácito al respecto o si el demandado comparece a juicio “sin articular declinatoria”.

Además, hay competencia en favor del foro del domicilio o residencia habitual del demandado, entendiéndose, aunque no lo diga la disposición, aplicable la misma norma respecto de un demandado fuera de territorio argentino (artículo 2608).

La jurisdicción exclusiva de jueces argentinos sí se establece. Indudablemente, un legislador aguzado como el argentino, logra con una sola disposición, diseñar un proceso sumamente breve. “Artículo 2609.- Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:

- a) En materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República;
- b) En materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;
- c) En materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina”.

Los artículos 2611 y 2612 con los que finaliza este Capítulo regulan la cooperación jurisdiccional internacional con toda la amplitud que esta cooperación es conocida en el derecho contemporáneo.

### g) Conclusión

Sin alcanzar la precisión y el desarrollo de las aperturas peruana y venezolana, esta apertura es muy importante; bien pensada, por lo que el derecho argentino en Sudamérica ha sido y es, un referente que siempre es tomado en consideración por otros países de la región. Por otro lado, hay que tomar en consideración que la Argentina tuvo en el pasado antecedentes territorialistas y una actitud de esa naturaleza en algunos de sus funcionarios y una parte de la doctrina argentina; sin embargo, como hemos visto, estas posiciones claudicantes territorialistas argentinas, quedaron finalmente desplazadas, lo que hace suponer que no habrá ningún escollo serio para que esta nueva Ley se aplique en el orden jurídico argentino.

#### 4.- Panamá

##### a) Introducción

El caso panameño tiene parecido con otros países del área, en la medida que, por una parte, estuvo abierto a capitales extranjeros y, no obstante, existió un sistema territorialista que restringía los derechos de los extranjeros en Panamá. La propia Constitución establecía hasta 1972 un “Territorialismo rampante”<sup>39</sup> y una exclusión de las actividades de los extranjeros en ese país. “Sólo podrán ejercer el comercio al por menor los panameños por nacimiento [...]” (artículo 288 del Código Civil de Panamá) y “[l]as personas naturales o jurídicas extranjeras y las nacionales cuyo capital sea extranjero, en todo o en parte, no podrán adquirir la propiedad de tierras nacionales o particulares situadas a menos de 10 kilómetros de las fronteras [...]”.<sup>40</sup>

Sin embargo, con motivo de las sucesivas modificaciones constitucionales de 1978, 1983, 1994 y 2008, esas disposiciones desaparecieron para en su lugar crear, en la Constitución actual, en el Título III, Capítulo 1°, el establecimiento de los derechos y deberes individuales y sociales y garantías fundamentales y en donde se dispone una igualdad entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de sus derechos.

En 2015<sup>41</sup> entró en vigor el “Código de Derecho Internacional Privado”<sup>42</sup> con 163 artículos en los que de forma exhaustiva se regulan gran parte de los temas de la materia a lo largo de diez capítulos, desde el título preliminar, hasta los títulos que son: el carácter internacional de una relación jurídica; los poderes del Juez del foro; el reenvío; orden público internacional; cuestiones previas o incidentales; adaptación internacional; determinación de la competencia judicial internacional; y foros de competencia judicial internacional. Veamos las disposiciones más relevantes.

##### b) Aplicación de la ley extranjera

En cuanto al carácter internacional de una relación jurídica, el artículo 2° establece como factor de conexión, entre otros, que en el caso de contratos, el hecho que las partes estén domiciliadas en Estados diferentes. Por su parte, su estado civil y capacidad de las personas, se continúa sosteniendo el factor de la nacionalidad, a la usanza tradicional francesa. A pesar de que solo los países continentales del viejo continente sean quienes siguen aplicando ese antiguo criterio, Panamá es prácticamente el último Estado de la región en mantener ese punto de contacto, salvo, como lo veremos, la República Dominicana, que lo hace en una mezcla extraña moderna entre domicilio y nacionalidad, a todas luces, confusa.

39 BOUTIN, Gilberto, *Derecho Internacional Privado*, Mizrachi & Pujol, Ciudad de Panamá, 2002, p. 53.

40 Artículo 286, primer párrafo, del Código Civil de Panamá.

41 Ley N°61, 2015. (Panamá).

42 Para una consulta sobre la evolución inmediata que llevó a esta ley, consultar, SAMTLEBEN, Jürgen, “Internationales Privatrecht in Panama – Eine neue Kodifikation in Lateinamerika”, *Rabel XZeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 82, N°1, 2018, pp. 61 y ss.

En materia de actos jurídicos se rigen *por la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes o, en su defecto, por la ley del lugar de celebración* (artículo 3°). Respecto de la calificación de carácter internacional, se retiene todavía un criterio que colinda con la territorialidad pues si no hay una calificación prevista en un “tratado que regule la materia” se recurrirá a “la calificación interna” y, en su defecto, se “recurrirá a la calificación extranjera cuando la categoría jurídica no esté prevista en la ley panameña”; sin embargo, esto no es obstáculo para que el juez panameño califique la *Lex Fori* (artículo 5°).

En contraste con lo anterior, se reconoce el reenvío de manera abierta cuando la ley extranjera aplicable por el juez designe a *otro ordenamiento jurídico como derecho aplicable* (artículo 6°). Tanto en el tema de las cuestiones previas o incidentales, como en el caso de la adaptación internacional (artículos 8° y 9°), se siguen los principios establecidos por la Convención Interamericana sobre Normas Generales, regulando, en el caso de la primera, la cuestión previa, por una conexión independiente respecto de la cuestión principal y en la segunda, la de la adaptación, conforme a la tesis de Henri BATIFFOL, que plantea “la armonización de las normas que se presentan como susceptibles de ser aplicadas”.<sup>43</sup>

### c) Estatuto personal

“Artículo 23. El estado, capacidad y derecho de familia, se regirá por la ley panameña aun cuando residan en el extranjero. Se presume que el estatuto personal de los extranjeros se rige por su ley nacional, salvo que esta designe otro criterio de conexión. En tal sentido, el juez panameño aplicará la ley designada por la norma de conflicto de la ley nacional del extranjero”.

Parecería una norma europea continental de pura estirpe, sin embargo, es una norma latinoamericana, debido a la tradición de ese país que ha mantenido la nacionalidad como factor de la conexión en el estatuto personal, aunque parezca extraño, en pleno siglo XXI. Se establece que finalmente el juez panameño podrá aplicar el vínculo de conexión cuando así se lo indique *la ley designada por la norma de conflicto de la ley nacional extranjera*, pero como no hay ley nacional extranjera en los países del área, le será difícil determinar cuál ley se debe aplicar, debido precisamente a que su conexión con la ley nacional, solo existe en Europa continental pero no, en ningún país de América Latina, salvo las pequeñas islas del caribe reconocidas como Estados, pero que en realidad son diminutas colonias europeas, producto de un *imperialismo* anacrónico y decadente.

No obstante, la conexión de ley nacional, el artículo 26 define al domicilio de forma exhaustiva: “[e]l domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las características siguientes:

1. El lugar de la residencia habitual;

<sup>43</sup> BATIFFOL, Henri, “Aspects Philosophiques du droit international privé”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 10/1, 1958, pp. 190-194.

2. El lugar del centro principal de sus negocios;
3. El lugar de la simple residencia, en ausencia de las circunstancias anteriores;
4. El lugar donde se encuentra, si no hay simple residencia”.

*Una definición moderna con todos los elementos que se deben verificar.*

En materia de foros de competencia, el artículo 11 prevé la *Lex Fori* para inmuebles, igual cuando se trate de responsabilidad extracontractual. Será en los casos que el daño sea en Panamá, con lo cual le quita al demandante la posibilidad de demandar en el foro del productor del daño, en acciones personales que el demandado esté domiciliado en Panamá. Lo mismo en materia de contratos internacionales, cuando sus efectos sean en territorio panameño o cuando las partes se hubieran sometido a los tribunales panameños. Es importante subrayar que conforme al artículo 12, sobre la prescripción, rige la ley extranjera aplicable.

En el artículo 15, sobre declinatoria y prórroga de competencia judicial internacional, se admite la prórroga a favor de tribunales extranjeros o tribunales arbitrales cuando la materia objeto de la prórroga sea de carácter dispositivo y “[n]o se vulnere ninguna regla de competencia judicial internacional privativa de la República de Panamá”. “La declinatoria procederá en los casos de litispendencia internacional, siempre que haya procedido la demanda en el extranjero con anterioridad (artículo 16).

En materia de “*Mutaciones*” de la jurisdicción de las personas jurídicas (personas morales) extranjeras *estas podrán optar por la aplicación de la ley panameña, siempre y cuando procedan al registro panameño de las misma*. Y la sede social de una persona jurídica es el lugar donde se encuentra el centro administrativo de toma de decisiones y, por ende, el domicilio donde recibe notificaciones.

El Título II se refiere al estatuto personal y de bienes y se establece que es el vínculo de la nacionalidad, pero bilateralizando, una disposición ya casi única en América. La norma indica que el juez panameño aplica la ley designada por la regla de conflicto de la ley nacional del extranjero (artículo 23). Respecto de este mismo artículo cabe otra interpretación en el sentido de que la expresión “*Ley nacional*” se usa aquí en un doble sentido, el que mencionamos, que se trata de la ley de la nacionalidad de la persona; sin embargo, la segunda frase, se refiere a la aplicación de la ley interna del otro Estado, incluyendo sus normas de DIPr.

#### **d) Matrimonio, filiación y adopción**

“Artículo 32. La forma y solemnidad del matrimonio se rige por el lugar de su celebración. El régimen económico del matrimonio se rige por la voluntad de las partes, siempre que no vaya en detrimento de la igualdad de las partes, ni transgreda el orden público o interés social o, en su defecto, se rige por la ley del lugar de celebración del matrimonio”.

“Artículo 33. El matrimonio celebrado en país extranjero conforme a las leyes de ese país o a las leyes panameñas, producirá en la República de Panamá, los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en Panamá.

Si un panameño contrae matrimonio en un país extranjero contraviniendo de algún modo las leyes de la República de Panamá, la contravención producirá en Panamá, los mismos efectos que si se hubiere cometido en territorio nacional”.

Hasta aquí, las disposiciones en materia de matrimonio son claras y sin problema, hay solo dificultades cuando se menciona el vínculo de la nacionalidad que afortunadamente casi se omite con la filiación y la adopción y, como lo veremos en los artículos que se citan, el vínculo realmente es el de la residencia de los involucrados, con lo cual se facilita su lectura.

Por lo que corresponde a la filiación, tenemos el artículo 39 que establece lo siguiente: “[l]a filiación se rige por la ley del lugar de la nacionalidad del niño o, en defecto, por la ley de su residencia habitual”. En lo que respecta a la acción de reconocimiento, la persona menor de edad podrá acudir a los tribunales de su residencia o de su nacionalidad, la del padre o de la madre, o en su defecto, a los tribunales del país en que sea más favorable, dentro de las conexiones precitadas en esta disposición.

En el primer párrafo la conexión con la nacionalidad del niño es irrelevante cuando se trate de un niño abandonado o entregado a un orfanatorio, porque normalmente no se conocen los padres y en consecuencia no se conoce la nacionalidad del menor. La conexión de la residencia del menor, que es una conexión fáctica, que muestra el hecho donde el menor se encuentra, es la correcta y la que se usa internacionalmente, por lo que meter esta conexión con la conexión de la nacionalidad, lo único que hace es confundir al juez.

Los efectos de la filiación se rigen, conforme al artículo 40, por la ley del estatuto personal del padre o la madre o, en su defecto, por el domicilio de estos, según el caso.

“Artículo 42. Sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales, la adopción en cuanto a condiciones de forma y de fondo, se somete a la ley de la residencia de la persona menor o mayor adoptada.

Podrán ser adoptados los menores de dieciocho años, privados del derecho a la familia, previa resolución judicial de constitución de la adopción”.

“Artículo 43. El consentimiento del adoptante se rige por la ley de la nacionalidad del adoptante, la cual gobierna la capacidad y las condiciones de fondo exigibles en su ley personal.

Toda adopción internacional se somete a la aplicación acumulativa de los requisitos de forma y fondo de la ley del adoptado y del adoptante.

Para todos los efectos, la ley panameña reconoce la adopción plena. No se tendrá como válida la adopción con reservas [...]”.

Es interesante ver en el primer párrafo de esta disposición, cómo el legislador panameño, con el uso de la conexión de la nacionalidad, llega a excesos. La pregunta es: en qué se funda para afirmar que la ley de la nacionalidad del adoptante rige *la*

*capacidad y las condiciones de fondo exigibles en su ley personal.* Dicho en otras palabras, está legislando aún para aquellas personas que no son de nacionalidad panameña.

#### e) Obligaciones civiles

“Artículo 69. Los contratos internacionales están sujetos a la ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes. En ausencia de ésta, el juez aplicará la ley del lugar de cumplimiento de la obligación y, cuando este no se pueda determinar, el juez aplicará la ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional y, en su defecto, la ley del foro”.

Amplia la disposición como puede observarse, ya se alinea con sus predecesoras en la temática que debe tratar, aunque esta ley panameña va hasta detalles que luego en la aplicación de la ley, surgen problemas.

*Las partes en una relación contractual pueden someter el contrato a dos o más leyes siempre que lo permita la naturaleza del negocio jurídico internacional y la divisibilidad del derecho aplicable requiere una determinada obligación o situación del negocio jurídico* (artículo 70). Luego, agrega la misma norma, no podrá efectuarse divisibilidad del derecho aplicable si esta impide la ejecución del negocio objeto del contrato o es en fraude o perjuicio de una de las partes. Muy claro, muy moderno y práctico.

“Artículo 71. La existencia y validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, se regirán por el derecho aplicable al contrato. Sin embargo, el consentimiento de cada una de las partes estará sujeto a la ley de su respectivo estatuto personal”.

“Artículo 72. La autonomía de la voluntad de las partes estará limitada únicamente por el orden público y el fraude a la ley”.

El artículo 79 autoriza a las partes a utilizar los principios sobre contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado conocido por UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de derecho comercial internacional. Una disposición que muestra cómo han cambiado las legislaciones nacionales latinoamericanas al grado de dedicarle una disposición especial a la *Lex Mercatoria*. Además de ser una norma muy bien redactada, clara, su significado es importante: hay disposición de tratar en nuestros países a la *Lex Mercatoria* e inicia una serie de disposiciones que mucho tienen de guía para la contratación internacional.

“Artículo 80. Es válido entre las partes pactar dentro de los contratos de comercio los usos generales, las costumbres dentro de la actividad comercial y las prácticas reiterativas de carácter internacional conocidas por las partes en calidad de operadores de comercio o agentes económicos dentro de sus relaciones internacionales [reitera el uso de la *Lex Mercatoria*].

El conjunto de usos y costumbres y prácticas comerciales internacionales es fuente de derecho y es vinculante desde que se pacta o se desprende de la actividad natural del comercio”.

“Artículo 81. Se entiende por operadores del comercio [...], toda persona comerciante que produzca dentro de su actividad servicios, bienes o capital dentro del mercado internacional o nacional [*Lex Mercatoria*]. Se presume la igualdad contractual entre sus comerciantes”.

#### f) Reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras

“Artículo 155. Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros y los fallos arbitrales que hacen tránsito a cosa juzgada tendrán en la República de Panamá la fuerza que establezcan los convenios o tratados internacionales.

Si no hubiera tratados especiales con el Estado en que haya pronunciado la sentencia, ésta podrá ser ejecutada, salvo prueba que en dicho Estado no se hubieran reconocido las dictadas por los tribunales panameños, no tendrán fuerza en Panamá”.

Como se puede apreciar, esta disposición reúne los elementos básicos para el reconocimiento o no de una sentencia o laudo extranjeros. El que se trate de una sentencia que se presenta para su reconocimiento, el juez panameño tendrá que verificar que, de otorgar el reconocimiento, exista reciprocidad de parte del Estado donde provenga la sentencia. Es importante que el legislador panameño haya decidido establecer una disposición en números *clausus* de las causas por las cuales la sentencia no debe ser reconocida, limitando las facultades del juez para un rechazo. De esta manera, el artículo 187 [156], nos dice lo siguiente: “Artículo 187. Sin perjuicio de lo que se dispone en tratados especiales, ninguna sentencia dictada en país extranjero, podrá ser ejecutada en Panamá, si no reúne los siguientes requisitos:

1. Que la sentencia ha sido dictada por un tribunal competente, es decir, que no haya conculcado la competencia privativa de los tribunales panameños. Se entiende que la competencia sobre bienes inmuebles ubicados en Panamá, es de la competencia privativa de los jueces panameños.
2. Que la sentencia no haya sido dictada en rebeldía, entendiéndose por tal, para los efectos de este artículo, el caso que la demanda, no haya sido personalmente notificada al demandado, es decir, que el proceso evacuado en el extranjero, haya cumplido con el proceso del contradictorio.
3. Que la sentencia pronunciada por un tribunal extranjero, no conculque principios o derechos fundamentales, del orden público panameño.
4. Que la copia de la sentencia es auténtica y que se refiere al caso, debidamente traducida al idioma español.

Se entiende por sentencia extranjera objeto del exequatur, toda sentencia revestida de autoridad de cosa juzgada y que, en el resorte de su jurisdicción, esté en firme y no sujeta a recurso alguno”.

Se trata de una disposición clara que sintetiza las causas de reconocimiento modernas, en la medida que, si la sentencia no se encuentra en ninguno de las causas de rechazo, el juez panameño debe reconocerla.

Es importante señalar que, debido a una mala traducción al español de la Convención de Naciones Unidas sobre el reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, el termino sentencia se usa indistintamente para sentencias judiciales que, para laudos extranjeros, y que el legislador panameño no se detuvo para devolver al caso de los laudos, su nomenclatura original.

### g) Conclusiones

Como hemos podido ver, se trata de una legislación contrastante, una nueva legislación que, de forma sorprendente, el legislador panameño ha insistido en continuar con el punto de contacto de la nacionalidad al estatuto personal, cuando se trata de una propuesta bonapartista del siglo XIX que, salvo ahora, República Dominicana, como lo veremos, ha adoptado, aunque de forma subsidiaria. Se trata, no obstante, de una posición descartada en América Latina, desde el siglo XIX, porque es un vínculo político y no jurídico. Napoleón dejó en las diversas guarniciones en países conquistados, a todo un ejército de personal militar y administrativo francés y lo que decidió Napoleón fue vincularlos donde quiera que estuvieran, al derecho francés. Hasta donde sé, Panamá no tiene tropas ni personal administrativo para destinarlo a futuras guarniciones de territorios conquistados, con lo cual, el criterio adoptado por el legislador panameño no deja de ser aberrante, Sin embargo, en el resto, se trata de una legislación moderna, clara, que esperamos que le sea útil a Panamá.

## 5.- República Dominicana

### a) Introducción

Esta es una apertura jurídica moderna<sup>44</sup> y ha sido llevada a cabo debido a dos razones principalmente: la redacción del proyecto de la ley fue encargado a una comisión que integró a los diversos sectores de la vida jurídica en la República, presidida por el Magistrado Edynson ALARCÓN; y, segundo, se trata de un país que, por su tamaño y su orden jurídico, con pocos antecedentes en la materia, la Asamblea dominicana ha elaborado un proyecto moderno con el que definitivamente ha puesto al país en el mundo del DIPr. Sin embargo, como lo veremos a continuación, se establecen ciertas disposiciones en donde el conocimiento de los expertos provoca cierta confusión, que vista de cerca, no es tal, por lo que hará falta un gran empeño de los juristas dominicanos, en su interpretación.

En cuanto a su modernidad se puede decir que se ha adoptado en principio, una estructura internacional, clara y precisa por lo que facilita su acceso, comprensión y análisis; con 97 artículos, únicamente referiremos los más importantes. Asimismo, el grado de desarrollo de la Ley y con frecuencia su detalle, seguramente obedeció a que era necesario conducir al juez dominicano en un camino poco recorrido por él y en el que se requieren de las mayores ayudas las posibles, aunque en ocasiones hay artículos en los que se mezcla el contacto de la ley del domicilio que es el vínculo

<sup>44</sup> Ley N°544-14, 2014. (República Dominicana). Fecha publicación: 3 de julio de 2015.

de la persona en general en Latinoamérica, con el de la nacionalidad, que es el que todavía se utiliza en Europa continental, como sucede, entre varios otros, en el artículo 41, párrafo primero, respecto al domicilio conyugal, y artículo 50, en el tema de la adopción, que no son buenas fórmulas, ya que es probable que confundan al juez dominicano cuando aplique la ley. Sin embargo, se le puede interpretar de la manera como veremos más adelante.

## b) Aplicación de la ley extranjera

“Artículo 31. Capacidad y estado civil. La capacidad y el estado civil y de las personas físicas se rige por la ley del domicilio.

Párrafo I. Las condiciones especiales de capacidad, prescritas por la ley aplicable a una relación jurídica, se rigen por la misma ley.

Párrafo II. El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

Párrafo III. Las incapacidades derivadas de una relación jurídica se rigen por la ley aplicable a dicha relación”.

En esta disposición se sigue la tradición americana de la regulación del estatuto personal por la ley del domicilio de la persona. Sin embargo, como se puede apreciar en el párrafo III, se establece que las incapacidades quedan sujetas, ya no a la ley del domicilio, como se establece en el primer párrafo del artículo. Se podría argumentar que al aplicar de manera general la ley designada aplicable a la relación jurídica, podría facilitar para el juez que le toque juzgar, la aplicación de una sola ley a toda la relación, es decir, sería más fácil. Sin embargo, se rompe con el principio de que las capacidades e incapacidades se rijan por la ley del domicilio.

El artículo 11 sobre los foros de competencia exclusiva, el catálogo sigue a la tradición latinoamericana de sujetar a la competencia de los tribunales dominicanos en el caso de “Derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en territorio dominicano”. Y, en el caso de las sociedades, por el solo hecho de su domicilio en República Dominicana (RD) quedarán sometidas por entero a la regulación dominicana” que, según el Dr. SAMTLEBEN, sigue los lineamientos de la Constitución española, en su artículo 22, de 1985, y a la reglamentación de Bruselas.

A nivel introductorio, quisiera mencionar un hecho que va a tener repercusión, al menos terminológicamente, en la Ley que abordaremos.<sup>45</sup> El tema de la nacionalidad tiene una importancia especial en RD, sobre todo en épocas de crisis, por estar dividida la Isla Española en dos Estados (RD y Haití). A su vez, es una isla vecina de la de Cuba, por lo que hay tránsito migratorio de Haití y de Cuba por su territorio, con los nacimientos en territorio de RD de hijos de migrantes; hay, además, diversas cuestiones migratorias, que han dado lugar a condenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos humanos. Ello explica que entre los foros de competencia exclusiva del artículo 11 figuren “[*Los procesos relativos a la determinación de la nacionalidad dominicana*”. En los limitados casos en que se

<sup>45</sup> Dominikanische Republic, Internationaler Rechtsverkssachen. 2017, p. 1932.

utiliza la nacionalidad, está referida a conexiones subsidiarias, siempre aplicables con carácter residual a la conexión principal, o a conexiones alternativas cuya función es garantizar *el favor negotii*.

Con todo, en algunos casos se ha seguido el modelo sugerido por los Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado.

### c) Estatuto personal

Conforme al artículo 5° se define al domicilio como la residencia habitual de las personas y en el 6° se define lo que entiende la ley por Residencia Habitual: “[e]l lugar donde una persona física esté establecida a título principal, aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia. Para determinar ese lugar se tendrá en cuenta las circunstancias de carácter personal o profesional que demuestren vínculos duraderos con dicho lugar”.

Como se puede apreciar, se le otorgan a esta definición dos elementos nuevos: el establecimiento “a título principal”, que en realidad como se desprende del resto del párrafo, se trata de una residencia de hecho; sin embargo, se dan dos directivas para esa determinación, una personal “Circunstancias personales” y otra profesional, que demuestren “vínculos duraderos con dicho lugar”. La duración quedará por tanto a discreción del juez.

### d) Matrimonio, filiación y adopción

“Artículo 40. Celebración del matrimonio. La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el derecho de su respectivo domicilio”.

“Artículo 41. Validez del matrimonio. El matrimonio es válido, en cuanto a la forma, si es considerado como tal por la ley del lugar de celebración o por la ley nacional o del domicilio de, al menos, uno de los cónyuges al momento de la celebración”.

La disposición contiene los dos vínculos ya mencionados: ley de domicilio y ley nacional ¿cuál deberá considerar el juez y que prelación tiene para escogerlos? En realidad, no existe una prelación, sino que el juez aplicará aquél de los vínculos que validen al matrimonio. En este caso, la inclusión del vínculo de la nacionalidad aparece como respuesta si no hay ley del domicilio.

“Artículo 42. Relaciones personales entre los cónyuges. Las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

[...]Si las partes no hubieren tenido domicilio conyugal común, se aplicará la ley de la nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio y, en su defecto, la ley del lugar de celebración del matrimonio”.

Nuevamente el criterio con doble vínculo aquí tiene más sentido, donde el vínculo de la nacionalidad, dada la inexistencia de un domicilio común pasado o presente, se da en casos muy particulares y poco frecuentes en el DIPr.

“Artículo 43. Relaciones patrimoniales en el matrimonio. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen por la ley aplicable a sus relaciones personales, salvo convención en contrario”.

Se trata de una remisión al artículo anterior, al 42.

“Artículo 44. Elección de leyes aplicables en el matrimonio. Los cónyuges pueden convenir por escrito, antes del matrimonio, que sus relaciones patrimoniales sean regidas por las siguientes leyes:

- 1) La ley de un Estado del que uno de los cónyuges sea nacional en el momento de la designación;
- 2) La ley del Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges tenga su domicilio en el momento de la designación;
- 3) La ley del primer Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges establezca una nueva residencia habitual después del matrimonio”.

Parecería que de parte del legislador dominicano hay un esfuerzo en querer legislar en materia de Derecho Internacional Privado con dos puntos de contacto diferentes, como se aprecia en el inciso 1) y al final, en el último párrafo. ¿Cuál es la ley aplicable, la ley nacional o la ley de la residencia habitual? La respuesta es, *la de la residencia habitual* después del matrimonio; sin embargo, qué pasará cuando los dos cónyuges establezcan su residencia habitual en países diferentes, entonces. ¿Por qué no serlo la ley de la última residencia habitual? Y de esa manera se tendrá un vínculo estable. Sobre todo, porque ha probado ser un criterio correcto. El legislador dominicano, se guió seguramente por el Convenio de la Haya sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales de 1978.<sup>46</sup> Esta última Convención es un buen instrumento para ser interpretado y aplicado por jueces europeos, pero los jueces latinoamericanos tienen, desafortunadamente en general, un nivel más bajo de aprendizaje y entrenamiento en este tipo de asuntos. Una legislación en esos términos seguramente acabará por dificultar la labor del juez dominicano.

“Artículo 45. Sometimiento a leyes internas. Los cónyuges podrán convenir por escrito durante el matrimonio, someter su régimen matrimonial a una ley interna distinta de la que era aplicable hasta entonces, siempre que no perjudique a terceros acreedores”.

Está bien, es otorgar la autonomía de la voluntad, pero a los dos cónyuges.

“Artículo 46. Nulidad del matrimonio. La nulidad del matrimonio y sus efectos se rigen de conformidad con la ley aplicable a su celebración”.

46 Artículo 3° Los cónyuges sólo podrán designar una de las leyes siguientes: 1. la ley de un Estado del que uno de los cónyuges sea nacional en el momento de la designación; 2. la ley del Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el momento de la designación; 3. la ley del primer Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges establezca una nueva residencia habitual después del matrimonio.

La ley así designada se aplicará al conjunto de sus bienes.

Sin embargo, los cónyuges, hayan procedido o no a la designación prevista en los párrafos precedentes, podrán designar en lo que se refiere a los inmuebles o a algunos de ellos, la ley del lugar en que tales inmuebles están situados. Podrán igualmente prever que los inmuebles que adquieran con posterioridad se registrarán por la ley del lugar de su situación.

Esta disposición se puede leer de dos maneras, una, que la nulidad se debe a cuestiones de forma, en cuyo caso el legislador se refiere a la ley aplicable para su celebración y según el artículo 40 es la ley del domicilio. Asimismo, segundo, si se trata de cuestiones de fondo, será esta misma ley la que se aplique. En las legislaciones en América Latina, el vínculo es el domicilio conyugal, el que rige estas cuestiones de fondo, porque es un punto de conexión cierto, estable y el que escogieron los cónyuges al momento de casarse.

“Artículo 47. Divorcio y separación judicial. Los cónyuges podrán convenir por escrito, antes o durante el matrimonio, en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

- 1) La ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;
- 2) La ley del Estado del último lugar del domicilio conyugal, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;
- 3) La ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o
- 4) La ley dominicana siempre que los tribunales dominicanos sean competentes.

Párrafo I. El convenio por el que se designe la ley aplicable al divorcio podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional.

Párrafo II. En defecto de elección, se aplicará la ley del domicilio común de los cónyuges en el momento de presentación de las demandas; en su defecto, la ley del último domicilio conyugal; en su defecto, la ley dominicana”.

Nuevamente la idea de recurrir a supuestos complejos que, en todo caso, pueden dificultar la labor del juez. En primer lugar, cuál es la razón para poder convenir desde el matrimonio la ley del divorcio si el matrimonio tiene una finalidad definida distinta y permanente que es crear una familia que sirva para los fines comunes de la pareja, de soporte al crecimiento y educación de los hijos. El divorcio es una institución distinta, que tiene como objetivo definir los requisitos para la terminación del matrimonio, la finalización de la institución del matrimonio cuando se haya decidido recurrir a él, pero no es como el matrimonio un fin en sí mismo. Hay cierta confusión. Cómo puede apreciarse, en la fracción 3), no solo se vuelve a introducir un vínculo extraño como es el de la nacionalidad, sino que, además, se le otorga prevalencia a este vínculo frente al cónyuge que no tenga más nacionalidad que la dominicana. La desigualdad que crea el vínculo de la nacionalidad es evidente.

“Artículo 48. Uniones no matrimoniales. La ley del lugar de la constitución de las uniones no matrimoniales registradas o reconocidas por la autoridad competente, rige la capacidad de las personas para constituir las, la forma, la existencia, la validez y efectos de estas.

Párrafo. Los efectos derivados de las uniones no matrimoniales establecidas en este artículo, se rigen por la ley de residencia habitual de los convivientes”.

Finalmente, una disposición moderna y clara. El concubinato es un hecho en los países de América Latina que, por las condiciones culturales y socioeconómicas, prolifera, pero hoy en día, las personas de otros estratos sociales prefieren no contraer matrimonio y esta disposición ayuda al respecto.

“Artículo 49. Determinación de la filiación. La filiación se rige por la ley de la residencia habitual del hijo.

Párrafo I. La ley de la residencia habitual del hijo comprende los supuestos y los efectos de la determinación y del desconocimiento del estado de hijo.

Párrafo II. El estado de hijo legítimo adquirido en base a la ley del domicilio de uno de los padres, únicamente puede ser impugnado conforme a dicha ley”.

“Artículo 50. Adopción. La adopción realizada en la República Dominicana será regida por la ley nacional.

Párrafo. Primero. En los casos de adopción, se tendrán en cuenta los requerimientos relativos a los consentimientos y autorizaciones necesarios exigidos por la ley nacional o de la residencia del adoptando o del adoptante”.

Si el estatuto personal se rige por la ley del domicilio resulta contradictorio y confuso para los jueces dominicanos, aplicar en este caso otra ley, sobre todo, porque no tiene un objeto definido que jugar en la misma ley. Además, el vínculo de la nacionalidad con el estatuto personal de la persona parece no tener lógica, pero se exige.

#### e) Obligaciones civiles

De manera amplia se admiten los acuerdos sobre elección del foro (artículos 18 y 19). El artículo 31, primer párrafo, establece como vínculo de la capacidad de las personas físicas la ley del domicilio, siguiendo la tradición en América. Hay libre elección de la ley aplicable al contrato, incluyendo al *Depecage* (artículo 60); y, en caso de que faltase dicha designación, sigue a la Convención interamericana sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, en los términos siguientes: “[e]l tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar la ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos, y los principios generales del derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales” (artículo 61).

En los casos de contratos de consumo, establece una serie de contactos que se entiende en protección del consumidor, pero que, por el número, hace la disposición del artículo 63, confusa: “[l]os contratos celebrados por consumidores se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la actividad, en defecto de elección por las partes se aplicará la ley de la residencia habitual del consumidor.

En los contratos celebrados por consumidores establecidos en este artículo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá aminorar los estándares de protección del

consumidor previstos en la ley de su residencia habitual, en aquellos casos en que el cocontratante tenga un establecimiento comercial en dicho país o de cualquier forma haya dirigido su actividad comercial hacia dicho país”.

En el primer párrafo, como puede apreciarse, la expresión de que este tipo de contratos se rigen “por la ley del país donde habitualmente se realiza la actividad” resulta del todo confusa, porque cuál es esa ley y qué sentido tiene establecer como vínculo el lugar donde habitualmente se lleva a cabo la actividad, lo que obliga al juez a investigar al productor y los diversos lugares donde lleva a cabo su actividad y si su producción es mundial. Por tanto, difícilmente podrá determinarse el lugar. Si no hay ley aplicable, se determina como vínculo la residencia habitual del consumidor, cuando podría haberse dejada abierta la posibilidad de que el consumidor elija esta ley o la del domicilio del productor, por resultar en el caso dado, más favorable. A partir de la segunda parte del segundo párrafo, la redacción se vuelve muy poco clara, quizá intentó referirse a algún representante del productor con el título de “Cocontratante” pero al final no se sabe qué quiso decir el legislador dominicano. Este concepto, aunque un poco más claro, pero igual de restrictivo, se repite en el artículo 69 en donde se concluye que, en la responsabilidad extracontractual, finalmente la ley aplicable es la ley dominicana, cuando se pudo haber dejado a la elección de la víctima la posibilidad de escoger la ley del domicilio del productor que pudiese serle más favorable. Solución que finalmente se establece en el artículo 71 aunque de forma oblicua, en materia de productos defectuosos, se establece el criterio de *la ley del país en que radica el establecimiento del responsable*. Sin embargo, como es evidente, *el establecimiento del responsable* por ser un criterio incierto, podría interpretarse como el lugar en donde se encuentre un responsable y no el responsable del hecho dañino.

#### f) Reconocimiento y ejecución de sentencia

En materia de reconocimiento de decisiones jurídicas extranjeras, los artículos 89 y 90 establecen una lista de las causas en conforme a las cuales no se reconocerán efectos de dichas decisiones y esto es correcto en la medida que, al establecer una lista de este tipo, se trata de números clausus y, por tanto, los jueces dominicanos no podrán buscar otras razones para no reconocer dichas decisiones. Los citados artículos establecen:

“Artículo 89. Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia contenciosa. Las decisiones judiciales extranjeras en materias contenciosas serán reconocidas en la República Dominicana”.

“Artículo 90. Excepciones de reconocimiento de decisiones judiciales. Los tribunales de la República Dominicana no reconocerán lo siguiente:

- Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público;
- Cuando se hubiera declarado el defecto del demandado sin constancia efectiva de haber sido éste citado en su persona o domicilio;

- Si la decisión fuera inconciliable con una decisión dictada con anterioridad en otro Estado entre las mismas partes, en un litigio que tuviera el mismo objeto y la misma causa cuando esta última decisión reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en la República Dominicana;
  - Si se hubieran desconocido las disposiciones establecidas en el Artículo 11 de la presente Ley;
- Si la decisión no reúne los requisitos exigidos en el país en que ha sido dictada para ser considerada como auténtica y los que las leyes dominicanas requieren para su validez”.

### g) Conclusión

Todo cambio hacia la modernidad debe ser aplaudido y más en materia de DIPr en Latinoamérica. La Ley dominicana es una legislación bien redactada, aunque, se podría haber hecho más para facilitarle al juez la interpretación de esta ley. Al mezclar vínculos personales de nacionalidad y domicilio, al parecer no resultó una fórmula adecuada y ojalá no se convierta en un problema a la hora de interpretar la ley.

## 6.- Uruguay

### a) Introducción

La Ley uruguaya de DIPr es de las más nuevas,<sup>47</sup> más moderna y mejor estructurada de todas las leyes precedentes. Hace honor a la alta calidad de los juristas uruguayos. Se conforma con 63 artículos, de los cuales, como lo hemos hecho hasta ahora, nos referiremos a los más importantes. Debo hacer reconocimiento expreso a la lucidez y conocimiento del legislador uruguayo a quien, sin restarle mérito, es el fiel reflejo de la corriente de juristas, quizá los de mayor jerarquía y continuidad en la materia, en el subcontinente. No en balde esa corriente de juristas tuvo a la base un jurista esclarecido que les dio las bases que ahora tiene el pensamiento jurídico uruguayo, el maestro Quintín ALFONSÍN,<sup>48</sup> no solo gran jurista, hombre generoso con su saber, sino, además, hombre sabio. Trataré de no interrumpir, lo menos posible, la secuencia normativa para que se pueda apreciar en su totalidad.

### b) Aplicación de la ley extranjera

“Artículo 1°. (Normas nacionales y convencionales de derecho internacional privado). Las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de éstas, por

47 Ley N°19.920, 2020. (Uruguay). Publicada en el Diario Oficial, 16 de diciembre de 2020.

48 Sobre el maestro Quintín ALFONSÍN, se puede consultar: GONZÁLEZ, Edison, *Aspectos del legado del profesor Quintín Alfonsín*, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2014, disponible en: [http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2014/05/Aspectos-del-legado-del-Profesor-Quintin-Alfonsin\\_Discurso-pronunciado-por-Edison-Gonzalez-Lapeyre\\_Montevideo\\_2010.pdf](http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2014/05/Aspectos-del-legado-del-Profesor-Quintin-Alfonsin_Discurso-pronunciado-por-Edison-Gonzalez-Lapeyre_Montevideo_2010.pdf) (consultada: 12 de agosto de 2022).

las normas de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional.

A los efectos de la interpretación e integración de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional, se aplicará lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil y se tendrá en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas previstas en ellas”.

La remisión del primer párrafo a los tratados y en defecto de estos a la fuente nacional, es clara y precisa y la remisión de la interpretación de normas internas de DIPr, debe tener en cuenta su carácter internacional, de tal manera que el juez analice y decida los casos de esta naturaleza, sobre supuestos o hipótesis jurídicas abiertas y con la idea que su resolución irá a formar parte de un catálogo internacional que abone en el sentido de una uniformidad internacional en su aplicación.

La profesora Cecilia FRESNEDO,<sup>49</sup> nos dice respecto del inciso 2 que “[e]sta referencia al carácter internacional de las relaciones previstas en la Ley General de la Ley de Derecho Internacional Privado, es fundamental para evitar que la interpretación se realice conforme exclusivamente al derecho interno de nuestro país, lo que tradicionalmente se conoce como *Homeward trend* o “tirada a la querencia”.

“Artículo 2°. (Aplicación del derecho extranjero).<sup>50</sup> El derecho extranjero debe ser aplicado de oficio e interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva.

Cuando el derecho extranjero corresponda a un Estado cuyo orden jurídico se compone de varias legislaciones, el derecho de ese Estado determina cuál de ellas es aplicable. En su defecto, debe aplicarse la legislación de la unidad territorial en cuya jurisdicción se realiza el punto de conexión”.

Se incluye la forma que ya ha tomado algunas cartas de naturalidad en América Latina a partir de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, en el sentido de que la interpretación del derecho extranjero aplicable deberá ser conforme al derecho de su origen; es decir, conforme al orden jurídico del país origen del derecho extranjero para evitar, en lo posible, distorsiones interpretativas.

En cuanto al segundo párrafo, cabe apuntar que, de manera precisa, soluciona el problema de designación de la ley interna en sistemas jurídicos federados, principalmente, dirigiendo la mirada del juez, hacia el sistema general y en defecto de este, consultar directamente al derecho de la unidad territorial (Estado, provincia, etc.) dentro de la cual se llevó a cabo el hecho susceptible de ser regulado conforme al punto de conexión.

49 FRESNEDO, Cecilia; LORENZO, Gonzalo, *Texto y contexto. Ley General de Derecho Internacional privado N° 19.920*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2021.

50 Fuentes de la norma: Convención Interamericana sobre Normas Generales (CIDIP, artículo 2; – I Montevideo); Protocolos adicionales a los tratados de Montevideo 1889 y 1940, artículo 2. Código general del proceso artículo 523.3.

“Artículo 3°. (Conocimiento del derecho extranjero).<sup>51</sup> El texto, la vigencia y la interpretación del derecho extranjero aplicable deben ser investigados y determinados de oficio por los tribunales u otras autoridades competentes, sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten las partes o los interesados en su caso.

Se puede recurrir a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo derecho resulte aplicable.

Los tribunales u otras autoridades competentes interpretarán la información recibida teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 2° de la presente ley”.

Una disposición tan clara y abierta tendría que ser el modelo de disposición en los órdenes jurídicos del área. La posibilidad de que además de aplicar de oficio el juez el derecho extranjero, lo pueda hacer sin limitación más que los medios admitidos en el derecho uruguayo, pudiendo tener la colaboración de las partes interesadas en cada caso. Esta disposición se reitera en el artículo siguiente.<sup>52</sup> Con disposiciones de una claridad como la que se comenta, el DIPr dejaría de tener ese halo de misterio con el que con frecuencia se le recubre en la región, por la ignorancia frecuente de abogados y de legisladores, que discuten para aprobar o no, las leyes de DIPr, que no alcanzan a comprender cabalmente, pero que, sin embargo, en el caso uruguayo, como lo hemos visto, los legisladores son juristas avezados en la materia. “La indicación legal de que las autoridades deben aplicar el derecho tal como lo harían los jueces del Estado al que pertenece la norma, implica que deben respetarse las interpretaciones que existen de la doctrina y los fallos emitidos por los jueces del Estado del que proviene la norma, porque de lo contrario no se estaría respetando la voluntad legislativa extranjera”.<sup>53</sup>

“Artículo 5°. (Orden público internacional). Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica.

Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero que resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte”.

Difícilmente se puede encontrar una disposición sobre el orden público tan completa y precisa. Se señalan cinco criterios *sine qua non* que deben ser tomados en cuenta por el juez, entre ellos, que, al tratar de fundar su decisión en el precepto extranjero, puede resultar que contraríe “en forma grave” al orden jurídico uruguayo y que esa

51 Fuentes: Convención interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero. Montevideo 1979 y Protocolo de Cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de MERCOSUR (Las Leñas 1992).

52 “Artículo 4°. (Admisión de recursos procesales). - Cuando corresponda aplicar derecho extranjero se admitirán todos los recursos previstos por la ley nacional”.

53 FRESNEDO y LORENZO, cit. (n. 48), p. 128.

gravedad, además sea “concreta y manifiesta”. Evitando con ello que simplemente sea interpretativa o abstracta. En este caso, la contrariedad de que se trate deberá ser rechazada, como se dijo, conforme a *los principios fundamentales del orden público internacional*. Además, que dicha contrariedad sea de los principios *en los que la República asienta su individualidad jurídica* o su propio *Ser*, en palabras de José VASCONCELOS y que, en última instancia, será uno de los elementos básicos en los que deberá fundar el juez su decisión. Con disposiciones como estas, ningún juez podrá atreverse, a un rechazo indiscriminado de la ley extranjera, lo que contribuirá al enriquecimiento de la materia y la que tendría en este punto. Esta y otras disposiciones a las que nos referiremos, de esta afortunada ley, deberían constituir la ley modelo de DIPr en Latinoamérica y pasar de lo que fue una actitud cerrada, nacionalista y territorialista, a una perspectiva que muestre que los juristas latinoamericanos, pueden llegar a ser gente reflexiva, pensante y abierta en mundo de hoy.

“Artículo 6°. (Normas de aplicación necesaria).<sup>54</sup> Las relaciones jurídicas privadas internacionales que son reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, no serán sometidas a las normas de conflicto.

Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes”.

Esta no es solo una disposición como muchas otras, relativa a las normas imperativas o de aplicación inmediata, sino una verdadera definición, porque retoma el sentido básico de su naturaleza, que se trate de disposiciones internas, necesarias para el Estado en “el cumplimiento de políticas sociales y económicas”.

Para completar su visión moderna, se dispone que el juez pueda aplicar disposiciones de naturaleza imperativa del orden jurídico de otro Estado, con el cual existan “Vínculos Relevantes”. Porque en el mundo de hoy, interdependiente, por ejemplo, en materia de contratos de consumo, esta normatividad es sumamente sensible en lo que afecta al consumidor, normalmente domiciliado en países de la zona. La novedad, según la doctrina uruguaya, es doble. “Por un lado la disposición que excluye de la aplicación de las normas imperativas, que a su vez, se definen norma de conflicto, como aquellas relaciones jurídicas privadas que, no obstante su internacionalidad, están reguladas o están abarcadas “por normas imperativas de aplicación necesaria, las que a su vez se definen por su objetivo: el cumplimiento de políticas sociales y económicas...”, por otro lado, la segunda novedad es que los tribunales uruguayos están facultados pero no obligados, a aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado, con el cual el caso tenga vínculos relevantes, nueva expresión del principio de internacionalidad al que referimos más arriba”.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Fuente: Ley Federal Suiza, artículos 18 y 19.

<sup>55</sup> FRESNEO y LORENZO, cit. (n. 48), p. 133.

En el caso del Fraude a la Ley (artículo 7°) se prevé una disposición estándar<sup>56</sup> por lo que pasamos a la siguiente disposición: “Artículo 8°. (Institución desconocida). Cuando el derecho extranjero contenga instituciones o procedimientos esenciales para su aplicación y esas instituciones o procedimientos no se hallen contemplados en la legislación de la República, los tribunales o autoridades competentes podrán aplicar dicho derecho siempre que existan instituciones o procedimientos análogos. En ningún caso se incurrirá en denegación de justicia”.<sup>57</sup>

Esta que es una de las operaciones más complejas que debe llevar a cabo el juez. Se facilita, con un texto claro, simple y completo que es producto directo de las convenciones interamericanas y, por tanto, varios sistemas jurídicos afines tienen una disposición uniforme, sobre todo por su importancia. Se prevén no solo las instituciones sino además “sus procedimientos esenciales para su aplicación” de tal forma que el juez, tenga las dos directivas para lograrlo, lo que hará mediante interpretación analógica que, si bien es una de las formas básicas en los procedimientos interpretativos, es fácil de usar y, sobre todo, utilizada durante mucho tiempo por el DIPr.

La regulación de los Derechos Adquiridos, las cuestiones previas o incidentales y la aplicación armónica de las leyes en conflicto y el reenvío,<sup>58</sup> se transcriben de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, a las cuales ya hemos hecho mención, por lo que pasamos directo a lo establecido en relación con la especialidad de las normas comerciales.

Antiguamente y todavía época en que me tocó vivir, la definición de una materia jurídica brotaba del consenso de los participantes que la discutíamos, pero a mí no me había tocado que por ley se creara, no solo la materia, sino, además, su especialidad. Lo relevante del próximo Capítulo de disposiciones, es la forma como sus normas conflictuales están redactadas.

“Artículo 13. (Especialidad del derecho comercial internacional).<sup>59</sup>

56 “Artículo 7°. (Fraude a la ley). - No se aplicará el derecho designado por una norma de conflicto cuando artificioosamente se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República”.

57 Artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales.

58 Artículo 9°. (Derechos adquiridos). Una relación jurídica válidamente constituida en un Estado extranjero, de conformidad con el derecho de ese Estado, debe ser reconocida en la República siempre que al momento de su creación haya tenido una conexión relevante con ese Estado y no sea contraria al orden público internacional de la República.

Artículo 10. (Cuestiones previas o incidentales). Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se regulan por el derecho aplicable a cada una de ellas.

Artículo 11. (Aplicación armónica). Las normas competentes para regular los diferentes aspectos de una situación determinada deben ser aplicadas armónicamente, tomando en consideración la finalidad perseguida por cada uno de los respectivos derechos. Las eventuales dificultades que puedan surgir se resolverán tomando en cuenta la equidad en el caso concreto.

Artículo 12. (Reenvío). 1) Cuando resultare aplicable el derecho de un Estado extranjero, se entiende que se trata de la ley sustantiva de ese Estado con exclusión de sus normas de conflicto.

2) Lo establecido en el numeral 1) es sin perjuicio de lo establecido a texto expreso por otras normas o cuando la aplicación de la ley sustantiva de ese Estado al caso concreto se torne incompatible con la finalidad esencial de la propia norma de conflicto que lo designa.

3) En materia contractual no habrá reenvío.

59 Fuentes: artículo 31 de la Ley venezolana de DIPr y artículo 1.9 (2) de los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

- 1) Se reconoce al derecho comercial internacional como un derecho de carácter especial.
- 2) Las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales no resueltas en convenciones internacionales, en leyes especiales o en la presente ley, se dirimen consultando prioritariamente las restantes fuentes del derecho comercial internacional mediante la aplicación de los procedimientos de integración previstos en el numeral 2) del artículo 1°.
- 3) Se consideran como fuentes del derecho comercial internacional, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado.
- 4) Se aplicarán, cuando corresponda, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico, y los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que Uruguay forma parte”.

Aquí el legislador uruguayo nos muestra lo que se puede hacer de forma sintética cuando se tiene el conocimiento y la voluntad de hacer las leyes de DIPr correctamente. Eso que con tanta frecuencia falla en otros legisladores del área.

Es hora de reconocer con carácter especial a una materia, la comercial, que se ha formado en el desarrollo de la globalización, difícilmente otra materia en el derecho privado tiene esa naturaleza como el Derecho Comercial Internacional y es de festejarse que el legislador uruguayo lo reconozca de esa manera. Al hacerlo, puede entonces ubicarlo con claridad en un mundo internacional donde su origen no se debe a los Estados, más allá de los tratados internacionales que son compromisos estatales. El Derecho Comercial Internacional, nace de la necesidad de un mundo interdependiente en el comercio donde los operadores internacionales son los que establecen sus propias reglas del juego. Un mundo que ha significado un paso más en el pensamiento jurídico, después de la aparición del DIPr en el siglo XIX.

Al dictar su norma el legislador uruguayo estableció que la regla de solución de conflictos de esta naturaleza será el de “la integración” que él mismo define a partir de los pasos que deben seguirse precisamente en este campo: en primer lugar, las necesidades de los operadores internacionales: “el derecho comercial internacional, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales”. La secuencia es clara, primero el derecho comercial mismo que no es otro que el reconocimiento de la *Lex Mercatoria* con sus usos y principios generales aplicables a los contratos, por ejemplo, los principios (Incoterms, etc.) y las leyes uniformes en la materia (UNIDROIT, La Haya, etc.) y agrega a “la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y arbitrales” por ser esta una valiosa experiencia que pudo lograr al recopilarse, principalmente, por UNCITRAL a partir de la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y que significa un *Syllabus* en la materia. A lo anterior,

se suma como vía de interpretación a las doctrinas que han sido recibidas en el Derecho uruguayo junto con las provenientes del Derecho Comparado, que brinda el perfil de muchas de ellas. Por esta actitud muy poco común en un legislador latinoamericano, dicha apertura debe ser expresamente reconocida del legislador en el uruguayo y su doctrina.

Esta norma, “si seguimos a BATIFFOL (1976) no podríamos interpretarla como una separación de las fuentes propias del DIPr, sino como lo dice la propia norma, como la explicitación de la especialidad, y como una determinación del orden de precedencia de diversas fuentes”.<sup>60</sup>

### c) Estatuto personal

“Artículo 14. (Domicilio de las personas físicas capaces).<sup>61</sup> El domicilio de la persona física capaz debe ser determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

- 1 °) La residencia habitual.
- 2°) La residencia habitual del núcleo familiar con el cual convive.
- 3°) El centro principal de su actividad laboral o de sus negocios.
- 4 °) La simple residencia.
- 5°) El lugar donde se encuentra”.

La jerarquía que presenta esta disposición tiene una lógica cierta e incluye un concepto poco común. La lógica tiene que ver con conceptos extendidos a lo largo del tiempo, desde la Convención de La Haya sobre el domicilio en 1955, como resultado de la negociación entre domicilio y nacionalidad, se le ha considerado ampliamente en las legislaciones de la región; sin embargo, ha dejado de ser un criterio que “no determina y a la postre limita la aplicación del Reglamento 2201/2003 de la Unión Europea, en donde se buscan criterios con mayores elementos”,<sup>62</sup> pero definitivamente en Latinoamérica es un criterio aceptado y claro. La novedad es, como criterio “del núcleo familiar con el cual convive” la persona, que puede ser la familia en su sentido más amplio.

Pueden no ser las anteriores residencias, pero sí ubicada la persona en “el centro principal de su actividad laboral o de sus negocios” o bien, criterios fácticos como el lugar donde se encuentre. En todo caso, esta disposición le ofrece al juez una amplia gama de opciones que seguramente le ayudarán en su interpretación.

60 FRESNEDO y LORENZO, cit. (n. 48), p. 145.

61 Fuente: tratados de Montevideo de 1940 y Convención Interamericana sobre el domicilio de las personas físicas (CIDIP – II., Montevideo 1979) artículo 5.

62 HERRANZ, Mónica, “Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados”, en: PÉREZ, E., FERNÁNDEZ, J., GUZMÁN, M., FERNÁNDEZ, A., GUZMÁN PECES, M. (eds.), *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje a José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 403.

Los artículos 17 a 20 se refieren en diversas modalidades al estado civil y capacidad de las personas vinculándolas con su domicilio. El primero de estos artículos, se inicia con una declaratoria poco común pero no menos atendible que establece: “[s]on personas todos los individuos de la especie humana” indicando con ello el principio de igualdad que el derecho uruguayo concibe.

#### **d) Matrimonio, filiación y adopción**

“Artículo 22. (Matrimonio). La ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo, la forma, la existencia y la validez del acto matrimonial”.

En este criterio el legislador uruguayo se sale de la tradición en el DIPr que por lo general determina que la capacidad de quienes contraen matrimonio debe regirse por sus respectivas leyes personales, no obstante este criterio que ahora se utiliza, es un o que se aplica de forma directa junto con el del lugar de celebración, aunque se corre el riesgo que dicho matrimonio no sea aceptado por alguna de las leyes personales de los contrayentes pero en realidad, las diferencias de edad para contraer matrimonio ya son, prácticamente, iguales en todo el mundo.

“Artículo 23. (Domicilio conyugal).<sup>63</sup> El domicilio conyugal se configura en el Estado donde los cónyuges viven de consuno o en aquél donde ambos tienen sus domicilios propios. Fuera de estos casos no existe domicilio conyugal, y cada cónyuge tendrá su propio domicilio, determinado de acuerdo con el artículo 14 de la presente ley”.

Es un artículo que mira hacia la modernidad en el cual los esposos pueden tener eventualmente domicilios diferentes y se confirma la posibilidad de la independencia de dichos domicilios. En todo caso, está la remisión al artículo 14 ya referido en donde se establece como domicilio el de “la residencia habitual del núcleo familiar con el cual convive”.

“Artículo 24. (Relaciones personales entre los cónyuges).

- 1) Las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal.
- 2) Si éste no existiere, dichas relaciones se rigen por la ley del Estado del último domicilio conyugal siempre que permanezca en el mismo alguno de los cónyuges.
- 3) Fuera de los casos anteriores, las cuestiones que se susciten sobre relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio de cualquiera de ellos. Si se produjere una controversia ante un tribunal judicial, el actor podrá optar por la ley de cualquiera de esos domicilios”.

Aunque se trata de criterios tradicionales, lo interesante es, como en el último párrafo se zanja la competencia judicial en función, del actor que la solicite, en cualquiera de los dos domicilios. Esto le da estabilidad al criterio; sin embargo, cabe la posibilidad que el actor demande en los dos foros.

<sup>63</sup> Fuente: artículo 4 de la Convención Interamericana sobre personas físicas.

“Los fundamentos de este cambio responden – según la doctrina uruguaya – a la realidad actual, muy diferente del contexto del Código Civil, donde a falta del domicilio conyugal, fijado de común acuerdo, se reputaba por tal el del marido, como se explicó ya desde 1946 dicha solución resultaba inaceptable por ser discriminatoria en contra de la mujer”.<sup>64</sup>

“Artículo 25. (Relaciones patrimoniales en el matrimonio).

- 1) Las convenciones matrimoniales sobre el régimen de bienes se rigen por la ley del Estado donde se otorguen.
- 2) En defecto de convención, dichas relaciones patrimoniales se rigen por la ley del Estado del primer domicilio conyugal.
- 3) A falta de dicho domicilio o siendo imposible determinarlo las relaciones patrimoniales se rigen por la ley del Estado dentro del cual ambos cónyuges tenían sus respectivos domicilios al momento de la celebración del matrimonio.
- 4) Fuera de estos casos, las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen por la ley del Estado de celebración del matrimonio.
- 5) La ley que resulte aplicable en virtud de las normas anteriores rige en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.
- 6) En caso de que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República podrán hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo. Dicho documento surtirá efectos-una vez inscripto en el registro respectivo.
- 7) La opción prescripta en el numeral anterior no tendrá efectos retroactivos entre las partes salvo que éstas lo acordaren expresamente. En ningún caso se afectará ni limitará los derechos adquiridos por terceros”.

Como en todos los artículos en materia familiar, en este, el legislador uruguayo ha logrado un equilibrio entre modernidad, seguridad y vida práctica de los bienes del matrimonio. Me refiero, por brevedad a tres criterios únicamente: en la fracción 1) rige el principio de la autonomía de la voluntad aceptado, como lo veremos más adelante, en materia contractual general. En la fracción 4) a falta de los demás domicilios se vuelve al criterio del primer párrafo del Artículo 22 ya comentado y que demuestra en este caso, su consistencia. El tercer criterio que quiero señalar es el relativo a la posibilidad que se abre en los dos últimos incisos de cambiar la ley aplicable al contrato matrimonial, con motivo de un cambio de domicilio de los esposos al Uruguay, lo que les otorga mayor certeza en función del domicilio en donde han decidido establecerse.

“Artículo 27. (Uniones no matrimoniales).

---

64 FRESNEDO y LORENZO, cit. (n. 48), p. 160.

- 1) La capacidad de las personas para constituir las, la forma, la existencia y la validez de estas se rigen por la ley del lugar donde han sido registradas o reconocidas por autoridad competente.
- 2) Los efectos derivados de estas uniones no matrimoniales se rigen por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer.
- 3) La disolución de las uniones no matrimoniales se rige por la ley del domicilio común de las partes.
- 4) Cuando las partes tuvieren domicilios en Estados diferentes, la disolución de la unión no matrimonial se regirá por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor”.

Se trata de una disposición que puede tener dos lecturas. En todo caso, ambas representan un hito en un país sudamericano que normalmente son países jurídicamente conservadores. El reconocimiento del concubinato en su forma clásica, pero al no referirse a una diferencia de sexos, podría interpretarse como las llamadas uniones de convivencia en las que personas del mismo sexo deciden vivir de consuno en una unión no matrimonial pero que, por la frecuencia que hoy existen, el Estado debe proteger. Como se apreciará en la disposición no hay referencia al matrimonio como su nombre lo indica; sin embargo, en esencia se establecen derechos sumamente parecidos lo que les da mayor seguridad.

La filiación en el artículo 28 sigue criterios tradicionales,<sup>65</sup> pero las obligaciones alimentarias de acuerdo con el artículo 29 ofrece una alternativa saludable para el acreedor alimentista, demandar conforme a la ley que más le beneficie.<sup>66</sup>

#### e) Obligaciones civiles

“Artículo 44. (Internacionalidad del contrato). Se entiende que un contrato es internacional si las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes o el contrato tiene vínculos objetivos relevantes con más de un Estado. El contrato no puede ser internacionalizado por mera voluntad de las partes.

En su aplicación a los contratos internacionales, esta ley será interpretada de la manera más amplia posible”.

La autonomía de la voluntad en materia contractual se regula de una forma plenamente abierta como lo veremos en el artículo siguiente; sin embargo, tiene sus límites ya que es determinada conforme a los elementos modernos generalmente

65 Artículo 28. (Filiación).

1) La filiación se rige por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo.

2) En su defecto se rige por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo.

3) Sin perjuicio de lo anterior, la filiación puede también determinarse, indistintamente: a) Conforme con la ley del Estado de su residencia habitual si la persona de cuya filiación se trata es menor de edad; b) Conforme con la ley de su domicilio si la persona de cuya filiación se trata es mayor de edad; c) Conforme a la ley del Estado del domicilio del demandado o la del último domicilio de este si ha fallecido.

66 Artículo 29. (Obligaciones alimentarias).

Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos se regulan por la ley del Estado del domicilio o residencia habitual del acreedor de alimentos o por la ley del Estado del domicilio o residencia habitual del deudor de alimentos, a opción del acreedor.

aceptados: el diverso domicilio de las partes o los vínculos internacionales que le otorgan tal calidad al contrato. El límite es explicable, el de las partes consistente en que, sin tener esos elementos de internacionalidad en su contrato, decidan que lo es, no hay razón objetiva que lo permita, salvo una finalidad evasora que cae en el concepto de fraude a la ley.

“Artículo 45. (Ley aplicable por acuerdo de partes).<sup>67</sup>

Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan. [...].

La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión que sus normas relativas al conflicto de leyes.

El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte de este.

La elección del derecho puede ser hecha o modificada en todo momento. Si es posterior a la celebración del contrato se retrotrae al momento de su perfeccionamiento, bajo reserva de los derechos de terceros y de lo ya ejecutado conforme a la ley oportunamente aplicable”.

Nuevamente estamos frente a una disposición totalmente moderna en la que se incorporan los elementos contractuales modernos: primero la plena autonomía en el escogimiento de la ley. Luego, exclusión de las posibilidades del reenvío que en materia contractual distorsiona la voluntad de las partes; tercero, una disposición que incorpora a los elementos contractuales que el juez o el árbitro debe analizar en caso de silencio de las partes en su designación de ley aplicable. Criterio totalmente afín con las reglas arbitrales contemporáneas en todo el mundo. Finalmente, la aceptación del *depeçage* que les brinda flexibilidad a las partes en el desarrollo de su contrato, reservando el respeto a los derechos de terceros.

“Artículo 46. (Alcance del acuerdo de elección). La elección de la ley aplicable no supone la elección de foro, ni la elección de foro supone la elección del derecho aplicable”.

Una disposición adecuada y conveniente en ambos sentidos.

“Artículo 47. (Contratos a distancia). El perfeccionamiento de los contratos celebrados a distancia, se rige por la ley de la residencia habitual o ‘establecimiento de la persona de la cual partió la oferta aceptada”.

En realidad, no más que agregar. Sin embargo, en las ofertas por internet en las cuales se podría considerar la realización a distancia, no siempre es claro el lugar del oferente.

---

67 Fuente: Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (México 1994, artículos 7 a 10).

“Artículo 48. (Ley aplicable sin acuerdo de partes). En defecto de elección del derecho aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 45, o si tal elección resultare inválida o ineficaz, los contratos internacionales se rigen en cuanto a su existencia, validez total o parcial, interpretación, efectos, modos de extinción de las obligaciones, y en suma todo lo relativo a cualquier aspecto de estos, por la ley del lugar de su cumplimiento, el que se interpretará conforme a los siguientes criterios:

A) Los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley donde ellas existían al tiempo de su celebración.

B) Los que recaigan sobre cosa fungible o cosas determinadas por su género, por la ley del domicilio del deudor de la obligación característica del contrato, al tiempo en que fueron celebrados.

C) Los que versen sobre prestación de servicios: 1) Si el servicio recae sobre cosas, por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; 2) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquél en donde hayan de producir sus efectos; 3) Fuera de estos casos, por la ley del lugar del domicilio del deudor de la prestación característica del contrato al tiempo de la celebración del mismo”.

Puede pensarse que la disposición es larga pero el legislador uruguayo, nuevamente a la cabeza de la modernidad, brinda una disposición clara y paradójicamente concisa, en un tema en el que aún mucho escrito, pero que es una realidad dinámica en el mundo de hoy. El criterio del lugar de ejecución en casos como a los que se refiere el artículo puede ser problemático cuando son varios lugares de entrega, sin embargo se atempera con los criterios establecidos, veamos: primero, si las cosas existen o existían en diversos lugares, serán estos los que determinen la ley aplicable, segundo, cosas fungibles o determinables por su género, siempre difíciles de su precisión en el comercio internacional, son sometidas a la ley “del deudor de la obligación característica del contrato, al tiempo en que fueron celebrados”, criterio que brinda estabilidad, pero que sobre todo, por su dificultad en la determinación, se establecen dos criterios que precisan aún más la ley aplicable: la ley “del deudor de la obligación característica del contrato” que siempre lo hay, y para mayor seguridad, que sea “al tiempo en que fueron celebrados”. Difícilmente una operación de este tipo se sale de los parámetros señalados.

El legislador uruguayo logró acomodar todos los supuestos para la jurisdicción internacional de los tribunales uruguayos y en forma precisa, las opciones de reconocimiento de sentencias extranjeras por ellos mismos. Indudablemente que el juez uruguayo cuenta con un catálogo sintético, completo y claro sobre la materia. No queda mucho que comentar, pero haré un par de consideraciones.

El caso de los servicios siempre contiene mayor complicación, así que se les trata de regular. Si el servicio es sobre cosas (composturas de maquinaria, análisis de calidad de mercancías, etc.), la ley del lugar en donde dichas cosas existían ya que fue en función de ese lugar conforme al cuál se hicieron los presupuestos de gastos y de honorarios. El último criterio es impreciso, pero la jurisprudencia uruguaya se encargará de desentrañarlo; sin embargo, el criterio tiene que ver con el resultado

del servicio y ese resultado podrá conocerse, medirse o aquilatarse solo en donde sean producido sus efectos: “[a]rtículo 49. (Criterios subsidiarios). Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos respecto de los cuales no pueda determinarse la ley aplicable al tiempo de ser celebrados, según las reglas contenidas en el artículo 48”. Continúa el mismo artículo diciéndonos que “[c]uando la ley aplicable no pueda ser determinada en base al inciso anterior el contrato se regirá por la ley del país con el cual presente los lazos más estrechos”.

“Artículo 50. (Soluciones especiales). No son aplicables las normas anteriores del presente Capítulo a los siguientes contratos, aunque revistan la calidad de internacionales, los cuales se regirán por las normas que a continuación se indican:

A) Se rigen por la ley de la República los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales y los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en ella.

B) Las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, se rigen por la ley que regula la respectiva categoría.

C) Las obligaciones derivadas de títulos valores, y la capacidad para obligarse por estos títulos, se rigen por la ley del lugar donde son contraídas.

La forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto del título de crédito, se rige por la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

Cuando el título no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación, ésta se regirá por la ley del lugar donde la misma deba ser pagada, y si tal lugar no constare, por la del lugar de su emisión.

D) Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, se rigen por la ley del Estado de su emisión, sin perjuicio de la elegida por las partes cuando ésta fuese reconocida por dicha ley, y de lo establecido en leyes especiales.

E) Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen:

1) Por la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor.

2) En caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha ley, se regirán de conformidad por la ley del lugar del domicilio del consumidor.

3) En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.

F) Los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia -excepto los de trabajo a distancia- se rigen por la ley del lugar donde se presta el trabajo o por la

ley del domicilio del trabajador o por la ley del domicilio del empleador, a elección del trabajador. Pero una vez determinada la misma, regirá todos los aspectos de la relación laboral.

G) Los contratos de seguros [...] [marítimos, aéreos, terrestres o multimodales, así como los contratos de seguros de vida, pensiones, retiro en todas sus variedades, los seguros de responsabilidad civil, cauciones, crédito a la exportación y similares, se rigen por la ley del domicilio de la sucursal, agencia u oficina que haya emitido la póliza] [...].

H) Los contratos de [...] seguros de daños sobre bienes materiales inmuebles o accesorios a un inmueble, incluyendo los seguros de incendio, robo, explosión, caída de rayo, temporal, granizo, cristales y similares, se rigen por la ley del Estado donde están situados los bienes objeto del seguro en la época de su celebración [...].”

Los contratos de transporte de mercaderías exclusivamente documentados por carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, documento de transporte multimodal, o documentos análogos, se rigen por la ley del lugar de cumplimiento, entendiéndose por tal la ley del Estado donde se pactó la entrega de la mercadería.

“Artículo 51. (Usos y principios). Se aplicarán, cuando corresponda, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales [...] [de los que Uruguay] forme parte (inciso cuarto del artículo 13) [...]”.

“Artículo 52. (Ley aplicable). Las obligaciones no contractuales se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho o acto, lícito o ilícito, que las genera o por la ley del lugar donde se produjo el daño, a opción del damnificado.

Si el demandado por el hecho dañoso y el reclamante por este hecho tuvieren su domicilio en el mismo Estado, se aplicará la ley de éste.

Si el hecho dañoso se produjere durante la navegación aérea, marítima, fluvial. O lacustre en zona no sujeta a soberanía estatal exclusiva, se considerará que el mismo se produjo en el Estado de la bandera del buque o registro de la aeronave, sin perjuicio de lo establecido en las normas especiales.

Las obligaciones no contractuales que nacen por disposición de la ley, se rigen por la ley que regula la categoría jurídica a que responden”.

“Artículo 53. (Ámbito de aplicación de la ley). La ley aplicable a las obligaciones no contractuales rige el alcance y las condiciones de la responsabilidad, comprendiendo la determinación de las personas que son responsables por sus propios actos, las causas de exoneración, los límites, la distribución y división de la responsabilidad, la existencia y naturaleza de los daños indemnizables, las modalidades y cuantía de la indemnización, la transmisibilidad del derecho de indemnización, los sujetos pasibles de indemnización, la responsabilidad por hecho ajeno, y la prescripción, caducidad y cualquier otra forma de extinción de la responsabilidad incluyendo la determinación del comienzo, suspensión e interrupción de los plazos respectivos”.

## f) Reconocimiento y ejecución de sentencia

Como en el Capítulo correspondiente sobre Argentina, el título es engañoso, porque esta sección solo trata de la competencia judicial. La razón está en que el proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras se encuentra regulado aparte, en el Código General Procesal de 1988.

“Artículo 57. (Soluciones generales). Sin perjuicio de las normas contenidas en las convenciones internacionales, o en defecto de ellas, los tribunales de la República tienen competencia en la esfera internacional:

A) Cuando la parte demandada, persona física o jurídica, está domiciliada en la República o ha constituido domicilio contractual en ella.

B) Cuando la parte demandada tiene en el territorio de la República establecimiento, agencia, sucursal o cualquier otra forma de representación, a través de la cual ha celebrado el contrato o ha intervenido en el hecho que da origen al juicio.

C) Cuando la materia que constituye el objeto de la pretensión deducida se rige por la ley uruguaya según las normas sobre conflictos de leyes de la República.

D) Para juzgar la pretensión objeto de una reconvencción, cuando tenga jurisdicción internacional respecto de la acción que dio mérito a la misma.

E) Para conocer de una demanda en garantía o intervención de terceros en el proceso, siempre que exista conexión razonable entre las pretensiones y no se afecte el derecho de defensa de los terceros citados.

F) Para conocer de demandas o pretensiones que se encuentren ligadas por vínculos estrechos a otra a cuyo respecto los tribunales de la República sean competentes en la esfera internacional, cuando exista interés en instruir las y juzgarlas conjuntamente, a fin de evitar soluciones inconciliables si los procesos se entablaren en distintas jurisdicciones internacionales.

G) En caso de acciones personales, cuando el demandado, después de promovida la acción, comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento procesal pertinente.

H) Cuando, aun careciendo de competencia en la esfera internacional según otras normas de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos:

- 1) La intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia;
- 2) Que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero;
- 3) El caso tenga vínculos relevantes con la República;
- 4) Sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso; y
- 5) La sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento o ejecución.

I) Para adoptar medidas provisionales o conservatorias, aun cuando no sean competentes para conocer el fondo del asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 535 del Código General del Proceso”.

En el párrafo C) establece que *cuando la materia que constituye el objeto de la pretensión deducida se rige por la ley uruguaya según las normas sobre conflictos de leyes de la República*. Se trataría de el caso de la designación de la ley uruguaya ha sido elegida por las partes como aplicable, pero incluso, de no haber sido designada, resulta que *la materia, el objeto de la pretensión*, resulta conectado con la ley uruguaya en función de la ejecución del contrato, dos casos muy claros. Lo interesante de esta disposición, estiba en que “*el objeto de la pretensión*” pueda llegar a regirse por la ley uruguaya en el caso de un reenvío sin que originariamente “*el objeto de la pretensión*” hubiera sido previsto bajo una ley diferente, con lo cual, como se puede ver, la apertura de los tribunales uruguayos es completa.

Otra cuestión más, en el párrafo siguiente, párrafo D), que establece que *para juzgar la pretensión objeto de una reconvencción, cuando tenga jurisdicción internacional respecto de la acción que dio mérito a la misma*, a reserva de lo que puedan decir los altos tribunales uruguayos en su jurisprudencia, hay que desentrañar el sentido de esta disposición y tal parecería que los tribunales uruguayos tomarían jurisdicción en casos de este tipo de reconvencción por el sólo hecho de que dicha reconvencción tenga elementos internacionales que lo permitan, pero hasta qué punto podrá llegar este criterio, parece de forma tan abierta que no hace falta, necesariamente que la demanda haya sido presentada ante tribunales uruguayos.

### g) Conclusión

Ya no me extiendo más en esta exposición del derecho uruguayo, que merece un estudio aparte destinado únicamente a esta nueva Ley de DIPr. Quiero reiterar que se trata de la apertura más amplia en el derecho latinoamericano y, sobre todo, más clara, con mejor técnica y calidad. Un ejemplo más del buen derecho que se hace en ese país que, aunque pequeño en extensión, siempre ha sido grande en ideas, especialmente en el DIPr. Ojalá que los legisladores latinoamericanos tengan a esta legislación como modelo para mejorar sus leyes.

## III.- Aperturas limitadas

### 1.- México<sup>68</sup>

#### a) Introducción

México llevó a cabo las primeras modificaciones en materia de DIPr, en su orden interno, en 1988, gracias, en buena medida, a la Conferencias Interamericanas de DIPr, en la que este país ha mantenido delegaciones permanentes desde 1975. Lo

<sup>68</sup> La información de esta sección fue tomada en parte de: PEREZNIETO, Leonel, *Derecho internacional privado, Parte general*, Tirant lo Blanch, 11ª edición, Valencia, 2022; y, PEREZNIETO, Leonel; SILVA, Jorge, *Derecho internacional privado, Parte especial*, Tirant lo Blanch, inédito, 2022.

mismo ha hecho ante UNCITRAL, desde 1976 y ante la Conferencia de La Haya, desde 1984; todo lo cual contribuyó para la apertura jurídica de 1988, dos años después de una gran apertura económica, en 1986, ambas, como prolegómenos a la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1994, que significó una transformación y puesta al día, de una parte importante del orden jurídico interno mexicano, y la modernización institucional mediante las diferentes metodologías de derecho comparado que permitieron la creación de instituciones jurídicas de origen estadounidense, en diferentes materias: competencia económica, medio ambiente, energía, telecomunicaciones, sistemas y procedimientos financieros, entre muchas otras, con el fin de tener instituciones y procedimientos afines, con sus dos socios del Tratado. Lo anterior implica que, no obstante que la apertura en materia de DIPr es insatisfactoria, la realidad es que una porción importante del orden jurídico mexicano se modificó sustancialmente en todos aquellos campos vinculados directa e indirectamente, con su comercio exterior.

### b) Aplicación de la ley

La apertura jurídica de México se llevó a cabo en 1988, en varios de los artículos del Código Civil, del entonces Código Civil para el Distrito Federal,<sup>69</sup> ahora un Código estatal, el de La Ciudad de México, que, en 2020, el Código se volvió a modificar, con motivo del surgimiento de la Ciudad de México, como una Ciudad Estado, constituyéndose en el 32° estado de la República Federal Mexicana.<sup>70</sup> En el Anterior Código Civil para el Distrito Federal de 1932, cambió una versión del Código Civil, que fue la que se tituló Código Civil de la Ciudad de México (CCCDMEX) y la otra, Código Civil Federal (CCF) que es la aplicable supletoriamente en materia de comercio, que es materia federal. Esas reformas se llevaron a cabo después de 88 años de territorialismo absoluto<sup>71</sup> y se efectuaron en cuatro artículos del CCF, más otros tantos del Código Civil de la Ciudad de México, del Código de Procedimientos Civiles y años más tarde, reformas en el CCF y Código de Comercio.

Antes de pasar a analizar el CCF, veamos un solo artículo del CCCDMEX porque en este, especialmente, se puede encontrar la actitud del legislador mexicano respecto a la apertura. Se trata del artículo 2 de este Código Federal:<sup>72</sup>

“Artículo 2°. - La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un

69 Ahora, Código Civil de la Ciudad de México

70 PEREZNIETO, cit. (n. 67), pp. 340 y ss.

71 PEREZNIETO, Leonel, *Derecho internacional privado, notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos del derecho mexicano*, Ediciones Universidad Nacional de México, Ciudad de México, 1977.

72 Este artículo fue reformado el 10 de octubre de 2008.

servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos”.<sup>73</sup>

Como puede apreciarse, es en realidad un manifiesto de apertura populista, que fue elaborado como reflejo de la reforma constitucional al artículo 1°. <sup>74</sup> Una disposición acorde con el estado actual de los derechos humanos.

Volvamos pues al CCF. “Artículo 12.- Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte”.

Como se observa, se trata de un sistema mixto (en principio territorialista) mediante el cual se determina, en la primera parte de la disposición citada, el ámbito espacial de aplicación de las normas jurídicas, y en la segunda, la posibilidad de aplicar el derecho extranjero cuando así lo establezcan las leyes mexicanas y los tratados internacionales en los que México sea parte.

En el sistema mixto (territorialista y permisivo) se tienen en cuenta los dos sistemas vigentes anteriormente en México: el territorialista de 1932, que fue restaurado de manera parcial en el CCDF, ahora de Ciudad de México como ya mencionamos, y el estatutario de 1870.

“Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto

<sup>73</sup> La reforma de este artículo es el transcrito y actualmente en vigencia.

<sup>74</sup> Los primeros párrafos relativos de la reforma constitucional son:

Artículo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (párrafo reformado por DOF 10-06-2011).

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (párrafo adicionado DOF 10-06-2011).

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”.

Conforme a una tradición que, de manera inmediata, proviene de la doctrina y del derecho estadounidenses del siglo XIX, en concreto de las ideas de Joseph STORY, se recoge en esa disposición el concepto de los derechos adquiridos. El juez solo constatará que determinada “situación jurídica” (un acto jurídico) ha sido creada “válidamente”, tanto en la forma como en el fondo, de acuerdo con un sistema jurídico diverso del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio derecho.

De lo dicho en el párrafo anterior, es importante destacar tres cuestiones: para que el juez del foro pueda constatar que el acto jurídico ha sido creado válidamente conforme al derecho extranjero y, por tanto, darle reconocimiento, deberá hacerlo mediante la consulta a su regla de conflicto, la que le indicará, a su vez, cuál es el derecho que debe consultar. La segunda cuestión se refiere al término establecido en la ley: “válidamente”. Se trata de un calificativo de acuerdo con el cual el juez del foro, después de llevar a cabo el procedimiento antes descrito de definir la ley aplicable, deberá determinar conforme a esta si el acto jurídico fue creado “válidamente” conforme a la ley extranjera. ¿Cuáles son los márgenes de esa determinación? Solo la jurisprudencia podrá darnos la respuesta.

### c) Estatuto personal

La fracción II del artículo 13 establece como punto de conexión el lugar del domicilio de las personas físicas, para de ahí determinar el derecho aplicable que rige el estado civil y la capacidad de aquellas. En otras palabras: el derecho aplicable para regir el estado civil de una persona (nacimiento, filiación, matrimonio, divorcio, etc.) y su capacidad (mayoría de edad, incapacidades generales o especiales, etc.) será el del lugar de su domicilio, sin importar que sea de otra nacionalidad o la persona se encuentre en un lugar distinto. Esta disposición rige en materia federal.

El domicilio es definido en los siguientes términos: “[a]rtículo 29.- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses”.

Además, conforme al “[a]rtículo 30.- El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente”.

Cabe aclarar que varios códigos estatales aceptan también el domicilio de la persona como punto de contacto para determinar su estado y capacidad, lo cual implica, entre

otras cosas, que la referencia que un juez extranjero hiciese del derecho mexicano sería en realidad la del CCF y no, por lo menos en este punto, a la de cualquier otro código, de las diversas entidades federativas.

#### **d) Matrimonio, filiación y adopción**

Estos temas no tuvieron ninguna modificación, de ahí que la apertura haya sido una apertura limitada. Además de los artículos que hemos visto y veremos a continuación, sólo se agregó un Capítulo en el tema de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras, que veremos a continuación.

#### **e) Obligaciones civiles**

En el CCF se prevé respecto de contratos lo establecido en la fracción V del artículo 13. Esta regla de conflicto contiene dos aspectos susceptibles de comentario.

Primero, el principio tradicional, también previsto en la fracción anterior: *lex loci executionis*, según el cual, a falta de voluntad expresa de quien o quienes suscriban el acto o contrato, se regirá, a falta de voluntad de las partes para designar la ley aplicable, por el derecho del lugar de su ejecución tanto en la forma como en el fondo, salvo lo previsto en las reglas de conflicto establecidas en las otras fracciones del mencionado artículo.

Segundo, otro aspecto, salvo los casos previstos en las fracciones anteriores, el acto o el contrato podrá regirse por el derecho libremente escogido por las partes, con la limitación de que se trate de un derecho “*designado válidamente*”. Aunque el término no es preciso y la interpretación jurisprudencial se encargará de darle contenido y alcance, significa que las partes, en pleno uso de la autonomía de su voluntad, han decidido como aplicable a su acto o contrato cualquier derecho, siempre que esta designación no implique contrariedad al orden público mexicano o haya sido hecha en fraude a la ley mexicana, o bien, que la libre voluntad de las partes encuentre un límite en una norma de aplicación inmediata. Cabe destacar que, en la Convención Interamericana sobre Contratos Internacionales aprobada en marzo de 1994, durante la CIDIP-V, en la Ciudad de México, se admitió el principio de la autonomía absoluta de las partes para designar su ley aplicable: “[e]l contrato se rige por el derecho elegido por las partes” (artículo 7º, párrafo 1). México ratificó esa Convención que de acuerdo con el artículo 133 constitucional, pasó a formar parte del orden jurídico interno.

#### **f) Reconocimiento y ejecución de sentencia**

Los requisitos que cada legislación estatal, establece para reconocer y, en su caso, otorgar efectos ejecutorios a una sentencia extranjera son distintos. En México, cada entidad federativa ha establecido sus propios códigos de procedimientos civiles. La Suprema Corte de Justicia ha confirmado este proceder al afirmar que los Estados pueden legislar sobre esta materia.

El juez requerido tiene poderes limitados para reconocer una sentencia extranjera. En primer lugar, debe determinar si el juez que dictó la sentencia tenía competencia. En este sentido habrá de guiarse por los criterios establecidos en los artículos 564 al 566 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC). Si la decisión es positiva, no debe entrar al fondo de esta y tan solo deberá pronunciarse sobre si el contenido de la sentencia es compatible con su orden público, si es congruente con sus políticas legislativas, aparte de constatar que se ha cumplido con las formalidades necesarias para que esa sentencia pueda ser reconocida.

Por otra parte, el procedimiento de reconocimiento no tiene relación con el proceso que dio como resultado la sentencia: es un incidente y como tal el juez debe resolver mediante un procedimiento de una sola audiencia, donde tenga la oportunidad de escuchar a las partes. Se tratará en todo caso de un procedimiento que lo conduzca a otorgar el reconocimiento a la sentencia extranjera y en su caso, si así lo requiere, a dictar un auto de ejecución de la sentencia. En la práctica el procedimiento de reconocimiento puede ser susceptible de impugnación e incluso de amparo, lo que puede prolongar el reconocimiento por bastante tiempo.

Además del reconocimiento y la ejecución de sentencias, los jueces del foro tienen otro tipo de contactos con jueces extranjeros o, en el caso de una república federal como México, con jueces de otras entidades federativas, para resolver o ayudar a resolver sus actividades judiciales; por ejemplo, el juez extranjero solicita al juez del foro que notifique a una persona domiciliada en su jurisdicción, o que desahogue una prueba o interroge a un testigo. A su vez, el juez del foro solicita al juez extranjero que recabe cierta información o que pida un documento, que emplace a un demandado, o bien, la petición es canalizada a través de la “*Autoridad Central*”, si existe convenio internacional, etc.

A continuación, se estudiarán las reglas establecidas en el CPCDF sobre este tema, las cuales son de dos tipos: internas e internacionales.

### g) Cooperación judicial<sup>75</sup>

Los artículos 309 del CFPC y 114 del CPCCMEX establecen los casos en que es necesaria la notificación personal y cuándo esta debe hacerse fuera del ámbito jurisdiccional del juez de la causa; a su vez, los artículos 327, párrafo 2, del CFP y 134 del CPCCMEX disponen una fórmula flexible que permite al juez ampliar los términos correspondientes, según la lejanía y las facilidades con que se cuente. A este pedimento, efectuado generalmente por medio de un exhorto, se conoce en la mayoría de los países latinoamericanos como *carta rogatoria*, la cual se encuentra regulada por los artículos 549 y 551 del CFPC. De acuerdo con esta disposición, se establecen vías diferentes:

- Convencional, cuando es tratado o convención internacional.

<sup>75</sup> PEREZNIETO, cit. (n. 67), pp. 374-376.

- Diplomática o consular, cuando se canaliza mediante la Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Vía judicial directa, cuando así se establece tanto en el derecho mexicano como en el extranjero.

En el primer caso, hay convenciones que en su protocolo establecen el formato que debe seguirse para elaborar un exhorto, como es el caso de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias; otros no, pero establecen los elementos básicos que un documento debe contener. La vía diplomática y consular se tramita por medio de la Dirección General de Asuntos Jurídicos.<sup>76</sup> Será un trámite oficial en el que el Poder Ejecutivo auxilia al Poder Judicial. La vía directa puede darse siempre y cuando el país de destino permita a sus jueces recibir un exhorto por conducto distinto a las vías tradicionales, como el caso de Alemania.

México es parte de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975. Dicha Convención, que se circunscribe a las materias civil y comercial (artículo 2), se refiere tanto a las notificaciones y emplazamientos como a la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero (artículo 2, incisos a y b); establece mecanismos simplificados de transmisión (artículo 4) y elimina procesos de legalización (artículos 5 y 6).

En el ámbito europeo y en la materia que nos ocupa existen otras convenciones, como la que Suprime la Exigencia de la Legalización de Actos Públicos Extranjeros (La Haya, 5 de octubre de 1961). México es parte de esta Convención, así como de la Convención sobre Emplazamiento y Notificación en el Extranjero de Actos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial (La Haya, 5 de noviembre de 1965) y de la Convención sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (La Haya, 18 de marzo de 1979).

#### **h) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal<sup>77</sup>**

El juez tiene las reglas de competencia internas que hemos estudiado conforme a las cuales se declarará competente o no para conocer de determinado asunto. En caso de que se declare competente y el asunto que se le presente contenga elementos extranjeros, se debe recurrir a los métodos más usuales para resolver problemas derivados del tráfico jurídico internacional, incluidos los diferentes pasos que debe seguir para conocer y aplicar el derecho extranjero.

A riesgo de repetir algunos conceptos expuestos en el ámbito de la aplicación del derecho extranjero, ahora que se alude al procedimiento propiamente dicho, se hará referencia a las disposiciones procesales introducidas con la citada reforma del 7 de enero de 1988 al CPCDF, relacionadas con el tema que nos ocupa.

“Artículo 40. No procede la excepción de conexidad: [...]

<sup>76</sup> Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, artículo 34, fracción adicionada VII.

<sup>77</sup> PEREZNIETO, cit. (n. 67), pp. 378-383.

II. Cuando los juzgados que conozcan respectivamente de los juicios pertenezcan a tribunales de alzada diferentes; y

III. Cuando se trate de un proceso que se ventile en el extranjero [...].”

Como se recordará, la excepción de conexidad es una petición formulada por la parte demandada para que el juicio promovido por el actor se acumule a otro juicio —diverso de aquél, pero conexo— iniciado antes, con el objeto de que ambos juicios sean resueltos en una sola sentencia. En la fracción III del artículo 40, antes citado, se trata de evitar que la excepción de conexidad sea interpuesta para que, con base en un juicio iniciado previamente en el extranjero, el juez mexicano tuviese que declinar su competencia. El principio es correcto; sin embargo, esta hipótesis ya estaba prevista en la fracción II del mismo artículo, ya que es evidente que cuando un proceso se ventila en el extranjero, el juzgado que está conociendo del mismo necesariamente pertenece a un tribunal diverso del de la apelación.

En nuestra opinión, el legislador lo estableció en forma expresa para que no quedara la duda, ya que se podría argüir que un tribunal de alzada diferente se refiere a un mismo sistema judicial y no a otro distinto de un país extranjero. Nótese cómo la disposición también señala que por el hecho de tratarse de un procedimiento que “se ventile en el extranjero”, pertenece a una jurisdicción diferente y por eso no existe conexidad.

“Artículo 108. Las diligencias judiciales que deban practicarse en el extranjero, se cursarán en la forma que establezca el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados y convenios internacionales de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte.

Si el demandado fuera extranjero, las copias de la demanda y de los documentos irán redactadas en español, con su respectiva traducción a la lengua del país extranjero, a costa del interesado, quien deberá presentarla en el término que fije el tribunal, y de no hacerlo, dejará de emitirse el exhorto, en perjuicio del solicitante.

Estas mismas reglas se observarán para dar cumplimiento en el Distrito Federal a los exhortos de tribunales extranjeros por los que se requiera la práctica de alguna diligencia judicial”.

Lo que indica esta disposición es que la materia de exhortos del extranjero es federal y, por tanto, debe seguir la regulación del CFPC, con la excepción de lo dispuesto en los tratados, por ser éstos normas superiores al CFPC y, por consiguiente, deben prevalecer.

Esto quiere decir que, si bien con anterioridad era posible llevar a cabo este tipo de audiencias, ahora la facultad es expresa y, lo que es más importante, se define la posibilidad de presentar un expediente que sea resultado de un proceso en el extranjero, ya que esas actuaciones podrán tener validez en México. Es importante señalar que el artículo que se examina establece que las declaraciones de testigos que fueron realizadas conforme a la ley procesal extranjera tendrán plenos efectos en México. Cabe aquí un comentario: partiendo de la idea de que las normas procesales

son consideradas de orden público y que las normas de aplicación inmediata o normas imperativas, en casos extraordinarios, estos pueden llegar a tener efectos extraterritoriales. El siguiente es precisamente un ejemplo del efecto de ese tipo de reglas.

“Artículo 284 bis. El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes”.

En el caso de esta disposición, se establece una amplia gama de opciones para el juez a fin de que resuelva acerca de la información del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero. En La Ciudad de México, se encuentra el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con un acervo completo de legislación extranjera; por tanto, esta institución puede ser de valiosa ayuda para el juez. Otra opción complementaria es recurrir a un experto en derecho comparado para que proporcione la información requerida, o bien, directamente a la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que esta, a su vez, solicite la información correspondiente ante alguna legación diplomática o consulado mexicano en el extranjero. Pero hoy en día esos procedimientos han sido superados, en la medida que el juez mexicano tiene a su alcance los textos jurídicos de casi la totalidad de países, gracias a la consulta que puede hacer directamente, a través del internet.

“Artículo 337 bis. La obligación de exhibir documentos o copias en procesos que se sigan en el extranjero no comprenderá la de exhibir documentos o copias de documentos identificados por características genéricas.

En ningún caso podrá un tribunal nacional ordenar ni llevar a cabo la inspección de archivos que no sean del acceso público, salvo los casos permitidos por las leyes nacionales”.

Como se advierte, se trata de una disposición que tiende a facilitar, de manera precisa, la exhibición de información solicitada del extranjero, lo que no hay que confundir con el concepto del proceso estadounidense que se conoce como el *Discovery*, que consiste en que las partes pueden tener acceso a los archivos de sus contrarios sin precisar los documentos que se buscan.<sup>78</sup>

Nuevamente en el párrafo 2 se insiste en la prohibición de acceso a archivos que no sean de acceso público porque la orden, en todo caso, debe referirse a tal o cual

78 Sobre esta institución se puede consultar: PEREZNIETO, Leonel, “La institución del Discovery en el arbitraje comercial internacional en México”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N°11, 2002, pp. 139 y ss., y CREMADES, Bernardo, “Discovery en el arbitraje transnacional”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N°12, 2002, pp. 171 y ss.

documento y no permitir un acceso a todos los archivos. La disposición señala que podrá haber excepciones a este principio.

“Artículo 362 bis. Cuando se solicitare el desahogo de prueba testimonial o de declaración de parte para surtir efecto en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos del artículo 360 de este Código.

Para ello, será necesario que se acredite ante el tribunal del desahogo que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de autoridad exhortante”.

Aunque tal disposición repite lo establecido por el artículo 360, se trata de hacer énfasis en que el mismo sistema de desahogo de este tipo de prueba también debe ser concedido al caso de procesos en el extranjero, y en el párrafo 2 se agrega el requisito de solicitud de la autoridad exhortante.

Finalmente, en el caso del artículo 893, que se refiere a la jurisdicción voluntaria, la reforma adicionó un párrafo en los términos siguientes: “A solicitud de parte legítima podrán practicarse en esta vía las notificaciones o emplazamientos necesarios en procesos extranjeros”. Lo anterior tiene como fin no limitar la vía entre jueces, sino tener la posibilidad de que la parte legítima emprenda acciones de este tipo para facilitar y agilizar su proceso en el extranjero, tales como la notificación o el emplazamiento por vía de notario público.

En el artículo 604 se reconoce la resolución extranjera y solo se le condiciona a un proceso de exequátur cuando implique ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos; es decir, se otorga la máxima flexibilidad al juez del Distrito Federal para que reconozca la resolución extranjera y solo se le condiciona en casos de ejecución. Sin embargo, cuando se trate de formalidades, dicho juez podrá dispensarlas si no son contrarias al orden público o a la garantía de las partes.

En el mismo artículo 604, fracción III, se establece otra modalidad acorde con las necesidades internacionales en esta materia. Cualquier persona, legitimada debidamente, puede iniciar ante jueces del Distrito Federal acciones de jurisdicción voluntaria o de diligencias preparatorias con el propósito de realizar actos de notificación, de emplazamiento o de recepción de pruebas, para utilizarlos en procesos en el extranjero.

De acuerdo con la reforma, el juez del Distrito Federal solo estará condicionado cuando deba dar fuerza ejecutoria a sentencias, laudos y resoluciones dictados en el extranjero; sin embargo, hay otros autos que también requieren el proceso de exequátur correspondiente, para lo cual el juez deberá tener en cuenta las condiciones siguientes de acuerdo con el artículo 571 del CFPC:

I. Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en este Código en materia de los exhortos provenientes del extranjero.

II. Que no hayan sido dictadas a consecuencia de una acción real.

Lo anterior implica que la jurisdicción en la materia solo puede ser de jueces mexicanos respecto de bienes ubicados en el Distrito Federal. Advertimos que cualquier juez de la República puede decidir sobre acciones reales de bienes ubicados en el Distrito Federal, siempre que aplique las leyes del CCDF, pero no en el caso de jueces extranjeros. Además, el reconocimiento de la sentencia de un juez del interior de la República sobre bienes inmuebles en el Distrito Federal queda al libre albedrío del juez del Distrito Federal, aceptada o no.

El mismo artículo 571 en comento agrega también las siguientes fracciones:

III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código.

O sea, el juez del Distrito Federal deberá decidir acerca de la competencia del juez extranjero conforme a dos criterios complementarios:

- El de las reglas de competencia reconocidas internacionalmente.
- Con la limitación de que sean compatibles con las reglas correspondientes del CPCDF o del CFPC.

Estos dos ordenamientos contienen reglas básicas modernas y aceptadas internacionalmente, por lo que la referencia del juez a ellas será suficiente. En resumen, se trata de evitar que el juez extranjero asuma una competencia abusiva o exorbitante.

IV. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas.

La insistencia en que se emplace en forma personal tiene el propósito de descartar otra forma de emplazamiento que tienen diversos sistemas jurídicos; por ejemplo, el anglosajón permite el emplazamiento por correo o la notificación por otros medios que no conllevan fe pública y, por tanto, no constituyen notificaciones fehacientes para el derecho mexicano.

V. Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra.

VI. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el tribunal mexicano, o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido transmitidos y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva.

VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México.

VIII. Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

Este requisito difiere del citado en la fracción I del artículo 571, conforme este se refiere a formalidades establecidas en los CPCDF y CFPC, y ser considerados auténticos tiene relación con las certificaciones que tanto las autoridades del Estado del juez exhortante como las mexicanas estimen que deben cumplirse.

Finalmente, en el último párrafo del artículo 571 del CFPC, se dispone que *“el tribunal podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos”*. Se trata de un principio de *reciprocidad*, un principio de excepción, pues salvo casos excepcionales las sentencias de un país se aceptan en los demás.

Los artículos 607 y 608 del CPCDF se refieren a las formalidades que deben cumplir el exhorto y el procedimiento para dar vista personal al ejecutante y al ejecutado; sin embargo, conviene destacar que en el artículo 608, fracción I, se establece una regla interna de competencia, según la cual: *“El tribunal competente para ejecutar la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, será el del domicilio del ejecutado”*. Esto se relaciona con la situación de cuando, de manera excepcional, el juez requerido puede aceptar la formulación de excepciones con motivo de su competencia (artículo 600).

### **i) Código Federal de Procedimientos Civiles<sup>79</sup>**

La reforma de 1988 adicionó al CFPC el Libro Cuarto, titulado *“De la Cooperación Procesal Internacional”*, integrado por cinco capítulos.

En el artículo 544 se establece el principio según el cual, en materia de litigio internacional, las dependencias de la Federación y de las entidades federativas quedan sujetas a las reglas del CFPC. La razón es que dichas dependencias representan hacia el exterior al gobierno mexicano; por tanto, se busca una uniformidad en las actividades y respuestas que puedan dar en estas materias. Sin embargo, subsisten las disposiciones de leyes estatales en la materia como aplicables en lo no previsto por el CFPC.

Es obvio reiterar, pero no deja de ser importante, que las personas o entidades distintas de las dependencias mencionadas podrán regirse, en litigios internacionales, de acuerdo con las reglas de procedimientos de los tribunales locales competentes en cada caso.

En el artículo 545 se establece que la diligenciación de los diversos actos previstos de mero trámite no implicará, para los tribunales mexicanos, reconocer la competencia del tribunal extranjero exhortante. La finalidad de esta disposición es facilitar la diligenciación de esos actos, evitando en todo momento asumir compromisos que puedan limitar a los tribunales posteriormente. Lo mismo sucede con la ejecución futura de sentencias dictadas por dicho tribunal extranjero.

El artículo 546 dispone que los documentos públicos transmitidos por conducto oficial no requerirán legalización. En el caso de México, el conducto oficial es la

<sup>79</sup> PEREZNIETO, cit. (n. 67), pp. 383-384.

Secretaría de Relaciones Exteriores, mientras que en varios países centroamericanos y sudamericanos es el Ministerio de Justicia. En las convenciones interamericanas, dichas entidades se mencionan como Autoridad Central. A partir de 1995 México es parte de la Convención de La Haya por la que se suprime el requisito de legalización de los documentos públicos extranjeros y en ella se designa a las autoridades que intervienen en la legalización de documentos mediante el procedimiento abreviado de “apostilla”.

La diligenciación de notificación a solicitud de parte, prevista por el artículo 547, se complementa con lo establecido por el artículo 548; los miembros del Servicio Exterior Mexicano son coadyuvantes de los tribunales del país en el desahogo de diligencias, sin necesidad de recurrir a los tribunales extranjeros del lugar donde debe hacerse la diligenciación de dichos actos. Cuando se trate de diligencias que llevan aparejada ejecución o medidas de apremio, los miembros del Servicio Exterior encargados del asunto no podrán ejecutarlos por sí mismos y, por tanto, solicitarán a las autoridades jurisdiccionales del Estado anfitrión el desahogo de tales diligencias. Por otra parte, esta función está prevista en la Convención de Naciones Unidas sobre relaciones consulares (artículo 51, inciso j), pues se trata de un uso internacionalmente aceptado.

#### **j) Exhortos o cartas rogatorias<sup>80</sup>**

El sentido de los artículos 549 a 556 es facilitar al máximo la tramitación de los exhortos o cartas rogatorias. Como se observa en dichos preceptos, se ofrecen varias opciones que el interesado puede escoger en función de la mayor o menor facilidad, tiempo y costo. La única restricción existente en la transmisión de las cartas rogatorias o de los exhortos es que su contenido deberá estar traducido al español. Con ello se propicia que la tramitación de este tipo de instrumentos resulte más fácil y, sobre todo, más adecuada a las posibilidades de la parte interesada que lleve a cabo el trámite. Esta es la tendencia que animó a la Convención de Bruselas de 1968. “El exequátur simplificado” es “una declaración que constata la fuerza ejecutoria” y que se encuentra en un certificado de origen de la decisión sin el examen de su naturaleza jurisdiccional.<sup>81</sup>

#### **k) Competencia en materia de actos procesales<sup>82</sup>**

El artículo 559 establece una prohibición general para todas las dependencias de la Federación y de los Estados, así como a los servidores públicos, de exhibir documentos o copias de documentos existentes en los archivos oficiales bajo su control. Se exceptúan los documentos de orden privado que permita la ley, pero siempre a petición del tribunal mexicano exhortado. Dada la flexibilidad contenida

80 PEREZNIETO, cit. (n. 67), pp. 383-384.

81 DROZ, George y GAUDEMET-TALLON Hélène, “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90/4, 2001, pp. 601 y ss.

82 PEREZNIETO, cit. (n. 67), p. 385.

en la reforma, se debe delimitar este tipo de asuntos, pues en este caso exhibir o no cierto documento oficial será una decisión de tipo político más que jurídico.

En el artículo 560 se reconsidera el principio de que los miembros del Servicio Exterior Mexicano serán coadyuvantes en la actividad judicial mexicana, específicamente en materia de recepción de pruebas dentro de los límites establecidos por los tratados y las leyes de los Estados receptores y conforme a la Convención de Naciones Unidas sobre relaciones consulares ya mencionada.

El artículo 562 se refiere a la cuestión, ya comentada, de que la práctica de un acto procesal desahogado en México que deba surtir efectos en el extranjero puede llevarse a cabo a petición de parte. En el caso específico, se trata del desahogo de una prueba testimonial, siempre basada en la regulación procesal del juez mexicano (juez federal), con aplicación de sus reglas para el desahogo de este tipo de pruebas. En otras palabras, el principio fundamental siempre será la aplicación de su propia ley procesal (*lex fori*).

### 1) Competencia en materia de ejecución de sentencias<sup>83</sup>

En todos los ordenamientos procesales del país se prevé la regulación de la competencia directa; en cambio, en materia de ejecución de sentencias no todos los códigos de procedimientos civiles estatales regulan la competencia indirecta o competencia internacional. Los que se encuentran regulados en la legislación federal servirán de guía al juez local mexicano para saber cuándo un juez extranjero carece de competencia para pronunciarse sobre cierto caso (cuando se trate de competencia exclusiva o reservada para los tribunales mexicanos), o simplemente para evitar que ese juez extranjero ejerza competencia indebida o exorbitante.<sup>84</sup> Por otro lado, esos principios generales servirán de guía al juez extranjero para saber si la asunción de su competencia llevará, al final del proceso, a la ejecución o no de su sentencia en México. Evidentemente, se trata también de una información muy importante para las partes en litigio. UNIDROIT propone una serie de principios en su regla 2 que transcribimos a pie de página.<sup>85</sup>

83 PEREZNIETO, cit. (n. 67), p. 385.

84 Esto no quiere decir que los jueces de los Estados —y las legislaturas estatales— carezcan de facultades para regular y, en su caso, conocer sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras. Desde hace más de medio siglo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) se ha pronunciado en el sentido de que es constitucional la actividad de las entidades federativas en este ámbito. A este respecto puede revisarse Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala (México), 7 de noviembre de 1957, Semanario Judicial de la Federación, Amparo en revisión N°647/56, William C. Greene, Sexta Época, vol. V, Cuarta Parte, p. 121.

85 UNIDROIT ha publicado los *Principles of transnational civil procedure*, Cambridge, 2004: La competencia puede ser ejercitada, cuando ningún otro foro es razonablemente competente con base en los siguientes criterios: 1. El domicilio o nacionalidad del demandado en el foro del Estado. 2. Lugar de ubicación de la propiedad del demandado, con independencia de si la disputa se relaciona con dicha propiedad. Sin embargo, la autoridad del tribunal deberá limitarse a la propiedad y al valor de la misma. 3. Un tribunal puede otorgar medidas provisionales en relación con una persona o su propiedad dentro del territorio del Estado donde se encuentra el foro, aun cuando el Tribunal no tenga competencia sobre dicha controversia. 4. La competencia debe ser declinada cuando las partes previamente hayan acordado que otro tribunal es exclusivamente competente. 5. La competencia debe ser declinada, o el procedimiento suspendido, cuando sea manifiestamente evidente que un tribunal es incompetente para conocer del caso, ante la existencia de otro tribunal más apropiado para ejercer dicha competencia. 6. Un tribunal debe declinar su competencia y suspender el procedimiento, cuando una controversia esté pendiente de resolución ante otro tribunal competente, a menos que se compruebe que la controversia no será resuelta de forma justa, efectiva y expedita ante ese tribunal.

Los principios centrales de la competencia en materia de ejecución de sentencias son que el juez extranjero haya asumido dicha competencia conforme a los tres criterios siguientes:

1. Con base en criterios o por razones compatibles o análogas con las previstas por el derecho mexicano (artículo 564). El domicilio de la persona es compatible, el *trust* angloamericano es análogo al fideicomiso.
2. Si se tratara de criterios o razones distintas de las previstas en el inciso anterior, que la asunción de competencia se hubiere llevado a cabo para evitar la denegación de justicia (artículo 565).
3. Cuando se haya designado por convenio de las partes antes del juicio, con los límites siguientes: que no implique impedimento o denegación de justicia, o cuando la facultad de elección opere en beneficio exclusivo de alguna de las partes o de todas (artículos 566 y 567).

Como puede observarse, se trata de los impedimentos que están vinculados con la noción de orden público. Son tres criterios muy importantes: el que el juez mexicano acepte razones compatibles o análogas previstas en su derecho lo obliga a hacer un examen de las instituciones del derecho extranjero, con base en el derecho comparado. En el caso del segundo criterio la excepción es evidente, ya que no se trata de examinar la competencia del juez extranjero por ser un caso excepcional. Finalmente, el tercer criterio comporta a su vez dos reglas: la permisión para, en uso de la autonomía de la voluntad, prorrogar la competencia y designar un tercer juez. Pero esta autonomía tiene límites: *impedimento*. Este concepto puede ser interpretado en el caso de que por razones económicas una parte pueda encontrarse impedida de comparecer ante cierto tribunal en el extranjero, a pesar de que así lo haya convenido, o que en el mismo sentido pueda significar una denegación de justicia. Asimismo, se prevé como límite cuando la facultad de elección de los tribunales competentes opere en beneficio exclusivo de una de las partes que, por lo general, es la más fuerte en el acuerdo.

El límite a la competencia por juez extranjero es la competencia exclusiva o reservada para los tribunales mexicanos. El artículo 568 establece cinco supuestos, que versan sobre las materias siguientes:

- I. Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamientos de dichos bienes;
- II. Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanías sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar;
- III. Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas;

IV. Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales, y

V. En los casos en que lo dispongan así otras leyes.

Como puede apreciarse, se trata de cuestiones vinculadas con el territorio, el mar territorial, autoridades, etc., que se representan en el concepto de la soberanía; por tanto, estas normas de aplicación inmediata derogan cualquier jurisdicción extranjera a favor de los tribunales mexicanos. Indudablemente, una fuerte tendencia de territorialismo. En la Unión Europea, con la citada Convención de Bruselas se inició un proceso que después de 30 años ha significado una disminución sensible de la soberanía de cada uno de los países de la Unión, en la medida en que se han modificado los paradigmas competenciales tradicionales y se han sustituido por criterios como el “Foro delictual”, que se presta para medidas preventivas; la competencia derogatoria a favor del consumidor y el uso del correo electrónico son indudablemente medidas prácticas que solucionan los problemas formalistas de antaño. La pérdida de soberanía en estos temas no ha afectado a los Estados de la Unión Europea en estos 30 años; sin embargo, ha habido confusiones con la aplicación de estos instrumentos, como es el caso de “Bruselas II”. Hay quienes opinan que esta transición ha provocado desunión.<sup>86</sup>

#### m) Ejecución de sentencias<sup>87</sup>

En materia de ejecución de sentencias, nuestros tribunales han sido claros al diferenciar la ejecución de sentencias procedentes de otros Estados del país y de sentencias extranjeras. De un correcto análisis de los artículos 1347-A del Código de Comercio; 575 del Código Federal de Procedimientos Civiles; 608, fracción IV y del 604 al 607 del código adjetivo para el Distrito Federal (Ciudad de México), se obtiene que los procedimientos de homologación y ejecución de sentencias extranjeras difieren de aquellos en que se pretenden ejecutar sentencias definitivas que emiten los tribunales nacionales, pues estas últimas tienen, por sí, fuerza de ejecución para que se haga efectiva la condena que en ellas se decreta, mientras que en las sentencias extranjeras pueden tener fuerza ejecutiva, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establece el artículo 571 del ya citado Código Federal de Procedimientos Civiles. Lo anterior implica que el órgano jurisdiccional correspondiente de este país tiene la obligación de examinar si la sentencia extranjera de que se trate satisface los requisitos legales para proceder a su ejecución dentro del territorio nacional.<sup>88</sup>

Los principios generales establecidos en ese Capítulo son los siguientes:

86 En este sentido véase ANCEL, Bernard, “La désunion européenne: le Règlement dit «Bruxelles II»”, *Revue critique de droit international privé*, N°3, 2001, pp. 403 y ss.

87 PEREZNIETO, cit. (n. 67), pp. 388.

88 Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (México), 31 de enero de 2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Amparo en revisión 336/2002, Lipstick, LTD y otros, xv, Tesis 1.6o.C.248 C, p. 1346.

- a) El reconocimiento y la eficacia de las resoluciones jurisdiccionales extranjeras y de los laudos arbitrales privados tendrán como límite la no contrariedad con el orden público mexicano<sup>89</sup> (artículo 569)<sup>90</sup>.
- b) Se establece de manera expresa la posibilidad de reconocer y ejecutar sentencias arbitrales privadas, aunque dicha posibilidad ya existía en el derecho mexicano desde 1971, al ratificarse la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas (artículo 569).<sup>91</sup>
- c) Respecto de resoluciones jurisdiccionales y laudos arbitrales que se pretenda utilizar como prueba ante tribunales mexicanos, solo se necesita que cubran los requisitos para considerarse auténticos (artículo 569, párrafo 2). En nuestra opinión, todo lo relativo al reconocimiento y la ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros de carácter comercial internacional o nacional debe regularse por lo previsto en el Libro Quinto del Código de Comercio, específicamente el Título Cuarto, artículos 1461 y siguientes.
- d) Los efectos en territorio nacional de las sentencias o resoluciones jurisdiccionales serán regidos por lo dispuesto en el CCF, en el CFPC y en las demás leyes aplicables (artículo 569, párrafo 3). Esta disposición, que a primera vista parece exorbitante, pues invade la competencia legislativa estatal, pretende establecer criterios generales que tengan en cuenta los jueces de toda la República, sin descartar la aplicación de las leyes locales (artículo 569, párrafo 3). En ciertas ocasiones, las leyes federales suelen servir de Leyes Modelo por la referencia, pero sobre todo porque algunas legislaciones locales introducen en su sistema nuevas instituciones previstas en la legislación federal.
- e) Cuando las resoluciones jurisdiccionales o los laudos traigan aparejada ejecución coactiva, requerirán homologación o exequátur, que es “un medio de comunicación entre dos juzgadores”.<sup>92</sup> El juez competente será el del domicilio del ejecutado (artículos 570 y 573).
- f) Se aplican los principios tradicionales en cuanto al incidente de homologación, que no entra al fondo en materia de embargo, secuestro y distribución de fondos

89 VON MEHREN; TRAUTMAN señalan la vital importancia de reconocer resoluciones dictadas en otros Estados. Los delineamientos que dieron se centran en la eficiencia, la protección de la parte a la cual beneficia la sentencia, la selección del foro, la garantía de la autoridad de una jurisdicción apropiada, y el interés de preservar la estabilidad y unidad en el orden internacional. Sin embargo, también se debe tomar en cuenta el tema del respeto al orden público. Para consultar un análisis acerca de la relación del orden público y el reconocimiento de sentencias en el caso de Estados Unidos-México, véase LOUDON, Lindsay, “Cross-Border Judgments and the Public Policy Exception: Solving the Foreign Judgment Quandary by Way of Tribal Courts”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153/2, 2004, pp. 797-824.

90 Además de las consideraciones mencionadas, se puede consultar la obra de ARELLANO, en la cual se hace una distinción del tipo de resoluciones, sus efectos correspondientes y los problemas en su ejecución. ARELLANO, Carlos, *Derecho internacional privado*, Porrúa, 14ª edición, Ciudad de México, 2001, pp. 959-980.

91 Sobre ejecución de laudos arbitrales y la discusión que planteó la sentencia en el caso *West Tankers*, conforme a la cual la excepción de incompetencia con base en una cláusula contractual y la verificación de su validez es una cuestión que debe seguir la suerte del litigio principal. Luego, la superación de esta decisión en el caso *Van Uden*, en el cual, en presencia de una cláusula arbitral, no existe en el proyecto de Bruselas I, jurisdicción estatal competente sobre el fondo del litigio. En este sentido véase NUYTS, Arnaud, “La refonte du Règlement de Bruxelles I”, *Revue critique de droit international privé*, N°1, 2013, pp. 15 y ss.

92 OVALLE, José, *Teoría general del proceso*, Oxford University Press, 6ª edición, Ciudad de México, 2005, p. 300.

resultantes de remate (artículos 574, 575 y 576). El incidente previsto en el CFPC es el que regula en su artículo 574. Se trata de un incidente de homologación. “Artículo 574. El incidente de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá término individual de nueve días hábiles para exponer defensas y para ejercitar los derechos que les correspondieren; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente salvo razón fundada. En todos los casos se dará intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondieren”. Continúa la misma norma diciéndonos que “[l]a resolución que se dicte será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en el efecto devolutivo si se concediere”. Así, aunque previsto como un incidente, por el formalismo judicial, el reconocimiento normalmente suele alargarse por varios meses, sobre todo porque la decisión está sujeta a apelación. Los requisitos de fondo y forma para que proceda el reconocimiento y, en su caso, la ejecución de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional, se encuentran establecidos en los artículos 571 y 572.

g) Una aplicación no regulada es la aplicación por parte de un juez mexicano de una disposición extranjera de orden público. En materia mercantil y concretamente en materia de contratación internacional, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, de la que México es Estado parte, establece en su artículo 11, párrafo 2: “[s]erá discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.

### o) Conclusión

El sistema jurídico mexicano, es un sistema complejo, pero con una definida vocación internacional, que ha ido cambiando y transformándose, en beneficio del comercio internacional; sin embargo, esos adelantos, desafortunadamente no se reflejan en el desarrollo de las normas de conflictos que, por lo visto, se irán complementando con la jurisprudencia de sus tribunales.

### 2.- Paraguay

La República del Paraguay, en el tema de DIPr, publicó una Ley que el propio legislador la limitó. Nos referimos a la ley en materia de contratos internacionales, que se publicó el 20 de enero de 2015, con lo cual, la convierte en una de las más nuevas de las leyes de la materia en el subcontinente, sin perjuicio de la normativa uruguaya.

En realidad, se trata de una ley con alcances limitados en la medida que solo se refiere, como la propia ley establece en su artículo 1° (su objeto), al derecho aplicable a los contratos internacionales.

En cuanto a su naturaleza, se ha dicho que esta novedosa ley prácticamente reproduce, en gran medida, el texto aprobado en la Conferencia de La Haya, lo cual

deviene altamente aconsejable, con algunas adecuaciones que resultan convenientes, para ponerla en sintonía también con la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada en el marco de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) de la Organización de los Estados Americanos, cuyo texto a su vez sirvió de inspiración para la elaboración de los “Principios de La Haya”. Además, se apoyó en Los Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales de La Haya de 2015.

Respecto de la internacionalidad del contrato, la propia ley ordena que en “la aplicabilidad de esta ley a los contratos internacionales, la ley será interpretada con la mayor amplitud posible” y solo se excluyen, aquellos contratos en los que todos los aspectos relevantes estén vinculados a la ley de un solo Estado (artículo 3). En la medida que las legislaciones se modernizan, siguen patrones internacionales, europeos como es el caso, siempre cuidando las respectivas diferencias.

En cuanto a la libertad de elección, nos dice la ley que las partes podrán decidir si la ley escogida como aplicable sea al contrato completo, a una parte del mismo o bien, un derecho diferente por cada espacialidad que se trate en el contrato. El contrato puede ser modificable en cuanto a su ley aplicable mientras se respeten derechos de terceros, y no se requiere vínculo entre las partes para escoger el derecho elegido (artículo 4).

En el artículo 6 establece que la referencia a “normas” en el contrato, puede ser a “normas de derecho no estatal” (artículo 5°). La elección del derecho no puede ser válidamente atacado, sino únicamente “podrá ser impugnando cuando el contrato no es válido, aduciendo que la cláusula de aplicación del derecho, no es válida” (artículo 9). Además de los artículos anteriores, se aplicarán cuando corresponda, “los usos y costumbres y los principios de contratación internacional” (artículo 12).

Se regula la cláusula federal, según la cual, la determinación del derecho interno aplicable se deja a la norma interna que lo regula (artículo 16) y las leyes de policía escogidas por las partes, deben ser aplicables y a su vez el juez, las tomará en cuenta (artículo 17).

## Conclusiones

Efectivamente se trata de una ley sencilla y bien explicada en la que las partes en el contrato y los jueces pueden leer con claridad, los principios básicos de la contratación. Ojalá que el éxito que ha tenido esta ley produzca en un futuro cercano, la apertura total del sistema jurídico paraguayo.

## IV.- Apertura insatisfactoria

### 1.- Brasil

#### a) Introducción

El orden jurídico brasileño ha sido un caso corriente en Latinoamérica en donde la realidad va por un camino y las leyes, por camino diferente. Además, en el caso específico de Brasil, de una clara incompetencia del legislador para elaborar normas de DIPr. Lo paradójico, es que se trata del país del área, con mayor productividad económica e industrial y con un número creciente de exportación de materias primas y productos manufacturados.<sup>93</sup> A pesar de eso, con una clara desatención en materia de DIPr.

Brasil es, por otro lado, un enorme continente en él mismo, con una extensión de casi cuatro veces más grande que Europa Occidental, lo que ha hecho desde siempre que el brasileño no tenga que mirar hacia afuera porque el horizonte de su mirada a penas le alcanza para ver y considerar a su propio país y si esto no fuera poco, los políticos brasileños, como la generalidad de políticos latinoamericanos, lo único que les interesa es cómo subsistir internamente y no miran, no les interesa mirar, al exterior, al mundo que los rodea y en consecuencia mantienen un orden jurídico cerrado, sin dejar de reconocer las fuertes cargas nacionalistas. En el caso de Brasil, la situación es peor, debido a que, por más de dos siglos, por su lengua, ha sido un país insular en el continente sudamericano.

La Ley introductoria de 1942 es un ejemplo. Estuvo vigente hasta 1957 cuando se hicieron las primeras modificaciones en materia de DIPr que veremos a continuación. Sin embargo, por su lado, la doctrina brasileña ha tenido grandes desarrollos, como lo afirma uno de los profesores más representativos del país carioca: “En ningún campo del Derecho, la doctrina ha tenido tanto desarrollo como en el DIPr en razón de la parsimonia del legislador”.<sup>94</sup>

#### b) Aplicación de la ley

Sobre aplicación de la ley solo hay un par de disposiciones que se refieren a la aplicación de la ley extranjera. En general se otorgan efectos a actos jurídicos extranjeros derivados de las convenciones internacionales de las que Brasil es Estado parte y la jurisprudencia los ha admitido. En 2004 se aprobó una reforma que se pensó que podría ser el inicio de la apertura, la enmienda constitucional N°45/2004 que se refiere al derecho internacional y establece en su artículo 5°, párrafo 3° que *“los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fuesen aprobados en cada cámara del Congreso Nacional, por tres quintas partes de los votos de sus respectivos miembros, serán equivalentes a las reformas constitucionales”*. Reforma

<sup>93</sup> Datos del crecimiento del PIB anual de Brasil de acuerdo con el Banco Mundial. BANCO MUNDIAL, “Indicator: crecimiento del PIB (% anual), Brasil”, 1961-2021, <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=BR> (consultada: 16 de agosto de 2022).

<sup>94</sup> DOLINGER, Jacob y TIBURCIO, Carmem, *Dereito Internacional Privado*, Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 53.

que una autora brasileña interpreta como la vía de acceso al Derecho Internacional Privado en la medida que la Ley de Introducción al Código Civil (LICC) en su artículo 4° establece: “*Cuando la ley fuera omisa el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres o los principios generales de derecho*”. Con lo cual, se amplía la interpretación en beneficio de las leyes aprobadas por el Congreso como las de fuente internacional.

Esto constituye un avance de la posición brasileña manifestada en la Conferencia Interamericana de DIPr de 1989 celebrada en el Uruguay, en donde, el delegado brasileño –nos comenta el Dr. Jürgen SAMTLEBEN, especialista en Brasil– nos recuerda la posición del representante del Brasil. “El delegado brasileño fue el cónsul local que no sabía ni entendía nada de derecho internacional privado. Cuando era hora para cada delegación de explicar el sistema de su país, él no tenía idea y pidió a Ana María VILLELA que explicara el sistema. Ella relató correctamente que la autonomía de las partes fuera sustentada por la doctrina brasileña pero no aceptada en la jurisprudencia y en la posición oficial. Entonces el cónsul declaró con firmeza que su país se pronunciaba en contra de la autonomía y él no podía suscribir ningún texto en este sentido, manifestó que su país era contrario a la autonomía de la voluntad y que no parecía posible que cambiara esa posición en un futuro inmediato”. Sin embargo, tanto la reforma constitucional citada como la ley 12.376 que modificaron a la ley de 1942, abrieron el camino para la breve apertura jurídica brasileña; el Dr. Jürgen SAMTLEBEN, todavía hace casi dos décadas al referirse a la ley de 1996 sobre el arbitraje, se mostraba optimista y expresó podría “[s]uperar a la inercia causada por la legislación obsoleta que regulaba la materia hasta hace unos años atrás, con lo cual Brasil se encuentra hoy en el camino de abrir nuevos horizontes para el arbitraje tanto en el contexto nacional como en el escenario internacional”. Sin embargo, a este respecto se ha afirmado que no obstante las justificaciones y las necesidades de tipo internacional, los tribunales frecuentemente en el caso del DIPr, favorecen la aplicación de la *Lex Fori*. Los jueces no están familiarizados con el contenido de la ley extranjera y tienden a interpretar el concepto del orden público de forma extensiva, de tal suerte que poco espacio resta para la aplicación del derecho extranjero.<sup>95</sup> Una posición indiscutiblemente territorialista aún en el siglo XXI y como se dijo, paradójica en el país del más alto desarrollo económico en la región.

### c) Estatuto personal

La capacidad de las personas se rige conforme al domicilio, incluyendo los derechos de familia (artículo 3° del Código Civil). Respeto a los derechos adquiridos en el extranjero, se reconocerán, salvo la excepción del orden público (artículo 6, párrafo 2°).

<sup>95</sup> DOLINGER y TIBURCIO, cit. (n. 93), pp. 385 y ss.

La aplicación de oficio del derecho extranjero es generalmente reconocida en Brasil, pero según el artículo 376 del Código de procedimientos, si el juez lo determina y las partes lo prueban. Una disposición relativa.

#### **d) Matrimonio filiación y adopción**

Para hacer regir la invalidez del matrimonio en caso de que los esposos tengan su domicilio en diferentes lugares, regirá la ley del primer domicilio conyugal. Este mismo domicilio rige el régimen de bienes legal o convencional.

#### **e) Obligaciones civiles**

En el artículo 9° original de la Ley Introdutoria de 1942, hay una disposición interesante en materia de obligaciones que establece: “[p]ara calificar y regir las obligaciones, se aplicará la ley del país en donde se constituyeron.

1. Tratándose de obligaciones que deban ser ejecutadas en Brasil y dependiendo de la forma esencial, será esta observada, incluyendo las particularidades de la ley extranjera en cuanto a los requisitos intrínsecos del acto.
2. La obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar que resida el oferente”.

No obstante, esta disposición, nos dice la profesora Nádia DE ARAUJO que la posibilidad de que las partes puedan designar la ley aplicable a su contrato es prácticamente nula y la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto en pocas ocasiones y de manera muy limitada. En la doctrina hay autores que defienden la designación de la ley aplicable y otros que la rechazan; sin embargo, nos dice la misma autora que en un caso, el principio de la autonomía de la voluntad fue admitida por el Tribunal de Sao Paulo, en cuya sentencia parecería leerse que la ley escogida por las partes fue aceptada porque la ley escogida coincidía con la ley local.<sup>96</sup>

#### **f) Reconocimiento y ejecución de sentencias**

En términos generales el artículo 21 del Código de Proceso Civil se refiere a la competencia internacional de los tribunales brasileños y el artículo 25 a la cláusula de jurisdicción. El reconocimiento de las sentencias extranjeras se regula por los artículos 960 y siguientes.

También en la versión original de la Ley que se comenta, existe una disposición clara en materia de ejecución de sentencias que a la letra dice:

“Artículo 15. Será ejecutada en Brasil una sentencia dictada en el extranjero que reúna los siguientes requisitos:

- a) haber sido dictada por juez competente;
- b) que las partes hayan sido citadas o haber sido legalmente notificadas;

<sup>96</sup> DE ARAUJO, Nádia, *Contratos Internacionais*, Ed. Renovar, Río de Janeiro, 2009, p. 355.

- c) estar revestidas de las formalidades necesarias para su ejecución en el lugar que hayan sido dictadas;
- d) estar traducidas por perito autorizado; y,
- e) haber sido homologadas ante el Supremo Tribunal Federal”.

De acuerdo con el artículo 963, párrafo VI del mismo Código de Proceso Civil, es necesario que el juez constate que no se violen principios del orden público brasileño.

Se trata, en suma, de una disposición que parte de supuestos internacionales y establece supuestos sencillos y unos estándares que resultan atrasados si se les compara con una legislación en la materia como el caso que acabamos de ver del Uruguay.

Sobre este tema, se ha afirmado que no obstante las justificaciones y las necesidades de tipo internacional, la legislación sigue siendo atrasada.

### g) Conclusión

En resumen, Brasil a pesar de ser el país más importante económicamente del área latinoamericana, es en la realidad, un país con un alto contenido territorialista en sus leyes y, como lo menciona Jürgen SAMTLEBEN, especialista en derecho brasileño, “sus resultados son todavía insatisfactorios”.<sup>97</sup>

## 2.- Chile

### a) Introducción

Hemos incluido a este país que formalmente no tiene una apertura jurídica en materia de DIPr, pero dada la importancia de la República de Chile en el concierto latinoamericano, y, especialmente, el momento de reforma constitucional y legislativa por la que atraviesa en la actualidad, este país investigamos en su derecho interno con base en la excelente obra del profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile, profesor Eduardo PICAND que es una magnífica investigación y recopilación del DIPr,<sup>98</sup> (legislación, tratados y jurisprudencia) la que me ha permitido encontrar, en diferentes temas, diseminados a lo largo del orden jurídico chileno, una cierta apertura internacional, aunque con frecuencia, restrictiva. Pero hay que partir de un país secularmente territorialista que ha sido Chile desde 1856 y que, los intereses conservadores que no le permitieron abrirse en otras épocas para vincularse jurídicamente con el mundo,<sup>99</sup> han sido superados y Chile ha debido abrirse a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte, en algunas materias que son indispensables para el tratamiento justo de las personas que tienen algún vín-

97 SAMTLEBEN, Jürgen, “Die Entwicklung des Internationalen Privat -und Verfahrensrechts in Brasilien – Ein historischer Rückblick”, *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, N°2, 2013, pp. 34-45.

98 PICAND, cit. (n. 7).

99 Principalmente por lo antiguo de la legislación, pero indudablemente, la jurisprudencia ha podido ir llenando los espacios del antiguo territorialismo.

culo externo y, sobre todo, para su desarrollo económico y social. Señalaré algunos ejemplos para ver hasta qué punto, se ha gestado una apertura interna que haga que la República de Chile, aunque, claro está, como sucede en todos los países del área, la apertura dependerá de la ideología de sus gobernantes. Cabe decir que ya existe un muy buen Anteproyecto de Ley de DIPr (2020) elaborado por una Comisión integrada al efecto por abogados litigantes y profesores de las más prestigiosas universidades chilenas, previo acuerdo con el Ministro de Justicia y Derechos Humanos y que sesionó en 19 oportunidades (entre el 2 de agosto de 2018 y el 11 de agosto de 2020). El proyecto, reúne y sistematiza, la experiencia chilena que se ha tenido al interior de su orden jurídico en materia internacional y su aprobación, sería un buen resurgimiento jurídico de Chile en la esfera internacional.

### b) Aplicación de la Ley

El ya conocido artículo 14 del Código Civil Chileno (CCCH) que establece lo que, Don Andrés BELLO, el sabio hombre de letras y jurista latinoamericano, redactó en otra época, cuando las grandes inmigraciones europeas llegaron a Sudamérica, a fin de que se aplicara la norma jurídica chilena, en todos los casos; sin embargo, más de siglo y medio después, el mundo ha cambiado en términos absolutos y la disposición suena como una norma lapidaria:

“Artículo 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

Concepto que ha sido confirmado por la jurisprudencia de la Suprema Corte chilena, todavía en el año 2000, esto indica cuán prevaleciente fueron las posturas conservadoras del Tribunal Supremo hasta esa fecha que, solo se pueden explicar, cuando hay jueces que toda su vida aplicaron una sola ley, la chilena, gracias al territorialismo imperante. En estas circunstancias, la aversión a la aplicación de la norma extranjera es natural, pero es justo señalar que, en casi todos los países latinoamericanos, la reforma ha sido llevada a cabo por los jueces y posteriormente ha sido obra de académicos que han interpretado esos fallos y, finalmente de legisladores que, por lo general, no tienen la menor idea de la materia y hay necesidad de mostrársela y explicarla.

En Chile, la jurisprudencia ha jugado un buen rol, en relativamente pocos años. Comentaré ejemplos en donde puede verse el cambio, la inercia territorialista y su antigüedad, frente a pronunciamientos modernos de sus tribunales y lo que es un hecho muy importante, la firma de convenciones internacionales en materia de DIPr que Chile ha llevado a cabo desde hace varios años.

El artículo 17 del CCCH nos permitirá mostrar una de las contradicciones del antiguo sistema en el que hay en la disposición que se comenta, una pequeña apertura en materia de formas de los actos celebrados en el extranjero, al reconocer en Chile los actos celebrados en el extranjero, posición que ha sido apoyada por los tribunales chilenos, sin embargo, aún en esta circunstancia, el propio artículo 17, segundo párrafo, hace pronunciamientos que se sienten totalmente fuera de época

y que en ocasiones los tribunales chilenos han acompañado en esa mirada hacia el pasado, pero pocos años después, han cambiado a una mirada más moderna. El citado artículo establece:

“Artículo 17. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados.

La forma se refiere a las solemnidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresen”.

El problema que subyace es que esta disposición se refiere sólo a “Instrumentos Públicos” con lo cual, un instrumento privado tendría que ser protocolizado ante un notario público en el extranjero, con los gastos que eso representa, para entrar en esta categoría y ser susceptible de reconocimiento en Chile; sin embargo, la Corte Suprema ha decidido que esta norma es aplicable a toda clase de actos jurídicos. “Lo ordenado por el artículo 17 del Código Civil, que incorpora el principio de derecho internacional privado la ley del lugar rige al acto o *Locus Regit Actum* [...] en consecuencia, el artículo 17 debe aplicarse a todo tipo de instrumentos públicos y privados. Sin perjuicio de que su autenticidad sea probada a través de los trámites de legalización o apostilla, conforme al artículo 345 del Código del procedimiento civil”<sup>100</sup> que es el criterio que actualmente sostienen los tribunales. Sin embargo, al ser Chile miembro de la Convención de La Haya sobre el reconocimiento de documentos públicos extranjeros, prácticamente el problema queda superado.

## b) Estatuto personal

El artículo 15 tiene una disposición en materia de estatuto personal, que seguramente por la antigüedad, puede ser objeto de la extravagancia a que se puede llegar en el DIPr, a su letra dice:

“Artículo 15. Las leyes patrias [se entiende a la ley nacional] que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante, su residencia o domicilio en país extranjero.

1°. En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efectos en Chile;

2°. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”.

Esto es lo que, en el lenguaje de la calle, se llama “Ley del Embudo”. Territorialismo en Chile y ley nacional en el extranjero, es decir, para el extranjero en Chile se le desconoce la ley que le es aplicable a su estatuto personal y capacidad y se le aplica forzosamente la ley chilena; en cambio, para el chileno en el extranjero, se respeta su estatuto personal donde quiera que se encuentre al aplicarse la ley chilena, ley nacional.

<sup>100</sup> PICAND, cit. (n. 7), p. 82. El autor cita la sentencia de la primera Sala Civil, de fecha 7 de noviembre de 2000, Rol N° 852-2000, *Revista Fallos del Mes*, 504, noviembre de 2000 a 2002.

No existe antecedente en el sentido de que esta disposición haya sido modificada después de 1856. Si es este el caso, se entiende que Don Andrés BELLO, bilateralizó la norma y la adscribió a la aplicación de la ley nacional, para los chilenos en el extranjero, mediante un recurso todavía aceptado ampliamente en Europa en aquella época; es decir, que el sistema de ley nacional, como se sabe, fue establecido en el artículo 3° del Código Civil francés de 1804, que es una antigualla napoleónica mediante la cual, se pretendió que todos los franceses que se fueron quedando a lo largo de las guarniciones de los territorios conquistados, fueran cubiertos por la ley francesa. Aunque este principio todavía es recogido por los antiguos sistemas jurídicos europeos, seguramente en su larga estancia en Londres, BELLO lo conoció y lo utilizó como forma de darle salida en este punto, a su sistema territorialista. Sin embargo, esta materia está regulada en la Ley de Matrimonio Civil (artículos 80 a 84). Esas normas se refieren a la ley aplicable a los requisitos de forma, fondo, divorcio, nulidad y alimentos. El artículo 135 CCCH sólo regula, a través de una norma material, el régimen patrimonial de los matrimonios celebrados en el extranjero. Cabe señalar que esta norma acaba de ser modificada en marzo de 2022, por la ley N°21.400, que reconoce los matrimonios igualitarios en Chile, de tal manera que son válidos en Chile los matrimonios entre personas del mismo sexo, tanto celebrados en Chile como en el extranjero.

### c) Matrimonio y filiación

En estos dos temas, finalmente empezamos a encontrar un ligero cambio. En el artículo 135 del CCCH, segundo párrafo, se da un paso adelante y, al mismo tiempo, la propia disposición, recula y establece una disposición contraria, de desconocimiento del contenido del acto jurídico, en principio reconocido, pues resulta que se le “mira” en Chile de forma diversa a lo que fue la voluntad de quienes celebraron el acto en el Extranjero. Contradicción propia del sistema territorialista. Para acabar con esta *comedia*, la Suprema Corte, en su interpretación, de plano nos hace recordar el teatro del absurdo. Veamos la disposición. El párrafo segundo nos dice: “[l]os que se hayan casado en país extranjero, se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la primera sección de la comuna de Santiago y pacten en ese acto, sociedad conyugal o régimen de participación en gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”.<sup>101</sup>

En primer lugar, hay una consideración sobre un acto celebrado en el extranjero y su reconocimiento, lo cual es oportuno; sin embargo, cuando se habla de su reconocimiento en Chile, se opta por una solución contraria a la lógica. Se había dicho en el artículo 17 que serían reconocidos en Chile, en cuanto a su forma y fondo, los actos celebrados en el extranjero y ahora resulta que no. Que un acto jurídico, la celebración del contrato patrimonial del matrimonio por sociedad conyugal en el extranjero, por el solo hecho de entrar al ámbito jurídico chileno, por la *magia* del territorialismo, cambia a contrato por separación de bienes. La pregunta será ¿simplemente, no hay respeto en todos los casos, a los actos celebrados en el

<sup>101</sup> PICAND, cit. (n. 7), p. 104. El autor cita la sentencia de la Corte Suprema, 30 de julio de 2013, Rol N° 9708-2012.

extranjero? Quiero citar sólo una parte de un párrafo de la sentencia de la Suprema Corte Chilena, que aún en fecha más o menos reciente, nos permite mirar cuanta ignorancia hay en estos temas en un país que ha sido secularmente territorialista. En efecto, en un recurso de casación, en su considerando tercero establece la Corte:

*“[...] debe tomarse en consideración, que las partes terminaron su matrimonio por sentencia de divorcio pronunciada en 2011, correspondiendo aplicar, de este modo, la ley del lugar al acto, por lo que el divorcio y sus efectos deben regirse por la ley de su otorgamiento, esto es, la ley nacional [...]”*.<sup>102</sup>

Dicho en otras palabras, el tribunal está en lo correcto al afirmar que el divorcio debe regirse igual que sus efectos, por la ley de su otorgamiento. Y nos dice el Tribunal que esa ley de otorgamiento es “*La ley nacional*”. Cabría preguntarse: a qué se refiere el tribunal con “*Ley nacional*”; a la ley conforme a la cual se otorgó el divorcio. Eso ya se dijo, entonces el uso de un concepto propio del DIPr en un texto que pretende ser sobre la materia, utiliza con ignorancia total dicho término. En otras palabras, la Corte, no sabe lo que dijo y eso es grave.

No obstante, en una sentencia de 2017, con una perspectiva diferente, en materia de reconocimiento de actos celebrados en el extranjero, una corte local declaró:

*“...con lo ordenado en el artículo 17 del Código Civil, que incorpora el principio *Locus Regit Actum* y dispone, la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en dónde han sido otorgados”*.<sup>103</sup>

Respecto del artículo 80, se refiere, en comentario a esta disposición, sobre la nulidad del matrimonio “celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a los artículos 3, 6 y 7 de esta ley”. Como puede verse, la noción creada por SAVIGNY unos años antes en Alemania, del Orden Público, no fue conocida por BELLO, así que este pensó que la nulidad sería la solución de defensa del orden jurídico chileno. La desventaja de esta solución es, que, para la declaratoria de nulidad de un acto, por el juez, es requisito que el acto exista y tenga efectos jurídicos. En cambio, el Orden Público en el DIPr, impide dichos efectos. Además, los artículos 6 y 7 no tienen nada que ver con el tema.

#### d) Obligaciones Civiles

Hay un vacío muy importante, que la Corte Suprema ha venido a llenar con el principio de autonomía de la voluntad o ley de la autonomía que estaba regulado por normas elementales que reconocen los acuerdos de elección de ley: como el caso del artículo 1545 CCCH.

No obstante, el Decreto Ley N°2349 (contratos internacionales del sector público) es el primer texto legal en Chile que regula expresamente la autonomía de la voluntad. La Corte Suprema ha dicho que es aplicable a toda la contratación internacional (no sólo al sector público). Los artículos 16 inciso 2° del CCCH y 113 Código de

<sup>102</sup> PICAND, cit. (n. 7), p. 104.

<sup>103</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de mayo de 2017, Rol N° 23.738-2017.

Comercio, parte final, que permite a las partes “*acordar otra cosa*”. Asimismo, dichas disposiciones son normas de conflicto que sólo operan cuando las partes no han usado la autonomía conflictual; o sea, no han pactado derecho aplicable al contrato.

Un vacío sensible en Chile es la regulación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Nada dice el legislador.

El Código de Comercio tiene una disposición bien planteada en su artículo 113 que establece:

Artículo 113 del Código de Comercio: “[t]odos los actos concernientes a la ejecución de contratos celebrados en el extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena, de conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del Código Civil”.

El artículo 16 se refiere a bienes inmuebles que serán regulados invariablemente por la ley chilena. Sin embargo, los tribunales han tenido resoluciones acertadas en este tema, así por ejemplo nos dice en una resolución:

“[...] el ordenamiento nacional reconoce explícitamente la posibilidad de que los particulares estipulen someter las controversias que de la aplicación de un contrato internacional pudieran derivarse al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ellos ordinarios o arbitrales”.<sup>104</sup>

En el caso *Convers Inc.*, nos dice el Tribunal:

“Se conjugan aspectos formales como materiales en la calificación de internacional de un negocio jurídico siendo el de mayor importancia, la concurrencia de distintos ordenamientos jurídicos en la regulación de sus elementos y la competencia de sus sistemas judiciales [...]”.<sup>105</sup>

### e) Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

Este es el vacío más sensible que tiene el sistema chileno. La Corte Suprema en el citado fallo de 1950 (*Hozmann c. Grisborg*) se establece la regla para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales chilenos.<sup>106</sup> Chile sólo tiene 2 artículos que regulan esta materia sucesoria (148 y 149 Código Orgánico de Tribunales). Para todo lo demás hay que aplicar el criterio de la Corte Suprema.

Asimismo, este tema está regulado por las diferentes convenciones internacionales que Chile ha ratificado, desde las convenciones interamericanas en la materia como tratados de MERCOSUR y otros tantos de carácter bilateral, con otros Estados de Sudamérica. Con lo cual, la remisión a dichos tratados para efecto de reconocimiento y ejecución de sentencias se encuentra totalmente internacionalizado.

<sup>104</sup> Corte Suprema, 28 de julio de 2008, Rol N° 2.026-2007. Es el llamado “*Marlex Limitada con European Industrial Engineering*”.

<sup>105</sup> Corte Suprema, 8 de septiembre de 2009, Rol N° 3.225-2008.

<sup>106</sup> Caso “*Holzmann con Gainsborg*” (1950). Corte Suprema, 21 de noviembre de 1950, RDJ, t. XLVIII, sec. 1ª, p. 513.

## f) Conclusiones

Como hemos podido observar de este breve recorrido por el orden jurídico chileno, hay características que le permiten a Chile plantear su apertura, no obstante, el viejo sistema del derecho civil y que ojalá ese replanteamiento se lleve a cabo en fecha próxima con la aprobación del anteproyecto de Derecho Internacional Privado al que antes me he referido.

Chile por otro lado, ha procedido como otros países latinoamericanos que se han abierto poco o que sus aperturas son insatisfactorias, y que consiste en que, ante una posición conservadora que prefiere continuar con un sistema territorialista, la vía de escape está en la ratificación de convenciones internacionales que conviven en paralelo al orden territorialista y de esta manera, abren de hecho al sistema.

## Palabras finales

De este breve recorrido por algunas de las legislaciones latinoamericanas, podemos concluir que en los últimos 37 años ha habido aperturas jurídicas indudables y como se ha visto, unas más que otras. Dependiendo del grado de apertura y la técnica y modernidad con las que se han elaborado, las hemos englobado en tres clases: las aperturas amplias, limitadas e insatisfactorias. En las amplias, destacan indudablemente la peruana, la venezolana y la uruguaya, siendo esta última la mejor apertura en el DIPr, gracias principalmente a la consistencia de su doctrina y a la actitud abierta de sus legisladores y, por tanto, debe servir de modelo para aquellos países que aún permanecen cerrados o que sus aperturas han sido escasas, que es el caso de México.

Resulta paradójico que los países más amplios territorialmente del área, con mayor población e indiscutiblemente con un mayor desarrollo comercial e industrial y de exportaciones, con un Producto Interno Bruto que superan a varios de los países europeos son, al mismo tiempo, jurídicamente, gigantes con piernas de papel, en gran medida por su atraso social y político que se refleja en lo jurídico.

En este recorrido por 10 países latinoamericanos a los que se ha hecho alusión, encontramos que en todos los casos ha habido apertura hacia el Derecho Internacional Privado, en unos, con plenitud mediante sus leyes en la materia, en otros casos la apertura ha sido parcial, en otros más insatisfactoria y finalmente, como en el caso de Chile, ha habido una apertura interna que permite procesar los casos internacionales, gracias a la jurisprudencia de sus tribunales.

A pesar de las limitaciones que ha habido, estoy optimista en qué, con los años, el panorama irá cambiando en el sentido de que, los países del área en su conjunto cuenten con las reglas de Derecho Internacional Privado que les permitan beneficiarse del tráfico jurídico internacional.

Espero también, que no tengan que pasar otros 37 años, como los que me tomaron para hacer un primer análisis de la situación y qué, por la fuerza de los intercambios y la ratificación de convenciones internacionales en la materia, podamos tener un sistema regional en la materia, compatible con el resto del mundo.

Me ha sido de primera importancia para acceder a este recorrido por el orden jurídico chileno, la encomiable obra de recopilación y análisis de normatividad, jurisprudencia y doctrina chilenas<sup>107</sup> del joven jurista Eduardo PICAND que no obstante la edad, trae el linaje familiar del DIPr.

## Bibliografía citada

### a) Doctrina

- ANCEL, Bernard, “La désunion européenne: le Règlement dit «Bruxelles II»”, *Revue critique de droit international privé*, N°3, 2001.
- ARELLANO, Carlos, *Derecho internacional privado*, Porrúa, 14ª edición, Ciudad de México, 2001.
- BATIFFOL, Henri, “Aspects Philosophiques du droit international privé”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 10/1, 1958.
- BELLO, Francisco, “La responsabilidad internacional del Estado”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, N°16, 1970, disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16742>.
- BOUTIN, Gilberto, *Derecho Internacional Privado*, Mizrachi & Pujol, Ciudad de Panamá, 2002.
- CALDERÓN, Gonzalo, “Aplicación de oficio del Derecho extranjero”, *Ius Et Praxis*, N°35, 2004.
- CASELLA, Paulo; DE ARAUJO, Nadia, *Intefracao jurídica interamericana, as convecoes interamericanas de Direito Inyernacional Privado (CIDIPS) o direito brasileiro*, Ed-LTR, Sao Paolo, 1998.
- Comisión de redacción de Ley de derecho Internacional Privado de Chile, Anteproyecto de ley de derecho internacional privado, Universidad de Chile, Ministerio de Justicia, 2019.
- CREMADES, Bernardo, “Discovery en el arbitraje transnacional”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N°12, 2002.
- DE ARAUJO, Nádia, *Contratos Internacionais*, Ed. Renovar, Río de Janeiro, 2009.
- DELGADO, César, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Fondo Editorial-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem, *Dereito Internacional Privado*, Forense, Rio de Janeiro, 2020.
- DREYZIN, Adriana, *Republic of Argentine*, Kluwer Law Internacional, Ámsterdam, 2021.
- DROZ, George; GAUDEMET-TALLON Hélène, “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière

<sup>107</sup> PICAND, cit. (n. 7).

- civile et commerciale”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90/4, 2001.
- FRESNEDO, Cecilia; LORENZO, Gonzalo, *Texto y contexto. Ley General de Derecho Internacional privado N°19.920*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2021.
- GASCÓN, Marina; NUÑEZ, Álvaro, *La construcción del precedente en el Civil Law*, Atelier, Barcelona, 2020.
- GONZÁLEZ, Edison, *Aspectos del legado del profesor Quintin Alfonsin*, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2014.
- HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, Universidad de Monteávila, Caracas, 2020.
- HERRANZ, Mónica, “Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados”, en: PÉREZ, E., FERNÁNDEZ, J., GUZMÁN, M., FERNÁNDEZ, A., GUZMÁN PECES, M. (eds.), *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje a José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020.
- LOUDON, Lindsay, “Cross-Border Judgments and the Public Policy Exception: Solving the Foreign Judgment Quandary by Way of Tribal Courts”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153/2, 2004.
- NUYTS, Arnaud, “La refonte du Règlement de Bruxelles I”, *Revue critique de droit international privé*, N°1, 2013.
- OVALLE, José, *Teoría general del proceso*, Oxford University Press, 6ª edición, Ciudad de México, 2005.
- PÉREZ, Yaritza, *La sentencia extranjera en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2011.
- PEREZNIETO, Leonel, “Dos mitos en el Derecho Internacional Privado Mexicano. La Cláusula Calvo y la Zona Prohibida o Zona restringida”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2005.
- PEREZNIETO, Leonel, “La institución del Discovery en el arbitraje comercial internacional en México”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N°11, 2002.
- PEREZNIETO, Leonel, “La tradition territorialite en droit international privé dans les pays d’Amérique latine”, *Recueil des Cours. Academie de Droit International*, T. 190(II), 1985.
- PEREZNIETO, Leonel, *Derecho internacional privado, notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos del derecho mexicano*, Ediciones Universidad Nacional de México, Ciudad de México, 1977.
- PEREZNIETO, Leonel, *Derecho internacional privado, Parte general*, Tirant lo Blanch, 11ª edición, Valencia, 2022.
- PEREZNIETO, Leonel; SILVA, Jorge, *Derecho internacional privado, Parte especial*, Tirant lo Blanch, inédito, 2022.

- PERUGINI, Alicia, *Panorama General del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2012.
- PICAND, Eduardo, *Derecho Internacional Privado, leyes, tratados y jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.
- REVOREDO, Delia, *Introducción al libro X, en Código Civil, VI, exposición y comentarios*, Okura editores, Lima.
- RINCÓN, Iván, *Introducción al libro Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1988 (Antecedentes, comentarios, jurisprudencia)*, vol. I, Ed. Fernando A Parra Aranguren, Caracas, 2001.
- SAMTLEBEN, Jürgen, “Die Entwicklung des Internationalen Privat -und Verfahrensrechts in Brasilien – Ein historischer Rückblick”, *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, N°2, 2013.
- SAMTLEBEN, Jürgen, “Internationales Privatrecht in Panama – eine neue Kodifikation in Latinoamerika”, *Rabel XZeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 82/1, 2018.
- SAMTLEBEN, Jürgen, “La relación entre Derecho Internacional Público y Privado en Andrés Bello”, *Revista jurídica de la Universidad Iberoamericana*, N°14, 1982.
- SAMTLEBEN, Jürgen, “Métodos de armonización del derecho internacional privado en America Latina”, *Revista dell’Integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina. Roma e America. Diritto Romano Comune*, 2012.
- SAMTLEBEN, Jürgen, “Neues Internationales Privatrecht in Peru”, *Rabels Zeitschrift*, N°185, 1985.
- SAMTLEBEN, Jürgen, “Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latinoamericano”, *Scientia Jurídica*, N°33, 1985.
- SCOCOZZA, Antonio, *Filosofía, política y derecho en Andrés Bello: orígenes de la historia de la cultura civil en Latinoamérica*, La Casa de Bello, Caracas, 1989.
- VAN RHEE, Remco, “Tradiciones europeas en el procedimiento civil: una introducción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°15, 2011.

#### **b) Legislación**

- Código Civil de Brasil.
- Código Civil de la Ciudad de México.
- Código Civil de la República de Chile.
- Código Civil del Perú.
- Código Civil Federal de México.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Código Federal de Procedimientos Civiles. (México).

Comisión de redacción de Ley de derecho Internacional Privado de Chile, Anteproyecto de ley de derecho internacional privado, Universidad de Chile, Ministerio de Justicia, 2019.

Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela.

Ley N°19.920, 2020. (Uruguay). Ley general de Derecho Internacional Privado.

Ley N°19.947, 2004. Ley de matrimonio civil.

Ley N°5.393, 2015. (Paraguay). Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Ley N°544-14, 2014. (República Dominicana). Ley de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana.

Ley N°61, 2015. (Panamá). Ley de Derecho Internacional Privado.

### c) **Jurisprudencia**

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 16 de mayo de 2017, Rol N° 23.738-2017.

Corte Suprema (Chile), 21 de noviembre de 1950, RDJ, t. XLVIII, sec. 1ª, p. 513.

Corte Suprema (Chile), 28 de julio de 2008, Rol N° 2.026-2007.

Corte Suprema (Chile), 30 de julio de 2013, Rol N° 9.708-2012.

Corte Suprema (Chile), 7 de noviembre de 2000, Rol N° 852-2000.

Corte Suprema, 8 de septiembre de 2009, Rol N° 3.225-2008.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (México), 31 de enero de 2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Amparo en revisión 336/2002, Lipstick, LTD y otros, xv, Tesis 1.6o.C.248 C, p. 1346.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala (México), 7 de noviembre de 1957, Semanario Judicial de la Federación, Amparo en revisión N°647/56, William C. Greene, Sexta Época, vol. V, Cuarta Parte.

Tribunal Constitucional (Perú), 11 de noviembre de 2020, EXP. N°01739-2018-PA/TC.



# DE LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA

## *RECENT DEVELOPMENTS OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW IN LATIN AMERICA*

EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN<sup>1</sup>

### RESUMEN

*Este trabajo presenta un resumen de los desarrollos más recientes en las legislaciones de los países de Latinoamérica en cuanto al uso del derecho comercial internacional en la regulación de la contratación internacional a los fines de ilustrar su posible acogida en el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional privado actualmente en elaboración en Chile.*

**Palabras clave:** *Derecho comercial internacional; Soft Law; Contratos; Latinoamérica.*

### ABSTRACT

*This paper presents a summary of the most recent developments in the laws of Latin American countries regarding the use of International Commercial Law in the field of international contracts as to exemplify its possible reception in the Draft Act on Private International Law of Chile currently under review.*

**Keywords:** *International Commercial Law; Soft Law; Contracts; Latin America.*

## I.- El Anteproyecto chileno

La Exposición de Motivos (“Exposición de Motivos”) del Anteproyecto chileno de Ley de Derecho Internacional Privado (“Anteproyecto”) menciona que en la elaboración de su capítulo X - sobre los contratos internacionales - se tuvieron “a la vista los siguientes textos: la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en Ciudad de México, en 1994; Reglamento Roma I sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, de 2009; Principios de La Haya sobre elección de derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, de 2015; Principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales, de 2016; Principios Europeos de Derecho de los Contratos; Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, de 2017; Principios OHADAC sobre Contratos Comerciales Internacionales; Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América; *Restatement (Second) the Conflict*

1 Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila; Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela; Profesor y jefe de la cátedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello; Doctor *iuris utriusque* de la Universidad de Heidelberg; *Legum Magister* de la Universidad de Tübingen; *Master of Laws* de la Columbia University, New York; Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Su correo electrónico es eugenio.hernandez@uma.edu.ve.

of Law.”<sup>2</sup> Ninguno de los artículos del Anteproyecto utiliza la expresión *derecho comercial internacional*.

Ahora bien, el artículo 53 del Anteproyecto establece que las partes pueden elegir como ley aplicable al contrato “normas de derecho, costumbre o principios generalmente aceptados a nivel internacional, supranacional o regional, salvo que lo prohíba expresamente la ley del foro”. Al comentar la libertad en la escogencia del derecho aplicable en materia contractual la Exposición de Motivos expresa que las partes pueden “elegir “normas de derecho”, ya sea estatales o no estatales, como ocurre con los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales, Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, entre otros.”<sup>3</sup> Los mencionados Principios (ambos) son reconocidos - entre otros - como formas de expresión del derecho comercial internacional o de la también llamada “nueva *lex mercatoria*”.<sup>4</sup>

De tal manera, el Anteproyecto hace uso del derecho comercial internacional, aun sin nombrarlo expresamente, en materia de contratos internacionales, pero solo en cuanto a la posibilidad de que las partes al contratar lo pacten como “derecho aplicable” (expresión que debe preferirse a la más restringida de “ley aplicable” utilizada en el Anteproyecto y que puede conducir a problemas interpretativos graves en cuanto a las fuentes del derecho elegido y perjudicar así la elección que han querido hacer las partes. De lo que se trata es de la elección del ordenamiento jurídico competente por las mismas partes contratantes. Esto debe quedar claro).

Esta brevísima mención a ciertas formas de manifestación del derecho comercial internacional, para un propósito limitado, hecha en el artículo 53 del Anteproyecto muestra una ligera, más bien tímida, apertura en Chile al pluralismo metodológico que caracteriza al derecho internacional privado contemporáneo, sobre todo en materia de contratos internacionales.<sup>5</sup>

## II.- Las recientes legislaciones latinoamericanas

En el cuadro Anexo que se ubica al final de este escrito, preparado especialmente para las VII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado 2022, presentamos los textos de las disposiciones más relevantes que ubicamos respecto del uso del derecho comercial internacional en Latinoamérica. Logramos ubicar información acerca de la legislación de nueve países, a saber: Venezuela, Cuba, Argentina, República Dominicana, Paraguay, Brasil, Panamá, Puerto Rico y Uruguay, los cuales listamos en el orden cronológico de aparición de sus respectivas legislaciones sobre la materia. A la par, ubicamos anteproyectos o proyectos de cinco países, a saber: Bolivia, México, Perú, Colombia y, por supuesto, Chile, todos ordenados cronológicamente, según la fecha de aparición de los respectivos anteproyectos o proyectos de Ley.

2 Exposición de Motivos, párrafo 24, nota de pie de página 128.

3 Exposición de Motivos, párrafo 25.

4 HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, Universidad Monteávila-Baker McKenzie, Caracas, 2020, pp. 134-137 y 164-166.

5 HERNÁNDEZ-BRETÓN, cit. (n. 3), pp. 155-164.

A pesar de no haber podido cubrir todos los países de Latinoamérica, en especial no hemos obtenido información acerca de las legislaciones de los países centroamericanos, salvo Panamá, y no logramos obtenerla respecto de Haití ni de Ecuador, creemos que la información presentada es una muestra de legislaciones recientes, significativa y variada, que ilustra de manera clara las tendencias recientes en nuestros países en cuanto al uso del derecho comercial internacional como herramienta para la regulación de los contratos internacionales. Hacemos esta advertencia, pues mucho nos hubiera gustado presentar en este trabajo el escenario completo de la situación de la materia en la región.

En el Anexo hemos transcrito la disposición normativa o parte de la respectiva disposición normativa que en cada uno de los países identificados se refiere al derecho comercial internacional, ya sea genérica o especialmente a alguna de sus manifestaciones, como, por ejemplo, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales o los INCOTERMS.

La idea de presentar el cuadro es facilitar la comparación de las diversas manifestaciones y diversos alcances que le dan las recientes legislaciones de la región al derecho comercial internacional. Hemos preferido centrarnos en las disposiciones normativas que tienen que ver directamente con los contratos internacionales, aunque hemos incluido también disposiciones de Brasil (Ley de Arbitraje N°937 de 23 de septiembre de 1996, actualizada mediante la Ley N°13.129 de 26 de mayo de 2015) y del MERCOSUR (Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile de 1998), que han sido dictadas para la materia especial de arbitraje y las cuales permiten, cuando menos, argumentar que en materia contractual es posible utilizar el derecho comercial internacional a los fines de optimizar la regulación de los contratos internacionales.

El resultado de nuestra encuesta, una vez efectuada la revisión de las legislaciones consultadas, evidencia que hay diferentes formas de recibir el derecho comercial internacional en los sistemas nacionales de contratación internacional y, además, que es variable la intensidad y el alcance con los cuales es recibido el derecho comercial internacional en materia contractual en nuestros países. Veamos ejemplos.

Puede afirmarse que la primera codificación que recibió al derecho comercial internacional como instrumento útil para regular los contratos internacionales fue la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI), suscrita en la Ciudad de México el 18 de marzo de 1994 durante la celebración de la Quinta Conferencia Interamericana especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). La recepción del derecho comercial internacional no fue fácil, y requirió notables habilidades negociadoras para salvar la Convención en cuestión.<sup>6</sup> En particular hay dos artículos que ameritan cuidadoso examen para establecer el significado y alcance del derecho comercial internacional en temas de contratación internacional. Ellos son los artículos 9 y 10, los cuales, a su vez, han servido de modelo a las codificaciones nacionales que han seguido a la codificación

6 HERNÁNDEZ-BRETÓN, cit. (n. 3), pp. 125-146.

y que han marcado los desarrollos posteriores en la región. Es bien sabido que la CIDACI solo ha alcanzado la ratificación por parte de dos países, a saber: Venezuela y México, a pesar de haber sido suscrita también por Bolivia, Brasil y Uruguay, y que probablemente no alcance más ratificaciones. Pero ha colocado su impronta en las legislaciones y proyectos posteriores a lo largo de Latinoamérica como lo demuestran la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana de 1998, que casi literalmente reprodujo las citadas normas, o el Código Civil y Comercial argentino de 2014, la Ley de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana de 2014, Ley sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de Paraguay, el Código de Derecho Internacional Privado de Panamá de 2015, la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay de 2020 y los proyectos de Bolivia, México, Perú y Colombia. Para contrastar con la tendencia desencadenada por la CIDACI, llama la atención que la reciente reforma del Código Civil de Puerto Rico en materia de Derecho Internacional Privado no incluye referencia al derecho comercial internacional, mientras que el Decreto-Ley sobre la contratación económica de Cuba de 2012, que dispone que “las normas contenidas en este Decreto-Ley no se aplican a los contratos internacionales”, con lo cual en principio limita la aplicación de esa normativa a los contratos domésticos “en el que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas naturales y jurídicas extranjeras que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas para operar en el país”, deja abierta la puerta para su aplicación si “las partes así lo acuerdan voluntariamente”, con lo cual permite que “[c]uando proceda, las partes pueden referirse en el contrato a términos y reglas internacionales comerciales, marítimas, arancelarias, tecnológicas o de cualquier otro tipo, conforme a sus acepciones técnico-jurídicas”, con lo cual hay una clara alusión a los INCOTERMS. Además, el citado Decreto-Ley cubano ha recibido la sección sobre el “*Hardship*” o “Excesiva Onerosidad” de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Es igualmente significativo que las varias legislaciones y proyectos de la región se valen de diferentes expresiones para identificar el derecho comercial internacional reclamado para regular los contratos internacionales. Así, la legislación de Venezuela siguiendo a la CIDACI habla de “principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales” y de “normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación”. Por su parte, la legislación dominicana introduce una variación a la primera referencia antes anotada cuando se refiere a los “principios generales del derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales”; y, en el mismo sentido, el Código Civil y Comercial argentino que habla de “los principios y los usos contractuales de general aceptación, cuando razonablemente las partes han entendido sujetarse a ellos”; como lo hace también el proyecto boliviano; o la Ley paraguaya cuando se refiere a las “normas de derecho de origen no estatal generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas” y también a “las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado”. La Ley uruguaya “reconoce al derecho comercial internacional como un derecho de carácter especial”

y habla de las convenciones internacionales y “de las restantes fuentes del derecho comercial internacional” y entre estas lista “los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado”, así como también “las normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte”, refiriéndose en especial a “los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte”.

El Código panameño es mucho más específico que los antes citados, pues se refiere a “los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional”, pero también se refiere a “los usos generales, las costumbres dentro de la actividad comercial y las prácticas reiterativas de carácter internacional conocidas por las partes en calidad de operadores del comercio o agentes económicos dentro de sus relaciones internacionales”, reconociendo al “conjunto de usos, costumbres y prácticas comerciales internacionales” el carácter de “fuente de derecho y es vinculante desde que se pacta o se desprende de la actividad natural de comercio” y hasta utiliza la expresión “*lex mercatoria*”, aunque tal vez dicha expresión hubiera tenido otra mejor ubicación.

Los proyectos revisados recurren a términos similares. El proyecto boliviano se refiere a “los principios, los usos y las prácticas de general aceptación, cuando razonablemente las partes han entendido sujetarse a ellos”, el proyecto mexicano habla de “los principios generales del derecho aplicables” y de “las normas, las costumbres y los principios del derecho, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación”, mientras que el proyecto peruano se reduce a “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” y el proyecto colombiano prefiere mencionar las “normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”.

La revisión que hemos emprendido nos enseña que, en esta materia, en Latinoamérica hay una constante retroalimentación que demuestra lo útil que puede resultar un ejercicio de derecho comparado con los sistemas normativos de los países de la región, con los cuales hemos tenido una paradójica manera de convivir. Hace más de cien años, un autor brasileño nos decía que las legislaciones de los países latinoamericanos eran entre nuestros países menos conocidas que las de los países europeos hacia los cuales tenemos volcadas nuestras miradas, y de tal suerte permanecemos casi insensibles al rumor de vida que se agita en nuestro alrededor y, para peor, esta situación no es por falta de ilustres autores, sino porque, infelizmente, no existe todavía entre nosotros el comercio intelectual que nos podría duplicar la

fuerza intelectual que ciertamente poseemos desde siempre y de lo cual hemos dado pruebas irrefutables.<sup>7</sup>

### III.- Sugerencias para el Proyecto chileno

Quiero finalizar esta exposición agradeciendo a la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado por esta invitación a participar en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional privado 2022 y por la oportunidad de presentar esta encuesta de derecho comparado latinoamericano, región de nuestro planeta que sigue siendo “El Dorado” del derecho internacional privado, en donde se sigue practicando el derecho internacional privado clásico. Esta revisión de derecho comparado estoy seguro que pueden brindar muchas y buenas ideas a los proyectistas chilenos que han sido tan diligentes en la preparación del Anteproyecto. En especial quiero llamar la atención al texto de la CIDACI, y en particular a su artículo 10,<sup>8</sup> que es verdaderamente una disposición útil para alcanzar la mejor regulación de los contratos internacionales escapando de las limitaciones del derecho nacional y de las rigideces de la remisión a un derecho nacional, todo esto con el ánimo de que Chile logre la legislación de derecho internacional privado que se merece.

#### Anexo

#### De La Evolución Reciente Del Derecho Comercial Internacional en Latinoamérica<sup>9</sup>

HERNÁNDEZ-BRETÓN

VII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado

Panel 6, 8 de abril de 2022

LEGISLACIÓN		
Convención Interamericana Derecho aplicable Contratos Internacionales (CIDACI)	CIDACI México 1994: Vigente para Venezuela y México	Artículo 9: [...] También tomará en cuenta los <b>principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales</b> [...]. Artículo 10: <b>Además</b> de lo dispuesto en los artículos, se aplicarán, cuando corresponda, las <b>normas</b> , las <b>costumbres</b> y los <b>principios del derecho comercial internacional</b> , así como los <b>usos y prácticas comerciales de general aceptación</b> con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

7 BEVILÁQUA, Clovis, *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*, Livraria Magalhaes, 2ª edición, Bahía, 1897, p. 101, citado por HERNÁNDEZ-BRETÓN, cit. (n. 3), pp. 41-42.

8 Ver HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “El derecho aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del estado venezolano”, en: YANNUZZI, S.; SALAVERRÍA, J. G. (coords.), *V Jornadas Anibal Domínguez, Títulos Valores, Contratos Mercantiles. Homenaje a José Muci-Abraham*, Fundación Juan Manuel Cajigal, Caracas, 2014, pp. 209-236.

9 Lo destacado es nuestro.

MERCOSUR	Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, 23 de julio de 1998	<p>Artículo 10: Derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral.</p> <p>Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, <b>así como al derecho del comercio internacional</b>. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes.</p> <p>Artículo 25: Disposiciones Generales [...]</p> <p>[...] 3. Para las situaciones no previstas por las partes, por el presente Acuerdo, por las reglas de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, ni por las convenciones y normas a los que este Acuerdo se remite, se aplicarán los principios y reglas de la <b>Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional</b>, del 21 de junio de 1985.</p>
Venezuela	Ley Derecho Internacional Privado, 6 de agosto de 1998	<p>Artículo 30: Artículo 9 CIDACI.</p> <p>Artículo 31: Artículo 10 CIDACI.</p>
Cuba	Decreto-Ley N°304 «De la contratación económica» - G.O. N°062 ordinaria, 27 de diciembre de 2012	<p>Artículo 1.1. Ámbito de aplicación: El presente Decreto-Ley es aplicable al <b>contrato</b> entendido como acto jurídico mediante el cual se crean, modifican y extinguen relaciones jurídico-económicas de naturaleza obligatoria, para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, <b>en el que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas naturales y jurídicas extranjeras</b> que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas para operar en el país.</p> <p>2.- Las normas contenidas en este Decreto-Ley <b>no se aplican a los contratos internacionales, salvo que</b> las partes así lo acuerden voluntariamente.</p> <p>Artículo 35. Términos o reglas internacionales: Cuando proceda, las partes pueden referirse en el contrato a <b>términos y reglas internacionales</b> comerciales, marítimas, arancelarias, tecnológicas o de cualquier otro tipo, conforme a sus acepciones técnico-jurídicas.</p> <p>Artículo 63.1. Fuentes de integración del contrato: Son fuentes de integración del contrato el derecho imperativo, la voluntad de las partes, el derecho dispositivo, así como los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados.</p> <p>Artículos 76-77. (Modificación o terminación por excesiva onerosidad).</p>

Argentina	Código Civil y Comercial, Ley N°26.994 de 2014	<p>Artículo 2606: <b>Libertad de convenir el derecho aplicable.</b> Las partes pueden convenir el derecho aplicable a su contrato, <b>elaborando o incorporando normas sustanciales</b> adaptadas al negocio de que se trate.</p> <p>También podrán desplazar las normas imperativas del derecho privado aplicable al contrato mediante cláusulas de contenido distinto, siempre que éstas no afecten el orden público internacional ni las normas imperativas de aplicación necesaria de la República.</p> <p>Artículo 2608: <b>Principios generales y usos de los contratos internacionales.</b> Son <b>también aplicables los principios</b> y los <b>usos contractuales de general aceptación</b>, cuando <b>razonablemente las partes han entendido sujetarse a ellos.</b></p>
República Dominicana	Ley N°544-14, 5 diciembre de 2014	<p>Considerando 4: Que este nuevo instrumento legal, sin apartarse de la tradición jurídica francesa, consustancial a nuestro sistema jurídico, no puede ignorar las realizaciones practicadas en el seno de la <b>Conferencia Especializada Interamericana</b> y las aportaciones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, sobre todo por la reciente incorporación de la República Dominicana a varias de sus Convenciones.</p> <p>Artículo 61: <b>Parámetros de tribunal para determinar la ley aplicable.</b> El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar la ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos; <b>y los principios generales del derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales.</b></p> <p>Párrafo II.: <b>Además</b> de lo dispuesto en este artículo, se aplicarán, cuando corresponda, las <b>normas</b>, las <b>costumbres</b> y los <b>principios del derecho comercial internacional</b>, y los <b>usos y prácticas comerciales de aceptación general.</b></p>
Paraguay	Ley N°5.393 sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, 14 de enero de 2015	<p>Artículo 5: <b>Normas de derecho.</b> En esta Ley, la referencia a derecho incluye <b>normas de derecho de origen no estatal</b>, generalmente aceptadas como un conjunto de <b>normas neutrales y equilibradas.</b></p> <p>Artículo 11: <b>Ausencia o ineficiencia de la elección.</b></p> <p>2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos.</p> <p>Artículo 12: <b>Armonización equitativa de intereses.</b></p> <p><b>Además</b> de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las <b>normas</b>, los <b>usos de comercio</b> y los <b>principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado</b>, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.</p>

Brasil	Ley de Arbitraje N°9.307, 23 de septiembre de 1996.  Actualizada por la Ley N°13.129, 26 de mayo de 2015	Artículo 2°: <i>A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.</i> §1° <i>Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.</i> §2° <i>Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.</i>
Panamá	Ley 61, 7 de octubre de 2015 (CDIP). G.O. N°27.885-A, 8 de octubre de 2015	Artículo 79: Las partes podrán utilizar los <b>principios sobre los contratos comerciales internacionales</b> reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como <b>UNIDROIT</b> por sus siglas en inglés, <b>como regla supletoria</b> al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional. Artículo 80: Es <b>válido</b> entre las partes <b>pactar</b> dentro de los contratos los <b>usos generales</b> , las <b>costumbres dentro de la actividad comercial</b> y las <b>prácticas reiterativas de carácter internacional conocidas por las partes</b> en calidad de operadores del comercio o agentes económicos dentro de sus relaciones internacionales. El conjunto de usos, costumbres y prácticas comerciales internacionales <b>es fuente de derecho y es vinculante</b> desde que se pacta o se desprende de la actividad natural de comercio. Artículo 81: Se entiende por <b>operadores de comercio o agentes económicos</b> toda persona comerciante que produzca dentro de su actividad servicios, bienes o capital dentro del mercado internacional o nacional ( <i>lex mercatoria</i> ). Se presume la igualdad contractual entre comerciantes.
Puerto Rico	Título Preliminar del Código Civil. 1 de junio de 2020	Artículos 54 - 61: No incluye referencias al derecho comercial internacional.

Uruguay	Ley General Derecho Internacional Privado, diciembre de 2020	<p>Artículo 1°: (Normas nacionales y convencionales de derecho internacional privado).- Las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de estas, por las normas de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional.</p> <p>A los efectos de la interpretación e integración de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional, se aplicará lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil y <b>se tendrá en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas</b> previstas en ellas.</p> <p>Artículo 13: (Especialidad del derecho comercial internacional).- Se reconoce al derecho comercial internacional como <b>un derecho de carácter especial</b>.</p> <p>Las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales no resueltas en convenciones internacionales, en leyes especiales o en la presente ley, se dirimen consultando prioritariamente las restantes <b>fuentes del derecho comercial internacional</b> mediante la aplicación de los procedimientos de integración previstos en el inciso segundo del artículo 1° de la presente ley.</p> <p>Se consideran como <b>fuentes materiales del derecho comercial internacional</b>, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y <b>las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado</b>.</p> <p>Artículo 45: (Ley aplicable por acuerdo de partes).- Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan.</p> <p>De acuerdo a lo establecido en los artículos 13 y 51 de la presente ley, las partes <b>pueden elegir normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional</b> como un conjunto de <b>reglas neutrales y equilibradas, siempre que</b> estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte.</p> <p>Artículo 51: (Usos y principios).- <b>Se aplicarán</b>, cuando corresponda, los <b>usos y principios del derecho contractual internacional</b> de <b>general</b> aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte (inciso cuarto del artículo 13 de la presente ley), sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del artículo 45 de la presente ley.</p>
---------	--	--

ANTEPROYECTOS / PROYECTOS		
Bolivia	Ley Derecho Internacional Privado, 2004	<p>Artículo 66º: (Regulación del contrato por las partes) Haya o no elección del derecho aplicable, las partes pueden generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del derecho aplicable.</p> <p>Son también aplicables los <b>principios, los usos y las prácticas de general aceptación</b>, cuando <b>razonablemente</b> las partes han entendido sujetarse a ellos.</p>
México	Proyecto de Código Modelo Derecho Internacional Privado, 2006	<p>Artículo 93[...] También tomará en cuenta los principios generales del derecho aplicables.</p> <p>Artículo 94. Tratándose de los contratos, además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las <b>normas, las costumbres y los principios de derecho, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación</b> con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.</p>
Perú	Código Civil, Libro X, 2016	<p>Artículo 2095-C: (Derecho aplicable a falta de elección).- [...] 2. También tomará en cuenta los <b>principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales</b>.</p>
Colombia	Ley General Derecho Internacional Privado, 2021	<p>Artículo 73: (Normas de Derecho).- Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, <b>normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas</b>.</p>
Chile	Ley Derecho Internacional Privado	<p>Artículo 53: (Ley aplicable al contrato).-</p> <p>1. Las partes pueden elegir, como ley aplicable al contrato, <b>normas de derecho, costumbre o principios generalmente aceptados a nivel internacional, supranacional o regional</b>, salvo que lo prohíba expresamente la ley del foro.</p> <p>2. En este caso, los <b>vacíos legales</b> que estas normas, costumbres o principios dejaren serán suplidos por las normas de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección de ley.</p>

**Bibliografía citada**

BEVILÁQUA, Clovis, *Resumo das Liccoes de Legislaçao Comparad sobre o Direito Privado*, Livraria Magalhaes, 2ª edición, Bahía, 1897.

Exposición de motivos. Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2020.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “El derecho aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del estado venezolano”, en: YANNUZZI, S.; SALAVERRÍA, J. G. (coords.), *V Jornadas Aníbal Dominici, Títulos Valores, Contratos Mercantiles. Homenaje a José Muci-Abraham*, Fundación Juan Manuel Cajigal, Caracas, 2014.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, Universidad Monteávila-Baker McKenzie, Caracas, 2020.

# LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL ADULTO INCAPAZ EN ESPAÑA: ACTUALIZACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO QUE DEJA INTACTOS ANTIGUOS PROBLEMAS

## *THE INTERNATIONAL PROTECTION OF THE DISABLED ADULT IN SPAIN: UPDATING THE CONFLICT RULE THAT LEAVES OLD PROBLEMS INTACT*

LERDYS SARAY HEREDIA SÁNCHEZ<sup>1</sup>

### RESUMEN

*La protección internacional de los adultos vulnerables ha crecido de manera notable en los últimos años debido a la internacionalización de los flujos migratorios. La modificación de la normativa española para el apoyo a las personas con discapacidad, además de hacerse con retraso, perpetúa la contradicción existente entre las normas de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los criterios para determinar la ley aplicable a la capacidad, por un lado, y a las medidas de protección del adulto incapaz en supuestos internacionales, por otro. El objetivo de este estudio es poner de manifiesto –desde una perspectiva crítica– el reto que aún sigue pendiente para el legislador español desde la perspectiva ius privatista para dotar de suficiente seguridad jurídica a la protección de adultos en supuestos internacionales.*

**Palabras clave:** *capacidad; medidas de protección; adultos; ley aplicable; protección internacional.*

### ABSTRACT

*The international protection of vulnerable adults has grown significantly in recent years due to the internationalization of migratory flows. The modification of the Spanish regulations for the support of persons with disabilities, in addition to being done late, perpetuates the contradiction between the conflicting rules of our legal system with respect to the criteria for determining the law applicable to capacity, in a one hand, and to the measures of protection of the incapable adult in international assumptions, on the other hand. The objective of this study is to highlight –from a critical perspective– the challenge that is still pending for the Spanish law from the ius privatista perspective to provide sufficient legal and certainty to the protection of adults in international cases.*

**Keywords:** *Capacity; Protection Measures; Adults; Applicable Law; International Protection.*

<sup>1</sup> Profesora Ayudante de Derecho internacional privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, Alicante, España. Licenciada por la Universidad de Alicante, 2001; Máster por la Universidad de Alicante, España, 1996; Licenciada en Derecho por la Universidad de Oriente, Cuba, 1993. Doctoranda Universidad Miguel Hernández de Elche, España. Su correo electrónico es lheredia@umh.es.

## I.- Introducción

En la actualidad se ha producido un cambio sustancial en el modo de entender la discapacidad y, en consecuencia, el sistema legal de protección a las personas con discapacidad. En el seno de Naciones Unidas se diseñó y se promulgó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, año 2006,<sup>2</sup> que contiene un modelo social de regulación de la discapacidad, muy diferente al modelo asistencial adoptado hasta hace muy poco tiempo, y en este sentido, la norma internacional aborda las cuestiones relacionadas con la discapacidad desde el prisma de la protección de los derechos humanos.

Esta norma convencional ha tenido relevantes repercusiones en los Estados partes, los cuales, progresivamente, la han ido incorporando a sus ordenamientos jurídicos internos, avanzando con ello hacia una concepción de la discapacidad fundamentada desde la perspectiva de los derechos humanos y de la implementación de un régimen de apoyos que permita a las personas con discapacidad ejercer los derechos y deberes reconocidos por el conjunto del ordenamiento jurídico, evitando la figura de la incapacidad jurídica y el nombramiento de tutor o representante legal.

En este contexto, hay que tener en cuenta a las “personas mayores” que, en Europa, y en concreto en España, representan un alto porcentaje de población y cuyos desplazamientos en el territorio de los Estados miembros ha provocado un fenómeno que se ha denominado “gerontoinmigración” de necesaria regulación internacional.<sup>3</sup>

No obstante, la norma de conflicto del sistema español de Derecho internacional privado recientemente modificada, sigue careciendo de una correcta formulación legal, a pesar de la reciente aprobación de la Ley 8/2021 por la que se modifica la legislación civil y procesal española para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica,<sup>4</sup> que además de hacerlo con retraso, perpetúa la contradicción existente entre las normas de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los criterios para determinar la ley aplicable a la capacidad -por un lado- y el criterio que se aplica para la determinación de ley aplicable a las medidas de protección del adulto incapaz en supuestos internacionales -por el otro. El reto aún sigue pendiente para el legislador español a fin de dotar de suficiente seguridad jurídica a la protección de adultos en supuestos internacionales.<sup>5</sup>

2 Disponible en ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 2006, <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (consultada: 12 de febrero de 2022).

3 Como señala ADROHER, “*el impacto sociológico de este tema en nuestro país es indudable. Si bien no existen estadísticas oficiales en España sobre el número de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, se barajan datos de entre 250.000 a 400.000 personas sometidas a sentencias de incapacidad judicial y entre ellos cada vez más destacable, el número de extranjeros*”. ADROHER, Salomé, “La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71/1, enero-junio, 2019, p. 164.

4 Ley N°8/2021, 2021. (España), por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE N°132, de 3 de junio de 2021 (entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021).

5 ECHEZARRETA, Mayte, “La gerontomigración: una propuesta de investigación global para abordar el fenómeno complejo de la movilidad transfronteriza de personas mayores. Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontoinmigración”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70/2, julio-diciembre, 2018, pp. 223-229;

Con la presente comunicación se pretende analizar desde una perspectiva crítica el sistema de protección jurídica dispensado por el Derecho internacional privado español al adulto incapaz. Para ello, tras la presente introducción, se analiza la reciente modificación normativa experimentada por el Código Civil en esta materia, a fin de demostrar que en la nueva redacción persiste la “vieja” contradicción existente en nuestro ordenamiento jurídico entre las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a la capacidad y el criterio que se aplica para la determinación de las medidas de protección del adulto incapaz en supuestos internacionales, generando así grandes contradicciones (Epígrafe II); y, por último, plantearán unas ideas finales a modo de conclusiones.

## II.- Notas sobre la modificación experimentada por la norma de conflicto en Derecho internacional privado español

El sistema de Derecho internacional privado español protege a las personas mayores por su condición de especial vulnerabilidad, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad del sujeto. En este aspecto, el legislador español ha seguido la línea del Convenio de La Haya de 13 de enero 2000, sobre protección internacional de adultos, que se aplica respecto a todos aquellos adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses.<sup>6</sup>

El contexto en el que las personas nacían y morían en el mismo país se ha visto modificado por la movilidad internacional impuesta por los tiempos actuales, de manera que es habitual que un adulto cambie de lugar de residencia hacia nuestro país. Pensemos en casos como el de una mujer nacional Belga que traslada su residencia a España porque su hija y nietos se mudan a Madrid y dicha ostenta poderes de representación otorgados por su madre en Bélgica y tiene dudas de si aquellos serán válidos y ejecutables en España; o bien el caso de un matrimonio alemán con un amplio patrimonio en Alemania, y ambos son residentes en Alicante, los cuales requieren medidas de apoyo ante la enfermedad mental recientemente diagnosticada; y así podríamos citar varios ejemplos más que por razones de espacio no es posible, pero que nos dejan de manifiesto el lazo de unión que presentan: la existencia de conflictos de leyes internacionales en su solución, la cual sólo es posible desde el Derecho internacional privado.

Estos y otros casos similares ponen en una misma conexión a sistemas jurídicos estatales que el Derecho comparado nos presenta cargado de importantes diferencias, ya que los ordenamientos materiales de cada país no coinciden en el tratamiento de las figuras relativas a la capacidad jurídica y a la protección de las personas con discapacidad. En este sentido, vemos que la calificación depende de términos

---

ECHAZARRETA, Mayte (dir.), *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005.

6 Téngase en cuenta que el término “discapaces”, “incapaces”, “limitados”, o cualquier otro considerado despectivo –y, por tanto, políticamente incorrecto– ha sido sustituido por el de “persona con discapacidad”, generalmente aceptado por su carácter neutro. Cualquier terminología que aparezca en este trabajo, distinta de la mencionada, obedece a la transcripción textual o literal de la obra citada o referida.

tan variados como “demente”, “incapaz”, o “discapaz” y a su vez, puede responder a realidades diferentes en relación con su delimitación, en cuanto a la forma de determinación de la discapacidad y en la tipología de medidas jurídicas a aplicar, a lo que se suman las grandes diferencias desde el punto de vista del Derecho Procesal y el Derecho internacional estatal de los distintos países, lo que da lugar a una gran inseguridad jurídica, que incide negativamente en la protección de las personas vulnerables, cuando traspasan las fronteras españolas.<sup>7</sup>

No obstante, y a pesar de que la protección de adultos es un tema clave para el Derecho internacional privado, siendo objeto de regulación internacional como se acaba de señalar, su tratamiento legal no ha sido coherente por parte del legislador español.<sup>8</sup>

En España, si bien no contamos con cifras estadísticas fiables para dar cuenta del número de expedientes sobre capacidad que se resuelven por nuestras autoridades,<sup>9</sup> la solicitud de medidas de protección respecto a personas vinculadas a distintos ordenamientos jurídicos por su nacionalidad, así como la jurisprudencia de nuestros tribunales, permite apreciar otra fuente de problemas vinculados con la necesidad de acudir a una de las leyes personales que ostenta la persona plurinacional para determinar el Derecho aplicable al fondo del asunto.

### II.1.- Modelos jurídicos de protección del adulto incapaz

La ley aplicable a la determinación de la capacidad de la persona física se individualiza en la *lex personae*, identificada con la ley de la nacionalidad; que como regla general se aplica para fijar el Derecho material que sitúa a la persona física en un plano jurídico de incapacidad, y ello frente a la aplicación de la ley de la residencia habitual para determinar las medidas de protección al incapaz.<sup>10</sup>

Los Estados adoptan criterios muy diversos de protección de las personas con discapacidad que giran en torno a tres modelos:<sup>11</sup> en primer lugar, encontramos el *modelo tradicional*, en el que podemos situar a una buena parte de los sistemas jurídicos europeos y a gran parte de los países iberoamericanos, donde hasta hace

7 Siguiendo en este razonamiento a DIAGO, Pilar, “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas (1)”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 15345/2020, 2021.

8 La doctrina *ius privatista* sobre la protección internacional de las personas con discapacidad es amplia, de la que destacan por su carácter crítico: FRANZINA, Pietro, “The Relevance of Private International Law to the Effective Realisation of the Fundamental Rights of Vulnerable Adults in Cross-Border Situations”, en: PEREÑA, M. (dir.); DÍAZ, G.; NÚÑEZ, M. (coords.), *La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 53–61; GONZÁLEZ, Cristina, “La protección de adultos en derecho internacional privado”, en: CALVO, A.; IRIARTE, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 85–102; Álvarez, Santiago, “Comentario al artículo 9, apartado 6”, en: ALBADALEJO, M.; Díez, S. (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo 1, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1995, pp. 259–295; HEREDIA, Ignacio, “Artículo 9.6º”, en: BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 211–215.

9 Así lo expone ADROHER, cit. (n. 2), p. 164.

10 Sobre la relevancia de la *lex personae* para determinar la capacidad jurídica en el Derecho Romano, CASTÁN, Santiago, *Discapacidad y Derecho Romano*, Reus, Madrid, 2019; ACEDO, Ángel, *Introducción al Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Dykinson, 3ª edición, Madrid, 2019.

11 Siguiendo a CARO, Rosario, “La protección de los adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos”, en: ECHEZARRETA, M. (dir.), *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005, pp. 303 y ss.

unos meses se incluía a España, que, a día de hoy, elimina la figura de la incapacitación de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que queda fuera de este modelo;<sup>12</sup> en segundo lugar, tenemos los sistemas jurídicos desarrollados bajo el *modelo tradicional funcionalmente modificado*, que se caracteriza por contemplar diferentes tipos de medidas protectoras que permiten una respuesta mucho más flexible en función de la necesidad del incapaz, hablando de persona adulta, respondiendo a los principios de *proporcionalidad y necesidad*,<sup>13</sup> y en tercer lugar, está el *modelo progresivo* representado por dos sistemas jurídicos de nuestro entorno: Reino Unido y Alemania. De acuerdo con este sistema se simplifican los instrumentos de protección, los cuales se reducen a un único mecanismo suficientemente flexible para adaptarlo a las necesidades de cada caso, mecanismo que puede ser de competencia administrativa o judicial y cuya adopción no requiere necesariamente la previa declaración de incapacitación.<sup>14</sup>

## II.2.- *Cómo se regula en España*

La Ley 8/2021, antes citada, tiene como principal objetivo adecuar la legislación sustantiva y procesal civil española a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006<sup>15</sup> (CIDPD), de acuerdo con el avance en la lucha por potenciar la autonomía y el desarrollo de las personas con discapacidad intelectual.<sup>16</sup>

Por esta nueva normativa quedan modificadas: la Ley del Notariado; el Código Civil; la Ley Hipotecaria; la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil; de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; la Ley del Registro Civil; y en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y todo ello para adaptar la normativa española al artículo 12 de la CIDPD, que es el que dispone que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

12 El juez establecerá en qué actos concretos debe intervenir la persona que ejerce la curatela y si su intervención tendrá carácter asistencial o representativo, de manera que todas las acciones que no estén recogidas en la sentencia podrán ser realizadas sin apoyo por la persona con discapacidad intelectual y teniendo en cuenta que en ningún caso la resolución judicial podrá establecer privaciones de derechos. En este sentido, los curadores deberán actuar según las preferencias de las personas con discapacidad intelectual o de desarrollo y hacerlas partícipes de la toma de decisiones. En línea con ello, la reforma potencia la autorregulación en detrimento de la heteroregulación, de forma que pueda ser el individuo el que decida, por ej., quién quiere que le asista en caso de necesitar apoyo en un futuro y que se priorice esta decisión de forma que el juez la respete a la hora de designar los apoyos. Sobre este aspecto TORRES, María Elena, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal BOE (Colección Derecho Privado), Madrid, 2020.

13 Es el modelo adoptado por Suiza –donde la función tutelar corresponde al Estado a través de las autoridades de tutela, si bien los cantones pueden instituir otras autoridades de carácter consultivo y ciertos órganos auxiliares- y en Francia. En el caso de Francia con la entrada en vigor de la Ley de 5 de marzo de 2007, que introduce figuras jurídicas en torno a la persona con discapacidad como son el mandato de protección futura; los mandatarios judiciales de protección de mayores; la medida de acompañamiento social personalizado y también la medida de acompañamiento judicial. Este modelo de protección concede especial trascendencia a la protección y a la asistencia, equiparando así la protección personal a la protección del patrimonio. Es precisamente hacia este modelo que se ha encaminado la reforma española. MORCILLO, Juana (dir.), *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

14 ADROHER, cit. (n. 2). pp. 166-168.

15 Ratificada en 2008 por España, BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

16 BLÁZQUEZ, Diego, *Los derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2006.

Una de las modificaciones más destacadas es la eliminación de la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada en el ámbito de la discapacidad, que se mantendrán exclusivamente como instituciones propias de la minoría de edad. La principal medida de apoyo pasa a ser la curatela, una figura con carácter asistencial que sólo tendrá carácter representativo en los casos especialmente graves.<sup>17</sup>

Bajo esta fórmula legal, la protección de las personas con discapacidad implica la restricción total o parcial de su capacidad de obrar, acompañada del nombramiento judicial de un tutor, representante legal o –en su caso– de un curador, nombramiento que deberá determinar los actos para los que resulte preceptiva su intervención o autorización.<sup>18</sup>

Las situaciones transfronterizas relativas a la protección internacional de adultos plantean cuestiones que son desconocidas para los casos “puramente nacionales”. En particular, las situaciones internacionales traen consigo la necesidad práctica de identificar el Estado cuyas autoridades tienen competencia sobre el asunto; determinar la ley aplicable a la determinación de la protección; al mismo tiempo, evaluar si corresponde aplicar una medida de protección no voluntaria al sujeto, bajo el mandato de las autoridades de un Estado, y es más, si el mandato dictado de conformidad con la ley de dicho Estado puede tener efecto en otro; también traen consigo la necesidad de determinar si, y por qué medios, las autoridades de un Estado pueden ser llamadas para ayudar a las autoridades de otro Estado a proporcionar a un adulto la protección que pueda necesitar (por ejemplo, con el fin de determinar el paradero del adulto en cuestión).

Como se ha señalado, el sistema jurídico español se encuentra inmerso en una profunda transformación de la normativa vigente, de acuerdo con los compromisos adoptados al firmar la CIDPD, así como los derivados de la protección de los derechos humanos,<sup>19</sup> todo lo cual incidido necesariamente en el ámbito del Derecho internacional privado dado que para determinar el Derecho aplicable a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad deben ser tenidos en cuenta dos momentos claves: las medidas *ex ante* y las medidas *ex post*.<sup>20</sup>

Entre las medidas a tomar con carácter previo debemos distinguir entre las que se aplicarán desde un punto de vista procesal con carácter previo al desarrollo del

17 Véase sobre la reforma DE LORENZO, Rafael; PÉREZ, Lorenzo (dirs.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Serie Derecho de la discapacidad*, vol. III, Aranzadi, Navarra, 2021; GOÑI, Elena, “La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad”, en: ROLDÁN, A. (dir.); ALBA, E.; FLORIT, C.; GOÑI, E.; ROCHA, M. (coords.), *La persona en el S. XXI. Una visión desde el Derecho*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 191-239.

18 Polonia, Hungría, Grecia y Luxemburgo representan este modelo de regulación. Algunos de estos instrumentos jurídicos relacionados a esta materia están disponibles en el sitio de la Comisión Internacional del Estado Civil, COMMISSION INTERNATIONALE DE L'ÉTAT CIVIL, *Instruments Juridiques*, <https://www.ciec1.org/> (consultada: 11 de agosto de 2022).

19 MARTÍNEZ, Ángel, “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, N°17, 2015, pp. 1067-1102.

20 Sobre este tema ADROHER, Salomé, “Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales”, en: PEREÑA, M.; HERAS, M. (dirs.); NÚÑEZ, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 446-463; ADROHER, Salomé, “La protección de los mayores vulnerables. Una cuestión pendiente”, en: LLAMAS, E. (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 719-757.

procedimiento principal de incapacidad, las cuales son habituales en este tipo de procesos, y las que refuerzan la autonomía de la persona para decidir su modelo de protección, antes de que se produzca el menoscabo en sus capacidades, y tienen cierta independencia respecto de las medidas adoptadas por autoridades administrativas o judiciales las cuales han sido objeto de olvido por parte del legislador español en sede internacional, a pesar del protagonismo de la autonomía de la voluntad del que hace la gala la reforma jurídica llevada a cabo por el estado español. El Derecho aplicable a estas medidas cautelares o urgentes en el Derecho español tienen respaldo en la *lex fori* y es necesario decretarlas antes de que el problema de salud se haya presentado o la situación generadora de la incapacidad, haya desplegado sus efectos.<sup>21</sup>

En cuanto a las medidas provisionales -o urgentes- de protección, se prevé la aplicación de la ley española, por lo que el Código Civil español (CC) hace directamente aplicable el Derecho material español. En nuestra opinión, la introducción de este precepto es conveniente, para favorecer la pronta adopción de medidas de protección de los mayores que, por su carácter urgente, deban de ser tomadas lo antes posible. Sin embargo, no encontramos una norma que determine el Derecho aplicable a las medidas voluntarias de apoyo cuando se trata de dar poderes ante autoridad española o bien de hacer valer los que se dispongan ante autoridad extranjera. Ante la disfunción que presenta la norma, y calificando como “representación voluntaria” a estas medidas, se daría el doble o triple supuesto de aplicación de varias normas, visto así: si las medidas son conferidas en España se aplicará Derecho español, pero si se trata, de facultades a ejercer en el extranjero, se aplicará el Derecho de tal país.

Para la determinación de la ley aplicable en materia de protección de los mayores de edad, el CC español contiene la norma de conflicto, recogida en el artículo 9.6°, tras sucesivas reformas legales: “La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes”.

El supuesto de hecho contemplado en esta norma cambia la denominación de la protección de las personas mayores de edad, por medidas de apoyo, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina, al considerar que el legislador ha hecho un “cambio estético”.<sup>22</sup> Destacan dos aspectos: el primero, es que este precepto no habla de personas incapaces, tampoco de “personas con la capacidad modificada judicialmente”, de manera que hace referencia a las medidas que sea necesario adoptar para proteger a las personas mayores, por su condición de especial vulnerabilidad, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad del sujeto. Y el segundo, que

21 Véase ADROHER, Salomé, “La ratificación del Convenio de la Haya sobre protección de adultos del 2000 ante la reforma del Derecho español de discapacidad”, en: DE SALAS, S.; MAYOR DEL HOYO, M. (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 445-466; DURÁN, Antonia, “Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, en: ALONSO, M.; MARTÍNEZ, E.; REGUERO, J. (eds.), *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 443-470.

22 DIAGO, cit. (n. 6); ADROHER, cit. (n. 20), pp. 455-456.

el artículo 9.6° CC, al no seguir lo dispuesto en la CIDPD, contiene una norma poco flexible dejando fuera el interés del adulto, previsto en el artículo 13 de dicho convenio.

A la vista de lo expuesto, y desde una postura crítica, es necesario tener en cuenta que dado que existen sistemas jurídicos en el mundo que se adscriben al modelo tradicional, que se basa en la modificación de la capacidad primero y en la adopción de una medida de *protección a posteriori*, y dada la pervivencia del artículo 9.1° del CC, que determina la ley aplicable a la capacidad, esta reforma podría generar un efecto contradictorio y no deseado, pues los jueces españoles deberán aplicar en algunos casos –y respecto de extranjeros procedentes de determinados países– su ley nacional para modificar su capacidad y a la vez –por otro lado– la ley española para adoptar la medida de apoyo, lo que puede dar lugar a situaciones contradictorias.<sup>23</sup>

En relación con las medidas de carácter posterior, *ex post*, partiendo del hecho procesal que supone que un tribunal español se ha declarado competente para conocer de una petición de modificación de la capacidad de una persona, y en su caso, de la disposición de medidas de protección, la determinación del Derecho aplicable (recordemos el caso consultado por los Servicios Sociales de un Ayuntamiento de Alicante, en cuanto a una ciudadana alemana con residencia habitual en España) abre dos cauces: primero, el de la determinación de las cuestiones relativas a la capacidad y segundo, el de las medidas de protección respecto a la persona y sus bienes.

Si analizamos la conexión de este apartado con el artículo 9.1° del propio CC, puede afirmarse que esta interpretación extensiva plantearía problemas de coordinación en el sistema de Derecho internacional privado español, que tal y como ya se ha apuntado, mantiene como regla básica lo dispuesto en dicho artículo 9.1° CC al establecer que la capacidad y el estado civil de las personas físicas, se regirán por la ley de su nacionalidad.

A la vista de este precepto, parece claro que es más apropiado entender que el ámbito de aplicación del artículo 9.6° CC se refiere a la organización, terminación y control de las instituciones de protección de la persona mayor de edad; y todo lo relacionado con la extensión y límites de la incapacitación, quedaría comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 9.1° CC como ya se analizó en el capítulo anterior. En la práctica, el hecho de que ambos preceptos empleen puntos de conexión diferentes puede dar lugar a que, para la determinación de la incapacitación de una persona, resulte aplicable una ley, su ley personal. Pero para la determinación de las medidas de protección de esa misma persona, se aplique otra ley distinta, la que coincide con su residencia habitual.

23 Para comprender la génesis de este artículo, así como las distintas modificaciones sufridas a lo largo de estos años, además de los comentarios realizado por el profesor ALVÁREZ, citados *supra*, conviene tener en cuenta los realizados por FERNÁNDEZ, José, “Artículo 9.6°”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo 1, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 90 y ss.; CARRASCOSA, Javier, “Artículo 9.6°”, en: PASQUAU, M. (dir.); ALBIEZ, K.; LÓPEZ, A. (coords.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo I, Comares, Granada, 2000, pp. 169 y ss.; IRIARTE, José, “Artículo 9.6°”, en: SIERRA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo 1, Bosch, 2ª edición, Madrid, 2006, pp. 130 y ss.

En cuanto a la concreción de la residencia habitual, ésta se ha de acreditar en el momento de presentación de la solicitud de tales medidas de protección. El punto de conexión de la residencia habitual, con la finalidad de evitar la problemática del conflicto móvil<sup>24</sup> y a pesar de que puede sufrir alteraciones con cierta facilidad, merece una valoración positiva, ya que, si se produce un cambio en la residencia habitual de la persona mayor de edad, la ley aplicable será la de la nueva residencia habitual.<sup>25</sup> Sin embargo, se ha perpetuado la fractura dentro del sector del Derecho aplicable, en relación con lo establecido en el artículo 9.1° CC donde la aplicación de la ley nacional a las cuestiones de capacidad, se ha mantenido inalterable.<sup>26</sup> Coincidiendo con la doctrina antes citada carece de sentido considerar que la ley que regule la modificación de la capacidad siga siendo la ley personal -nacional en virtud del artículo 9.1° del CC- y, sin embargo, la de la residencia habitual sea la que regule las medidas concretas de protección en aplicación del artículo 9.6° CC. Esta “bicefalia jurídica” puede generar problemas de interpretación, de armonización y de adaptación de la normativa a casos internacionales, pero, sobre todo, es una situación que no está alineada con las tendencias modernas en materia de protección de las personas, que se dirigen a la identificación entre *forum e ius*, basados en el principio de proximidad que representa el foro y la ley de la residencia habitual.<sup>27</sup>

Como se ha señalado, con respecto a las medidas provisionales o urgentes de protección, tenemos en el CC una disposición clara a favor de la *lex fori*, lo que parece lógico si tenemos en cuenta que las medidas definitivas dependen de la ley correspondiente con la residencia habitual, en el intento del legislador de hacer coincidir foro e *ius*. En definitiva, una justificación práctica evidente en relación con todas las medidas en las que las autoridades judiciales o administrativas cumplan funciones de supervisión, control, representación o efectiva guarda. En estos casos va a resultar más fácil aplicar la medida prevista por nuestra legislación, que proceder a una adaptación entre la medida prevista por la ley extranjera en función de una institución de protección también extranjera, procediendo a no siempre fáciles juicios de equivalencia de garantías y de autoridades.

Este eventual desajuste entre la institución o régimen de protección extranjeros y la medida urgente y, sobre todo, provisional conforme a la ley (española) de la

24 Recordemos que el conflicto móvil se presenta cuando, debido a un cambio en las circunstancias que sirven para determinar el punto de conexión de la norma de conflicto, se produce a su vez un cambio en la ley aplicable a la situación privada internacional. Ello puede deberse a un cambio en el tiempo, un cambio de Estado, desaparición de éste, adquisición de una nueva nacionalidad, o incluso pérdida de la nacionalidad, un cambio de sexo, entre otras causas. Sobre las características y valoraciones que tiene en el Derecho internacional privado español este problema de aplicación de la norma de conflicto, véase CALVO, Alfonso; CARRASCOSA, Javier, *Derecho internacional Privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018, p. 228.

25 Sobre las ventajas del criterio de la residencia habitual para determinar el Derecho aplicable a estos supuestos, resulta muy interesante el trabajo realizado por el profesor de la Universidad de Liège, desde la perspectiva del Derecho belga, y que puede ser consultado en WAUTELET, Peter, “La gestion du patrimoine de l’incapable délocalisé – quelques leçons à l’attention de la pratique”, *Chroniques notariales*, vol. 53, pp. 150-198, disponible en: <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/88332/1/2-Gestion%20du%20patrimoine.pdf> (consultada: 15 de febrero de 2022).

26 Sobre este asunto es muy crítica VAQUERO, María del Carmen, “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado estatal en materia de protección de adultos”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. XVI, 2016, p. 401.

27 En este mismo sentido, BORRÁS, Alegría, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho Internacional Privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos (Editor)*, vol. 2, 2005, pp. 1287-1308.

residencia habitual es un precio que no ha de juzgarse demasiado alto, teniendo en cuenta que en última instancia el interés de proteger a la persona con discapacidad es el fin de toda medida.

A la vista de lo expuesto, se constata que con el punto de conexión empleado hacia el de la residencia habitual se logra una armonización entre el sector de la competencia judicial internacional y el del Derecho aplicable, de forma tal que los tribunales españoles serán competentes si coinciden con la residencia habitual del sujeto, y aplicarán su propia ley, el Derecho español, si es el de la residencia habitual.<sup>28</sup>

Así, se evitan problemas de aplicación frecuentes en Derecho internacional privado como la aplicación de la cláusula de orden público, el reenvío o los derivados de la prueba del Derecho extranjero<sup>29</sup> y merece destacar que con la inclusión de esta regla se resuelve el eventual conflicto móvil que puede plantearse, cuando se producen traslados posteriores al país de origen o bien a otros Estados. No obstante, subsiste la diferencia entre las medidas protectoras y las medidas urgentes, e incluso podrían plantearse dificultades de calificación, ya que una misma medida puede tener a la vez carácter urgente, carácter provisional y carácter protector respecto al adulto sujeto de protección.

### III.- Conclusiones

Tras analizar la solución que el estado español ofrece a la determinación de la ley aplicable a los supuestos de protección internacional de adultos, podemos concluir lo siguiente:

*Primero:* En las modificaciones realizadas al artículo 9.6° CC se puede observar una clara influencia del Convenio de La Haya del 2000, con el que se perciben ciertas semejanzas respecto al contenido normativo, aunque también algunas diferencias. Por ejemplo, destaca la mayor amplitud del ámbito de aplicación del instrumento convencional, en comparación con el supuesto de hecho de nuestra norma de conflicto y una mayor flexibilidad en materia de determinación de la ley aplicable, en la que se introduce -aunque de forma limitada- la autonomía de la voluntad del adulto para elegir el Derecho aplicable al poder de representación.

*Segundo:* El sistema jurídico español sobre protección de adultos ha sufrido varias modificaciones, tanto de fondo como de forma, y “la gran reforma civil de la materia”, de la mano de la necesaria incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención de las Naciones Unidas sobre protección a las personas con discapacidad, debe ir acompañada de la ratificación por España de los instrumentos internacionales que regulan los aspectos transfronterizos de la protección de adultos,

28 Sobre esta dicotomía y sus negativas consecuencias véase Muñóz, Alberto, “Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces”, *Persona y Derecho*, N°72, 2015/1, p. 293-294.

29 Sobre el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en Derecho internacional privado español, por todas véase ORTEGA, Alfonso, “La alegación y prueba del Derecho extranjeros tras la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXXII, N°2, 2020, pp.273-288; ORTEGA, Alfonso, *Teoría y práctica del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

como es el caso de la Convención de la Haya del 2000. Es significativo que dentro del ámbito de aplicación del Convenio se incluye también la determinación de la incapacidad. Por lo tanto, en los casos en que resulte de aplicación dicho instrumento, la ley aplicable para la determinación de la incapacidad de un adulto, va a coincidir con la ley aplicable para determinar las medidas de protección a adoptar (salvo las urgentes). Ello difiere con nuestro sistema de Derecho internacional privado en el que –como se ha dicho– tenemos una norma de conflicto para la determinación de la incapacidad, y otra para la adopción de las medidas de protección (artículos 9.1° y 9.6° CC respectivamente) que emplean puntos de conexión diferentes: ley personal (con todo lo que ello supone desde el punto de vista de la plurinacionalidad) y ley de la residencia habitual.

*Tercero:* Si bien el cambio del punto de conexión de la nacionalidad a la residencia habitual introducido en 2015 y reforzado en 2021, es positivo, puede plantear dificultades en la medida en que este concepto jurídico se entiende de forma desigual por las leyes estatales, e incluso en la aplicación de los instrumentos europeos que utilizan este criterio de conexión para la determinación de la ley aplicable. De manera que a falta de un instrumento que, al menos en el ámbito de la Unión Europea que permita unificar estos criterios respecto a la protección internacional de adultos, resultan totalmente adecuadas las consideraciones realizadas por CARRASCOSA, en cuanto a las sucesiones internacionales por la estrecha relación que guarda con este tema, como ya se ha apuntado.

*Cuarto:* El criterio de la residencia habitual para la determinación del Derecho aplicable a la protección del adulto, se ha producido con la intención de alcanzar una reglamentación completa y satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas internacionales de nuestro tiempo y por ser la fórmula predominante en el Derecho internacional privado convencional nacido de los tratados internacionales suscritos por España, con clara referencia a los elaborados en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Esta conexión ha ido adquiriendo una importancia creciente en el plano conflictual respecto al estatuto personal en el que determinados aspectos se rigen por la ley personal y otros por los derivados de la residencia habitual de la persona.

Cuando la capacidad y la protección de las personas con discapacidad se rigen por leyes distintas (tal y como sucede en Derecho internacional privado español), este “reparto” puede dar lugar a importantes problemas: puede ocurrir que una persona sea capaz según su ley personal –o una de ellas– pero al mismo tiempo, ser declarada incapaz conforme el Derecho español por coincidir con el de su residencia habitual, o por cualquier otro Derecho de otro Estado en el que tenga dicha residencia fijada, con nombramiento de tutor incluido y el acto jurídico a realizar por la persona –p.ej., compra de un bien inmueble– debe ser realizado por la persona que tenga la tutela del incapaz. ¿Qué ley rige esta cuestión? En estos casos “primará” la ley que rige la capacidad del sujeto, ya que la protección es un remedio legal a la posible incapacidad.

*Quinto:* La descoordinación descrita, puede tener su origen en que la ley que rige la capacidad determine que la persona es incapaz y, sin embargo, que la ley aplicada a la protección de la persona no establezca medidas de protección respecto a ésta. Ante esta situación nos preguntamos: ¿Cómo se resuelve esta cuestión? La respuesta está clara siempre que la ley personal y la aplicada a la protección coincidan, pero si no es así, como suele suceder en los supuestos de plurinacionalidad, y la causa como la sordera o la ceguera que es tratada de forma diferente a efectos de que sea considerada causa de incapacidad, el problema persiste.

*Sexto:* Ante la necesidad de garantizar una protección sin fisuras en estos casos, conviene delimitar la ley aplicable a la capacidad y a la protección del incapaz. Así, cuando la ley que rige la protección no coincide con la ley personal del sujeto, es preferible que la ley que rige la protección sea también la ley que determine la extensión de la capacidad.

### **Bibliografía citada**

- ACEDO, Ángel, *Introducción al Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Dykinson, 3ª edición, Madrid, 2019.
- ADROHER, Salomé, “Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales”, en: PEREÑA, M.; HERAS, M. (dirs.); NÚÑEZ, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- ADROHER, Salomé, “La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71/1, enero-junio, 2019.
- ADROHER, Salomé, “La protección de los mayores vulnerables. Una cuestión pendiente”, en: LLAMAS, E. (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- ADROHER, Salomé, “La ratificación del Convenio de la Haya sobre protección de adultos del 2000 ante la reforma del Derecho español de discapacidad”, en: DE SALAS, S.; MAYOR DEL HOYO, M. (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Álvarez, Santiago, “Comentario al artículo 9, apartado 6”, en: ALBADALEJO, M.; DÍEZ, S. (eds.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo 1, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1995.
- BLÁZQUEZ, Diego, *Los derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2006.
- BORRÁS, Alegría, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho Internacional Privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos (Editor)*, vol. 2, 2005.

- CALVO, Alfonso; CARRASCOSA, Javier, *Derecho internacional Privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018.
- CARO, Rosario, “La protección de los adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos”, en: ECHEZARRETA M. (dir.), *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005.
- CARRASCOSA, Javier, “Artículo 9.6º”, en: PASQUAU, M. (dir.); ALBIEZ, K.; LÓPEZ, A. (coords.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Tomo I, Comares, Granada, 2000.
- CASTÁN, Santiago, *Discapacidad y Derecho Romano*, Reus, Madrid, 2019.
- DE LORENZO, Rafael; PÉREZ, Lorenzo (dirs.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Serie Derecho de la discapacidad, vol. III, Aranzadi, Navarra, 2021.
- DIAGO, Pilar, “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas (1)”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 15345/2020, 2021.
- DURÁN, Antonia, “Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, en: ALONSO, M.; MARTÍNEZ, E.; REGUERO, J. (eds.), *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004.
- ECHEZARRETA, Mayte (dir.), *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005.
- ECHEZARRETA, Mayte, “La gerontomigración: una propuesta de investigación global para abordar el fenómeno complejo de la movilidad transfronteriza de personas mayores. Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontoinmigración”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70/2, julio-diciembre, 2018.
- FERNÁNDEZ, José, “Artículo 9.6º”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo 1, Ministerio de Justicia, 1991.
- FRANZINA, Pietro, “The Relevance of Private International Law to the Effective Realisation of the Fundamental Rights of Vulnerable Adults in Cross-Border Situations”, en: PEREÑA, M. (dir.); DÍAZ, G.; NÚÑEZ, M. (coords.), *La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2019.
- GONZÁLEZ, Cristina, “La protección de adultos en derecho internacional privado”, en: CALVO, A.; IRIARTE, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000.
- GOÑI, Elena, “La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad”, en: ROLDÁN, A. (dir.); ALBA, E.; FLORIT, C.; GOÑI, E.; ROCHA, M. (coords.), *La persona en el S. XXI. Una visión desde el Derecho*, Aranzadi, Navarra, 2019.

- HEREDIA, Ignacio, “Artículo 9.6”, en: BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- IRIARTE, José, “Artículo 9.6”, en: SIERRA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo 1, Bosch, 2ª edición, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ, Ángel, “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, Nº17, 2015.
- MORCILLO, Juana (dir.), *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MUÑOZ, Alberto, “Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces”, *Persona y Derecho*, Nº72, 2015/1.
- ORTEGA, Alfonso, “La alegación y prueba del Derecho extranjeros tras la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXXII, Nº2, 2020.
- ORTEGA, Alfonso, *Teoría y práctica del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.
- TORRES, María Elena, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal BOE (Colección Derecho Privado), Madrid, 2020.
- VAQUERO, María del Carmen, “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado estatal en materia de protección de adultos”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. XVI, 2016.
- WAUTELET, Peter, “La gestion du patrimoine de l’incapable délocalisé – quelques leçons à l’attention de la pratique”, *Chroniques notariales*, vol. 53, pp. 150-198, disponible en: <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/88332/1/2-Gestion%20du%20patrimoine.pdf> (consultada: 15 de febrero de 2022).

# LA INCIDENCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ESTATUTO REGULADOR DE LA RELACIÓN DE CONSUMO, CON UNA ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

## *THE INCIDENCE OF INTERNATIONAL DEALS ON HUMAN RIGHTS IN THE CONSUMER PROTECTION LAW, WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CHILEAN LEGAL SYSTEM*

ERIKA ISLER SOTO<sup>1</sup>

### RESUMEN

*El siglo XX condujo la protección de los derechos humanos desde los estatutos internos hacia los instrumentos internacionales, fenómeno que alcanzó al Derecho de Consumo. El sistema chileno no reconoce explícitamente de forma general a los tratados internacionales sobre derechos humanos como una de sus fuentes formales. No obstante, es posible derivar la incidencia de tales instrumentos a través de una reconducción positiva o bien de su aplicación directa sin necesidad de concretización legal. Esta segunda modalidad se puede reconocer en la propuesta de vigencia de un principio pro consumatore, la protección del consumidor vulnerable y la sanción de la publicidad abusiva, por citar algunos ejemplos.*

**Palabras clave:** Consumidor; Derechos Humanos; Tratados Internacionales; Consumidores vulnerables; Pro homine.

### ABSTRACT

*The 20th century led the protection of Human Rights from internal statutes to international instruments, phenomenon that reached Consumer Law. The Chilean system does not explicitly recognize international human rights treaties as one of its formal sources in general. However, it is possible to derive the incidence of such instruments through a positive renewal or through their direct application without the need for legal specification. This Second modality can be recognized in the proposal for the validity of a pro consumer principle, the protection of the vulnerable consumer and the sanction of abusive Advertising, to cite a few examples.*

**Keywords:** Consumer; Human Rights; International Deals; Vulnerable Consumers; Pro homine.

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile. Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Licenciada en Estética, Pontificia Universidad Católica de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Su correo electrónico es [emisler@uc.cl](mailto:emisler@uc.cl).

## Introducción

La cuestión de las fuentes del Derecho ha venido ocupando la labor y reflexión de los juristas desde el propio nacimiento de los órdenes reguladores de la conducta humana. La atribución a un hecho, acto o declaración el carácter de vinculante ha variado, no sólo en el espacio -*Civil Law*, *Common Law*-, sino que también en el tiempo. De la misma manera, la preferencia por alguna de ellas constituye una consecuencia epocal.

La Ilustración de los siglos XVIII y XIX, recelando de los tribunales de justicia, confiaba plenamente en la ley como depositaria de la voluntad soberana,<sup>2</sup> plasmada en *corpus* sistemáticos ordenados por materia (códigos).<sup>3</sup> El siglo XX en tanto, comenzó a proponer un recorrido inverso: no sólo dio lugar a procesos de codificación, descodificación y recodificación del Derecho, sino que también ofreció una nueva sistematización de las fuentes del derecho en la cual las normas supranacionales recobraron una relevancia de proporciones.

Las guerras mundiales hicieron lo suyo, dando lugar a una importante agenda de derechos fundamentales, la revalorización de intereses colectivos, un afán por proteger considerados como débiles, y en fin el tránsito de la tutela de los derechos fundamentales desde el plano nacional al internacional y regional.<sup>4</sup>

Tal contexto otorgó nuevos alcances y funciones a los instrumentos internacionales, a la vez que se volvió en indiscutida la necesidad de regular de manera especial los vínculos de consumo. Precisamente una de las consecuencias de la disrupción de la postmodernidad, radica en el cuestionamiento de categorías tradicionalmente aceptadas: el derecho público ya no constituía un compartimiento estanco respecto del Privado; ni el orden internacional del nacional.

En un proceso hoy indiscutido, los tratados suscritos entre Estados soberanos pasaron a proyectarse en los ordenamientos internos, particularmente cuando se refieren a Derechos Humanos, fenómeno que ha alcanzado a las relaciones jurídicas de diverso tipo, no quedando el vínculo de consumo exento de ello.<sup>5</sup>

Ahora bien, en general es posible reconocer tal fenómeno en al menos dos técnicas: la reconducción expresa de la norma de consumo al tratado internacional y la

2 TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, "El '*Ius Commune Europaeum*' de ayer y hoy", *Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo*, N°5-6, 1993-1994, p. 13. Explica LIRA, Pedro, *El Código Civil Chileno y su época*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 58, que el Código Civil de Chile "rinde culto fervoroso a la ley".

3 El *Ius Commune*, aquel régimen jurídico de origen académico, cuyas fuentes principales fueron el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, y que recibió una gran aplicación en la Europa continental occidental durante la Edad Media, entró en crisis a partir del arribo de la Ilustración y la prevalencia de los *iura propria* (derechos patrios), PÉREZ, Antonio, "El *Ius Commune*: artificio de juristas", *Història del Pensament Jurídic*, 1999, p. 74; MAUREIRA, Max, "La tripartición romana del Derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la Época Moderna", *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, XXVIII, 2006, p. 285.

4 AGUILAR, Gonzalo, "Principios de interpretación de los Derechos Fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLIX N°146, 2016, p. 20; CASTAÑEDA, Mireya, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2018, p. 24.

5 Acerca de la influencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el Derecho Civil: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "Presente y futuro de la responsabilidad civil", en: FIGUEROA, G.; BARROS, E.; TAPIA, M. (COORDS.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Abeledo-Perrot, Santiago, 2011, p. 465.

aplicación directa de este último. El presente trabajo revisará ambas a la luz de la experiencia chilena. Por razones de extensión, se circunscribirá el análisis a aquellos casos en los cuales la garantía esencial se encuentra efectivamente reconocida en un instrumento supranacional, dejándose de lado en esta ocasión, los supuestos en los cuales ello no ocurre y se debe derivar la protección del derecho de su propia aplicación directa, derivada de su carácter autónomo y superior.

### *1.- La reconducción expresa hacia los tratados internacionales*

Una primera técnica por la cual los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden recibir aplicación a propósito de una relación de consumo, consiste en la reconducción que el propio estatuto regulador del vínculo proveedor-consumidor realiza al instrumento internacional.

La ventaja de este mecanismo radica en que diluye la incertidumbre acerca de la posible aplicación de la norma internacional a conflictos domésticos, puesto que pasa a integrar el orden interno a partir de una decisión expresa estatal. Adicionalmente permite que el consumidor invoque los remedios y medios de tutela consagrados por el sistema de protección del consumidor a propósito de la norma recondutora (acciones civiles e infraccionales), de tal manera que se alejaría el riesgo de cuestionamiento del carácter operativo del derecho humano reconocido internacionalmente. Su naturaleza programática no sería así óbice a su concretización.

En Argentina se ha planteado la verificación de un diálogo entre las diversas fuentes del Derecho de Consumo, entre las cuales se encuentran también las que tienen un origen internacional, a partir de su reciente codificación privatista. Así explican SUÁREZ y PACEVICIUS: “El proceso de constitucionalización del Derecho Privado asociado al sistema de fuentes, adoptado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, genera un esquema de protección más acentuado de las relaciones de consumo y, particularmente, de los consumidores/usuarios hipervulnerables, ya que exige lograr el desarrollo y la efectiva aplicación de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, mediante la implementación de acciones positivas (y ya no sólo negativas) tendientes al cumplimiento de dicho objetivo”.<sup>6</sup> Agrega BAROCELLI que las mencionadas fuentes han de ser coordinadas de manera coherente y ordenada -por ello se habla de diálogo y no de conflicto-, para poder obtener el estatuto de protección del consumidor.<sup>7</sup>

Con todo, aunque la Ley 24.240 argentina, actualmente vigente no cuenta con una reconducción explícita y amplia a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ella sí se encuentra presente en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2018 (Art. 28).<sup>8</sup>

6 SUÁREZ, Enrique; PACEVICIUS, Iván, “Las personas con discapacidad como usuarios hipervulnerables: la situación de los electrodependientes por cuestiones de salud”, en: BAROCELLI, S. (dir.), *Consumidores Hipervulnerables*, El Derecho, Buenos Aires, 2018, p. 91.

7 BAROCELLI, Sergio; KRIEGER, Walter, *Derecho del Consumidor*, El Derecho, Buenos Aires, 2015, p. 14.

8 Art. 28 Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, 2018: “Diálogo de las fuentes. Los casos relativos

Algo similar ocurre en Chile, desde que la LPDC (Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores de Chile) omite una referencia general expresa a la vigencia directa de los instrumentos internacionales. No obstante, algunos cuerpos normativos vinculados con ella sí aluden a este fenómeno. Así por ejemplo, la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, entiende que es por regla general arbitraria -y por lo tanto ilícita- cuando corresponda a una “distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República (CPR) o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (...)” (Art. 2 inc. 1). Aunque esta disposición se encuentra contemplada fuera de la LPDC, puesta en juego con el derecho básico del consumidor a la no discriminación arbitraria (Art. 3 letra c LPDC), puede servir de orientación al momento de determinar el estándar de licitud exigido por el legislador consumeril.

## 2.- *La aplicación directa de los tratados internacionales sobre Derechos Fundamentales*

Si bien la técnica de la reconducción presenta variadas virtudes -como se dijo principalmente la certeza de la protección-, ella es insuficiente si se la considera de manera aislada, desde que muchas garantías esenciales se encuentran reconocidas por tratados internacionales, sin que el orden interno explicita una remisión. Para salvar esta situación se ha propuesto la aplicación directa de tales instrumentos, con el objetivo de que los derechos que consagran pasen a integrar el orden público de protección, sin necesidad de una ley que las concrete.

NOGUEIRA así explica que “El conjunto de derechos que emanan como atributos de la dignidad humana se caracterizan por su funcionalidad, conformando una unidad jurídica; un bloque unificado de derechos fundamentales con independencia de la fuente formal que inicialmente los asegura y garantiza, sea esta la Constitución, el derecho internacional convencional ratificado y vigente o los principios de *ius cogens*”.<sup>9</sup> El denominado “bloque constitucional” de derechos fundamentales se encontraría por lo tanto constituido no sólo por las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, sino que también por los tratados internacionales ratificados por Chile y que gocen de vigencia: “La norma constitucional del artículo 5º inciso 2º actúa como cláusula constitucional de inclusión, la que autoriza la conformación de la unidad entre el propio texto formal de la Constitución en materia de derechos fundamentales y los atributos y garantías de los derechos que se aseguran por el

---

a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen”.

9 NOGUEIRA, Humberto, “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 13/2, 2015, p. 306.

derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional, como asimismo por las normas imperativas de *ius cogens*, cualquiera sea la fuente convencional o consuetudinaria en que estas últimas estén contenidas. Este bloque se integra, también, por los derechos implícitos o no enumerados, los cuales son explicitados por vía jurisprudencial, como ha ocurrido en el caso chileno, como en general en el derecho comparado europeo y latinoamericano”.<sup>10</sup>

Por su parte, CAAMAÑO señala que el reconocimiento de la aplicación directa de las Cartas Fundamentales -los derechos humanos las pasan a conformar también (Art. 5 inc. 2 CPR, Chile)- tiene como consecuencia que “las controversias jurídicas entre particulares no se resolverán únicamente en base a las reglas del Derecho Civil o del Trabajo, sino que tomando también en consideración los principios, valores y derechos consagrados en la Carta Fundamental”.<sup>11</sup>

Ahora bien, en nuestro país, la doctrina de la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales<sup>12</sup> se ha sustentado en la mención de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” reconocidos en tratados internacionales o bien en la Constitución como límites a la soberanía nacional (Art. 5 inc. 2 CPR).

Con todo, como señala AGUILAR, probablemente el escenario más tentador para la eficacia inmediata del bloque de constitucionalidad radica en la laguna normativa, esto es, aquel supuesto en que existe una falta de regulación de derecho privado, para solucionar un conflicto entre particulares.<sup>13</sup> Aunque difícilmente podría calificarse al Derecho de Consumo como una disciplina íntegramente -o incluso mayoritariamente- adscrita al Derecho Privado, lo cierto es que efectivamente la tesis de la eficacia directa ha permitido resolver importantes deudas que el legislador nacional mantiene con los consumidores sometidos al ordenamiento chileno. A continuación, se mencionan tres ejemplos de ello.

## 2.1.- El principio *pro homine* y el principio *pro consumidor*

Una primera manifestación la encontramos en la defensa de la vigencia de un principio general *pro homine*, al cual se ha indicado como una de las más importantes causas de la redirección de los órdenes internos a la persona.<sup>14</sup> Ahora bien, en el ámbito del Derecho de Consumo, dicha directriz se replica bajo la configuración

10 NOGUEIRA, cit. (n. 8), p. 313.

11 CAAMAÑO, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, Semestre I, 2006, p. 26. Similar reflexión respecto del bloque de constitucionalidad, también integrado por los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales: NOGUEIRA, cit. (n. 8), p. 325.

12 CORRAL, Hernán, “Constitucionalización del derecho civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, *Revista de Derecho aplicado LLM UC*, N°2, 2018, p. 6; FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los Derechos fundamentales”, *Temas de Derecho*, 19, 2004, p. 213.

13 MARSHALL, Pablo, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8/1, 2010, p. 54.

14 BAROCELLI; KRIEGER, cit. (n. 6), p. 15; SCHÖTZ, Gustavo, “El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, p. 117; TOLOSA, Luis, “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19/2, 2017, p. 15. En Chile, el principio *pro homine* o favor persona se encuentra actualmente reconocido en los Arts. 1 y 5 CPR: NOGUEIRA, cit. (n. 8), p. 314.

de un principio *pro consumatore*, por el cual ha de privilegiarse la posición del acreedor-consumidor -su *ius*-, por considerársele un sujeto vulnerable en relación a su contraparte, el proveedor. Algunos ejemplos de lo anterior, los encontramos en los límites a las prácticas de cobranza extrajudicial en resguardo de la integridad psicológica del deudor moroso (Art. 37 LPDC, Chile), la sanción de la discriminación arbitraria (Art. 3 letra c LPDC) y de la publicidad abusiva o que pone en riesgo la indemnidad del consumidor (Art. 28 LPDC), etc.

Con todo, la fundamentación del *pro homine* ha sido situada en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y se ha pregonado su eficacia directa, aún en ausencia de norma positiva expresa. Así, por ejemplo, antes de la entrada en vigencia de la Ley 21.398 (24 de diciembre de 2021) que incorpora en la parte dogmática de la LPDC, la función interpretativa del *pro consumatore*, COLMAN, ya había defendido su procedencia, derivándolo del *pro homine* que trasunta detrás del orden internacional humanitario.<sup>15</sup>

## 2.2.- La protección del consumidor vulnerable

Lo propio puede sostenerse respecto de la defensa de una tutela especial a aquellos consumidores a los cuales se reconoce una vulnerabilidad adicional a la que se presume experimentan por el solo hecho de ocupar el lugar de consumidores en una determinada relación jurídica.

Se los ha denominado vulnerables, hipervulnerables o de vulnerabilidad agravada<sup>16</sup> y según ÁLVAREZ corresponden a “los consumidores afectados por especiales circunstancias personales, económicas, culturales o sociales (como las enfermedades físicas o mentales, edad, falta de experiencia comercial, etc.) que dificultan el entendimiento que tendría un consumidor medio, disminuyéndolo, por lo que precisan una especial atención”.<sup>17</sup>

En un sentido similar HERNÁNDEZ señala que la noción alude “a todos aquellos consumidores afectados por determinadas circunstancias personales, económicas, culturales o sociales, como pueden ser determinadas enfermedades físicas o mentales, la edad, la falta de experiencia comercial, o simplemente situaciones de necesidad, que dificultan el entendimiento que tendría un consumidor medio, disminuyéndolo, por lo que precisan una especial atención”.<sup>18</sup>

15 COLMAN, Luis, “La primacía de la realidad en las relaciones financieras de consumo”, en: CARRASCO, H. (ed.), *Estudios de Derecho del Consumidor*, Rubicón, Santiago, 2018, p. 177.

16 CALAHORRANO, Edison, “El consumidor con vulnerabilidad agravada como categoría jurídica y su recepción en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N°38, 2021, p. 24 prefiere la noción de consumidor de vulnerabilidad agravada: “Se ha optado por el término consumidor de vulnerabilidad agravada, por sobre el de hipervulnerabilidad, por su mayor precisión respecto al carácter gradual de su identificación y la ventaja de demostrar inmediatamente que se refiere a un incremento de la vulnerabilidad estructural propia del consumidor”.

17 Álvarez, María Teresa, *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015, p. 31.

18 HERNÁNDEZ, María Dolores, “Consumidor y comerciante”, en: DÍAZ, S. (Coord.), *Manual de Derecho de Consumo*, Reus, Madrid, 2016, p. 39.

Ahora bien, a diferencia de otras legislaciones que han reconocido tal categoría (Directiva 2005/29/CE; Ley 453, Bolivia), la LPDC omite una referencia a su procedencia como fuente de un estándar especial de diligencia esperable. El Servicio Nacional del Consumidor en tanto, con rango administrativo la propone a partir del derecho a la no discriminación arbitraria que efectivamente se encuentra reconocido en la LPDC (Art. 3 letra c), de las prescripciones de la Constitución Política de la República de Chile y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, mediante la dictación de una Circular interpretativa de la LPDC que fue sometida a consulta pública en enero de 2021.

Con todo, se trata de una tesis que previamente ya había sido defendida por PINOCHET, quien, frente a la omisión de un reconocimiento explícito en el sistema nacional general de consumo, derivaba también la procedencia de la doble vulnerabilidad y su tutela especial, de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Chile y que se encuentren actualmente vigentes (Art. 5 CPR).<sup>19</sup> La jerarquía normativa de tales instrumentos reclamaría entonces una nueva interpretación e integración de todo el sistema jurídico de consumo (LPDC y su normativa sectorial). En aplicación de lo anterior, por ejemplo, ha propuesto la relectura de la LPDC y su normativa complementaria a partir de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores (Diario Oficial, 7 de octubre de 2017), cuyo rango constitucional se desprende del Art. 5 CPR.<sup>20</sup>

Lo mismo puede pregonarse respecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño (Diario Oficial 27 de septiembre de 1990), la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con Discapacidad, (Diario Oficial 20 de junio de 2002), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Diario Oficial 17 de septiembre de 2008), etc.

### 2.3.- La publicidad

Finalmente y aunque con carácter de autorregulación, el Código de Ética Publicitaria del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR) del año 2018, exige que la publicidad y las comunicaciones de marketing se sujeten al ordenamiento jurídico vigente y, de manera especial, a “los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución Política de la República”. Proyectada tal regla hacia todo el bloque de constitucionalidad, se tiene que igualmente se reclama el respeto por las garantías esenciales consagradas en tratados internacionales, toda vez que igualmente lo integran (Art. 5 inc. 2 CPR).

Se prohíbe así por ejemplo la publicidad abusiva, esto es según LÓPEZ, aquella que vulnera “garantías constitucionales o derechos de la personalidad moral

19 PINOCHET, Ruperto, “El consumidor y la tercera edad: ¿una tutela diferente?”, en: FERRANTE, A. (dir.), *Venta y Protección del Consumidor. Una visión a través del caleidoscopio latinoamericano*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, p. 67.

20 PINOCHET, cit. (n. 18) p. 67.

del consumidor”,<sup>21</sup> como podría ser la sexista, la que reproduce estereotipos no pertinentes, la racista, etc.

Si bien se debe reconocer que la prescripción se encuentra ubicada en un *corpus* deontológico y por lo tanto, en una primera lectura de sujeción voluntaria, su carácter de autorregulación realmente no implica que carezca totalmente de relevancia jurídica. En efecto, no solo constituye *Soft Law* consumeril, sino que también puede contener la interpretación que el juez o la institucionalidad realice de las normas generales sobre publicidad consagradas en la LPDC y en su normativa complementaria.

## Conclusiones

Si los siglos XVIII y XIX experimentaron un auge de los derechos locales (*iura propria*) que contribuyó a poner en crisis a un Derecho Común y supranacional (*Ius Commune*), los siglos venideros condujeron la protección de los derechos humanos desde los estatutos internos hacia los instrumentos internacionales. Lo anterior devino además en un proceso de moralización de las reglas propias de cada Estado, las cuales impregnadas de una mirada antropocéntrica, reorientaron sus prescripciones hacia la protección de la persona.

Tal fenómeno alcanzó -y alcanza- a todas las áreas jurídicas, incluida aquella que contiene los principios y normas aplicables a la relación de consumo, y cuyo desprendimiento del Derecho Común se produjo de manera coetánea al reclamo de eficacia directa de los derechos esenciales de la persona.

Con todo, el sistema de consumo chileno no reconoce explícitamente de forma general a los tratados internacionales sobre derechos humanos como una de sus fuentes formales. No obstante, es posible derivar la incidencia de tales instrumentos a través de una reconducción positiva o bien de su aplicación directa sin necesidad de concretización legal. Esta segunda modalidad se puede reconocer en la propuesta de vigencia de un principio *pro consumatore*, la protección del consumidor vulnerable y la sanción de la publicidad abusiva, por citar algunos ejemplos.

## Bibliografía citada

AGUILAR, Gonzalo, “Principios de interpretación de los Derechos Fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLIX N°146, 2016.

Álvarez, María Teresa, *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015.

BAROCELLI, Sergio; KRIEGER, Walter, *Derecho del Consumidor*, El Derecho, Buenos Aires, 2015.

21 LÓPEZ, Patricia “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 26/3, 2020, p. 37.

- CAAMAÑO, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, Semestre I, 2006.
- CALAHORRANO, Edison, “El consumidor con vulnerabilidad agravada como categoría jurídica y su recepción en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N°38, 2021.
- CASTAÑEDA, Mireya, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2018.
- COLMAN, Luis, “La primacía de la realidad en las relaciones financieras de consumo”, en: CARRASCO, H. (ed.), *Estudios de Derecho del Consumidor*, Rubicón, Santiago, 2018.
- CORRAL, Hernán, “Constitucionalización del derecho civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, *Revista de Derecho aplicado LLM UC*, N°2, 2018. disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/149> (consultada: 12 de febrero de 2022).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los Derechos fundamentales”, *Temas de Derecho*, 19, 2004.
- HERNÁNDEZ, María Dolores, “Consumidor y comerciante”, en: DÍAZ, S. (Coord.), *Manual de Derecho de Consumo*, Reus, Madrid, 2016.
- KEMELMAJER DE CARLUCI, Aida, “Presente y futuro de la responsabilidad civil”, en: FIGUEROA, G.; BARROS, E.; TAPIA, M. (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Abeledo-Perrot, Santiago, 2011.
- LIRA, Pedro, *El Código Civil Chileno y su época*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956.
- LÓPEZ, Patricia “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 26/3, 2020.
- MARSHALL, Pablo, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8/1, 2010.
- MAUREIRA, Max, “La tripartición romana del Derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la Época Moderna”, *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, XXVIII, 2006.
- NOGUEIRA, Humberto, “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 13/2, 2015.
- PÉREZ, Antonio, “El *Ius Commune*: artificio de juristas”, *Història del Pensament Jurídic*, 1999.

- PINOCHET, Ruperto, “El consumidor y la tercera edad: ¿una tutela diferente?”, en: FERRANTE, A. (dir.), *Venta y Protección del Consumidor. Una visión a través del caleidoscopio latinoamericano*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.
- SCHÖTZ, Gustavo, “El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013.
- SUÁREZ, Enrique; PACEVICIUS, Iván, “Las personas con discapacidad como usuarios hipervulnerables: la situación de los electrodependientes por cuestiones de salud”, en: BAROCELLI, S. (dir.), *Consumidores Hipervulnerables*, El Derecho, Buenos Aires, 2018.
- TOLOSA, Luis, “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19/2, 2017.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “El ‘*Ius Commune Europaeum*’ de ayer y hoy”, *Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo*, N°5-6, 1993-1994.

# DE LA RESERVA CHILENA AL CÓDIGO DE BUSTAMANTE. IMPLICANCIAS A SU APLICACIÓN DIRECTA E INDIRECTA EN EL TERRITORIO NACIONAL

## *ABOUT THE CHILEAN RESERVE TO THE BUSTAMANTE CODE. IMPLICATIONS TO ITS DIRECT AND INDIRECT APPLICATION IN THE NATIONAL TERRITORY*

ESTEBAN BUSCH MONTANARES<sup>1</sup>

### RESUMEN

*El presente trabajo busca exponer el campo de aplicación del Código de Derecho Internacional Privado en nuestro país, establecido por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de sus más de ochenta años de vigencia, analizando especialmente la reserva formulada por el Congreso Nacional a la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928 a la que el referido Código se encuentra anexo, ofreciendo una visión crítica de su actual interpretación, proponiendo limitar su alcance, con miras a minimizar las consecuencias negativas que dicha reserva, y particularmente su interpretación imperante, han causado al objeto y finalidad de ese acuerdo internacional.*

**Palabras clave:** Código de Bustamante; Aplicación directa e indirecta; Reserva; Interpretación restrictiva; Cláusula de excepción.

### ABSTRACT

*This work seeks to show the scope of the International Private Law Code in our country, developed by the doctrine and jurisprudence for more than eighty years of rule, especially analysing the reserve formulated by the National Congress at the International Private Law Convention in Havana back in year 1928 which is annexed to the code, offering a critical vision of its current interpretation, and proposing to limit its scope, seeking to minimize the reserve's negative consequences caused to the object and purpose of the Convention, because of the reserve itself and its current interpretation.*

**Keywords:** Bustamante Code; Direct and indirect application; Reserve; Restrictive interpretation; Exception clause.

## I.- Introducción

El Código de Derecho Internacional Privado (en adelante e indistintamente “Código de Bustamante” o simplemente “el Código”) constituye uno de los hitos más importantes y destacables de la historia de nuestra disciplina a nivel continental, no solo por su extensión material, que abarca los principales ejes temáticos de la misma, sino que también por haber logrado conciliar la pugna entre los países que

<sup>1</sup> Abogado, Maestrando (c) en Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires. Su correo electrónico es eebuschm@abogadossantajuana.cl.

defendían el principio de “nacionalidad” y de los que impulsaban el principio de “domicilio” en materia de estatuto personal, cuyo antagonismo doctrinal llevara a naufragar a iniciativas regionales anteriores.<sup>2</sup>

Su establecimiento, como anexo de la Convención de Derecho Internacional Privado suscrita en la Sexta Conferencia Interamericana de La Habana de 1928 (en adelante e indistintamente “la Convención”), es el resultado del espíritu panamericanista de estos encuentros que, desde 1889, venían impulsando la creación de un sistema común de Derecho Internacional Privado para América, como herramienta de integración.<sup>3</sup>

Sin embargo, a pesar de contar con dieciséis Estados parte,<sup>4</sup> y estando en vigor hace más de noventa años en el continente, el Código de Bustamante no llegó a convertirse en el sistema uniforme y común que sus impulsores pretendían, ya que solo seis Estados lo ratificaron o adhirieron sin ningún tipo de reserva, y de los diez restantes, seis lo hicieron con amplias reservas<sup>5</sup> que mermaron su finalidad, llegando a impactar, como en el caso de Chile, su aplicación presente y futura.

## II.- Aplicación directa e indirecta del Código de Bustamante en Chile

El Código, en cuanto norma positiva, integra nuestro ordenamiento desde su formal entrada en vigor en el territorio nacional, por lo que los casos en que corresponde emplearlo se encuentran determinados, como toda norma jurídica, por sus ámbitos de aplicación temporal, material, personal y territorial.

En cuanto al ámbito temporal, el artículo 4° de la Convención es claro en señalar que “el Código entrará en vigor para las Repúblicas que lo ratifiquen, a los treinta días del depósito de la respectiva ratificación y siempre que por lo menos lo hayan ratificado dos”. Sin embargo, en nuestro país, la aplicación de esta regla no resultó fácil, ya que ratificando Chile la Convención el 14 de junio de 1933, y habiendo efectuado el depósito del instrumento respectivo el 6 de septiembre de 1933, fecha a la que existían catorce ratificaciones depositadas, en principio, el Código debía entrar formalmente en vigor en nuestro país el 6 de octubre de 1933, empero, a esa

2 DUNCKER, Federico, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 128.

3 Este espíritu puede apreciarse desde la primera Conferencia Panamericana, que tuvo lugar en Washington D.C., del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890, y cuya finalidad era “discutir y recomendar a los respectivos Gobiernos la adopción de un plan de arbitraje para el arreglo de los desacuerdos y cuestiones que puedan en lo futuro suscitarse entre ellos; de tratar de asuntos relacionados con el incremento del tráfico comercial y de los medios de comunicación directa entre dichos países; de fomentar aquellas relaciones comerciales recíprocas que sean provechosas para todos y asegurar mercados más amplios para los productos de cada uno de los referidos países”. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “Nuestra Historia”, [https://www.oas.org/es/acerca/nuestra\\_historia.asp](https://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp) (consultado: 27 de abril de 2022).

4 La Convención fue ratificada por quince de los Estados contratantes, a saber: Bolivia (1932), Brasil (1929), Costa Rica (1930), Cuba (1928), Chile (1933), Ecuador (1933), El Salvador (1931), Haití (1930), Guatemala (1929), Honduras (1930), Nicaragua (1930), Panamá (1928), Perú (1929), República Dominicana (1929), y Venezuela (1932). Además, adhirió a ella Bahamas (2017), convirtiéndose en el décimo sexto Estado parte.

5 Los Estados que no formularon reserva son: Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, y Perú. Las reservas de los Estados parte pueden revisarse actualmente en la página de la Organización de Estados Americanos, en el siguiente enlace: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “CONVENCIÓN SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CODIGO BUSTAMANTE) (A-31)”, [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-31\\_Codigo\\_Bustamante\\_firmas.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamante_firmas.asp) (consultado: 9 de marzo de 2022).

data, la Convención no había terminado su incorporación al ordenamiento nacional. No sería sino hasta el 14 de mayo de 1934, fecha en que se publicó en el Diario Oficial el Código de Bustamante (cuya publicación se efectuó de manera separada y posterior a la publicación del Decreto promulgatorio de la Convención), que en definitiva dicha norma entrara en vigor.

En cuanto al ámbito material, el Código de Bustamante contiene normas de competencia judicial internacional, de Derecho aplicable, de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, de Derecho penal internacional, y de colaboración judicial internacional.

Respecto al ámbito personal, la Convención no contempla normas que lo limiten, por lo que se le aplica la regla general de nuestro ordenamiento, esto es, el artículo 14 del Código Civil, el cual prescribe que “la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

Finalmente, en cuanto al ámbito territorial, este tampoco se encuentra expresado en la Convención, por lo que a su respecto se aplica la regla general del principio de territorialidad de la ley, es decir, rige en todo el territorio nacional, sin exclusiones.

A los ámbitos antes señalados, hay que agregar el artículo 2° de la Convención, el cual prescribe “[L]as disposiciones de este Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a él”.<sup>6</sup>

Esta condición de aplicabilidad implica que el Código de Bustamante no rige en todo caso *iuspriyatista* con elementos multinacionales que se presente en un Estado parte, sino que, únicamente, rige aquellos que aparecen conectados por circunstancias objetivas a dos o más Estados parte, es decir, cuando el conflicto en cuestión presenta elementos de extranjería vinculados con la soberanía de dichos Estados, lo que excluye una aplicación universal del mismo.

En consecuencia, en atención al alcance de la Convención, procedería *aplicar directamente* el Código a todos los casos que se encuentren dentro de los ámbitos antes indicados, y que cumplan con la condición del artículo 2° enunciado.

Por tratarse el Código de una norma de fuente internacional o convencional, de existir una norma de fuente interna o autónoma que pudiera igualmente aplicarse al caso, en principio, se debería utilizar aquella con preferencia a esta, en atención a la jerarquía de las fuentes.<sup>7</sup> Sin embargo, en Chile ese empleo directo del Código, que debería desplazar a la norma interna, se ha visto alterada por efecto de la reserva formulada, cuestión que se comentará más adelante.

6 “Esta disposición determina la obligatoriedad, o sea la esfera de aplicación del Código: éste no rige sino entre las Repúblicas contratantes, o sea entre los quince Estados americanos que han suscrito y ratificado la Convención”. DUNCKER, cit. (n. 1), p. 122.

7 Se ha señalado que el “criterio preponderante, tal como ha sido expresado por la jurisprudencia y la doctrina, es que en Chile los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes, tanto si aquéllos han sido concluidos antes o después de la promulgación de una ley”. VARGAS, Edmundo, *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 216.

Además de su aplicación directa, en nuestro país, por vía jurisprudencial y doctrinal, se ha establecido una *por vía indirecta*, como exponente de principios de Derecho Internacional, para los casos en que las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna resulten insuficientes para resolver un conflicto particular.

Durante la primera mitad del siglo XX, nuestra Corte Suprema, con acertado criterio, estableció que las disposiciones del Código y otros tratados constituían verdaderos “principios definidos” de Derecho Internacional, para el caso de Estados signatarios, que no han ratificado el instrumento, en este caso, la Convención.<sup>8</sup> Esta aplicación indirecta del Código, de carácter restringido, requiere, por tanto, que no exista tratado internacional utilizable directamente, y que, además, no existan normas de Derecho Internacional Privado de fuente autónoma que regulen la materia.

Además de esta aplicación indirecta restringida, se ha sostenido la procedencia de su aplicación indirecta en términos amplios, al decir de MONSÁLVEZ, en relación a los Estados que no son signatarios -ni han adherido-, “el Código tiene valor de principios de Derecho Internacional y, tal cual lo ha expresado la Corte Suprema, constituye el acervo común de los países de América y en él están contenidos los verdaderos y exponentes Principios de Derecho Internacional”.<sup>9</sup> En el mismo sentido, DUNCKER, quien señala que, respecto de dichos países, el Código constituye “el espíritu general de la legislación en materia de conflicto de leyes”.<sup>10</sup>

Entonces, a modo de resumen, en los casos de aplicación directa, en principio, el Código debería aplicarse con prescindencia de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna, y, en el caso de su aplicación indirecta, debería aplicarse solo a falta de normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna. Lo anterior, sin embargo, y como se señaló, no llegó a configurarse así en nuestro sistema, por aplicación de la reserva chilena a la Convención.

### III.- De la reserva chilena, implicancias en la aplicación directa

El decreto 374 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 25 de abril 1934, da cuenta de la aprobación del Congreso Nacional al referido tratado, y su anexo, con la siguiente reserva “ante el Derecho Chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la Legislación Chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”, la cual ha sido, desde entonces, objeto del escrutinio de la doctrina, que se ha mostrado uniforme en su interpretación.

En palabras de DUNCKER, “significa sencillamente que en materia de Derecho Internacional Privado las disposiciones de conflicto de nuestra legislación positiva

8 Corte Suprema, 06 de enero de 1947, Gaceta de los Tribunales, 1947, 1° semestre, p. 265. Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de julio de 1949, Gaceta de los Tribunales, 1949, 2° semestre, p. 445. Corte Suprema, 07 de agosto de 1950, Gaceta de los Tribunales, 1950, 2° semestre, p. 411.

9 MONSÁLVEZ, Aldo, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2015, p. 53.

10 DUNCKER, cit. (n. 1), p. 145.

interna se aplican en primer término y de preferencia y que solamente en segundo lugar y después de ellas se aplican las disposiciones del Código de Bustamante”.<sup>11</sup> En el mismo sentido RAMÍREZ,<sup>12</sup> GUZMÁN<sup>13</sup> y, más recientemente, MONSÁLVEZ.<sup>14</sup>

En esta interpretación, la reserva a la Convención tiene un efecto absoluto, y se aplica siempre. Es decir, frente a un caso *iusprivatista* multinacional, el operador jurídico, que por aplicación de la jerarquía de fuentes debe considerar en primer lugar las normas de fuente convencional, antes de entrar a considerar la Convención y su anexo, aplicará la reserva, y, en consecuencia, antes de consultar el Código, consultará las normas de fuente interna y, solo a falta de estas, podrá volver a él.

En consecuencia, el efecto atribuido a la reserva chilena es el de reducir el ámbito de aplicación material del Código, el cual se verá más o menos restringido según el estado y desarrollo de las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna de nuestro país, equiparándolo a la aplicación indirecta del Código, toda vez que, ya sea que se aplique de manera directa o indirecta, el juez chileno siempre deberá consultar primero las normas de fuente local, y, solo a falta de estas, podrá recurrir al Código, ya como fuente convencional (aplicación directa), ya como principios de Derecho Internacional (aplicación indirecta).

#### IV.- Críticas a la reserva chilena

La reserva chilena ha sido fuertemente criticada por la doctrina, llegando incluso algunos a cuestionarse la vigencia de la Convención en razón de ella.

Ya en 1943 DUNCKER y VARAS señalaban que “al extenderla a la legislación futura de Chile, compromete la fe de los Estados que habían suscrito la Convención, lo que es inaceptable, ya que así puede dejarse sin efecto por voluntad unilateral de una de las partes, mediante la simple dictación de una ley interna en contrario. De esta manera se priva al Código de su verdadero valor como Tratado Internacional, ya que la ley nacional en su dictación puede prescindir de él y no tiene por qué acomodarse a sus disposiciones. Se creaba así una situación contraria a la que se pensó debía crearse una vez aprobado el Código”.<sup>15</sup>

Como indicaran los autores citados, el Código no llegó a ocupar su lugar en nuestro sistema de fuentes, constatando los hermanos VILLARROEL **más tarde que “la**

11 DUNCKER, cit. (n. 1), p. 122.

12 Su “aplicación en Chile opera de la siguiente manera: 1° Respecto de los países que lo han ratificado, se aplica como tratado: a) Cuando la ley interna se remita a los tratados internacionales, como sucede en materia de exequátur y de extradición. b) Cuando no se oponga a la legislación actual o futura de Chile, y c) cuando regule alguna materia no contemplada en la legislación chilena, como sucede con los conflictos de nacionalidad. 2° Respecto de los países que no lo han ratificado, constituye fuente de principios del Derecho Internacional” RAMÍREZ, Mario, *Derecho Internacional Privado*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 27-28.

13 De “esto resulta que, en Chile, se aplican, en primer lugar, nuestras leyes internas, aun las anteriores a la promulgación del Código Bustamante.” GUZMÁN, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 77.

14 Frente “a un conflicto entre la legislación de Chile y una legislación extranjera, las normas de conflicto o conflictuales positivas nacionales deben aplicarse en primer término y con prevalencia a las reglas de conflicto del Código de Derecho Internacional Privado, siempre que entre las normas conflictuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico interno y las del Código mencionado, sean diferentes o discordantes.” MONSÁLVEZ, cit. (n. 8), p. 52.

15 DUNCKER, Federico; VARAS, Fernando, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Santiago, 1943, p. 38.

**historia de la unificación del Derecho Internacional Privado en América Latina es testigo de cómo las reservas introducidas al momento de la suscripción y ratificación de instrumentos multilaterales han esterilizado su vigencia. Un caso lamentable al respecto es el Código de Derecho Internacional Privado, llamado también Código de Bustamante, tal vez el instrumento multilateral más importante que se encuentre vigente en nuestro país”.**<sup>16</sup>

Y es que la reserva chilena terminó por desdibujar el Código en nuestro ordenamiento, impactando su objeto y finalidad, ya que, concebido para ser el estatuto común de América sobre la materia -o, al menos, de los Estados parte-, y por esa vía dar previsibilidad a los operadores jurídicos, y certeza a los particulares para el desplazamiento de personas, bienes y servicios, termina, en nuestro país, con un ámbito material reducido y difícil de anticipar, ya que resulta, además, mutable, toda vez que, como se ha dicho, la reserva alcanza también a la legislación futura.

Ahora, el aspecto más negativo de la reserva no es que se haya extendido a la legislación del mañana, sino que se entienda ilimitada materialmente. Esta falta de límites materiales se aprecia en dos dimensiones: en relación con el Código, el cual se ve comprometido en su totalidad, sin que ninguna parte de su contenido se vea excluido de la reserva; y, en relación con las normas de fuente autónoma, ya que cualquiera de ellas, independiente de su contenido o tipo, es capaz de causar la exclusión de la norma convencional. Es esta extensión material la que, en definitiva, le da el carácter amplio a la reserva chilena.

Estas consecuencias se pretendieron evitar al contemplarse en la Convención el artículo 3°, el cual solo habilita a formular reservas específicas.<sup>17</sup>

La vulneración del artículo 3° de la Convención por la reserva llevó a que, en los años cincuenta, la Dirección General de Impuestos Internos pretendiera impugnar en sede judicial la vigencia del Código. En su oportunidad, la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo que aclarar, en su considerando octavo, “que debe desestimarse la alegación hecha por la Dirección cuando sostiene que el Código de Derecho Internacional Privado no tiene aplicación en nuestro país debido a la forma en que fue ratificado por Chile, diciéndose que la ratificación no está de acuerdo con el tratado, que no acepta salvedades de carácter general, sino de ciertos artículos, porque este tribunal no está facultado para resolver una cuestión de esa naturaleza, con respecto a una ley que fue debidamente aprobada y promulgada por los organismos constitucionales, ya que ello equivaldría a desconocer sus efectos, por lo cual solo cabe aplicarla si tiene relación con el asunto propuesto para el fallo”.<sup>18</sup> Lo anterior, implicó reforzar judicialmente la validez del Código, pero también la validez de la reserva.

16 VILLARROEL, Carlos; VILLARROEL, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, p. 37.

17 Decreto N°374, 1934, Ministerio de Relaciones Exteriores. Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana, 1928. Artículo 3°. “Cada una de las Repúblicas contratantes, al ratificar el presente convenio, podrá declarar que se reserva la aceptación de uno o varios artículos del Código anexo y no la obligarán las disposiciones a que la reserva se refiera”.

18 Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 1955, R.D.J., 1956, sec. 2, p. 41.

Ahora, si bien la reserva es parte de la realidad normativa de la Convención, su impacto en el Código de Derecho Internacional Privado se encuentra dado, más que por la reserva propiamente dicha, por la interpretación extensiva que de ella se ha hecho, que le ha otorgado un campo de aplicación mayor al que se desprende de la norma.

## V.- De las limitaciones contenidas en la reserva, interpretación restrictiva

Si se analiza detenidamente, la reserva contempla en sí limitaciones a su campo de aplicación que han sido mayormente ignoradas por la doctrina.

Como primera cuestión, hay que señalar que el legislador, en forma expresa, limitó materialmente la reserva de la Convención, haciendo aplicable ésta solo a “los conflictos que se produzcan entre la Legislación Chilena y alguna extranjera”. Esta limitación tiene una doble dimensión. Por una parte, la limitación material propiamente tal, y, por la otra, una limitación metodológica que condiciona dicha limitación material.

En cuanto a la limitación material propiamente tal, la reserva se refiere a un conflicto entre legislaciones, es decir, a un “conflicto de leyes”. Esta expresión puede ser tomada en un sentido amplio, como equivalente a Derecho Internacional Privado, y en ese sentido abarcar la totalidad de la disciplina,<sup>19</sup> o se puede entender en sentido restringido, como las normas de conflicto que determinan el Derecho aplicable al fondo del caso *iusprivatista* multinacional, es decir, lo que hoy llamamos normas de Derecho aplicable<sup>20</sup>. Para determinar el sentido de la expresión, necesariamente debemos recurrir a las reglas de interpretación de los tratados internacionales -la reserva es parte de la Convención-, donde encontramos la antigua regla, hoy prevista en la Convención de Viena, de buena fe y respeto al objeto y fin del tratado.<sup>21</sup> Si tenemos en cuenta que el objeto de la Convención era crear por medio del Código un estatuto común y previsible para la totalidad de la materia, no podemos sino interpretar restrictivamente los términos de la reserva.

Por tanto, al interpretar restrictivamente el texto, como demanda su objeto y finalidad, se debe concluir que la reserva se refiere únicamente a las normas de Derecho aplicable del Código de Bustamante, sin afectar las normas sobre competencia judicial internacional; normas sobre reconocimiento y ejecución de

19 En ese sentido NASSBAUM, citado por DUNCKER. “Derecho Internacional Privado o Conflicto de Leyes puede ser definido, en forma amplia, como la parte del Derecho Privado vinculada a las relaciones con el extranjero” DUNCKER, cit. (n. 1), p. 18.

20 “Al derecho internacional privado también se le llama derecho conflictual, porque en las situaciones jurídicas privadas internacionales se pueden producir dos tipos de “conflictos”. Estos son, en primer lugar, los ‘conflictos de jurisdicción’, que no es más que la necesidad de determinar cuál es el Estado cuyos tribunales son competentes para conocer y decidir sobre una situación jurídica privada internacional. Y, en segundo lugar, los ‘conflictos de leyes’ que nacen de la falta de claridad que en un principio existe sobre cuál es el ordenamiento jurídico aplicable a una situación de ese tipo, y de la necesidad de determinar dicho ordenamiento para proceder a su aplicación.” OCHOA, María, *Derecho internacional privado y bienes culturales. Una aproximación en perspectiva latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2021, p. 22.

21 Decreto N°381, 1981, Ministerio de Relaciones Exteriores. Convenio de Viena sobre Derecho de Los Tratados, 1969. Artículo 31. “Regla general de interpretación 1.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

sentencias extranjeras; normas sobre cooperación judicial internacional; y normas sobre Derecho Penal Internacional.

En cuanto a la limitación metodológica, se debe tener presente que el Código se gesta y desarrolla en torno al método conflictual, el único que conoce, y con el que incluso se llegará a identificar este Derecho en aquellos tiempos. Como lo definiera GOLDSCHMIDT, Derecho Internacional Privado es “el conjunto de los casos *iusprivatistas* como elementos extranjeros y de sus soluciones, descriptos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos *indirecto*, analítico y sintético-judicial y basadas la soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero”.<sup>22</sup>

Al decir la reserva que “los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”, está razonando sobre la base de normas de conflicto, lo que se evidencia en el tipo jurídico dispuesto por el legislador. Lo anterior, de momento que el acuerdo o desacuerdo resulta de un proceso de análisis de armonía o correspondencia entre la norma convencional y la norma autónoma. Ahora, solo puede existir dicho análisis si los elementos analizados son susceptibles de corresponderse o armonizar, lo que únicamente puede ocurrir en nuestra disciplina entre normas que responden a un mismo método, en este caso, al método conflictual. Si la norma autónoma es norma material o norma de policía, simplemente no son susceptibles de análisis de correspondencia con la norma convencional conflictual, excluyéndose del proceso, por lo que no pueden entenderse comprendidas dentro de la fórmula del legislador. Refuerza lo anterior, la interpretación restrictiva que debe imperar en relación a la reserva.

En consecuencia, la segunda limitante material de la reserva es que solo se refiere a normas de conflicto, excluyendo las normas internas materiales o de policía. Entonces, del análisis de la reserva, se puede apreciar que debe entenderse que se extiende únicamente a las normas conflictuales de Derecho aplicable. Solo cuando no exista acuerdo entre las normas del Código y las normas de fuente interna de dicha materia, se preferirán estas por sobre aquellas.

## VI.- El desacuerdo

Sin embargo, con lo expuesto, no termina de agotarse el análisis de aplicación de la reserva chilena, toda vez que falta precisar qué se entiende por desacuerdo.

En la interpretación tradicional, el desacuerdo se ha tomado como disconformidad o diferencia, en términos absolutos. Es decir, entre las normas del Código y las normas de fuente interna, basta que la materia no esté regulada con el mismo factor de conexión para preferir esta última, sin entrar a valorar si la norma dispuesta en el Código implica una opción legislativa vinculada al conflicto sometido a la competencia del juez chileno. Vale decir, actualmente, en la interpretación imperante,

<sup>22</sup> UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 13.

basta que exista un desacuerdo formal para excluir la aplicación del Código, toda vez que, como se señaló, se consulta a la reserva antes de poder aplicarlo.

Lo anterior, sin embargo, no parece justificado, en atención a la estructura de la norma de conflicto, que es, justamente, lo que se busca analizar por medio de la reserva. Como señala UZAL, “la norma de conflicto como toda norma jurídica tiene una estructura bimembre que, en su tipo legal describe las circunstancias de hecho del caso *iusprivatista* multinacional captado o un aspecto de él y, en su consecuencia jurídica prescribe la solución del caso a través de la elección indirecta del derecho que habrá resolverlo. Se trata pues, de materializar la elección justa, de un derecho próximo al caso. Esa elección aparece indicada en el punto de conexión y lo conectado es el derecho elegido o derecho aplicable, que dará la solución al caso”.<sup>23</sup>

Entonces, como expresa la autora citada, la finalidad de la norma de conflicto es la elección justa de un Derecho vinculado con el caso. Esa elección, el legislador la proyecta en abstracto, mediante la determinación del factor de conexión, la cual es una regla fija y permanente, que se aplica a casos dinámicos y transitorios.

Por lo anterior, puede ocurrir que, al aplicar la norma de conflicto prevista, esta termine eligiendo un Derecho desvinculado con el caso, lo que implica un fallo en el sistema, que requiere ser ajustado.

Entonces, el mero hecho de que el Código adopte una posición o factor de conexión diferente a lo dispuesto en la norma de fuente interna, en principio, no implica necesariamente un desacuerdo entre ellas, toda vez que el acuerdo o desacuerdo debe analizarse en el caso concreto, en relación a la elección que genere la norma de conflicto del Código, y si este Derecho resulta o no vinculado al caso. Si de dicho análisis, se concluye que la norma convencional remite a un derecho que presenta una vinculación o proximidad al caso, entonces no existe desacuerdo con la norma interna, que persigue la misma finalidad, solo una alternativa, que no perjudica al sistema.

Así las cosas, la reserva entonces se consultaría después del Código. Es decir, frente a un caso *iusprivatista* multinacional, el operador jurídico, que por aplicación de la jerarquía de fuentes debe considerar en primer lugar las normas de fuente convencional, aplicará la Convención y su anexo, aun cuando exista norma de Derecho aplicable de fuente interna que pudiere resultar aplicable al caso, y, una vez determinado el Derecho aplicable, y solo en la medida de que este resulte desvinculado del caso concreto, podrá recurrir a la reserva y consultar la norma de fuente interna.

## VII.- Ideas finales

Con la interpretación restrictiva de la reserva que en este trabajo se ofrece, esta pasa, de una norma limitativa del Código, a una norma complementaria del Código, que no le resta al sistema, sino que le aporta coherencia, erigiéndose como una cláusula

<sup>23</sup> UZAL, cit. (n. 21), p. 62.

de excepción limitada, dándole cierto grado de flexibilidad a la rigidez del Código, en materia de Derecho aplicable, en que existan normas de fuente interna aplicables.

Pero, aún más importante, el Código tomaría finalmente su lugar en nuestro Derecho, respetándose su jerarquía normativa, que por más de ochenta años le ha sido privada, robusteciéndose su aletargada aplicación directa, entregando mayores certezas a los operadores jurídicos, que tendrían un marco cierto al cual ceñirse, el que sería estable, aún frente a los cambios legislativos que nuestro país se espera tenga en la materia.

## **Bibliografía citada**

### **a) Doctrina**

DUNCKER, Federico, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956.

DUNCKER, Federico; VARAS, Fernando, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Santiago, 1943.

GUZMÁN, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

MONSÁLVEZ, Aldo, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2015.

OCHOA, María, *Derecho internacional privado y bienes culturales. Una aproximación en perspectiva latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2021.

RAMÍREZ, Mario, *Derecho Internacional Privado*, Legal Publishing, Santiago, 2009.

UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Le Ley, Buenos Aires, 2016.

VARGAS, Edmundo, *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

VILLARROEL, Carlos; VILLARROEL, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015.

### **b) Legislación**

Decreto N°374, 1934, Ministerio de Relaciones Exteriores. Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana, 1928.

Decreto N°381, 1981, Ministerio de Relaciones Exteriores. Convenio de Viena sobre Derecho de Los Tratados, 1969.

### **c) Jurisprudencia**

Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de julio de 1949, Gaceta de los Tribunales, 1949, 2° semestre, p. 445.

Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 1955, R.D.J., 1956, sec. 2, p. 41.

Corte Suprema, 06 de enero de 1947, Gaceta de los Tribunales, 1947, 1° semestre, p. 265.

Corte Suprema, 07 de agosto de 1950, Gaceta de los Tribunales, 1950, 2° semestre, p. 411.

## ***LA RELACIÓN LABORAL INTERNACIONAL*, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2022, DE ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ**

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA<sup>1</sup> Y JAVIER AGUILÓ GELERSTEIN<sup>2</sup>

Es motivo de profundo honor y alegría comentar la obra *La relación laboral internacional* del profesor Ángel Espiniella Menéndez, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Oviedo, quien fue uno de los invitados especiales en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, que se celebraron en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, en abril pasado, bajo una excelente organización de la prestigiosa Casa de Estudios Superiores sede del evento.

El profesor Espiniella engrosa la extensa lista de trabajos académicos que autores asturianos -como José Carlos Fernández Rozas, Sixto Sánchez Lorenzo y Rafael Arenas García- que se han entregado a España y a la comunidad internacional.

Sin lugar a dudas, la obra de que se trata supone un valioso aporte, que aborda con rigor académico y un notable sentido práctico una temática que resulta tan importante en el espacio europeo, en virtud de la libertad de circulación de personas, pero que también ha cobrado mucha fuerza en América Latina, con motivo de las incrementales oleadas migratorias, como también como consecuencia de los crecientes flujos de inversiones que, en muchas ocasiones, van acompañados por profesionales de la empresa matriz que se desplazan (de modo permanente o temporal) a otras latitudes, y para quienes el Derecho debe brindar respuestas claras y certeras en aspectos tan significativos como los derechos laborales involucrados.

El autor nos menciona cinco objetivos que se plantea con su trabajo, dotar de máxima seguridad jurídica a la relación laboral, no solamente una vez que se ha verificado un conflicto; adecuar las respuestas jurídicas a los distintos tipos de relaciones, algunas permanentes y otras de muy corta duración; tratar el cumplimiento y funcionamiento no conflictivo de la relación laboral; prevenir conflictos, y conseguir un tratamiento más acorde con las expectativas de las partes, finalidades que, de una lectura acabada de sus reflexiones, nos permite afrontar de mejor manera estos complejos asuntos.

También conviene advertir que este trabajo académico no se plantea desde la judicialización de un conflicto, y por ello, más que buscar determinar -en primer término- el tribunal competente para conocer del litigio, entiende que las partes

1 Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, secretario de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. Profesor asociado y Director del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile. Corresponsal de Chile ante UNIDROIT.

2 Abogado por la Universidad de Chile, ayudante del Departamento de Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma Casa de Estudios Superiores.

procurarán cumplir y dar ejecución de buena fe a la relación laboral, y solo si ello no resultare posible decide analizar la diferencia desde la óptica del foro.

Por otra parte, no debe perderse de vista que, si bien la obra de que se trata se escribe y plantea desde Europa, y en específico desde España, analizando el rico panorama que en esta materia se da en el viejo continente -tomando como base los Reglamentos Roma I<sup>3</sup> y Roma II, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, respectivamente, y otras fuentes normativas<sup>4</sup> y jurisprudenciales comunitarias y de sus Estados miembros- las reflexiones del profesor Espiniella no se limitan a ese espacio geográfico, puesto que el autor aborda también convenios de la Organización Internacional del Trabajo, fallos de Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Estados Unidos, Japón, República Dominicana, Rusia y Singapur, exponiendo las temáticas desde una óptica global, que entrega soluciones y criterios para el jurista que se encuentre ante relaciones laborales internacionales en cualquier lugar del orbe.

Además, el análisis que el profesor Espiniella realiza de la legislación española, como también de la regulación internacional, demuestran que el autor posee un riguroso conocimiento de los cuerpos normativos que va tratando, exhibiendo un dominio que va más allá del Derecho Privado, pues abarca también materias comprendidas en el Derecho Público, Derecho Procesal y, lógicamente, también en el Derecho Laboral.

A su vez, vale la pena destacar los aspectos pedagógicos y prácticos por los cuales ha optado el académico de la Universidad de Oviedo, quien luego de exponer en abstracto algunas hipótesis que pueden darse en las relaciones laborales internacionales, entrega un apartado en un formato modular, aplicando un caso tipo (o “patológico”) con supuesto específico, desarrollando, acto seguido, las consecuencias jurídicas de tal ejemplo, de acuerdo con las ideas genéricamente expuestas.

La obra en análisis comienza con una introducción general que contextualiza la relevancia de la temática en manos del lector. Para ello, el autor presenta tres interesantes planteamientos de los cuales los dos primeros dicen relación con la evolución y desarrollo de la relación laboral en sí, y de aquella internacional, mientras que el tercero atiende a las diversas interacciones jurídicas en este campo.

El primer capítulo se refiere a la celebración del contrato internacional de trabajo y la fase precontractual de tratativas que le antecede, explorando diferentes cuestiones relativas a la capacidad necesaria para contratar y para trabajar, y otros asuntos como las restricciones que impone la denominada *situación nacional de empleo*<sup>5</sup> en

3 Formulando interesantes propuestas, como incorporar en ese Reglamento una norma que se refiera a la *regularidad* de los contratos en aquellos casos en que se carece de la autorización de residencia temporal y trabajo (o se vulneran otras normas de extranjería), por ejemplo, más que afectarse la validez del contrato en sí -al no contravenir asuntos de capacidad u otras cuestiones-, el desempeño de determinadas labores resulte irregular.

4 Como la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea; el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

5 Con arreglo al artículo 38.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la *situación nacional de empleo* es determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal

España, a través de catálogos de ocupaciones de difícil cobertura y la constancia de insuficiencia de demandantes de empleo, con matices si se da el supuesto de *gestión colectiva de contratación en origen*<sup>6</sup>. Es de destacar que el autor valora positivamente el sistema ibérico que contempla una serie exigencias previas que deben cumplirse ante las oficinas consulares españolas en el país de origen del trabajador, que buscan evitar que las personas lleguen a ese país mediterráneo para buscar empleo, lo cual ha colaborado con una mejor gestión de los flujos migratorios, aspecto que es interesante de tener en vista en Chile.

El capítulo siguiente aborda con bastante detalle la configuración de la relación laboral internacional, cuestión que va más allá del contrato de trabajo, pues en ella inciden una serie de factores que exceden la convención que se pacte, como la afiliación a los sistemas de seguridad social pertinentes, las autorizaciones de permanencia para trabajar en un territorio por parte de las autoridades de extranjería, las modificaciones estructurales de las compañías, subcontrataciones, enfermedades profesionales y accidentes laborales, confidencialidad, secretos empresariales, protección de datos personales y otros aspectos. Además, de este capítulo vale destacar también el tratamiento que el profesor Espinella desarrolla del denominado trabajo a distancia o teletrabajo internacional, modalidad laboral que, desde la pandemia del Covid-19, se ha vuelto cada vez más usual, y respecto de la cual el autor expone que si bien la regulación local española<sup>7</sup> guarda silencio sobre su ámbito especial y sus efectos en relaciones laborales transfronterizas, ello no alcanza a ser problemático desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado laboral como sí desde la perspectiva empresarial internacional para el empleador.

Lo anterior no dista en demasía del cómo nos encontramos en Chile con respecto al teletrabajo internacional, toda vez que la Dirección del Trabajo, fijando el sentido y alcance de la Ley n° 21.220, de Teletrabajo<sup>8</sup>, ha sido clara en señalar que, con arreglo al principio de territorialidad de la ley, esta regulación no tiene aplicación fuera de nuestro país, “aún con acuerdo de las partes de la relación laboral”. Lo anterior, si bien no genera una problemática dentro del Derecho Laboral interno sí lo provoca para la empresa chilena que no tiene certeza acerca de si existe algún impedimento legal para que las partes regulen las condiciones de la relación laboral vía telemática

---

con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y queda plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. Dicho catálogo contiene una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y es aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración

6 Con arreglo al artículo 39.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, puede aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la *gestión colectiva de contrataciones en origen* en un período determinado, a los que sólo tienen acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, puede establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. La mencionada previsión tiene en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y es adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración

7 Real Decreto-ley n° 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

8 Ords. N° 2318 del 4 de octubre de 2021 y N° 2417 del 19 octubre de 2021 de la Dirección del Trabajo de Chile.

desde el extranjero, por lo que los comentarios que el profesor Espiniella brinda respecto del tema podrían significar un valioso aporte para nuestro legislador.

Luego, se abordan distintas variables derivadas de la ejecución de la relación laboral internacional, valorando positivamente -al igual que la autoridad chilena en la materia- que como ley rectora, a falta de acuerdo de las partes<sup>9</sup> sea aquella del lugar de prestación habitual, objetando, al mismo tiempo, que se permita que se pueda desconocer esta alternativa empleando el recurso de los *vínculos más estrechos*, por la incertidumbre que el ejercer esta opción podría conducir. Además, en este capítulo encontramos un muy relevante aporte del autor sobre cuestiones relacionadas con la salud y seguridad laboral, en cuanto el profesor Espinella es crítico respecto a la falta de una normativa que regule la responsabilidad civil del empleador ante contingencias internacionales. A mayor abundamiento, el autor destaca que la falta de disposiciones genera inconvenientes prácticos que le impiden al Derecho Internacional Privado poder calificar si los daños derivados de un accidente o enfermedad profesional que sufre un trabajador con una relación laboral internacional derivan en una responsabilidad contractual, por producirse durante la ejecución de un contrato, o bien extracontractual por llevar un hecho distinto al propio contenido del contrato.

Ante dicha disyuntiva, el autor formula una interesante solución de *lege ferenda* que dice relación con la necesidad de que exista un Derecho material europeo que armonice estas cuestiones, considerando el carácter híbrido que poseen los daños que derivan de la ejecución de un contrato laboral.

El capítulo siguiente trata la alteración de la relación laboral y en él, el académico asturiano logra explicar cuáles son las clases de circunstancias que, de forma excepcional, pueden dar lugar a que las condiciones internacionales de trabajo sufran cambios. Al efecto, es menester destacar de esta sección, el planteamiento formulado en orden a que si bien la ley de la relación laboral internacional sigue actuando como rectora no obstante se verifiquen modificaciones en esa vinculación, esta premisa no se sigue necesariamente cuando dichas variaciones se generan en términos colectivos.

Se continúa con aquello que el profesor Espiniella denomina el “quinto momento de la relación laboral”, equivalente a su extinción. Acá se vuelve a distinguir el régimen individual del colectivo, en tanto las causas que devienen en el término de la relación laboral internacional son en uno u otro caso distintas. Sin embargo, se precisan algunas reglas o efectos comunes en ambos supuestos.

El último capítulo, previo a las conclusiones, es acerca de la litigación respecto de relaciones laborales internacionales, y en él se brinda una visión completa y muy acabada sobre las materias tratadas previamente, poniendo énfasis en dilucidar el tribunal competente en lo concerniente a la celebración del contrato y especialización de la relación laboral internacional, su ejecución, alteración, y extinción. En consecuencia, el valor de este capítulo es innegable ya que además de

<sup>9</sup> Aun cuando se eligiera una ley distinta a la ley de la prestación habitual, no es posible sustraerse de sus disposiciones imperativas, la cual opera como “ley de mínimos”.

lograr sistematizar todos los temas desarrollados a lo largo de la obra, le permite al lector lograr una comprensión holística y sistemática respecto de ésta, mediante la comprensión de las soluciones que la Unión Europea ha brindado en estos asuntos, las que sin lugar a duda nos entregan luces de cómo debiese avanzarse en una lógica de reconocimiento internacional de los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

Creemos que varias de las conclusiones a las que arriba el profesor Espiniella son esenciales para el desarrollo de una política laboral migratoria internacional, que logre favorecer el flujo de personas en un marco de protección laboral y social, en un contexto en que además han surgido interesantes variantes a las figuras tradicionales, como el trabajo colaborativo, aquel que se presta mediante plataformas digitales, y la proliferación de formas de trabajo a distancia y teletrabajo.

No cabe duda de que este completo trabajo académico, con sus más de seiscientas páginas, logra abordar a cabalidad los problemas propios de la relación laboral internacional por cuenta ajena a lo largo de las distintas etapas por la que ésta pasa, desde la celebración del contrato de trabajo internacional, pasando por su cumplimiento y posibles alternaciones para terminar comentando sus causales de extinción y finalmente sistematizando todo el contenido desarrollado desde la perspectiva del litigante.

El modo tan preciso en que el profesor Espinella aborda y desarrolla el tema en estudio le ha permitido proponer un planteamiento integral que aborda el *quid* de su investigación desde distintas perspectivas jurídicas, como lo son el Derecho Internacional Privado, el Derecho Laboral y de Seguridad Social, el Derecho Procesal, el Derecho Empresarial, el Derecho Migratorio, entre otros. Lo cual ha resultado en un trabajo macizo que resulta ser un aporte no solo para la comunidad española, sino que para toda la comunidad internacional.

En efecto el trabajo que comentamos resulta un sustantivo aporte no solo para el Derecho Internacional Privado, sino que también para las distintas ramas jurídicas comentadas, toda vez que el enfoque del autor abarca la relación laboral internacional desde diversas aristas. Incluso el texto debería ser provechosamente utilizado por profesionales, académicos y estudiantes otras ciencias sociales, distinta a la jurídica, tomando en cuenta que, como consecuencia de la globalización y la creciente integración de las economías de todo el mundo, la relación laboral internacional es hoy en día una realidad cuyos riesgos y beneficios deben no solo ser conocidos, sino que también comprendidos desde diferentes ópticas, puesto que solo así será posible conocer y apreciar, y con ello lograr que los movimientos transnacionales alcancen su máximo potencial, otorgándole al trabajador internacional el resguardado que merece, apoyando que su quehacer se conviertan en un activo valioso para la comunidad nacional e internacional.

