

ISSN N° 0719-6261

# Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

---

Año VII, Número 7  
Diciembre 2021



ASOCIACIÓN CHILENA DE  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - ADIPRI

La Revista Chilena de Derecho Internacional Privado es una publicación anual 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

## Miembro de Honor

**Mario Ramírez Necochea** (†)  
Profesor Titular y Emérito de Derecho Internacional  
Privado de la Universidad de Chile

## Miembros Plenos

**Aguilera Villalobos, Laura Leonor**  
Abogada  
Universidad de Chile

**Aninat Urrejola, Francisco**  
Abogado

**Barrera Iturra, Fernando**  
Ayudante de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Concepción

**Baquero Herrera, Mauricio**  
Profesor de Derecho Comercial  
Universidad de Talca

**Balmaceda Hoyos, Jorge**  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Mayor

**Barros Oehninger, Tomás**  
Ayudante de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Bellei Tagle, Carlos**  
Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Alberto Hurtado

**Bertrand-Galindo, Milenko**  
Profesor de Derecho Internacional  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Blanco Herrera, Ricardo Luis**  
Ministro de la Excma. Corte Suprema de Justicia

**Bofill Frías, Sofía**  
Ayudante de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Borbarán Ramos, Marcelo Francisco**  
Abogado  
Universidad de Chile

**Bordachar, Rodrigo**  
Profesor de Arbitraje Internacional  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Cabrera Orellana, Cristián Gonzalo**  
Profesor de Derecho Internacional  
Universidad Central

**Campusano Droggett, Raúl Fernando**  
Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad del Desarrollo

**Candia, Isidora**

Abogada

**Canelo Figueroa, Carola Andrea**  
Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Chile

**Carreño Seaman, Héctor Guillermo**  
Ministro de la Excma. Corte Suprema de Justicia

**Cerda Fernández, Carlos José**  
Ministro de la Excma. Corte Suprema de Justicia

**Cicci Salazar, Gilda Mirella**  
Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Las Américas

**Conejero Roos, Cristián Andrés**  
Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Cortés Beltrán, Sergio**  
Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Chile

**Coulon Bauer, Sebastian**  
Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho  
Internacional  
Universidad de Chile

**Chocair Lahsen, Jorge**  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad Andrés Bello

**Cornejo Aguilera, Pablo Andrés**  
Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Alberto Hurtado

**De la Puente, Mariana**  
Abogada

**Diez Schwerter, José Luis**  
Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Concepción

**Dolmestch Urra, Hugo**  
Ministro de la Excma. Corte Suprema de Justicia

**Fernández Illanes, Samuel Gerardo**  
Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Central

**Fernández Undurraga, Macarena**  
Profesora de Derecho Internacional Privado y  
Decana  
Universidad Internacional SEK

**Ferrante, Alfredo:**

Profesor de Derecho Civil  
Universidad Alberto Hurtado

**Gallegos Zúñiga, Jaime Ramiro**

Profesor de Derecho Económico  
Universidad de Chile

**García Pujol, Ignacio**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Grob Duhalde, Francisco**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Adolfo Ibañez

**Hawa Arellano, Samy**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Talca

**Inostroza Sáez, Mauricio**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Concepción

**Jorquiera Malschafsky, Carlos**

Past President CAM Santiago

**Lagunas, Felipe**

Abogado

**Larenas, Francisco**

Abogado

**López Vives, Raimundo**

Ayudante de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Los Andes

**Loyola Novoa, Héctor Julio**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Chile

**Llanos Mansilla, Hugo Aníbal**

Profesor de Derecho Internacional Público  
Universidad Central de Chile

**Mahu Martínez, Pablo Andrés**

Profesor Instructor de Derecho Internacional  
Privado  
Universidad de Chile

**Meruane Osorio, Dione**

Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho  
Internacional  
Universidad de Chile

**Morales Henríquez, Manuel**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de La Frontera

**Moscoso Restovic, Pía**

Profesora de Derecho Internacional Privado.  
Universidad de Atacama

**Muñoz Gajardo, Sergio Manuel**

Ministro de la Excma. Corte Suprema de Justicia

**Ortúzar Meza, Pedro**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Las Américas

**Peña Torres, Marisol**

Profesora de Derecho Internacional Público  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Picand Albónico, Eduardo**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Chile  
Presidente ADIPRI

**Prieto Figelist, Constanza**

Abogada

**Quintana Castillo, Camila Fernanda**

Ayudante ad-honorem Departamento de Derecho  
Internacional  
Universidad de Chile

**Reeves Becker, Cecilia**

Abogada

**Rivera Carmona, Daniela**

Abogada

**Ríos de Marimón, Hernán**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile y  
Universidad Central de Chile

**Riveros Marín, Edgardo Sebastián**

Profesor de Derecho Internacional Público  
Universidad de Chile

**Saavedra Garín, Constanza**

Abogada

**Schäfer González, Victoria**

Ayudante de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Concepción

**Schleyer Alt, Jorge**

Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho  
Internacional  
Universidad de Chile

**Silva Lavín, Josefina De los Ángeles**

Abogada del CAM Santiago.

**Verbeken Manríquez, Kristoffer**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Vial Undurraga, María Ignacia**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Villarroel Barrientos, Carlos Eduardo**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Villarroel Barrientos, Gabriel**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Von Schakmann, Carolina**

Abogada SENAME

**Winter Igualt, Luis Carlos Fernando**

Profesor de Derecho Internacional  
Universidad de Los Andes

**Würth Naveillan, María Elena**

Ayudante de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Zamar Rabajille, Carolina**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Universidad Gabriela Mistral

**Zarricueta Baeza, Juan Francisco**

Abogado

**Zuvanich Hirmas, Sonia Joanna**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Magallanes

### **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 Pereznieta Castro (México);  
Rubén Santos Belandro (Uruguay); Carlos Villarroel Barrientos (Chile).  
David Stewart (USA); Ana Villalta (El Salvador).

### **Consejo de Dirección**

Edición: Jaime Gallegos Zúñiga  
Asistente de edición: Gamalier Caniuqueo Burgos\*

---

\* Quien prestó la colaboración gracias al apoyo del Magíster en Derecho Privado de la Universidad de Concepción.



## ÍNDICE

- 11 Presentación
- 15 La autonomía de la voluntad de las partes para la elección del foro y del derecho aplicable en los contratos internacionales, conforme al derecho brasileño  
*Luciane Klein Vieira*
- 35 Propuesta de adecuación normativa del ordenamiento jurídico peruano sobre derecho aplicable a los contratos internacionales  
*María Antonieta Delgado Menéndez*
- 59 La comitas gentium o comity, cuestiones relativas a su aplicación  
*José Luis Marín Fuentes*
- 87 La filiación en el anteproyecto de ley de derecho internacional privado de Chile  
*Ivette Esis Villarroel y Rodrigo Barcia Lehmann*
- 105 La internacionalidad del contrato. Análisis al capítulo X del título III del anteproyecto de ley de derecho internacional privado  
*Karenn Díaz Campos*
- 113 Aplicación, prueba e interpretación del derecho extranjero  
*Sergio Cortés Beltrán*





# 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; 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 Chilena de Derecho Internacional Privado pretende dar a conocer a la comunidad jurídica los estudios científicos, novedades legislativas y jurisprudencia en esta disciplina. La publicación de la Revista se materializa por vía electrónica, pudiendo accederse, de manera abierta y gratuita a la misma a través de la página web institucional.

En el marco de la discusión del Anteproyecto de ley sobre reforma al Derecho Internacional Privado chileno presentado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que busca proponer alternativas de soluciones a los distintos problemas que plantea esta área de la disciplina, hemos incluido en este número artículos de académicos nacionales y extranjeros, relativos a algunas de las distintas materias tratadas en el mismo. De este modo, se incluyen en esta edición diversos trabajos que tratan temas como la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del foro y del Derecho aplicable en los contratos internacionales, conforme al derecho brasileño; un análisis de la *comitas gentium* o *comity*; una propuesta de adecuación normativa del ordenamiento jurídico peruano sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales; así como análisis de aspectos seleccionados del aludido Anteproyecto de Ley.

Como es sabido, por largos años los chilenos hemos discutido acerca de la necesidad de una reforma integral a nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. Solo cabe felicitar y reconocer el arduo trabajo realizado por la Comisión Redactora y en especial por ADIPRI, que reunió a la Comisión de manera periódica y disciplinada durante más de dos años, para ir dando forma a este anhelado Anteproyecto, que se le encargó junto a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Además, es destacable que fueron invitados y formaron parte de la Comisión especialistas de distintas universidades de todo el país, aspecto que aportó un

enorme valor y legitimidad científica al trabajo de la Comisión. Esto refleja el carácter colaborativo que tiene la comunidad de Derecho Internacional Privado chilena, sin duda, debido a que desde un principio ha trabajado de manera conjunta y profesional.

Ahora hemos querido abrir esta discusión a amigos de otros países, que han tenido experiencias similares a la nuestra y han logrado reformas fundamentales a sus sistemas de Derecho Internacional Privado. En el reciente Seminario de ADIPRI, realizado en diciembre de este año, contamos con especialistas de Alemania, España, Uruguay y Venezuela, quienes fueron acompañados por destacados profesores chilenos, de distintas universidades, quienes actuaron como moderadores. También tuvimos el privilegio de contar con muchos asistentes de México, Colombia, Perú y Argentina, entre otros. El Seminario fue una instancia de debate profundo y fructífero, que ayudó a perfeccionar el Anteproyecto que nuestro país se apronta a someter a la aprobación parlamentaria, que esperamos poder continuar en las Jornadas ADIPRI 2022, a realizarse los días 7 y 8 de Abril de 2022, en la Universidad de Concepción.

Aprovecho la oportunidad para presentar al nuevo Directorio de ADIPRI, elegido recientemente, y que me toca en este período presidir. Lo componen, como vicepresidente, el profesor José Luis Diez Schwerter, de la Universidad de Concepción; como secretario, el profesor Jaime Gallegos Zúñiga, de la Universidad de Chile, y como tesorera, la profesora Maria Elena Würth Naveillan, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Esperamos que este nuevo número de la Revista Chilena de Derecho Internacional Privado despierte inquietudes y genere debate, única manera de lograr los cambios que tanto anhelamos, y en los números venideros contar con su aporte a la reflexión en estas materias.

Por último, quiero agradecer el apoyo brindado por don Gamalier Caniuqueo Burgos, quien bajo la dirección del profesor Jaime Gallegos Zúñiga, trabajó en la edición de este número, que ponemos a su disposición.

**Ignacio García Pujol**

Presidente

Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

# ESTUDIOS

---



# LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA LA ELECCIÓN DEL FORO Y DEL DERECHO APLICABLE EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES, CONFORME AL DERECHO BRASILEÑO <sup>1</sup>

*THE AUTONOMY OF THE WILL OF THE PARTIES FOR THE  
CHOICE OF THE FORUM AND OF THE APPLICABLE LAW IN  
INTERNATIONAL CONTRACTS, ACCORDING TO BRAZILIAN LAW*

LUCIANE KLEIN VIEIRA <sup>2</sup>

## RESUMEN

*Se analiza el estado del arte en el derecho brasileño respecto al trato dispensado a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales entre partes con igual poder de negociación, es decir, los contratos comerciales con elementos de extranjería. Se pretende evaluar si el derecho brasileño acoge el principio referido, con o sin limitaciones, respecto a la jurisdicción internacional y al derecho aplicable. Para ello, los métodos de análisis empleados son el normativo descriptivo y comparativo, con una investigación de tipo bibliográfico y documental, valiéndose de doctrina y jurisprudencia nacional. Se observó que, respecto a la jurisdicción internacional y su tratamiento en la fuente interna, desde el 2015, Brasil acoge el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del foro, sin restricciones, para los contratos sometidos al poder judicial y desde el 1996 para aquellos sometidos al arbitraje. No ocurre lo mismo con la elección del derecho aplicable, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia brasileña están divididas respecto a la aceptación o no del principio, teniendo en cuenta que el derecho de fuente interna es silente en esta materia.*

*Palabras clave: autonomía de la voluntad; ley aplicable; jurisdicción internacional; derecho brasileño; derecho internacional privado; derecho de los negocios internacionales.*

1 El presente trabajo se encuentra publicado en: VIEIRA, Luciane Klein, "La autonomía de la voluntad de las partes para la elección del foro y del derecho aplicable en los contratos internacionales, conforme al derecho brasileño", en: ÁLVAREZ ZÁRATE, José Manuel; FACH GÓMEZ, Katia (Coords.), *Apuntes prácticos sobre la autonomía de la voluntad como punto de conexión en el Derecho Económico Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 209-234.

2 Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho de la Integración Económica por la Universidad del Salvador (USAL) y Université Paris I (Panthéon –Sorbonne). Profesora investigadora de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Brasil. Jefe de Trabajos Prácticos en "Derecho de la Integración", Universidad de Buenos Aires. Profesora visitante de la Universidad Externado de Colombia. Su correo electrónico es lucianekleinvieira@yahoo.com.br.

## ABSTRACT

*The chapter analyses the state of the art, in Brazilian law regarding the treatment accorded to the autonomy of the will in international contracts between parties with equal bargaining power, i.e. commercial contracts with elements of aliens. On the subject, it is intended to assess whether Brazilian law accepts the principle referred to, with or without limitation, with respect to international jurisdiction and applicable law. To this end, the methods of analysis used are the descriptive and comparative legislation, with a bibliographic and documentary investigation, using national doctrine and jurisprudence. It was noted that, with respect to international jurisdiction and its treatment at the domestic source, since 2015, Brazil has embraced the principle of the autonomy of the parties' will for the choice of forum, without restrictions, for contracts submitted to the judiciary and since 1996 for those submitted to arbitration. The same is not true of the choice of applicable law, once both the Brazilian doctrine and jurisprudence are divided with regard to whether or not the principle is accepted, bearing in mind that the domestic source right is silent in this matter.*

**Keywords:** *autonomy of the will; applicable law; international jurisdiction; Brazilian law; private international law; international business law.*

## I.- Introducción

En tiempos de gobernanza global y de *post* neo-liberalismo, marcados por el libre mercado, por el uso de la tecnología y por el fomento del comercio internacional, el principio de la autonomía de la voluntad adquiere cada vez más fuerza, especialmente en el ámbito de la negociación internacional. Las partes que se encuentran en igualdad de condiciones tienen libertad, dentro de su ámbito de actuación, para crear sus propias reglas para regir el contrato, estableciendo pactos o cláusulas en aspectos específicos, a lo que conocemos como autonomía de la voluntad material; así como, en los contratos internacionales, son libres para pactar el juez o árbitro competente y el derecho aplicable, a lo que se denomina autonomía de la voluntad conflictual.

En este trabajo, haré hincapié en el segundo tipo de autonomía, propio del Derecho Internacional Privado.<sup>3</sup> Aquí, no es demasiado destacar que la aplicación de esta libertad en términos de contratación se refiere a los contratos que presentan elementos de extranjería, ya sea porque el lugar de cumplimiento o de celebración del contrato es en el extranjero, o porque las partes están domiciliadas en diferentes Estados, aunque no haya un concepto unívoco en la materia. Asimismo, cabe precisar que la elección del derecho aplicable se reduce a las cuestiones de fondo o intrínsecas

3 Resulta de interés observar que el pacto de elección de la ley que regirá el contrato internacional es, en sí mismo, un contrato, es decir, un contrato dentro de un contrato, siendo, por lo tanto, un negocio separable, independiente del contrato internacional en el que se halla inserto. Siendo así, la nulidad de la cláusula no determina necesariamente la nulidad del contrato. Por otro lado, es posible que una cláusula de elección de ley aplicable se considere válida y que a la luz del derecho designado por las partes llegue a determinarse, finalmente, la nulidad del contrato. V. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., "Derecho contractual del MERCOSUR: alternativas para su armonización legislativa", en NEGRO, S.C. (Coord.), *Lecturas sobre Integración Regional y Comercio Internacional. Homenaje a Susana Czar de Zalduendo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Departamento de Publicaciones - La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 191-192.



del contrato, restando excluidas, por así decir, aquellas vinculadas a la forma y a la capacidad de las partes.

El tema será abordado bajo la mirada de los contratos comerciales internacionales, celebrados entre partes con igual poder de negociación, razón por la cual quedan excluidos los contratos con consumidores, trabajadores y asegurados. El objetivo buscado es averiguar si el derecho brasileño de fuente interna y convencional admite o rechaza el principio referido, en tales contratos, con relación a los aspectos de la jurisdicción internacional y del derecho aplicable.

Para encontrar la respuesta al problema planteado, los métodos de análisis empleados serán el normativo descriptivo, histórico y comparativo, en una investigación de tipo bibliográfico y documental, valiéndose de doctrina y jurisprudencia nacional, además de la legislación de fuente interna e internacional referentes al Estado brasileño.

## II.- El Derecho Internacional Privado brasileño y la Autonomía de la Voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes tuvo origen en el siglo XVI, cuando DUMOULIN, a partir del análisis de un caso concreto, utilizó el elemento al cual denominó “voluntad individual” para pronunciarse favorablemente a la aplicación de la ley de París al régimen patrimonial del casamiento allí realizado. Consideró ser este el primer domicilio conyugal, lo que demostraba tácitamente la preferencia de los contrayentes por la ley referida para regir el conjunto de sus bienes. Según el informe escrito por DUMOULIN respecto al caso, si las partes se casaron sin contrato y sin expresa indicación del derecho aplicable, se podría entender que hubo una elección tácita vinculada a la ley de su primer domicilio común. Lo que pretendía, con esto, era sostener que, en las relaciones conectadas a más de un sistema jurídico, las partes podrían determinar la ley aplicable a esta relación jurídica, independientemente de lo que determinarían las reglas de conexión del foro en el cual el caso fuese juzgado. De esta forma, concluyó que la convención realizada por el matrimonio Ganey sobre los bienes obtenidos en virtud de su casamiento era un contrato y, como tal, su estatuto regulador no debería ser el del lugar de celebración, sino el del lugar deseado por las partes. Si la elección fuese expresa, debería ser respetada; siendo tácita, debería, en cambio, ser interpretada.<sup>4</sup>

Este principio, nacido pragmáticamente de la elucidación de un caso real, fue ganando espacio,<sup>5</sup> pero luego, aún en los siglos XVI y XVII empezó a ser

4 DE ARAÚJO, Nadia, *Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2009, 4ª edición, pp. 48-49.

5 El principio se propaga por Europa con apoyo de doctrinas como las de Savigny y Mancini, a lo cual vino a sumarse su consagración en la jurisprudencia francesa de 1840 a 1874. La consolidación del proceso se da, en Francia, con el fallo *American Trading Company / Québec Steamship Company Limited*, resuelto el 5/12/1910, por el Tribunal de Casación. El caso es relativo a una carga de la compañía *American Trading*, que fue transportada a un puerto francés por un navío de la compañía *Québec Steamship*. La mercadería llegó al destino dañada y en razón de esto la primera empresa accionó a la segunda para obtener el resarcimiento de los daños causados. En su defensa, Québec argumentó que el contrato contenía una cláusula de exención de responsabilidad, mientras que el demandante señaló que el contrato estaba sujeto al derecho de Nueva York, que contenía solución distinta. Finalmente, el Tribunal de Casación reconoció la elección de ley realizada por las partes y aplicó al caso el derecho neoyorquino, en respeto al principio de la autonomía de la voluntad. V. MORENO

combatido por algunos, en virtud de los excesos cometidos en nombre del liberalismo económico, cuando se puso de relieve la iniciativa individual. La filosofía individualista que se hizo presente en el siglo XVIII ejerció enorme influencia en el pensamiento jurídico de aquel entonces, en donde la libertad individual se convirtió en libertad contractual, en cuanto a la mera posibilidad de contratar o de elaborar el contenido del contrato.

En todo el mundo, el principio en referencia, desde entonces, ha encontrado adeptos y opositores. Sin embargo, en la medida en que las relaciones privadas de cuño internacional han aumentado, sobre todo ante al fenómeno del acercamiento de las civilizaciones, en virtud de las facilidades del transporte y de las tecnologías de comunicación, se ha observado, en general, un incremento en la confianza y aceptación de la libertad conferida a las partes para negociar.

El derecho brasileño no huyó de esa lógica. No obstante, conforme se verá a continuación, ha asumido una postura más reacia a la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes que, no obstante, está siendo gradualmente reformulada por la legislación y por algunos sectores de la doctrina y jurisprudencia, para adaptarse a la tendencia dictada por el comercio global. Lo curioso es que, aunque haya controversias, conforme la más autorizada doctrina, “el derecho brasileño siempre adoptó el principio de la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones contractuales”,<sup>6</sup> sobre todo para la elección del derecho aplicable.

Para adentrar en el tema propuesto, y hacer hincapié en las soluciones actuales adoptadas por el derecho en referencia, dividiremos el trabajo en dos ejes principales: el primer, abordará las reglas de jurisdicción internacional y el segundo las referentes a la ley aplicable, buscando evaluar si existe un paralelismo entre las soluciones alcanzadas por la fuente interna e internacional y en qué medida el derecho brasileño admite o rechaza el principio bajo estudio.

## *II.1.- Las soluciones adoptadas en materia de jurisdicción internacional.*

### *i.- Antecedentes.*

La autonomía de la voluntad, en materia de jurisdicción internacional, es expresada a partir de la elección que hacen las partes del juez o del árbitro competente para intervenir en la demanda, respetados los límites impuestos por las normas de orden público internacional del foro. Por primera vez, se autorizó la elección de foro, en el país, en fallo dictado en 1966, por el Supremo Tribunal Federal que, como ya se ha anticipado, determinó que el principio en referencia nunca ha dejado de existir en el sistema brasileño, pese a la omisión legislativa existente.<sup>7</sup>

RODRÍGUEZ, José A., *Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional*, CEDEP - Intercontinental Editora, Asunción, 2013, p. 98.

6 Traducción libre del autor. VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1980, Vol. II, p. 366.

7 VALLADÃO, cit. (n. 4), p. 366.

Siendo así, antes de la entrada en vigencia del Código de Proceso Civil de 2015, que ocurrió el 18 de marzo de 2016, Brasil no contaba en su fuente interna con una norma apta para garantizar que el foro judicial extranjero, elegido por las partes, en el contrato internacional, pudiera ser mantenido, pese a que, en la fuente convencional, hubiese norma en este sentido.

Luego, antes de la fecha referida, el país contaba con una disposición presente en el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, de 1994, vigente en el ámbito del MERCOSUR,<sup>8</sup> como base legal para dar sostén a una cláusula de elección de foro extranjero o a una cláusula arbitral.<sup>9</sup> Además, conviene destacar que el Código Bustamante, de 1928, del cual Brasil es signatario, también permitía la elección de foro en sus arts. 318, 319 y 321, adoptando una postura bastante visionaria para la época de su elaboración.

Sin embargo, es importante destacar que desde el 1996, con la aprobación de la Ley de Arbitraje (Ley n° 9.307), el país pasó a permitir que las partes, en contrato internacional, derogasen la jurisdicción en favor de un árbitro o tribunal arbitral extranjero, lo que no estaba previsto cuando el contrato fuese sometido al análisis de un juez. Esta norma siguió lo determinado por el Protocolo de Buenos Aires y por la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I - 1975), internalizada al derecho brasileño en 1996. El art. 1° de la Convención referida autoriza y da validez a la derogación de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales extranjeros, estando igualmente en conformidad a lo previsto en el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional, del MERCOSUR, aprobado en 1998 e internalizado al derecho brasileño, en 2003.

Como se verifica, respecto al arbitraje, desde los 90, el país mantiene un paralelismo en las soluciones adoptadas, tanto en la fuente interna como en la convencional, en la medida en que la autonomía de la voluntad es permitida en ambos ámbitos. No obstante, el problema siempre ha sido cuando las partes deciden someter el contrato internacional al análisis del poder judicial. Hasta no hace mucho, el país estaba emergido en inseguridad jurídica, una vez que las cláusulas de elección de foro extranjero, constantes en los contratos, no eran respetadas si el juez brasileño, caso de concurrir algunas de las hipótesis atributivas de jurisdicción presentes en el art. 88<sup>10</sup> del viejo Código de Proceso Civil, se declaraba competente.<sup>11</sup> Como se

8 Para un análisis profundizado de la posición adoptada por los demás Estados Partes del MERCOSUR (Argentina, Paraguay, Uruguay y Venezuela), en materia de aceptación o rechazo, en sus respectivos sistemas internos, del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales, véase: KLEIN VIEIRA, Luciane, "La autonomía de la voluntad en los contratos internacionales celebrados entre partes con igual poder de negociación: su recepción en el derecho interno actual de los Estados mercosureños", *Derecho Comercial y de las Obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, 2016, N° 279, pp. 185-215.

9 Nos referimos, aquí, al art. 4° del *Protocolo de Buenos Aires*, según el cual: "En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo, puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales". Además, cabe destacar que el art. 5° del Protocolo permite que el acuerdo de elección de foro pueda ser realizado al momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez suscitado el litigio.

10 El artículo 88 referido atribuía jurisdicción al juez brasileño cuando: I.- el demandado tuviese domicilio en Brasil; II.- en Brasil, hubiese de ser cumplida la obligación; III.- la acción se originase de hecho ocurrido o practicado en Brasil.

11 El tema puede ser profundizado en: KLEIN VIEIRA, Luciane; PIRES FERNANDES, Mercedes, "Os acordos de eleição de

ha dicho, con el Código de 2015, ese escenario ha cambiado, conforme se verá a continuación.

ii.- *Legislación actual: fuente interna e internacional.*

El Código de Proceso Civil del 2015, en su art. 25, puso fin a la oscuridad en la cual estaba sumergido el derecho brasileño de fuente interna respecto a la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del foro extranjero. El dispositivo referido, claramente, dispuso que la autoridad judicial brasileña no es competente para procesar y juzgar la acción cuando en el contrato internacional hubiere cláusula de elección de foro exclusivo extranjero.

De este modo, exceptuados los casos de jurisdicción internacional exclusiva (vinculados a bienes inmuebles situados en el país, art. 23), el juez nacional pasa a ser incompetente ante a un foro extranjero elegido previamente por las partes (párrafo 1º del art. 25). Así, ya no se podrá activar el poder judicial brasileño si no fue eso lo pactado por las partes en el contrato comercial internacional, pudiendo el juez brasileño bien declararse incompetente de oficio o bien aguardar una manifestación del demandado en este sentido. Además, en este último caso, puede concurrir una hipótesis de derogación tácita de la cláusula de elección de foro, que se configuraría cuando el demandado, una vez citado, no alegare la existencia de cláusula de elección de foro extranjero en el contrato, habilitando a que la acción judicial transcurra ante el juez brasileño, desde que pautada en alguna de las hipótesis de jurisdicción internacional concurrente presentadas por el Código Procesal.<sup>12</sup> Es decir, por ejemplo, si el lugar de celebración o de cumplimiento del contrato estuvieren vinculados a Brasil, estaría habilitada la jurisdicción del juez nacional, conforme determinan las hipótesis de jurisdicción supletoria contempladas en el art. 21 del Código en referencia. Si el demandado, como dicho arriba, no se manifestare reclamando el incumplimiento de una cláusula de elección de foro extranjero, se concluye que aceptó la derogación tácita de la misma. Igualmente, cabe observar que no debe haber abusividad en la elección del foro, configurada cuando la parte más fuerte elige el foro solamente con la intención de atender a sus intereses, por ejemplo, porque allí está la sede de la empresa, lo que puede perjudicar el acceso a la justicia a la contraparte.

Como se verifica, la inclusión del precitado artículo 25 del Código de Proceso Civil brasileño del 2015 es muy importante para garantizar el respeto al *pacta sunt servanda*<sup>13</sup> y para brindar mayor seguridad jurídica a los negocios entablados, evitando, así, las dificultades planteadas por la posibilidad de *forum shopping*, en donde una de las partes elige el mejor foro para presentar

foro nos contratos internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2017, N° 9, pp. 224-243.

12 DE CARVALHO RAMOS, André, *Curso de Direito Internacional Privado*, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 233.

13 KLEIN VIEIRA y PIRES FERNANDES, cit. (n. 9), p. 234.

la demanda, motivada por cuestiones de orden personal, en desacuerdo a lo pactado.<sup>14</sup>

De este modo, lo que se espera es que el art. 25 del Código referido sea aplicado por los tribunales superiores exactamente como proyectado, evitando, así, lo que ocurría al mando del Código Procesal anterior de 1973. Dicho Código, al no contener dispositivo en ese sentido, permitía que no fuese respetada la cláusula de elección de foro extranjero; lo que ocurría en la mayoría de los casos,<sup>15</sup> cuando existía e jurisdicción internacional concurrente. Sin embargo, cabe advertir que el país aún no cuenta con jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ), corte máxima en materia de derecho infra constitucional, que discuta la manutención o el rechazo de la cláusula, tras la vigencia del nuevo Código de 2015.

A partir de lo expuesto, obsérvese que, en materia de jurisdicción internacional, sea en la fuente interna o en la convencional, Brasil en la actualidad acepta el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para elección del juez o árbitro competente en los contratos comerciales internacionales, pudiendo recaer tal elección en jueces o tribunales extranjeros, con lo cual, hay una sincronía en las soluciones adoptadas en ambas fuentes o foros de codificación. Ahora bien, veamos cómo es tratado el tema en materia de elección del derecho aplicable al contrato.

## II.2.- Las soluciones adoptadas en materia de derecho aplicable

### i.- Antecedentes.

Inicialmente, el tema fue traído a colación en el *Esbozo de Código Civil*, obra de autoría de Teixeira DE FREITAS, presentado en 1864, el cual, en su art. 1965 autorizaba que las partes realizasen la elección de la ley aplicable al contrato internacional, asumiendo una posición bastante visionaria para la época.<sup>16</sup> No obstante ello, la norma proyectada jamás entró en vigencia en el país, pese a

14 DE CARVALHO RAMOS, cit. (n. 10), p. 235.

15 Sobre el tema, analizamos 11 fallos del Superior Tribunal de Justicia, expedidos entre los años 2010 a 2016. Solamente uno de ellos mantuvo la cláusula de elección de foro establecida en el contrato, mientras los demás la rechazaron. La cláusula fue mantenida en: Superior Tribunal de Justicia, Segunda Sección. (13 de junio de 2016) Embargos de Declaración en el Recurso Especial 1.518.604-SP. [MP Paulo de Tarso Sanseverino]. Al contrario, fue rechazada en los siguientes fallos: Superior Tribunal de Justicia, Tercera Turma. (17 de diciembre de 2013) Recurso Especial 1.130.870-PR. [MP Nancy Andrighi]; Superior Tribunal de Justicia, Tercera Turma. (18 de agosto de 2015) Agravo Regimental en Recurso Especial 1.498.923-CE. [MP Moura Ribeiro]; Superior Tribunal de Justicia. (16 de agosto de 2011) Agravo en Recurso Especial 679.421-RJ. [MP Maria Isabel Gallotti]; Superior Tribunal de Justicia. (22 de febrero de 2016) Carta Rogatoria 10.357-US. [MP Francisco Falcão]; Superior Tribunal de Justicia. (10 de diciembre de 2015) Carta Rogatoria 10.243-ES. [MP Francisco Falcão]; Superior Tribunal de Justicia. (12 de agosto de 2015) Recurso Especial 1.545.783-SP. [MP Ricardo Villas Bôas Cueva]; Superior Tribunal de Justicia. (30 de junio de 2015) Recurso Especial 1.495.859-SP. [MP Moura Ribeiro]; Superior Tribunal de Justicia. (13 maio 2011) Recurso Especial 1.043.343-PR. [MP Sidnei Beneti]; Superior Tribunal de Justicia, Cuarta Turma. (2 de junio de 2015) Recurso Ordinario 114-DF. [MP Raul Araújo]; Superior Tribunal de Justicia, Cuarta Turma. (11 de mayo de 2010) Recurso Especial 1.168.547-RJ. [MP Luis Felipe Salomão]. El estudio puede ser ampliado en: KLEIN VIEIRA y PIRES FERNANDES, cit. (n. 9), pp. 230-232.

16 A partir del análisis de la obra de Teixeira DE FREITAS se verifica que él reconoció la autonomía de la voluntad en su forma más amplia, tanto para la elección del foro como para la elección de la ley aplicable, sin fijar otro límite que no sea el orden público. Véase: SAMTLEBEN, Jürgen, "Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano", *Revista de Informação Legislativa*, 1985, N° 85, pp. 265-268.

haber influenciado la redacción de otros códigos en Latinoamérica, a ejemplo del *Código Civil de Vélez Sarsfield*, que estuvo vigente en la Argentina hasta el 2015.

Solamente más tarde, los debates alrededor de la admisión del principio empezaron a ganar más espacio, a partir de la promulgación de la *Ley de Introducción al Código Civil de 1916*, la cual preveía, en su art. 13, que la substancia y los efectos de las relaciones contractuales establecidas entre las partes serían regidos por el derecho del lugar de celebración del contrato, salvo estipulación en contrario. Esta expresión “salvo estipulación en contrario” dio cabida a que fuese sostenido, por parte de la doctrina, que el país aceptaba que las partes pactasen el derecho aplicable al contrato internacional.<sup>17-18</sup> Pero, la jurisprudencia se basó en esta disposición para aplicar casi siempre el derecho brasileño a los contratos internacionales, excluyendo la posibilidad de elección de ley cuando los contratos fuesen ejecutados en el país. En este sentido, en 1924, el Supremo Tribunal Federal, al analizar el caso “Estado do Ceará c/ Bayley & Cia”,<sup>19</sup> en el cual las partes pactaron que sería aplicable el derecho de Luisiana al contrato, decidió que tal cláusula, siendo ofensiva del derecho nacional, debería tenerse por no escrita e inexistente.<sup>20</sup> Con base en esta visión territorialista, la autonomía conflictual de las partes en materia contractual quedó terminantemente prohibida en el país,<sup>21</sup> siendo que algunos autores sostuvieron que siquiera existía en el derecho internacional, ni como principio, ni como teoría aceptable.<sup>22</sup>

Con la entrada en vigencia de la *Ley de Introducción al Código Civil de 1942*,<sup>23</sup> que derogó la norma anterior, la interpretación doctrinaria favorable a la autonomía de la voluntad, antes referida, igualmente perdió fuerza, en virtud de que el art. 9º de la Ley en destaque simplemente quitó de la redacción anterior la expresión “salvo estipulación en contrario”, lo que motivó a que muchos afirmasen con vehemencia que el derecho brasileño no acogía más esta teoría,<sup>24</sup> ya que el legislador intencionalmente excluyó cualquier

17 VALLADÃO, cit. (n. 4), p. 366; TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, p. 353.

18 El autor del artículo, Clóvis Beviláqua, se mostró favorable a la aceptación de la autonomía de la voluntad de las partes, al haber destacado que los contratantes solamente podrían elegir la ley aplicable a la substancia y a los efectos del acto. Basó su Proyecto en el art. 4º del Código Comercial portugués de 1888. SAMTLEBEN, cit. (n. 14), p. 269.

19 Supremo Tribunal Federal, 13 de diciembre de 1924, Agravo de Petición 3.927, *Revista do Supremo Tribunal Federal*, 1925, Nº 91, pp. 45-50.

20 SAMTLEBEN, cit. (n. 14), p. 270.

21 ESPÍNOLA, Eduardo, *Elementos de Direito Internacional Privado*, Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1925, pp. 655-657.

22 PONTES DE MIRANDA, Francisco C., *Tratado de Direito Internacional Privado*, José Olympio, Rio de Janeiro, 1935, Tomo II, pp. 156-157.

23 Esta legislación, desde el 2010, se llama *Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño*. La reforma introducida por la Ley nº 12.376/2010, solamente alteró el nombre de la norma, pero nada respecto a su contenido.

24 TENÓRIO, cit. (n. 15), pp. 353-354. Para el autor citado, una obligación contraída en el extranjero puede sujetarse al derecho brasileño si la ley del lugar del contrato admite la autonomía de la voluntad y las partes hayan elegido la ley brasileña como siendo la aplicable a la relación contractual.



posibilidad de elección del derecho aplicable.<sup>25</sup> De cualquier modo, restaron aquellos que apoyan a la teoría que permite una elección indirecta de la ley que gobernará el contrato, por considerar que las partes pueden determinar el lugar de celebración del pacto, regla de conflicto que indicará la ley material que regulará la relación jurídica, prevista en el párrafo 2º del art. 9º.<sup>26</sup>

ii.- *Legislación actual: fuente interna e internacional*

En 1996, finalmente, ocurrió un cambio significativo en la orientación seguida por el país, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje, n° 9.307, que incorporó en su texto la autonomía de la voluntad de forma expresa, permitiéndose, a las partes, conforme determina el art. 2º, párrafo 1º,<sup>27</sup> establecer la ley aplicable al contrato en la convención arbitral.<sup>28</sup> Esta cuestión, a partir de entonces, empezó a ser pacificada en la jurisprudencia.<sup>29</sup> Es más, en virtud de la ley mencionada (art. 2º, párrafo 2º) se aceptó igualmente, de forma expresa, la posibilidad de que las partes pudiesen elegir un derecho no estatal para regular el contrato.<sup>30</sup>

A pesar de lo previsto en esta legislación, el principio de la autonomía de la voluntad continúa siendo motivo de discusión, ya que la *Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño* (anterior Ley de Introducción al Código Civil Brasileño de 1942) no contempla ninguna disposición a este respecto y, en cambio, la Ley de 1996 solamente prevé el uso del instituto para los contratos sometidos al arbitraje internacional. De esta forma, resulta curioso señalar que en Brasil es el modelo de solución de controversias el que realmente determina la aplicación de la autonomía

25 Sobre el tema, el Supremo Tribunal Federal, al comienzo de los ochenta, se expidió declarando la vigencia del art. 9º de la Ley de Introducción referida, que consagra la aplicación de la *lex loci celebrationis* y no permite la elección de la ley aplicable. El Tribunal aplicó al caso que le fue presentado la ley portuguesa, dado que el contrato había sido celebrado en Portugal, no reconociendo validez a la cláusula inserta que elegía el derecho inglés como aplicable. Supremo Tribunal Federal. (17 de diciembre de 1981) Recurso Extraordinario 93.131.

26 WALD, Arnoldo "Da validade das convenções sobre foro do contrato e da aplicação da lei estrangeira às convenções celebradas no Brasil", *Revista dos Tribunais*, 1964, N° 345, p. 58; DE SERPA LOPES, Miguel M., *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, Livraria Jacintho, Rio de Janeiro, 1944, Vol. 2, pp. 315-317; SAMTLEBEN, cit. (n. 14), p. 270.

27 Dicta el art. 2º: "el arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, a criterio de las partes. § 1º Podrán las partes elegir, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje, siempre que no haya violación a las costumbres y al orden público. § 2º Las partes podrán, asimismo, convenir que el arbitraje se realice con base en los principios generales del derecho, en los usos y costumbres y en las reglas internacionales del comercio." (Traducción libre del autor).

28 DE ARAÚJO, cit. (n. 2), p. 121; BRANDÃO DE OLIVEIRA, Agatha; RAIZER BORGES MOSCHEN, Valeska, "Un enfoque crítico del sistema brasileño de derecho internacional privado y los retos de la armonización: los nuevos Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales", en MORENO RODRÍGUEZ, J.A., LIMA MARQUES, C. (Coords.), *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Gráfica e Editora RJR, Porto Alegre - Asunción, 2014, pp. 48-53.

29 Siguiendo esta orientación, véanse los siguientes fallos, que tienen por objeto la solicitud de reconocimiento de laudo arbitral extranjero, en los cuales la autonomía de la voluntad no fue contestada: a) Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial, 18 de octubre de 2006, Sentencia Extranjera Contestada 507. [MP Gilson Dipp]; b) Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial, 23 de noviembre de 2006, Sentencia Extranjera Contestada 611. [MP João Otávio de Noronha]; c) Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial, 20 de junio de 2007, Sentencia Extranjera Contestada 1210. [MP Fernando Gonçalves]; d) Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial, 2 de octubre de 2013, Sentencia Extranjera Contestada 3891. [MP Humberto Martins]; e) Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial, 21 de mayo de 2014, Sentencia Extranjera Contestada 9880. [MP Maria Thereza de Assis Moura].

30 La doctrina advierte que la Ley de Arbitraje permite la elección de la *lex mercatoria* para gobernar el contrato, siempre que el arbitraje haya sido elegido como sistema de solución de controversias por las partes. BASSO, Maristela, *Curso de Direito Internacional Privado*, Atlas, São Paulo, 2013, 3ª edición, p. 251.

de la voluntad o su negación y no la naturaleza contractual de la relación jurídica, lo que no deja de ser una paradoja y, en la opinión de Jacob DOLINGER: ¡un absurdo!<sup>31</sup>

Ante todo lo expuesto, es posible sostener que en Brasil la doctrina actual está dividida en tres corrientes antagónicas.<sup>32</sup> La primera de ellas, denominada realista, niega la existencia del principio de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes, teniendo en cuenta que no existen elementos concretos que autoricen su uso en el ordenamiento jurídico nacional.<sup>33</sup> La segunda, llamada conciliatoria, reconoce la existencia del principio señalado, empero, de forma indirecta y restricta al campo de las normas supletorias, cuando la ley del lugar de celebración del contrato así lo autorice.<sup>34</sup> Por último, la tercera corriente, siguiendo lo que ya sostenía Haroldo VALLADÃO,<sup>35</sup> argumenta que la autonomía de la voluntad jamás desapareció del sistema jurídico del país y que, por otra parte, el art. 9º de la Ley de Introducción antes referida no prohíbe la elección de la ley aplicable por los contratantes.<sup>36</sup> Entre las corrientes apuntadas, en nuestra opinión, pareciera que la que es más acorde con los propósitos y necesidades del comercio internacional es la última. No hay por qué excluir o limitar la autonomía de la voluntad, en este supuesto, para contratos comerciales internacionales, en donde se supone que las partes tienen igual poder de negociación y se está ante derecho patrimonial disponible. Por lo tanto, no se exige una presencia mayor o tutela por parte del Estado, que justifique una postura más reacia a la utilización de la libertad de las partes para elegir el derecho aplicable al contrato.

Además de los argumentos antes esgrimidos, SOUZA JUNIOR añade que el art. 9º debe ser reinterpretedado a la luz de lo dispuesto en la Constitución Federal de 1988, que consagra, a su vez, el principio de la autonomía de la voluntad como una libertad fundamental de rango constitucional. De esta forma se evitarían antagonismos en el derecho brasileño, que, según el académico, no

31 DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado (Parte Especial). Direito Civil Internacional. Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, Vol. II, p. 474.

32 SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama, "Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável", en TIBURCIO, C., BARROSO, L. R. (Coords.), *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 606-607.

33 Sobre este tema, ver: DINIZ, María Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 254-256; DE ARAÚJO, cit. (n. 2), p. 118; RECHSTEINER, Beat Walter, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática*, Saraiva, São Paulo, 2013, 16ª edición, p. 185; BASSO, cit. (n. 28), p. 248; GRANDINO RODAS, João, "Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais", en GRANDINO RODAS, J. (Coord.), *Contratos Internacionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, 2ª ed, p. 44. El último autor citado, en la página en destaque, comenta que ante el *caput* del art. 9º de la Ley de Introducción vigente, no se puede afirmar la existencia de la autonomía de la voluntad para la indicación de la norma aplicable, en el Derecho Internacional Privado brasileño. Queda librado a las partes únicamente el ejercicio de la libertad contractual en el campo de las disposiciones supletorias de la ley aplicable, por determinación de la *lex loci contractus*.

34 Aquí, me remito igualmente a la parte final de la nota anterior, que se refiere a la posición de João Grandino Rodas. Además, se suman a esta teoría: BAPTISTA, Luiz Olavo, *Dos Contratos Internacionais. Uma Visão Teórica e Prática*, Saraiva, São Paulo, 1994, pp. 48-49; STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*, LTr., São Paulo, 2003, 5ª edición, p. 660; DE CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, Forense, Rio de Janeiro, 2002, 5ª edición, p. 444.

35 VALLADÃO, cit. (n. 4), pp. 366-367.

36 DOLINGER, Jacob, *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Renovar, Rio de Janeiro, 1979, p. 205.



contempla ninguna prohibición a la elección de la ley aplicable al contrato internacional.<sup>37</sup> Conforme al autor referido,

“la interpretación prohibitiva del art. 9º de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, construida a partir de una mera omisión legislativa, implicaría en el sacrificio desproporcional de un derecho fundamental (autonomía de la voluntad), en beneficio de un interés (la aplicación de la ley del lugar de celebración del contrato) que ni siquiera posee *status* constitucional”.<sup>38</sup>

Además, es interesante destacar cómo la doctrina extranjera ha observado a este fenómeno, respecto a la aceptación o rechazo de la autonomía de la voluntad para efectos de elección del derecho aplicable al contrato, en el sistema jurídico brasileño, teniendo en cuenta la supresión ocurrida en el texto del art. 9º de la Ley de Introducción, antes referido. En ese sentido, Jürgen BASEDOW ha sostenido que es muy probable que se reconozca la elección de una ley extranjera, una vez que se refiera a disposiciones de derecho dispositivas, suponiéndose que estas son de derecho sustantivo.<sup>39</sup> Del mismo modo, conforme al autor, el principio de la autonomía de la voluntad estaría admitido, en Brasil, cuando se trate de elección indirecta de la ley aplicable, es decir, cuando se hace la elección de la ley aplicable a un contrato en un país extranjero que reconoce tal posibilidad.<sup>40</sup>

Ante este escenario, como no podría dejar de serlo, también se encuentra dividida la jurisprudencia nacional en materia de elección de la ley aplicable al contrato internacional que no fue sometido al arbitraje, en los pocos casos en que se discute la autonomía de la voluntad.<sup>41</sup> Sin embargo, aplica, de forma casi mayoritaria, el rechazo a este principio, por la adopción de una interpretación literal del art. 9º antes referido,<sup>42</sup> resultante de la aplicación matemática y clásica del método conflictualista, lo que es refutable.

37 El autor basa su argumento en lo dispuesto en los arts. 5º, apartado II (nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo, sino en virtud de ley), 1º, apartado IV y 170, párrafo único (que se refieren a la libre iniciativa) de la Constitución Federal de 1988.

38 SOUZA JUNIOR, cit. (n. 30), p. 621. Traducción libre del autor.

39 BASEDOW, Jürgen, “Theory of Choice of Law and Party Autonomy”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (Dir.), *Contratos Internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. Jornadas de la ASADIP 2016*, ASADIP - OEA, Buenos Aires, 2016, p. 19.

40 BASEDOW, cit. (n. 37), p. 19.

41 Reconociendo como válida la elección de ley realizada por las partes, véase el siguiente fallo, ya referido, que otorga el reconocimiento a una sentencia judicial extranjera, que pudiere ser considerado un *leading case* en el derecho brasileño: “4. *In casu*, el reconocimiento se refiere exactamente a la sentencia extranjera, la cual consideró exequible las disposiciones sobre responsabilidad limitada y elección de regencia de ley con fundamento en contrato firmado entre las partes litigantes, designado en los autos del *General Terms Agreements* (Contratos en términos generales), en el cual VARIG S.A. adquirió de General Electric, entre otros bienes, un motor de aeronave modelo CF6-80C2B2, con número de serie 690165. 5. Una vez elegido el derecho aplicable a la especie en manifestación libre de voluntad (GTA), referido pacto, *mutatis mutandis*, se revela como siendo un ‘compromiso’ insuperable por la alegación de aplicación en contrato internacional del Código de Defensa del Consumidor – CDC, ley interna, bajo el argumento de que entender lo contrario ofendería al orden público.” (Traducción libre del autor). Véase: Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial, 5 de noviembre de 2008, Sentencia Extranjera Contestada 646/US. [MP Luiz Fux]

42 DE ARAÚJO, Nadia, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, 3ª edición, p. 357.

Para poner fin a la controversia existente en Brasil, fueron presentados una serie de proyectos de ley destinados a reformar el art. 9º de la Ley de Introducción, con la intención de introducir, *de lege ferenda*, el principio de la autonomía de las partes en el derecho brasileño<sup>43</sup> ajustándolo, además, a la dinámica y a las prácticas de negociación del comercio internacional.

En este sentido, actualmente tramita en el Congreso Nacional el Proyecto de Ley nº 1.782/2011, de autoría del Diputado Federal Carlos Bezerra, que busca modificar el art. 9º, párrafo 2º de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, para permitir que las partes elijan la ley aplicable al contrato internacional. Siguiendo semejante objetivo, también está en tramitación en la Casa Legislativa referida el Proyecto de Ley de la Cámara de Diputados Federales nº 3514/2015, ya aprobado en el Senado Federal, que entre otras cosas se refiere a la alteración del art. 9º<sup>44</sup> de la Ley mencionada, para permitir expresamente el uso de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales, siempre que esta elección se refiera a la totalidad del contrato y haya sido efectuada de modo expreso, no siendo necesaria ninguna vinculación entre la ley elegida y las partes o el contrato. Además, la norma proyectada permite que los contratantes elijan las reglas de la *lex mercatoria* para regir el contrato, siempre y cuando no sean contrarias al orden público internacional, trasladando para este ámbito la solución contenida en la Ley de Arbitraje. De cualquier modo, para los contratos de adhesión celebrados entre empresas se impone la aplicación de las normas brasileñas de carácter imperativo.<sup>45</sup>

43 La inserción del principio referido fue postulada por el art. 51 del *Proyecto de Código de Aplicación de las Normas Jurídicas*, presentado por Haroldo Valladão, en 1964; por el art. 11 del Proyecto de Ley nº 4.905/1995; y por el art. 12 del Proyecto de Ley nº 269/2004. Solamente el Proyecto de Ley nº 243/2002, de autoría del Senador Moreira Mendes, no admitió la autonomía de la voluntad en el derecho brasileño (ver arts. 31 a 35). Sobre el Proyecto nº 4.905/1995, véase: FIORATI, Jete Jane, "As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas", *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, 1996, Vol. 17, pp. 17-39.

44 Según el art. 9º del Proyecto: "el contrato internacional entre profesionales, empresarios y comerciantes se rige por la ley escogida por las partes, siendo que el acuerdo respecto a esta elección debe ser expreso. § 1º. La elección debe referirse a la totalidad del contrato, pero ninguna conexión necesita existir entre la ley elegida y las partes o la transacción. § 2º. En la elección del *caput*, la referencia a la ley incluye también a la indicación, como aplicable al contrato, de un conjunto de reglas jurídicas de carácter internacional, opcional o uniforme, aceptadas en el plano internacional, supranacional o regional como neutrales y justas, incluso la *lex mercatoria*, siempre que no sean contrarias al orden público. § 3º. En ausencia o ante la invalidez de la elección, el contrato será regido por la ley del lugar de su celebración, considerándose éste para los contratos celebrados a distancia como siendo el lugar de la residencia del proponente. § 4º. Destinándose la obligación a ser ejecutada en Brasil y dependiendo de forma esencial, será ésta observada, admitidas las peculiaridades de la ley extranjera respecto a los requisitos extrínsecos del acto. § 5º. No obstante lo dispuesto en este artículo, cuando se tratare de contrato *standard* o de adhesión, celebrado en Brasil, o que aquí tuviere que ser ejecutado, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho brasileño cuando éstas revistan carácter imperativo. § 6º. Este artículo no se aplica a los siguientes contratos y obligaciones: I.- cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, capacidad de las partes o consecuencias advenidas de la nulidad del contrato que sean consecuencia de la incapacidad de una de las partes; II.- obligaciones contractuales que tengan como principal objeto cuestiones sucesorias, testamentarias, de régimen matrimonial o decurrentes de relaciones de familia; III.- obligaciones provenientes de títulos de crédito; IV.- obligaciones provenientes de transacciones de valores mobiliarios; V.- acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; VI.- cuestiones de derecho societario, incluyendo la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general; VII.- contratos de transporte, de seguro o de trabajo; VIII.- relaciones de consumo." (Traducción libre del autor). El proyecto referido sufrió dos alteraciones. En este sentido, el 26/11/2013 se insertó el art. 9º A referente a los contratos internacionales de consumo, permitiéndose la elección de la ley aplicable. Esta posibilidad, el 19/3/2014 fue nuevamente rechazada por la nueva versión del artículo referido. Actualmente, el Proyecto se encuentra en tramitación.

45 KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 320.

Como se verifica, la aprobación del Proyecto de Ley 3514/2015 solucionaría el hito que existe en el derecho brasileño de fuente interna, respecto a la elección del derecho aplicable al contrato internacional, poniendo fin al tratamiento dispar que existe cuando el contrato fuere sometido al arbitraje o al Poder Judicial.

Por fin, respecto a la fuente convencional, cabe referir nuevamente que el país se vincula al Código Bustamante de 1928, que se mantiene silente respecto al tema de la autonomía de la voluntad en este aspecto, aunque su autor se posicionase en su momento favorablemente al principio referido, una vez que, al comentar su propio Código,<sup>46</sup> dio la impresión de que se acoge la autonomía de la voluntad en materia de elección de la ley aplicable, a pesar de que esto no está expresado en ninguno de los artículos que abordan la cuestión contractual (arts. 164 a 186).

Esta ausencia de disposición específica ha dado lugar a que parte de la doctrina se posicionase contra la elección de la ley aplicable por las partes.<sup>47</sup> Sin embargo, existen defensores de la corriente de pensamiento según la cual el Código Bustamante admitió el principio (entre ellos, STRENGER, DOLINGER, VALLADÃO, ALBORNOZ, y SAMTLEBEN).<sup>48</sup> Para el último autor citado, reconociendo la libertad de las partes, el Código admitió la elección de la ley aplicable al contrato, aunque se haya restringido al ámbito del derecho dispositivo, según los conceptos de la *lex fori*.<sup>49</sup>

Igualmente, cabe registrar que, en 2013, Brasil finalmente se hizo signatario de la *Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, la cual, en su art. 6º, admite la autonomía de la voluntad de las partes de forma amplia, al destacar que “las partes podrán excluir la aplicación de la presente convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”. Siendo así, más allá de poder elegir la ley aplicable al contrato internacional, las partes pueden optar por las disposiciones de la propia Convención que quieren que sean aplicadas a la relación comercial. De ese modo, tal como lo advierten Alejandro GARRO y Alberto ZUPPI, el art. 6º de la Convención autoriza a que las partes excluyan total o parcialmente sus disposiciones. En ese sentido, si las partes eligen un derecho de un Estado que no es signatario de Viena o si eligen el derecho de un Estado signatario que se aplica a compraventas que no son regidas por Viena, luego, no se aplica Viena. Sin embargo, para los autores, si la selección de la ley aplicable no hace mención a que la elección se refiere solamente al derecho interno, o que expresamente se excluye Viena, se

46 SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Cultural, La Habana, 1943, 3ª edición, Tomo II, pp. 180-181.

47 DE ARAÚJO, cit. (n. 2), p. 175; MORENO RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 110.

48 STRENGER, Irineu, *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 208; DOLINGER, cit. (n. 29), pp. 477-478; VALLADÃO, Haroldo, “O contrato internacional”, *Revista Forense*, 1979, N° 269, p. 3; ALBORNOZ, M. Mercedes, “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, Vol. XLII, N° 125, pp. 639-640; SAMTLEBEN, cit. (n. 14), p. 275.

49 SAMTLEBEN, cit. (n. 14), p. 275.

considerará que la elección del derecho incluye las normas de la Convención que serían aplicables a la compraventa internacional.<sup>50</sup> En otras palabras, si no se hace referencia expresa en la cláusula contractual, la elección del derecho aplicable abarcará no solamente al derecho interno elegido, sino más bien al derecho de fuente convencional del país indicado.

Por último, resulta de interés destacar que la Convención de Viena acoge el empleo de la *lex mercatoria*, en su art. 9º, apartados 1 y 2, estableciendo que las partes podrán elegir los usos y costumbres del comercio internacional como derecho aplicable a sus contratos, más allá de indicar la aplicación de estos usos a la relación contractual, aunque no hayan sido elegidos por los contratantes. De esto deviene que los usos y prácticas del comercio internacional tienen vigencia siempre y cuando las partes no los excluyan expresamente, razón por la cual adquieren una jerarquía normativa superior a las normas de la propia Convención.<sup>51</sup>

De ese modo, cabe esperar que la entrada en vigencia de la Convención de Viena, en Brasil, pueda llevar el país a admitir con menos restricciones la elección del derecho aplicable al contrato comercial internacional, también respecto a la fuente interna, tendencia que, sin embargo, aún no se ha observado en la práctica de los tribunales superiores.

### III.- Conclusiones

Como se ha puesto de relieve, el Derecho Internacional Privado brasileño ha dispensado un trato distinto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo al objeto de la disciplina del cual se trate, habiendo optado por una solución que aún no atiende a los reclamos del comercio internacional y tampoco al interés de las partes.

Así, en materia de jurisdicción internacional, pese a que respecto a la posibilidad de utilización del arbitraje internacional –como medio alternativo para la solución de los conflictos vinculados a un contrato comercial internacional–, el tema ya haya sido discutido y apaciguado, tanto en la legislación, como en la doctrina y jurisprudencia, desde fines de los 90, la aceptación de la elección de un foro extranjero como competente para la demanda derivada de contrato internacional es un hecho relativamente reciente, en la fuente interna. Eso porque, solamente con la aprobación y entrada en vigor del Código de Proceso Civil de 2015 – que en su art. 25 expresamente determina que el juez nacional es incompetente cuando haya cláusula de elección de foro exclusivo extranjero, inserta en contrato internacional–, la autonomía de la voluntad quedó totalmente reconocida y autorizada en la materia. Eso no significa que antes de la fecha en referencia, en los contratos internacionales

50 GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L., *Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 54.

51 NOODT TAQUELA, María B., “Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, en AA.VV., *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI. Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado. Segovia, 1 y 2 de Diciembre de 1995*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p. 111.

celebrados en el país no se utilizase la cláusula de elección de foro, sino más bien que esta cláusula podría ser fácilmente anulada, si una de las partes, una vez habiendo hipótesis de jurisdicción internacional concurrente –tal como lo podría ser el lugar de celebración o ejecución del contrato, en Brasil–, decidiera ingresar con la demanda ante el juez brasileño, porque eso estaría más de acorde con sus intereses particulares, aunque en desconformidad con lo pactado oportunamente. La inseguridad jurídica era un vector conocido en esa área ante la posibilidad de *forum shopping*, pese a la existencia de un contrato entre las partes con cláusula de elección de foro.

Hoy en día, la legislación y la doctrina ya han aceptado, sin restricciones, la existencia del principio, cuando el contrato es sometido al análisis del poder judicial. Sin embargo, se espera que la jurisprudencia, responsable por sentar las bases para la aplicación de ese principio, siga igual camino, lo que sería imprescindible para incrementar la confianza de las partes en el cumplimiento del contrato.

Por otro lado, en el ámbito del derecho aplicable al contrato comercial internacional, el problema que se presenta es aún mayor y está lejos de ser solucionado. Pese a que Brasil haya sido favorable a la autonomía de la voluntad hasta el comienzo del siglo XX, desde 1942 hasta la actualidad sigue mostrándose reacio a la posibilidad de las partes elegir el derecho aplicable al contrato internacional. En opinión de la autora de este trabajo, dicha posición dificulta sobremanera el comercio internacional y no tiene razón de ser, ya que estamos tratando de derecho patrimonial disponible y de una relación jurídica entre partes en igual poder de negociación. Sin embargo, pareciera que Brasil está marchando hacia la admisión del principio referido, en virtud de lo dispuesto en su Ley de Arbitraje, que consagra abiertamente su utilización para regir los contratos que se sometan al sistema de solución de controversias no estatal y en virtud de la ratificación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que igualmente permite la utilización del principio de forma amplia.

Lo anteriormente expuesto no deja dudas que el sistema de solución de controversias, en Brasil, define si la autonomía de las partes para la elección del derecho aplicable al contrato internacional será mantenida o rechazada. Esa solución no encuentra sincronía con lo existente en materia de jurisdicción internacional y es del todo inaceptable. ¿Por qué permitir que, el mismo contrato, si sometido al arbitraje, respetará la decisión de las partes en elegir un derecho estatal o no estatal para gobernarlo y si sometido al poder judicial no se sabe a cuál corriente doctrinaria se filiará el juez, en virtud de la ausencia de norma escrita? Es decir, ¿si sometido al poder judicial, no se sabe si el juez aplicará el derecho elegido por las partes o si declarará nula la cláusula y en su lugar aplicará el derecho indicado por la norma de conflicto brasileña? Las partes, cuando contratan, quieren seguridad jurídica. La ausencia expresa de autorización para la elección del derecho aplicable, en el derecho brasileño de fuente interna, ha sido motivo para dificultar la contratación y el relativo aumento de las negociaciones en la esfera internacional. Queda clara, pues, la necesidad y la urgencia de reforma en el sistema legislativo interno.

Por fin, esperamos que en un futuro no muy lejano, Brasil pueda, finalmente, aceptar de forma clara y expresa tal principio de la autonomía de la voluntad, en su legislación de fuente interna, como medida necesaria de fomento al comercio internacional y para no estar a contramano de las tendencias del comercio global y de la solución adoptada por sus principales socios comerciales.

### Bibliografía citada

#### a) Doctrina

- ALBORNOZ, M. Mercedes, “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, Vol. XLII, N° 125, pp. 654-655.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, *Dos Contratos Internacionais. Uma Visão Teórica e Prática*, Saraiva, São Paulo, 1994.
- BASEDOW, Jürgen, “Theory of Choice of Law and Party Autonomy”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (Dirs.), *Contratos Internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. Jornadas de la ASADIP 2016*, ASADIP - OEA, Buenos Aires, 2016, pp. 17-57.
- BASSO, Maristela, *Curso de Direito Internacional Privado*, Atlas, São Paulo, 2013, 3ª edición.
- BRANDÃO DE OLIVEIRA, Agatha; RAIZER BORGES MOSCHEN, Valeska, “Un enfoque crítico del sistema brasileño de derecho internacional privado y los retos de la armonización: los nuevos Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales”, en MORENO RODRÍGUEZ, J.A., LIMA MARQUES, C. (Coords.), *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Gráfica e Editora RJR, Porto Alegre - Asunción, 2014.
- DE ARAÚJO, Nadia, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, 3ª edición.
- DE ARAÚJO, Nadia, *Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2009, 4ª edición.
- DE CARVALHO RAMOS, André, *Curso de Direito Internacional Privado*, Saraiva, São Paulo, 2018.
- DE CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, Forense, Rio de Janeiro, 2002, 5ª edición.
- DE SERPA LOPES, Miguel M., *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, Livraria Jacintho, Rio de Janeiro, 1944, Vol. 2.



- DINIZ, María Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, Saraiva, São Paulo, 1996.
- DOLINGER, Jacob, *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Renovar, Rio de Janeiro, 1979.
- DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado (Parte Especial). Direito Civil Internacional. Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, Vol. II.
- ESPÍNOLA, Eduardo, *Elementos de Direito Internacional Privado*, Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1925.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “Derecho contractual del MERCOSUR: alternativas para su armonización legislativa”, en NEGRO, S.C. (Coord.), *Lecturas sobre Integración Regional y Comercio Internacional. Homenaje a Susana Czar de Zalduendo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Departamento de Publicaciones - La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 185-246.
- FIORATI, Jete Jane, “As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas”, *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, 1996, Vol. 17, pp. 17-39.
- GARRO, Alejandro M.; ZUPPI, Alberto L., *Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- GRANDINO RODAS, Joao, “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”, en GRANDINO RODAS, J. (Coord.), *Contratos Internacionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, 2a ed.
- KLEIN VIEIRA, Luciane, “La autonomía de la voluntad en los contratos internacionales celebrados entre partes con igual poder de negociación: su recepción en el derecho interno actual de los Estados mercosureños”, *Derecho Comercial y de las Obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, 2016, N° 279, pp. 185-219.
- KLEIN VIEIRA, Luciane, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - La Ley, Buenos Aires, 2017.
- KLEIN VIEIRA, Luciane; PIRES FERNANDES, Mercedes, “Os acordos de eleição de foro nos contratos internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2017, N° 9, pp. 224-243.

- MORENO RODRÍGUEZ, José A., *Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional*, CEDEP - Intercontinental Editora, Asunción, 2013.
- NOODT TAQUELA, María B., “Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, en AA.VV., *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI. Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado. Segovia, 1 y 2 de Diciembre de 1995*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C., *Tratado de Direito Internacional Privado*, José Olympio, Rio de Janeiro, 1935, Tomo II.
- RECHSTEINER, Beat Walter, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática*, Saraiva, São Paulo, 2013, 16ª edición.
- SAMTLEBEN, Jürgen, “Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano”, *Revista de Informação Legislativa*, 1985, N° 85, pp. 265-275.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Cultural, La Habana, 1943, 3ª edición, Tomo II.
- STRENGER, Irineu, *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.
- STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*, LTr., São Paulo, 2003, 5ª edición.
- SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama, “Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável”, en TIBURCIO, C., BARROSO, L. R. (Coords.), *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957.
- VALLADÃO, Haroldo, “O contrato internacional”, *Revista Forense*, 1979, N° 269, pp. 3-20.
- VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1980, Vol. II.
- WALD, Arnaldo “Da validade das convenções sobre foro do contrato e da aplicação da lei estrangeira às convenções celebradas no Brasil”, *Revista dos Tribunais*, 1964, N° 345, pp. 58-64.



*b) Jurisprudencia (brasileña)*

- Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial. (18 de octubre de 2006) Sentencia Extranjera Contestada 507. [MP Gilson Dipp]
- Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial. (2 de octubre de 2013) Sentencia Extranjera Contestada 3891. [MP Humberto Martins]
- Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial. (20 de junio de 2007) Sentencia Extranjera Contestada 1210. [MP Fernando Gonçalves]
- Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial. (21 de mayo de 2014) Sentencia Extranjera Contestada 9880. [MP Maria Thereza de Assis Moura]
- Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial. (23 de noviembre de 2006) Sentencia Extranjera Contestada 611. [MP João Otávio de Noronha]
- Superior Tribunal de Justicia, Corte Especial. (5 de noviembre de 2008) Sentencia Extranjera Contestada 646/US. [MP Luiz Fux]
- Superior Tribunal de Justicia, Cuarta Turma. (11 de mayo de 2010) Recurso Especial 1.168.547-RJ. [MP Luis Felipe Salomão]
- Superior Tribunal de Justicia, Cuarta Turma. (2 de junio de 2015) Recurso Ordinario 114-DF. [MP Raul Araújo]
- Superior Tribunal de Justicia, Segunda Sección. (13 de junio de 2016) Embargos de Declaración en Recurso Especial 1.518.604-SP. [MP Paulo de Tarso Sanseverino]
- Superior Tribunal de Justicia, Tercera Turma. (17 de diciembre de 2013) Recurso Especial 1.130.870-PR. [MP Nancy Andrighi]
- Superior Tribunal de Justicia, Tercera Turma. (18 de agosto de 2015) Agravo Regimental en Recurso Especial 1.498.923-CE. [MP Moura Ribeiro]
- Superior Tribunal de Justicia. (10 de diciembre de 2015) Carta Rogatoria 10.243-ES. [MP Francisco Falcão]
- Superior Tribunal de Justicia. (12 de agosto de 2015) Recurso Especial 1.545.783-SP. [MP Ricardo Villas Bôas Cueva]
- Superior Tribunal de Justicia. (13 maio 2011) Recurso Especial 1.043.343-PR. [MP Sidnei Beneti]
- Superior Tribunal de Justicia. (16 de agosto de 2011) Agravo en Recurso Especial 679.421-RJ. [MP Maria Isabel Gallotti]
- Superior Tribunal de Justicia. (22 de febrero de 2016) Carta Rogatoria 10.357-US. [MP Francisco Falcão]

Superior Tribunal de Justicia. (30 de junio de 2015) Recurso Especial 1.495.859-SP.  
[MP Moura Ribeiro]

Supremo Tribunal Federal. (13 de diciembre de 1924) Agravo de Petición 3.927.

Supremo Tribunal Federal. (17 de diciembre de 1981) Recurso Extraordinario  
93.131.

# PROPUESTA DE ADECUACIÓN NORMATIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

## *PROPOSAL FOR THE NORMATIVE ADAPTATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS*

MARÍA ANTONIETA DELGADO MENÉNDEZ <sup>1</sup>

### RESUMEN

*A la luz de las tendencias y fórmulas doctrinarias y legislativas prevalecientes en el siglo XXI, el presente artículo formula recomendaciones y propuestas puntuales de reforma legal orientadas a armonizar y mejorar la legislación peruana respecto a la autonomía de la voluntad, lex contractus y limitaciones vinculadas con la defensa de principios fundamentales del foro, y por ende, a dotar al Perú de un marco jurídico más coherente, moderno y previsible que ofrezca mayor seguridad jurídica a la contratación internacional.*

*Palabras clave: Autonomía de la voluntad conflictual, contratos internacionales, derecho aplicable al contrato.*

### ABSTRACT

*In light of the trends and doctrinal and legislative formulas prevailing, this paper proposes recommendations and offer specific proposals for legal reform aimed at harmonizing and improving Peruvian law regarding autonomy of the parties, contract law and limitations relating to the defense of fundamental principles of the forum, and therefore, provide Peru with a more coherent, modern and predictable legal framework which offers greater legal security for international contracts.*

*Keywords: Autonomy of the parties in the choice of the law applicable to their contract, international contracts, law applicable to the contract.*

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho Internacional Privado y Arbitraje Internacional, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autora de múltiples publicaciones especializadas en Derecho Internacional Privado, contratos y arbitraje internacional. Correo electrónico: mrdelgad@pucp.edu.pe.

Este trabajo forma parte de la obra de la autora, *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas*, Biblioteca de Arbitraje de la Colección Mario Castillo Freyre, vol. 44, PUCP, Lima, 2017, pp. 137-168.

## I.- Introducción

Como nos recuerda BOGGIANO,<sup>2</sup> hoy es un hecho la admisión a nivel mundial del principio de autonomía de las partes, logro esencial de la contratación internacional del siglo xx. No obstante, el siglo xxi nos impone un nuevo reto en la región: la consolidación del principio de autonomía de las partes en el ámbito latinoamericano y en su relación con otros ámbitos, a efectos de poder garantizar una reglamentación universal uniforme.

Al igual que los demás Estados miembro de la OEA, Perú debe aprovechar las ventajas del principio de autonomía de las partes y, sobre la base de este principio, perfeccionar y armonizar el tratamiento que confiere al tema del derecho aplicable a los contratos en dos niveles: a nivel de sus normas jurídicas de fuente interna y a nivel de sus normas jurídicas de fuente internacional; trabajo que pasa necesariamente por precisar y armonizar los alcances y límites de la autonomía de las partes; estos últimos deben fundarse necesariamente en la aplicación de normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata y sobre la defensa de principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, y no en las normas imperativas internas que se aplican sólo para los contratos domésticos o locales; únicamente así la autonomía sirve a la armonía internacional de las soluciones.

El análisis de las tendencias del Derecho Internacional Privado (en adelante, también DIPr) contemporáneo nos permiten conocer y acceder a las distintas fórmulas modernas consagradas por la doctrina, jueces, y cuerpos legales de fuente nacional e internacional, respecto a la autonomía de la voluntad, la *lex contractus* y las normas internacionalmente imperativas. También nos ha facilitado la comparación de las opciones legislativas empleadas por las leyes extranjeras y convenciones internacionales contemporáneas con la legislación peruana de DIPr sobre *lex contractus*, con miras a identificar las modificaciones que convendría incorporar para optimizar la legislación peruana sobre el tema.

Por ello, a la luz de las tendencias y fórmulas doctrinarias y legislativas prevalecientes en el siglo xxi, sobre la base de las características y particularidades de la normatividad peruana vigente, formulamos recomendaciones y propuestas puntuales de reforma legal, orientadas a armonizar y mejorar nuestra legislación respecto a la autonomía de la voluntad, *lex contractus* y limitaciones vinculadas con la defensa de principios fundamentales del foro, y por ende, a dotar al Perú de un marco jurídico más coherente, moderno y previsible que ofrezca mayor seguridad jurídica a la contratación internacional.

2 BOGGIANO, Antonio, *Contratos internacionales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 39-41.

## II.- Normatividad peruana vigente relativa a la determinación de la *lex contractus*.

### 2.1.- Normas peruanas de fuente interna.

La norma de DIPr peruana –art. 2095 del Código Civil peruano (CC. peruano)<sup>3</sup>– que consagra la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable a sus contratos, data de 1984; en su momento fue una norma de avanzada que consagró una autonomía de la voluntad de alcance amplio, al no exigir que la ley elegida por las partes tenga una vinculación con el contrato. No obstante, tiene algunas omisiones e imprecisiones, que consideramos importante revisar, analizar y subsanar, a partir de este trabajo de investigación y a la luz de los cuerpos jurídicos más modernos. Entre ellas se encuentran; por ejemplo, los siguientes asuntos no mencionados ni abordados de manera explícita:

- (i) La posibilidad de que la elección sea tácita y no necesariamente expresa, aunque sí indubitable, dado que hoy el art. 2095 del CC., a diferencia del art. 57 de la *Ley de Arbitraje peruana* (D. Leg. n° 1071), sólo permite elección expresa;
- (ii) La posibilidad de variar la ley pactada, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros, dado que la norma peruana, si bien no lo prohíbe, guarda silencio sobre este asunto;
- (iii) La posibilidad de pactar más de una ley aplicable, pero a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*); asunto que, si bien tampoco prohíbe la norma peruana, también omite aludir;
- (iv) La posibilidad de contemplar nuevos factores de conexión a falta de elección de las partes y, eventualmente, de diferenciarlos por tipo de contrato; dado que actualmente el art. 2095 del CC., a diferencia del art. 57 de la *Ley de Arbitraje*, que deja en libertad a los árbitros para determinar la *lex contractus* en función del derecho que consideren más apropiado para el caso concreto, impone factores de conexión subsidiarios (lugar de cumplimiento y, en su defecto, lugar de celebración del contrato).
- (v) La determinación y precisión del alcance del orden público en DIPr –“orden público internacional”– es también un asunto pendiente en la norma interna peruana que debe ser atendido, pues constituye un limitante por excelencia de la autonomía de la voluntad, al ser la expresión del conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento social, político, económico y cultural que fundamentan una sociedad en un momento histórico determinado. La norma peruana sólo alude a la función negativa del orden público en DIPr (excepción de orden público) como actualmente sucede en el Libro X del CC. (arts. 2049 y 2050); sin embargo, también debe aludir a su función positiva, que supone la necesaria intervención de las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata, que defienden intereses vitales de los ordenamientos jurídicos involucrados.
- (vi) La incorporación de normas de conflicto particulares, es otro asunto clave

3 En adelante, “Código Civil” abreviado como CC.

que requiere atención del DIPr peruano; en tanto son normas complementarias a la fórmula general del art. 2095 del CC., para ciertos contratos especiales donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger —p.ej., contratos de trabajo y de consumo—. Ello ya ha sido contemplado por cuerpos legales modernos, pero está pendiente en el Libro X de DIPr del CC. peruano, que sólo contiene una norma de conflicto (art. 2095) que, de manera general, trata sobre la determinación de la ley aplicable a todos los contratos y otra adicional (art. 2096) que refiere de manera poco adecuada a los alcances de la *lex contractus*.

Como puede verse, en el Perú se ha consagrado normas de conflicto distintas y fórmulas diferentes para la determinación de la ley aplicable al contrato, dependiendo de si es el juez peruano o un árbitro quien está conociendo del caso. Por tanto, las normas peruanas de fuente interna, no sólo requieren ajustes, precisiones e incorporaciones, sino también un necesario trabajo de armonización y compatibilización. Por ello, se formulan recomendaciones y propuestas concretas de ajuste normativo al derecho peruano sobre ley aplicable a los contratos, para un tratamiento más moderno y uniforme de la regulación de la *lex contractus*.

## 2.2.- Normas peruanas de fuente internacional que versan sobre ley aplicable a los contratos internacionales.

Actualmente existen importantes convenios internacionales que regulan la ley aplicable a los contratos internacionales. A nivel de los países de la Unión Europea tenemos el *Reglamento Roma I*, que en el año 2009 sustituyó al histórico *Convenio de Roma de 1980*, que marcó la consagración de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes —de alcance amplio— y es hasta hoy un referente en el campo de la contratación internacional del siglo XXI.

A nivel americano (Estados parte de la OEA), tenemos la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* de 1994, fruto de la Conferencia Interamericana de DIPr realizada en México ese mismo año, la que contó con la participación de una multiplicidad de países de la región, entre ellos el Perú. Lamentablemente, a la fecha, dicho país no se encuentra aún ni entre los países suscriptores, ni entre los ratificantes de la referida Convención. A nivel de las convenciones interamericanas que tendrían vinculación puntual con el tema de la *lex contractus*, como veremos más adelante, el Perú ha suscrito y ratificado sólo la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* de 1979 (Montevideo), donde se consagra la intervención del orden público en DIPr como limitante de la aplicación de la ley extranjera, que en el campo contractual sería, en principio, aquélla elegida por las partes.

Adicionalmente, el Perú ha ratificado la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de Mercaderías* de Viena, de 1980, la cual no es un instrumento internacional que contiene normas de conflicto sobre determinación de la *lex contractus*, sino más bien un cuerpo legal que crea derecho material y sólo en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías; y, como su

mismo texto lo indica, se orienta exclusivamente a regular la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, partes de este contrato.

Por tanto, el Perú no cuenta entre sus normas de DIPr de fuente internacional con convenios internacionales modernos especializados que regulen el derecho aplicable a los contratos internacionales. Los dos grandes tratados de DIPr vigentes para el Perú, que abordan el campo relativo a la ley aplicable a los contratos, son: el Tratado de Montevideo de 1889 y el Tratado de La Habana o Código de Bustamante de 1928; éstos son convenios muy antiguos que versan sobre una gama demasiado vasta de campos y temas y que además datan de fines del siglo antepasado, en el primer caso, y de principios del siglo pasado, en el segundo.<sup>4</sup> Ello explica por qué ninguno de ellos ha reconocido de manera explícita, abierta y clara, el principio de autonomía de las partes, que es la primera de las dos corrientes que existen hoy en el mundo, respecto de la manera de determinar la ley aplicable a un contrato.

Por el contrario, ambos tratados parecen adherirse a la segunda corriente, que predominó en el mundo hasta los años ochenta del siglo pasado, la misma que si bien no rechaza la autonomía de la voluntad conflictual de las partes, no llega a darle un reconocimiento abierto, mostrando así una postura ambigua y poco clara al respecto, que no es más que el reflejo del proceso embrionario de maduración que se venía gestando en aquel entonces, respecto del reconocimiento y alcances del principio de autonomía. Ambos tratados no son más que expresión del conjunto de ambigüedades y reticencias existentes en el momento de su elaboración y aprobación respecto a este importante tema. A continuación, presentamos un somero análisis de los tratados más importantes ratificados por el Perú que versan de alguna u otra manera sobre la ley aplicable a los contratos.

#### *a) Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889<sup>5</sup>*

Este tratado fue aprobado durante la reunión del Primer Congreso Sudamericano de DIPr, celebrada en Montevideo en 1889, y se encuentra ratificado por el Perú, al igual que por muchos otros países de la región. Este cuerpo internacional dedica sus arts. 32 al 39 a la ley aplicable a los contratos internacionales. A primera vista, pareciera que el Tratado niega a las partes la elección de la *lex contractus*, y que más bien les impone la ley del lugar de cumplimiento.

Sin embargo, de las Actas del Congreso de Montevideo, nos dice la profesora REVOREDO,<sup>6</sup> puede inferirse que los delegados de los países americanos tuvieron la intención de conceder a las partes una amplia autonomía de la voluntad para la designación de la ley rectora de su contrato. El profesor BOGGIANO<sup>7</sup> comparte esta misma lectura y nos recuerda al respecto la opinión de un prominente jurista

4 Perú y Bolivia son los únicos Estados que han ratificado ambos tratados.

5 Ratificado por seis países de América Latina: Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

6 REVOREDO DE MUR, Delia, "La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica", *Thémis - Revista de Derecho (P. Universidad Católica del Perú)* 1994, n.º 30, p. 234.

7 BOGGIANO, cit. (n. 1), p. 15.



que fuera miembro informante de la Comisión de Derecho Civil del Congreso Internacional Sudamericano, responsable de elaborar el texto del Tratado de 1889, el doctor Manuel QUINTANA. Según consta en las actas de la Comisión,<sup>8</sup> el doctor Quintana en el seno de aquella, representando la opinión en mayoría, expresó que los fundamentos de las soluciones del Tratado sobre los actos jurídicos, se orientan en sentido favorable al principio de autonomía de las partes. En el mismo sentido, al referir a las reglas sobre ley aplicable a los contratos consagradas en el Tratado, se dejó constancia en actas respecto de la inclinación favorable con relación a la autonomía de la voluntad, al establecer que: “Cuando las partes, renunciando a su libertad de acción, no hayan fijado expresa ni tácitamente la ley a que desean someter sus estipulaciones, entonces la autoridad debe intervenir, a título soberano, para designar esa ley...”<sup>9</sup>

Por tanto, si bien la autonomía de la voluntad es un tema no pre visto en el Tratado, debido a la época en que fue elaborado, suscrito y ratificado, concordamos con los profesores TOVAR GIL<sup>10</sup> en que su utilización no contraviene ni se opone a sus normas, por lo que es factible considerar a la voluntad de las partes como factor de conexión válido, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de los países americanos se inclina por esta tesis en su DIPr interno. Ergo, la referencia que hace el Tratado (art. 33) a la aplicación de la ley de cumplimiento como rectora del contrato sería solamente a título de factor subsidiario en defecto de elección de las partes de la *lex contractus*.

El *Protocolo Adicional al Tratado de Montevideo* de 1889 también reconoce en su texto la intervención de orden público para limitar o rechazar la aplicación de ley extranjera cuyo contenido contraviene las normas del foro de necesaria aplicación, pero lo hace sin efectuar mayor precisión respecto al ámbito y alcances de protección del orden público en DIPr, como sí lo hacen otros cuerpos internacionales más modernos como el Reglamento *Roma I* (art. 9), que ha realizado un esfuerzo por precisar los criterios que deben servir para identificar las normas de policía de aplicación necesaria o inmediata que protegen intereses vitales o esenciales del país invocado. El referido protocolo prescribe en su art. 4 que: “Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público, o las buenas costumbres del lugar del proceso”.

#### b) *Tratado de La Habana o Código Bustamante de 1928*<sup>11</sup>

Este Código fue aprobado durante la Sexta Conferencia Panamericana de DIPr realizada en La Habana en 1928, y se encuentra también ratificado por el Perú,

8 *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Edición oficial, Impr. de Juan Alsina, Buenos Aires, 1889, pp. 407-415 (Actos jurídicos).

9 *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, cit. (n. 7), pp. 407-408.

10 TOVAR GIL, Javier; TOVAR GIL, María del Carmen, “Capítulo xviii: Perú”, en ESPLUGUES MOTA, C.; HARGAIN, D.; PALAO MORENO, G. (Dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, B. de F., Buenos Aires - Montevideo, 2008, p. 641.

11 Ratificado por quince países de América Latina: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.



al igual que por muchos otros países de Latinoamérica. En su título IV contiene normas de vinculación en materia de obligaciones y contratos internacionales. La profesora REVOREDO<sup>12</sup> denota que, a primera vista, el texto del Código pareciera también imponer a los contratantes una ley determinada: la ley personal común, y en su defecto, la del lugar de celebración. No obstante, como resalta el profesor BOGGIANO,<sup>13</sup> el propio gran autor del Código Bustamante, cuyo apellido dio nombre al referido Tratado, doctor ANTONIO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, expresó que su proyecto reconocía a las partes contratantes autonomía de la voluntad; es decir, facultad de elegir la ley rectora de su contrato internacional.

Por tanto, si bien ninguna de las normas del Código, refiere de manera expresa a la autonomía de la voluntad, tampoco existe alguna que prohíba la elección por las partes de la ley aplicable al contrato. Y al igual que el caso del Tratado de Montevideo de 1889, siguiendo la tendencia prevaleciente de los países del continente, consideramos factible que la autonomía de la voluntad sea considerada como factor de conexión válido en el marco de los países firmantes del Código de Bustamante, dado que éstos se inclinan por esta tesis en su DIPr interno.<sup>14</sup>

En este mismo sentido se pronuncia la profesora ALBORNOZ,<sup>15</sup> al comentar el texto de este importante Tratado, señalando que la ausencia de una norma general que expresamente acepte la autonomía de la voluntad conflictual, no debería llevarnos a interpretar como un rechazo al principio de autonomía. Por el contrario, resalta Albornoz, tres de los artículos de este Código relativos a contratos y también los relativos a la elección del tribunal competente, son indicios de que la autonomía sería admitida:

- (i) El art. 184,<sup>16</sup> que alude al supuesto en que se discute cuál es la ley del contrato y ésta deba resultar de la voluntad tácita de las partes.
- (ii) El art. 185,<sup>17</sup> relativo a los contratos de adhesión, que refiere a la voluntad expresa o tácita respecto de la ley aplicable al contrato.
- (iii) El art. 186,<sup>18</sup> que establece el derecho aplicable, incluso, “para el caso previsto en el artículo anterior”; y

12 REVOREDO, cit. (n. 5), p. 234.

13 BOGGIANO, cit. (n. 1), p. 16.

14 TOVAR GIL y TOVAR GIL, cit. (n. 9), p. 641.

15 ALBORNOZ, María Mercedes “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del Mercosur”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (UNAM)*, 2009, Vol. 42, n° 125, pp. 631-666, disponible en línea: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4120> (fecha de consulta: 31 de julio de 2015).

16 El art. 184 del *Código Bustamante* establece que: “La interpretación de los contratos debe efectuarse como regla general, de acuerdo con la ley que los rija. Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los arts. 185 y 186, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad”.

17 El art. 185 del *Código Bustamante* establece que: “Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”.

18 El art. 186 del *Código Bustamante* establece que: “En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y, en su defecto, la del lugar de la celebración”.

- (iv) Los arts. 318<sup>19</sup> y siguientes, que consagran bajo ciertas condiciones el pacto de prórroga de jurisdicción o sumisión por las partes a un juez determinado. La profesora Albornoz considera que, dado que el contexto jurisdiccional incide en la determinación de la ley aplicable al caso *iusprivatista* multinacional, es posible interpretar que –indirectamente– se autorizaría una elección del derecho aplicable.

Lo cierto es que a pesar de su compleja, minuciosa y casuística reglamentación (arts. 164 y 222), como puntualizan los profesores DELGADO BARRETO, DELGADO MENÉNDEZ Y CANDELA SÁNCHEZ,<sup>20</sup> que lo hace denso y para algunos “enigmático”, como recuerda BOGGIANO<sup>21</sup> al citar a RABEL, la inspiración que tuvo el Código en la obra de MANCINI, hace presumir la admisión de la autonomía conflictual de las partes. Incluso, opina BOGGIANO,<sup>22</sup> que todos los límites que imponen los diversos artículos de este tratado, hacen presumir la admisión del principio de autonomía antes que su negación.

Respecto a la intervención del orden público en DIPr contemplada en el Código Bustamante, ésta se encuentra regulada en sus arts. 8 y 175. El art. 175 del Código prescribe que son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarios a las leyes, a la moral y al orden público. Por su parte, el art. 8 del mismo Código ordena que los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este cuerpo legal tengan plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que una regla del orden público internacional se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias. No obstante, igual que en el caso del Tratado de Montevideo, el texto del Código también está teñido de vaguedad, pues no hace precisión alguna que aterrice y ayude a delimitar el ámbito de protección del orden público en DIPr, también llamado “Orden público internacional”.

c) *Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de Montevideo de 1979 (CIDIP II)*<sup>23</sup>

Esta Convención, ratificada por el Perú el 4 de septiembre de 1980, y que entrara en vigor para dicho país el 6 de octubre de 1981, en sus arts. 5 y 7,<sup>24</sup> consagra la excepción de orden público como instrumento para la inaplicación de la ley

19 El art. 318, primer párrafo del *Código Bustamante* establece que: “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquél a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos, por lo menos, sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario”.

20 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César, *Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes - Parte especial*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, T. II, p. 395.

21 BOGGIANO, cit. (n. 1), p. 16.

22 Ídem.

23 Ratificada por diez países de América Latina: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

24 El art. 5 de la CIDIP II establece que: “La ley declarada aplicable por una Convención de DIPr podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”. Por su parte, el art. 7 de la misma CIDIP II prescribe: “Las situaciones jurídicas válidamente, creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público”.

extranjera en principio competente, que en el campo contractual es la ley elegida por las partes, cuando el juzgador considere que ésta es manifiestamente contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. También consagra el reconocimiento en los Estados parte de las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero (derechos adquiridos), siempre que éstas no sean contrarias a los principios esenciales del ordenamiento jurídico del juzgador que conoce del caso.

Al respecto, resulta importante y pertinente citar la precisión y declaración hecha por Uruguay al firmar la Convención (Registro de firmas B-45 de 5 de agosto de 1979) y dar su voto afirmativo sobre la fórmula de la CIDIP II relativa a la excepción de orden público (arts. 5 y 7); ésta refleja la necesidad de contar con un texto que aterrice mejor y de manera más explícita y puntual qué debe entenderse por orden público. El país gaucha manifestó al respecto que deseaba dejar expresa y claramente señalado que:

- (i) La referida excepción se refiere al orden público internacional, que no debe ser identificado con el orden público interno de cada Estado.
- (ii) Por tanto – concluyó– la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los Estados Parte para que, de manera no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales del orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.

*d) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980<sup>25</sup>*

Esta Convención, de fecha 11 de abril de 1980, cuenta con 83 Estados parte de todo el mundo, entre ellos el Perú, que ratificó esta Convención el 18 de febrero de 1999 (D.S. n° 11-99-RE, que determinó su entrada en vigor el 1 de abril de 2000). Ésta, a diferencia de los Tratados de Montevideo de 1889 y de La Habana de 1928, no es un instrumento internacional que contiene normas de atribución (normas de conflicto), sino más bien es un cuerpo legal que crea derecho material en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías, orientado exclusivamente a regular la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador partes de este contrato (art. 4, primera parte).<sup>26</sup>

Como bien resalta la profesora ALBORNOZ,<sup>27</sup> la Convención de Viena es un instrumento de derecho uniforme que: (i) contiene normas materiales, que fueron concebidas teniendo en cuenta la naturaleza internacional del contrato de compraventa; y que (ii) consagra la supremacía de la voluntad de los contratantes, quienes quedan facultados por la Convención (art. 6)<sup>28</sup> a excluir la aplicación de esta

25 Ratificada por ochenta y tres países de los cinco continentes.

26 DELGADO, DELGADO y CANDELA, cit. (n. 19), pp. 406-407.

27 ALBORNOZ, cit. (n. 14).

28 El art. 6 de la Convención de Viena de 1980 señala que: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención

Convención, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones, o modificar sus efectos. Por tanto, las normas convencionales son dispositivas y pueden ser excluidas y/o modificadas total o parcialmente por los contratantes. Por ello, como señala BOGGIANO,<sup>29</sup> la Convención constituye fundamentalmente un modelo para las partes en las compraventas internacionales.

### **III.- Propuesta de adecuación normativa del derecho peruano relativo a la determinación de la *lex contractus* y a los alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad de las partes**

#### **3.1.- Propuesta de ajustes al Libro x del Código Civil (C.C.) peruano en lo relativo a las normas que regulan y tienen incidencia res-pecto a la ley aplicable a los contratos.**

##### **a. Propuesta relativa a la posibilidad de voluntad expresa o tácita**

El CC. peruano (art. 2095), a diferencia de la ley de arbitraje peruana (art. 57) exige que la elección sea expresa, no admitiendo la posibilidad de que la elección sea tácita. Hay cuerpos legislativos como el *Convenio de Roma* de 1980 (art. 3), el *Reglamento Roma I* de 2008 (art. 3.1), que lo sustituye desde su entrada en vigencia el 17 de diciembre de 2009 (art. 3), la *CIDIP V* de 1994 (art. 7), el nuevo *Libro de DIPr del CC. argentino* (art. 2651) – modificado por Ley n° 26.994 del 1 de octubre de 2014–, el *Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay* de 2013 (arts. 48.3 y 49), entre muchos otros, que permiten que la elección de las partes de la ley aplicable sea hecha de forma expresa o resulte inequívocamente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (elección tácita); es decir, de manera indubitable.

El CC. peruano tampoco precisa, como sí lo hacen la mayoría de los textos antes citados: (i) que la selección que realicen las partes respecto del derecho competente debe entenderse referida a sus normas materiales y no a las normas de conflicto; ni (ii) que la elección de la ley aplicable no debe confundirse con la selección del tribunal competente.

Por tanto, teniendo como base las fórmulas previstas por los textos normativos antes citados y por la propuesta formulada por los profesores de DIPr de la Facultad de Derecho de la PUCP,<sup>30</sup> se propone la modificación del siguiente artículo del Título III del Libro x del CC. peruano.

Propuesta de modificación al artículo 2095 del Título III, Libro X, CC. peruano: Obligaciones contractuales y elección del derecho aplicable:

*Artículo 2095.-*

*“Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su*

o (...) establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

29 BOGGIANO, cit. (n. 1), p. 82.

30 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César, *Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes - Parte general*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, 3ª edición, T. I., pp. 501-502.

*validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”.*

*“La elección de la ley aplicable no supone la elección de foro, ni la elección de foro supone la elección del derecho aplicable”.*

#### **b. Propuesta relativa a la posibilidad de variar la lex contractus**

El CC. peruano no contempla de manera explícita la facultad de las partes de cambiar la ley aplicable a su contrato. Cuerpos normativos modernos como el *Reglamento Roma I* de 2008 (art. 3.2), la CIDIP v de 1994 (art. 8), la *Ley japonesa de DIPr* n.º 78/2006 (art. 9), el nuevo *Libro de DIPr del CC. argentino* (art. 2651.a), el *Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay* de 2013 (art. 48.4), entre otros, sí reconocen de manera expresa esta facultad de las partes, siempre y cuando el cambio no afecte la validez formal del contrato, ni perjudique los derechos de terceros adquiridos al amparo de la ley anterior, ni lo ya ejecutado al amparo del derecho oportunamente aplicable.

Teniendo como base las fórmulas previstas en los textos normativos antes citados, se propone adicionar un segundo nuevo art. (2095.b) al Título III del Libro X del C.C. sobre ley aplicable.

Propuesta de modificación –adición– al artículo 2095 del CC. peruano, Título III, Libro X: Obligaciones contractuales y elección del derecho aplicable:

##### *Artículo 2095. b)*

*“En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros ni lo ya ejecutado conforme al derecho oportunamente aplicable”.*

#### **c. Propuestas relativas a la posibilidad de aplicar varias leyes a partes separables del contrato**

El CC. peruano no ha previsto de manera explícita esta posibilidad, como sí lo hacen otras normas modernas, como el *Reglamento Roma I* de 2008 (art. 3.1), la CIDIP v de 1994 (art. 7), la CIDIP II de 1979 (art. 9), el nuevo *Libro de DIPr del CC. argentino* de 2014 (art. 2651), el *Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay* de 2013 (arts. 48.3 y 11), que de manera expresa permiten escoger más de una ley aplicable a distintas partes del contrato que sean separables del resto (*dépeçage*), pero sin perjudicar el correcto funcionamiento del entero contrato, que queda sujeto a una ley diferente. El CC. peruano también ha omitido consagrar una norma que

establezca la obligación del juzgador de aplicar armónicamente las diversas leyes que puedan ser competentes para regular una relación privada internacional.

Teniendo como base las fórmulas previstas en los textos normativos antes citados, se propone adicionar un nuevo artículo al Título III del Libro X del C.C. (2095.c), y otro al Título I (2050.c) sobre Disposiciones Generales.

c.1.- Propuesta de modificación –adición– al artículo 2095 del CC. peruano, Título III, Libro X: Obligaciones contractuales y elección del derecho aplicable al contrato:

*Artículo 2095. c)*

*“La elección que hagan las partes sobre el derecho aplicable a su contrato puede referirse a la totalidad o a partes separables del mismo”.*

c.2.- Propuesta de modificación –adición– al artículo 2050 del CC. peruano, Título I, Libro X: Aplicación armónica de diversas normas:

*Artículo 2050. c)*

*“Las diversas normas que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas normas.*

*Las eventuales dificultades que puedan surgir por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta la equidad en el caso concreto”.*

*d. Propuestas relativas a la posibilidad de contemplar nuevos factores de conexión subsidiarios o supletorios más flexibles a falta de elección de las partes y eventualmente de diferenciarlos por tipo de contrato.*

Hay legislaciones, como el CC. peruano (art. 2095), que imponen determinados factores de conexión ante el silencio de las partes, a ser usados por los jueces en todo tipo de contratos (p.ej., lugar de cumplimiento o lugar de celebración del contrato). También están los cuerpos normativos como la CIDIP v de 1994 (art. 9), la *Ley japonesa n° 78/2006* (art. 8.1), el *Restatement (Second) of Conflicts of Law* de EE.UU., modificado en 1989 (art. 187) y la misma *Ley de arbitraje peruana* (D. Leg. n° 1071, art. 57) que, ante la falta de elección de las partes, dejan al juzgador la determinación de la *lex contractus*; en los dos primeros casos, en base a la ley que estimen tiene vínculos más estrechos con el contrato; en el tercero, en base al derecho que tenga vinculación más relevante; y en el cuarto, en base al derecho que el tribunal arbitral considere más apropiado.

Y aquí resulta fundamental resaltar el nuevo rol del juez contemporáneo, incluso de aquél que no pertenece al sistema del *common law*, que ha pasado de ser un mero aplicador del derecho designado por las partes o por el legislador ante el silencio de las mismas, a ser quien determina el derecho aplicable frente al caso concreto cuando las partes no han hecho uso de su facultad, por considerar que es quien está más cerca del caso, y por ende, en mejor capacidad para evaluar y discernir cuál es el



derecho más cercano, más estrechamente vinculado o más apropiado para regir cada situación o caso específico. A tal efecto, como resalta la CIDIP v (art. 9), deberían tomarse en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Además, existen convenios internacionales como el *Convenio de Roma* de 1980 (art. 4.1) y el *Reglamento Roma I* de 2008 (art. 4.1) que, teniendo como base el principio de proximidad, ofrecen a los jueces presunciones –el primero– y pautas o criterios de conexión –el segundo–, para seguir según el tipo de contrato que se trate; no obstante, estas pautas pueden, finalmente, ser descartadas si se determina que el contrato tiene vínculos manifiestamente más estrechos con otro país.

De las distintas tendencias, fórmulas y criterios de conexión hoy existentes para determinar la *lex contractus*, en ausencia de elección de las podemos concluir que, dada la inmensa gama de contratos que pueden hoy celebrarse diariamente, lo más apropiado pareciera ser no encasillar al juzgador con fórmulas rígidas y predeterminadas por el legislador; sino más bien, concederle la facultad de elegir la *lex contractus*, en base, al derecho que “tenga una vinculación más estrecha con el contrato” (principio de proximidad o de mayor relevancia respecto a la relación contractual), la cual le permitirá tomar la decisión más adecuada para cada caso concreto, y lograr lo que algunos denominan la “justicia conflictual”. Complementariamente, para ayudar al juzgador, podría considerarse la inclusión en las normas de DIPr de una batería de pautas orientadoras que le sirvan de guía para formular su análisis respecto al derecho más estrechamente vinculado con el contrato. Como bien señala la profesora ALBORNOZ<sup>31</sup> lo más adecuado a la realidad mercantil actual, que cambia a una velocidad inusitada, sería optar por una solución flexible fundada en el principio de proximidad.

Teniendo como base las fórmulas previstas en los textos normativos antes citados, se propone adicionar dos nuevos preceptos: art. 2095.d y art. 2095.e al Título III del Libro X del CC. peruano.

d.1.- Propuesta de modificación –adición– al artículo 2095 del CC. peruano, Título III, Libro X: Obligaciones contractuales y derecho aplicable a falta de elección:

*Artículo 2095. d)*

*“Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”.*

*“El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.*

31 ALBORNOZ, cit. (n. 14).

d.2.- Propuesta de modificación –adición– al artículo 2095 del CC. peruano, Título III, Libro X: Presunciones respecto al lugar que presenta vínculos más estrechos con el contrato:

*Artículo 2095. e)*

*“Se presumirá que el contrato tiene vínculos más estrechos con:*

*1.- En el caso del contrato de compraventa de mercaderías, con el derecho del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;*

*2.- En el caso del contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, con el derecho del lugar de su situación.*

*3.- En el caso del contrato de prestación de servicios, con el derecho del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual.*

*4.- En el contrato de franquicia, con el lugar donde el franquiciado tenga su residencia habitual.*

*5.- En el contrato de distribución, con el lugar donde el distribuidor tenga su residencia habitual.*

*6.- En el contrato de venta de bienes mediante subasta, con el lugar donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse.*

*7.- En los demás contratos, se presumirá que los vínculos más estrechos están con el lugar del cumplimiento. Si hubiera varios lugares de ejecución y no pudiera determinarse el lugar de cumplimiento de la prestación característica del contrato, o si éste no estuviera designado o no resultare de la naturaleza de la relación, se presumirá que los vínculos más estrechos están con el lugar de celebración del contrato”.*

*“Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados anteriores, se aplicará la ley de este otro país”.*

*e. Propuestas para mejor determinación y precisión del alcance del orden público en DIPr y como limitante de la autonomía de la voluntad de las partes – también llamado “orden público internacional”*

Todos los países reconocen limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Estas restricciones están referidas, fundamentalmente, al alcance de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable, siendo las más importantes las que defienden el respeto de las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata (de policía u orden público o *fundamental policy*, como le llama el derecho estadounidense) de la *lex fori* y otros derechos estrechamente vinculados; y la no contravención de los principios fundamentales del foro, pudiendo el juez rechazar la aplicación de la ley elegida (excepción de orden público en DIPr) y aplicar en su lugar la *lex fori* (p.ej., arts. 2049 y 2050 del C.C. peruano).

La legislación peruana de DIPr de fuente interna, Libro X del C.C., ha dado un tratamiento bastante pobre al tema de los límites de la autonomía de la voluntad en el Perú. No tiene una disposición que consagre de manera clara y abierta la aplicación de las normas de aplicación necesaria o inmediata, sólo se refiere de manera expresa –y con un texto teñido de vaguedad e imprecisiones– a la excepción



de orden público en DIPr (arts. 2049 y 2050 del CC.), normas donde además cuele otra excepción relativa a las “buenas costumbres”, la que por el alto nivel de abstracción y subjetividad que implica, debiera ser descartada; así se evitaría el particular peligro que podría suponer su arbitraria aplicación frente al caso concreto.

A continuación, nuestra propuesta de modificación normativa sobre tan importante asunto. Respecto a las normas internacionalmente imperativas se propone la adición de un nuevo artículo (art. 2050.b) en el Título I del Libro X (Disposiciones Generales), y la modificación de otro ya existente, el art. 2096, del Título III (ley aplicable), que atañe a la ley aplicable a los contratos. Respecto a la excepción de orden público se propone la modificación de los arts. 2049 y 2050 (disposiciones generales) del Título I del Libro X. Éstos tienen como base la propuesta formulada por los profesores de DIPr de la Facultad de Derecho de la PUCP DELGADO, DELGADO Y CANDELA<sup>32</sup> y las fórmulas previstas por los arts. 2599 y 2600 del nuevo *Libro de DIPr del CC. argentino* (modificado por Ley n° 26.994 del 1 de octubre del 2014), los arts. 6 y 9 del *Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay* de 2013, los arts. 11 y 18 de la CIDIP v de 1994 y los arts. 9 y 21 del *Reglamento Roma I*. Sobre esta base, se propone las siguientes modificaciones al Libro X del CC. peruano:

e.1.- Propuesta de modificación –adición– al artículo 2050 del CC. peruano, Título I, Libro X: Normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata.

*Artículo 2050. b)*

*“Las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata, en consideración de su objeto y de su finalidad, serán aplicadas cualquiera que sea el derecho designado por las normas conflictuales nacionales. Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones internacionalmente imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes”.*

*“Una norma de aplicación necesaria o inmediata es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese el derecho aplicable según el presente Código”.*

e.2.- Propuesta de modificación al artículo 2096 del CC. peruano, Título III, Libro X: Límites a la autonomía de la voluntad y normas de aplicación necesaria.

*Artículo 2096.-*

*“El derecho competente de conformidad con el artículo 2095 determina las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. Se aplicarán necesariamente las disposiciones del foro cuando tengan el carácter de internacionalmente imperativas”.*

*“Será discreción del foro cuando lo considere pertinente aplicar las disposi-*

32 DELGADO, DELGADO y CANDELA, cit. (n. 19), p. 380; y DELGADO, DELGADO y CANDELA, cit. (n. 29), pp. 501-502.

*ciones de aplicación necesaria del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.*

e.3.- Propuesta de modificación al artículo 2049 del CC. peruano, Título I, Libro X: Incompatibilidad con principios fundamentales y excepción de orden público.

*Artículo 2049.-*

*“Las disposiciones de la ley extranjera pertinentes según las normas peruanas de derecho internacional privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. Rigen en este caso las normas de derecho interno peruano”.*

e.4.- Propuesta de modificación al artículo 2050 del CC. peruano, Título I, Libro X: Derechos adquiridos.

*Artículo 2050.-*

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

*f. La incorporación de normas de conflicto particulares, complementarias a la fórmula general del art. 2095 del C.C., para ciertos contratos especiales donde se presume que hay una parte débil que es necesario proteger (p.ej., contratos de trabajo y de consumo)*

Uno de los retos a los que se enfrenta el DIPr hoy, es determinar la *lex contractus* y los límites de la ley elegida por las partes, cuando se presume que éstas no están en situación de igualdad y hay una parte débil que proteger –ej., en los contratos de trabajo y de consumo–. Ello ha llevado a cuestionar y hasta suprimir la voluntad como factor de conexión principal y a condicionar su intervención a no privar a la parte débil de la protección que le aseguran las conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, como el lugar de realización habitual del trabajo para los contratos laborales y el de la residencia habitual del consumidor para los de consumo. La voluntad queda destronada como conexión principal, salvo que la ley elegida fuera más favorable a la parte débil. Así lo han plasmado importantes normas modernas como el *Convenio de Roma* de 1980 (arts. 5 y 6), el *Reglamento Roma I* de 2008 (arts. 6 y 8) y la *Ley japonesa n.º 78/2006* (arts. 11 y 12), que tienen normas de conflicto especiales para ciertos contratos para contrarrestar el riesgo que la parte “fuerte” imponga la ley aplicable. En contraposición, el C.C. peruano sólo contiene una norma de conflicto (art. 2095) de aplicación general a todo tipo de contratos.

Teniendo como base las fórmulas previstas en los textos normativos antes citados, se propone adicionar dos nuevos preceptos: art. 2095.f y art. 2095.g al Título III del Libro X del CC. peruano:

Propuesta de modificación al artículo 2095 del CC. peruano, Título III, Libro X: Contratos de consumo.

*Artículo 2095. f)*

*“1.- El contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por el derecho del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:*

*1.1.- Ejercza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual; o*

*1.2.- Por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades”.*

*“2.- No obstante, lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el art. 2095.a. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1”.*

*“3.- Si no se reúnen los requisitos señalados en los incisos 1.1 y 1.2 del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los arts. 2095.a, b, c, d y e”.*

**3.2.- La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 (CIDIP V)<sup>33</sup> y la relevancia de su incorporación al ordenamiento peruano.**

*a) Origen de la CIDIP V*

Hoy la autonomía de la voluntad de las partes –autonomía conflictual– se erige como el factor de conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos; no obstante, cada Estado, a través de sus normas de DIPr, le da un alcance distinto a esta facultad de las partes; es más, los Estados han consagrado diferentes factores de conexión para determinar la ley aplicable ante la falta de elección de las partes contratantes y han previsto, además, normas de conflicto distintas según sea un tribunal estatal o arbitral el que conozca del caso. Ello implica que las soluciones respecto del régimen jurídico aplicable a un contrato y, por tanto, la decisión de los tribunales respecto a un mismo caso, pueden variar de país a país, dependiendo del tribunal al que se someta el caso, que, en el campo contractual, puede ser también un tribunal arbitral. Ello afecta la previsibilidad de las soluciones y la seguridad jurídica requerida por la contratación internacional e incrementa los costos de las transacciones, situación que reclama un urgente y necesario trabajo de uniformización y armonización de las soluciones previstas por los ordenamientos jurídicos de

<sup>33</sup> Entró en vigor el 15 de diciembre de 1996. A la fecha está suscrita por cinco países: Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela; y está ratificada por dos: México y Venezuela.

los diferentes países respecto a la *lex contractus* y su consecuente consagración en convenios o tratados internacionales.

Por ello, en el presente trabajo de investigación no sólo realizamos una revisión del contenido, imprecisiones y vacíos, y se proponen ajustes normativos pertinentes respecto de las normas de DIPr peruanas de fuente interna que contemplan y limitan la autonomía de la voluntad de las partes; sino que también se analiza la pertinencia e importancia para el Perú de adherirse a importantes convenciones sobre derecho aplicable a los contratos internacionales que buscan uniformizar y armonizar las soluciones sobre este tema, particularmente, la incorporación del Perú a la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, también llamada CIDIP v.

La CIDIP v es fruto de un esfuerzo sin precedentes de los expertos y funcionarios de los países pertenecientes a la OEA para enfrentar los grandes desafíos y problemas de la contratación internacional ante el vertiginoso crecimiento del tráfico jurídico internacional, que demanda a los Estados, mecanismos, instrumentos y reglas uniformes y eficaces que garanticen la fluidez del comercio internacional. Como bien señala GONZÁLEZ DE COSSÍO,<sup>34</sup> una de las maneras más efectivas en que los Estados buscan combatir los problemas propios y resultantes del tráfico jurídico internacional, constituye la celebración de convenios o tratados internacionales en los cuales se uniformiza y armoniza el tratamiento de los problemas vinculados con las relaciones privadas internacionales. De esta manera se garantiza una mayor seguridad jurídica de las transacciones y contratos que traspasan las fronteras de los Estados y al hacerlo se vinculan con dos o más ordenamientos jurídicos.

Es aquí, precisamente, denota GONZÁLEZ DE COSSÍO,<sup>35</sup> donde la CIDIP v de 1994 encuentra su razón de ser, cuya elaboración responde a la necesidad de evitar de antemano (*a priori*) el surgimiento de controversias que obstaculicen el flujo normal de las relaciones y operaciones contractuales internacionales. Por tanto, mediante este tratado internacional, producto de varios años de trabajo, y fruto de un esfuerzo sin precedentes, que significó extensas, largas y fructíferas discusiones iniciadas en el seno de la CIDIP II de 1979, los Estados parte del mismo acuerdan el derecho que regulará los contratos internacionales. No obstante, reconocemos que, a pesar de su importancia, éste representa sólo un primer paso a nivel de la región, pues ésta no será una tarea acabada si no se completa, en el largo plazo, con la creación de un tribunal regional que garantice una interpretación y aplicación uniformes del instrumento normativo común.

A continuación, presentamos las características e innovaciones más importantes que trae la CIDIP v y las ventajas más importantes de su incorporación al ordenamiento peruano.

34 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del derecho conflictual internacional", *Revista de Derecho Privado (IIJ-UNAM)*, 1997, n° 24, pp. 118-119, en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf/> (fecha de consulta: 1 de octubre de 2015).

35 GONZÁLEZ DE COSSÍO, cit. (n. 33), p. 119.

b) *Innovaciones más importantes de la Cidip v en el ámbito del derecho aplicable a la contratación internacional a nivel interamericano.*

- 1.- Consagra la autonomía de la voluntad de las partes de alcance amplio para elegir la ley aplicable a su contrato, al no exigir que la ley elegida por las partes tenga una vinculación con el contrato.
- 2.- Reconoce de manera explícita la posibilidad de que la elección de las partes sea tácita y no necesariamente expresa, aunque sí indubitable.
- 3.- Contempla abiertamente la posibilidad de variar la ley rectora del contrato, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros.
- 4.- Acepta de manera explícita la posibilidad de pactar más de una ley aplicable, pero a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*).
- 5.- No impone factores de conexión subsidiarios al juzgador, que deban ser aplicados para determinar la ley aplicable a todo tipo de contrato, cuando las partes no han elegido la *lex contractus*. Concede, más bien, una amplia libertad al juzgador para determinar la *lex contractus*, en función de cuál sea, a su criterio, el derecho con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos, y regular el contrato por la ley de dicho lugar. A tal cometido, el juzgador deberá tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato. A su vez, el tribunal, a efecto de determinar el derecho rector del contrato internacional en cuestión, deberá hacer alusión a los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, vale decir, aludir a la *lex mercatoria* existente. Como bien señala la profesora ALBORNOZ, en el ámbito de la contratación mercantil, resulta acertado no solo permitir al juzgador una amplia flexibilidad para atender la gran variedad y tipo de contratos que suelen presentarse, sino también facultarle para aplicar la *lex mercatoria*, tanto cuando las partes han elegido el derecho aplicable al contrato, como cuando no lo hayan hecho.
- 6.- Asimismo, la CIDIP v (art. 10) prescribe que el tribunal deberá aplicar cuando corresponda las normas, costumbre y principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación (*lex mercatoria*); todo ello, con el fin de realizar las exigencias impuestas por la justicia y equidad en la solución del caso concreto.
- 7.- A la par de consagrar el principio de autonomía, reconoce importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes y a su poder autorregulador fundadas en la protección de principios fundamentales o directrices básicas del ordenamiento del foro –orden público en DIPr–. Consagra la prevalencia de la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro; y, eventualmente, del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos –normas de policía u orden público–, sobre la norma elegida por las partes para regir su contrato (función positiva del orden público). También prevé el recurso a la excepción de orden público (función

negativa del orden público) como instrumento para rechazar la aplicación de la ley extranjera de contenido intolerable para la ley del foro.

8.- La CIDIP V no ha incorporado normas de conflicto particulares y complementarias a la fórmula general prevista en el art. 7, para regir ciertos contratos especiales donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger – p.ej., contratos de trabajo y de consumo–. Ello, no obstante, no significa que la parte débil de la relación quede desprotegida, pues siempre están las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata que invariablemente protegen a la parte débil de la relación, en tanto defienden intereses fundamentales del foro; y, eventualmente, del derecho de otro foro con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos; las nuevas normas de conflicto especiales son una protección adicional.

*c) Ventajas principales de su incorporación al ordenamiento jurídico peruano*

La salvaguarda de la armonía jurídica internacional de las soluciones, que reclama la comunidad internacional, exige un mínimo de respeto recíproco entre los Estados, el cual debe expresarse en la adopción de reglas de DIPr, que permitan una igualdad de trato entre la ley del foro y la ley extranjera. Un grado superior de coordinación de sistemas nacionales, se logra mediante la uniformización de las normas de conflicto a través de las convenciones internacionales, como la Convención Interamericana 1994 y el Reglamento de *Roma I* de 2008, los dos sobre ley aplicable a los contratos internacionales. Ambos cuerpos internacionales – hoy los más importantes en el campo contractual – han encontrado en la autonomía el eje de convergencia y consenso entre los Estados participantes, habiendo privilegiado la voluntad de las partes como punto de conexión para determinar el derecho aplicable a los contratos.

Por tanto, una de las maneras más efectivas en que los Estados buscan combatir los problemas propios y resultantes del tráfico jurídico internacional, constituye la celebración de convenios o tratados internacionales en los cuales se uniformiza y armoniza el tratamiento de los problemas vinculados con las relaciones privadas internacionales. Eso pasa por un necesario trabajo de coordinación de las soluciones previstas por los ordenamientos jurídicos de los diferentes países respecto a la *lex contractus* y su consecuente consagración en convenios o tratados internacionales. Sólo así se dota de mayor seguridad jurídica a las transacciones y contratos que traspasan las fronteras de los Estados, y al hacerlo, se vinculan con dos o más ordenamientos jurídicos.<sup>36</sup>

Por ello, luego de varios años de trabajo, los Estados miembros de la OEA dieron nacimiento en 1994, en la ciudad de México, a la primera *Convención interamericana especializada sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*, también conocida por algunos como la CIDIP V y por otros, como la *Cidaci*.

De allí la importancia de que el Perú, país pionero en la región latinoamericana en el reconocimiento amplio, explícito y expreso del principio de autonomía desde la

<sup>36</sup> GONZÁLEZ DE COSSÓ, cit. (n. 33), pp. 118-119.



dictación de su CC. de 1984, incorpore entre sus normas de fuente internacional sobre el derecho aplicable a los contratos, la CIDIP v de 1994 (en vigor desde el 15 de diciembre de 1996), sumándose así a países también de avanzada en este campo, como México y Venezuela. Ello revitalizará este esfuerzo de unificación sin precedentes y promoverá que se adhieran otros países de la región, también en proceso de afianzamiento y reconocimiento expreso de la autonomía de la voluntad conflictual como Argentina, quien aprobó hace poco más de un año (octubre de 2014) su nuevo Libro de DIPr que consagra de manera explícita la autonomía de la voluntad de las partes en el marco de sus relaciones contractuales internacionales.

Son muchas las ventajas de la incorporación de la CIDIP v a la normatividad peruana, pero podemos sintetizarlas en seis centrales:

- 1.- La CIDIP v es fruto de un singular esfuerzo de más de quince años de trabajo de los expertos y funcionarios de los países pertenecientes a la OEA para enfrentar los grandes desafíos y problemas de la contratación internacional ante el vertiginoso crecimiento del tráfico jurídico internacional, que demanda a los Estados mecanismos, instrumentos y reglas uniformes y eficaces que garanticen la fluidez del comercio internacional.
- 2.- La elaboración de la CIDIP v responde y atiende a una necesidad fundamental de la contratación internacional: evitar de antemano (*a priori*) el surgimiento de controversias que obstaculicen el flujo normal de las relaciones y operaciones contractuales internacionales. Es aquí precisamente, denota GONZÁLEZ DE COSSÍO,<sup>37</sup> donde la CIDIP v de 1994 encuentra su razón de ser.
- 3.- La CIDIP v ha consagrado a la voluntad de las partes como factor de conexión principal para determinar la *lex contractus*, entrando el legislador a normar en forma subsidiaria sólo para el supuesto de falta de elección, y le ha dado a la autonomía de la voluntad un posicionamiento y aceptación a nivel continental.
- 4.- La relevancia que concede la CIDIP v a la autonomía de la voluntad de las partes, permite que éstas identifiquen desde el inicio la ley que regirá cualquier problema o incumplimiento contractual, facilitando la previsibilidad de las soluciones. Ello no sólo beneficia la seguridad jurídica de los derechos y obligaciones derivados de los contratos, sino que, además, posibilita una solución flexible, adecuada a la multiplicidad de relaciones contractuales que pueden entablarse, ambos supuestos indispensables para el óptimo desarrollo de la contratación internacional.
- 5.- En suma, la CIDIP v, permite afianzar cuatro pilares claves de la contratación internacional que le dan fundamento y justifican su pertinencia y utilidad. Estos son: previsibilidad, seguridad jurídica, adecuación y equidad; y permite potenciar la armonía internacional de las soluciones y promover el incremento del intercambio y comercio internacional en nuestra región latinoamericana.
- 6.- Por tanto, la incorporación de la CIDIP v de 1994 a la normatividad peruana de fuente internacional sobre el derecho aplicable a los contratos,

<sup>37</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, cit. (n. 33), p. 119.

revitalizará este esfuerzo necesario y sin precedentes de unificación a nivel de la región que significa este importante Tratado, y promoverá que se adhieran otros países de la región a este imperioso proceso en marcha de afianzamiento de la autonomía de la voluntad conflictual en el campo de la contratación internacional.

### III.- Conclusiones

El trabajo desarrollado en el presente artículo nos permite arribar a conclusiones importantes orientadas a armonizar y mejorar la legislación peruana respecto a la autonomía de la voluntad en dos niveles: su marco legal de fuente interna, para optimizar las normas del Libro X del CC. que tienen incidencia sobre la *lex contractus*, sus alcances y sus limitaciones; y su marco legal de fuente internacional, con la incorporación al derecho peruano de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, CIDIP V.

- 1.- Hoy, siglo XXI, la pregunta ¿cómo determinar el derecho aplicable a un contrato internacional en los países de América Latina?, no puede ser respondida de una manera única, dado que, a diferencia de la Unión Europea, en Latinoamérica, no existe un cuerpo normativo de fuente internacional sobre la materia vigente en todos los países, que establezca una solución general. Por tanto, hay que buscar la respuesta, por separado, en los sistemas nacionales de DIPr de cada país. Dada la divergencia entre estos sistemas, podemos obtener soluciones distintas dependiendo del tribunal que le toque resolver el caso.
- 2.- Por ello, consideramos necesario estimular y retomar el esfuerzo de unificación, o por lo menos de armonización de la reglamentación del derecho aplicable a los contratos internacionales en el marco de los países de la región.
- 3.- Para garantizar una mayor seguridad jurídica en el marco de la contratación a nivel de la región, lo ideal sería que contáramos con un instrumento único ratificado por todos los países, que debiera ser la CIDIP V, que unificara la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, sin distinguir si el juzgador es un tribunal arbitral o un tribunal estatal. Ello implicaría un avance muy importante en la consolidación de un sistema jurídico latinoamericano. De allí la pertinencia e importancia de que el Perú se adhiera a esta Convención que busca uniformizar y armonizar las soluciones sobre este tema.
- 4.- Ahora bien, la anhelada uniformización normativa podría verse afectada por una eventual desunificación en la interpretación jurisdiccional de los tribunales nacionales que les toque resolver. Por ello, el siguiente paso debería considerar la creación de un tribunal regional que garantice una interpretación y aplicación uniformes del instrumento normativo común.
- 5.- De manera paralela, siguiendo las tendencias del DIPr contemporáneo y lo analizado en la presente investigación, resulta primordial realizar ajustes a las normas peruanas de DIPr, tanto internas como internacionales vinculadas con



la autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas.

6.- Respecto de las normas internas del Libro X del CC. peruano, proponemos reformas puntuales que se orientan esencialmente a consagrar de manera explícita seis temas primordiales:

- (i) La posibilidad de que la elección sea tácita y no necesariamente expresa, aunque sí indubitable;
- (ii) La facultad de las partes de variar la ley pactada, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros;
- (iii) La posibilidad de pactar más de una ley aplicable, pero a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*);
- (iv) Nuevos factores de conexión supletorios más flexibles fundados en el “principio de proximidad” y acompañados por pautas orientadoras según tipo de contrato;
- (v) Mayor precisión al alcance del orden público en DIPr –“orden público internacional”–, limitante por excelencia de la autonomía de la voluntad, al ser la expresión del conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento social, político, económico y cultural que fundamentan una sociedad en un momento histórico determinado; y
- (vi) Nuevas normas de conflicto protectoras para ciertos contratos especiales, donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger –p.ej., contratos de trabajo y de consumo–, como lo hacen otros cuerpos legales más modernos.

7.- Respecto a las normas peruanas de fuente internacional, proponemos la incorporación del Perú a la CIDIP v de 1994; ello brindaría tres grandes ventajas:

- (i) Modernizaría y armonizaría el marco normativo peruano sobre ley aplicable a los contratos, fundado en la autonomía de la voluntad.
- (ii) Estimularía y revitalizaría el esfuerzo de unificación regional o, por lo menos, de armonización de la reglamentación del derecho aplicable a los contratos internacionales en el marco de los países de Latinoamérica; y fomentaría la adhesión de otros países de la región, que también están en proceso de afianzamiento del principio de autonomía.
- (iii) Garantizaría una mayor seguridad jurídica en el marco de la contratación a nivel de la región y permitiría avanzar en la construcción de un sistema jurídico latinoamericano fundado en un instrumento único ratificado por todos los países, como la CIDIP v, que unifique la determinación de la *lex contractus*, sin distinguir quién sea el juzgador –un tribunal estatal o uno arbitral– llamado a resolver las controversias.

## Bibliografía citada

- ALBORNOZ, María Mercedes “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del Mercosur”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (UNAM)*, 2009, Vol. 42, n° 125, pp. 631-666, disponible en línea: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4120> (fecha de consulta: 31 de julio de 2015).
- BOGGIANO, Antonio, *Contratos internacionales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.
- DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César, *Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes - Parte especial*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, T. II.
- DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César, *Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes - Parte general*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, 3.ª edición, T. I.
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (Eds.), *Actas de las Sesiones Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Ed. oficial, Impr. de Juan Alsina, Buenos Aires, 1889, 648 p., en línea: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/848>.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del derecho conflictual internacional”, *Revista de Derecho Privado (IIJ-UNAM)*, 1997, n° 24, pp. 117-149, disponible en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf/> (fecha de consulta: 1 de octubre de 2015).
- REVOREDO DE MUR, Delia, “La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica”, *Thémis. Revista de Derecho (P. Universidad Católica del Perú)* 1994, n.° 30, pp. 231-241.
- TOVAR GIL, Javier; TOVAR GIL, María del Carmen, “Capítulo xvii: Perú”, en ESPUGUES MOTA, C.; HARGAIN, D.; PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, B. de F., Buenos Aires - Montevideo, 2008, pp. 617-663.

# LA COMITAS GENTIUM O COMITY, CUESTIONES RELATIVAS A SU APLICACIÓN

## COMITAS GENTIUM OR COMITY, QUESTIONS REGARDING ITS APPLICATION

JOSÉ LUIS MARÍN FUENTES <sup>1</sup>

### RESUMEN

*El presente escrito trata de describir de una manera un poco tangencial el rol que siempre ha jugado una figura que en cierta medida consideramos enigmática la cual no es otra que la 'comitas gentium' para el derecho continental o 'Comity' para el derecho anglosajón; igualmente buscaremos poder encontrar la proximidad o afinidad que la misma puede tener entre otras con el derecho armonizado (leyes modelo) y el uniforme que se ha estado desarrollando en las últimas décadas. Para ello haremos un breve análisis no sólo de los orígenes de dicha figura, así como de su trasegar a través de los siglos hasta llegar a nuestros días. Se indagará su uso por los diferentes tribunales y el valor que se le ha concedido a tal figura jurídica en el proceso de reconocimiento de una decisión judicial o administrativa extranjera que ha sido elaborada a partir de la aplicación de un derecho foráneo. En este sentido, analizaremos el papel que ha jugado el derecho uniforme, así como el armonizado o soft law en su aceptación por parte de los operadores jurídicos internacionales.*

*Palabras clave:* Derecho internacional privado, orden público, principio general de derecho, globalización, derecho uniforme.

### ABSTRACT

*This paper try to describe in a somewhat tangential way, the role, that a figure called 'comitas gentium' for continental law or 'Comity' for Anglo-Saxon or common law and sometimes considered as enigmatic, has played during centuries within legal relations. We will also try to find if there is any proximity or affinity that this figure may have with harmonized (model laws) and the uniform law developed in recent decades. For this purpose, we will make a brief analysis not only of the origins of this figure, as well as of its racking through the centuries. In a somewhat tangential way, we will try to investigate its use by the different courts and the value that has been given to such a legal figure in the process of recognizing a foreign judicial or*

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Derecho, Universidad de Antioquía, Colombia. LL.M. in Business International Law, Université Paris II, Sorbonne, Francia. Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Medellín, Colombia. Su correo electrónico es jmarin@udemedellin.edu.co.

*administrative decision made based on the application of a foreign law. In this sense, we will analyze the role that uniform law has played, as well as harmonized or soft law in its acceptance by international legal operators.*

*Keywords: Private international Law, Public order (public policy) general principle of law, globalization, uniform law.*

## I.- Introducción

El tema que aquí se pretende abordar no sólo es bastante amplio sino en cierta medida complejo, sin embargo, buscaremos de una manera aproximada y a la vez discreta tratar de demostrar como una de las figuras emblemáticas del derecho internacional privado ha venido ganando un espacio de privilegio en el ámbito jurídico internacional,<sup>2</sup> en especial cuando se trata de dar aplicación a normas de origen no sólo extranjero, sino de carácter uniforme, o incluso que se hallan en un documento o trabajo de derecho armonizado o de *soft law*.

Una de las cuestiones que se suscitan al interior de ciertas situaciones *iusprivatistas* internacionales es cuando de aplicar una ley extranjera se trata, ya que frente a este proceso y en algunas ocasiones se da por entendido que el juez del foro básicamente ha sido “entrenado” para dar aplicación prevalente a su derecho interno (salvo los árbitros); lo puede causar algún tipo de dificultad a la hora de dar solución a la misma. Lo anterior presenta una excepción y es aquella que se da cuando el juez del foro tiene un perfil internacional privatista (que es muy escaso, y en muchos Estados inexistente) lo que presume que éste no encontrará ningún inconveniente en resolver el litigio que tiene frente a sí.

En este sentido y a manera de hipótesis se podría indicar que frente a la utilización de una normativa foránea en un litigio que se desarrolla en el foro, el juez ha de tener presente que la *comitas gentium* ha sido desarrollada como la figura legal por excelencia para dar aplicación directa al derecho extranjero en una situación jurídica que comporta un elemento de extraneidad.

Frente a las cuestiones anteriores, es preciso que defina si un juez tiene la potestad de indagar si su derecho resuelve aquella situación jurídica que presenta un elemento foráneo, o sí, por el contrario, deberá recurrir a un derecho extranjero, que desconoce y que no le es familiar, pero que en aplicación del principio del *iura novit curia* debe o está obligado a resolverlo.<sup>3</sup> Siendo realistas, y parece que así sucede en muchos

2 STORME, Matthias E., “A Call for Modesty and Comity”, *European Review of Private Law*, 2019, Vol. 27 N° 1, pp. 1-2.

3 En una sentencia del Tribunal Federal Suizo, del 15 de abril del 2015 [4A-554/2014], señaló que: “Como lo sabemos en Suiza, el derecho a ser escuchado se relaciona sobre todo con el establecimiento de los hechos. El derecho de las partes a ser escuchadas para que se pronuncien sobre cuestiones legales se reconoce solo de manera limitada, los tribunales aplican la ley *ex officio*: “conocen la ley” (*iura novit curia*). En consecuencia, y en la medida en que el acuerdo de arbitraje no limite la misión del tribunal arbitral a los únicos motivos planteados por las partes, no es necesario que se les escuche sobre el alcance que se le reconoce a las normas de derecho. Excepcionalmente, las partes deben ser escuchadas cuando el tribunal tiene la intención de basar su decisión en una consideración estándar o legal que no se planteó durante el procedimiento y que no podrían haber esperado (ATF 130 III 35 c 5). En este caso, hablamos de la imprevisibilidad de la motivación legal. Este punto es admitido restrictivamente por el Tribunal Federal para evitar que se use con el fin de obtener un examen a fondo de los méritos del laudo arbitral, examen que solo tendrá lugar en el evento que se perciba una violación del orden público (cfr. art. 190 al. 2 letra e, LDIP)”. En Colombia, el artículo 9º del Código Civil establece que la ignorancia de la

ordenamientos jurídicos, el juez tratará al máximo de evitar acudir a tal derecho, lo hará en única instancia y ello por “presión” de la parte interesada para que de aplicación a tal normativa foránea. En estos casos, muchas veces, quizás la mayoría de las veces le tocará a dicha parte, en aplicación del principio del *actor incumbit probatio*, aportar prueba de esa ley extranjera y señalarle al juez porqué la misma debe ser aplicada y no la ley interna o del foro.<sup>4</sup>

Ahora, bien sea de oficio, o a petición de parte, el juez (árbitro) deberá determinar si hay lugar a la aplicación de tal ley extranjera o si por el contrario la descarta, al considerar que la misma puede violar los postulados de su orden público local. En el evento que no se proceda de esta forma, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿El hecho de aplicar una ley extranjera implica necesariamente acoger de manera voluntaria y unilateral la doctrina de la *comitas gentium* (*Comity*)? ¿O el derecho del foro le obliga a que cuando exista un vacío legal frente aquella clase de situaciones debe acudir al derecho extranjero para resolverla? En este caso a qué clase de derecho extranjero debe acudir: ¿Al que presenta el vínculo más estrecho con la situación jurídica en mención?, o ¿Puede acudir vía costumbre internacional a un derecho unificado del cual el Estado del foro no ha ratificado, o a una normativa armonizada sobre la materia que contiene la solución?

En el primer caso, y frente a las cuestiones aquí planteadas, creemos que sí se dan los presupuestos para que tenga aplicación la doctrina de la *comitas gentium* (*Comity*), ya que el simple hecho de acoger una ley extranjera lleva implícita aquella, ya que de otra manera no se aplicaría tal ley foránea (exceptuándose por cuestiones de orden público); en tal caso, el juez de manera voluntaria, semi-voluntaria o a regañadientes debe dar aplicar a tal normativa así él “no la conozca”, porque los imperativos de justicia lo obligan a hacerlo. En la segunda cuestión, creemos que igualmente el juez (árbitro) deberá tener en cuenta el derecho que sea necesario, local o extranjero, para dar solución al litigio planteado, su obligación es brindar justicia, así para aquello deba proceder a llenar los vacíos legales que encuentre en el camino de solucionar tal situación jurídica con un elemento de *extraneidad* en su interior.

En todo lo anterior ha de quedar muy claro que no necesariamente ha de tratarse de una ley extranjera, vemos que también puede haber lugar a la aplicación de una ley nacional que ha incorporado un instrumento normativo internacional de forma unificada, ya que muchos Estados esencialmente lo que hacen es adoptar un texto internacional del cual no participaron en su elaboración (ej. la CISG) y han de aplicarlo; igualmente sucede con un instrumento armonizado o de *soft law*, el cual

---

ley no sirve de excusa. Al respecto también el artículo 2º de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* señala que: “Los Jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia del contenido de la ley extranjera invocada”.

4 Esta cuestión quedó bastante clara en una sentencia icónica: Corte de Casación Francesa, 16 de noviembre de 1993 (*Amerford – Societé C Honeywell Bull*), donde dicho tribunal señaló, entre otras, que: “... Sin embargo hay que tener presente que en asuntos donde las partes tienen la libre disposición de sus derechos, incumbe a la parte que alegue que la implementación de la ley extranjera, designada por la regla de conflicto de leyes, conduciría a un resultado diferente de ese obtenido mediante la aplicación de la ley francesa, la misma debe demostrar la existencia de esta diferencia aportando la prueba del contenido de la ley extranjera que invoca, en su defecto, la ley francesa se aplica debido a su vocación subsidiaria...”.

bajo el abrigo muchas veces de una costumbre internacional ha de ser aplicado por autorización misma de la ley.<sup>5</sup>

## II.- La cuestión de la *comitas gentium* (comity) ¿Un capricho del operador jurídico o un imperativo legal?

Por *comitas gentium* algunos autores señalan entre otros que se trata de un concepto que evoca la idea del buen placer en el cual se reúnen los intereses generales de la colectividad, así como las mínimas consideraciones de humanidad, para lo cual un Estado crea normas de conflicto de leyes sin sujetarse a obligaciones positivas frente a otros Estados.<sup>6</sup>

Sin embargo, creemos que el término *comitas gentium* o *Comity* es bastante más amplio, en el sentido que le permite al juez hacer un análisis en cuanto a la pertinencia o no que tiene la aplicación de un derecho extranjero a una situación jurídica que debe resolver, en este caso, debe sopesar las normas (locales y foráneas) que tiene frente a sí para poder brindar justicia de la forma más equitativa posible. Entonces, aquello que muchos autores definen también como la cortesía internacional,<sup>7</sup> es esencialmente una ponderación entre leyes y derechos personales donde se busca brindar la solución mejor adaptada a los criterios de justicia global.

En este sentido, percibimos que una de las dificultades que plantea la aplicación de una ley o derecho extranjero a una situación *iusprivatista* es poder determinar su propia aplicabilidad frente a las normas de derecho interno, y en caso positivo poder determinar la razón por la cual ésta tiene prevalencia y no las últimas. Creemos que en este caso es necesario aclarar la esencia misma de la normativa extranjera y su rol en un ordenamiento jurídico interno, ello porque la cuestión puede girar más en torno a su producción que a su aplicación; decimos esto ya que existen normas de derecho interno cuyo origen es eminentemente internacional, tal es el caso de las regulaciones de derecho uniforme, así como aquellas que son armonizadoras y que dependiendo del ordenamiento jurídico, hacen parte integral del mismo ya que son reconocidas dentro del rango de las costumbres (locales o internacionales) que tienen cierto valor legal y aplicabilidad frente al caso planteado.

Por ello, y antes de continuar con estas cuestiones, estimamos que es necesario indagar cual ha sido el origen y los caminos recorridos por la figura principal del presente artículo antes de acudir a ver su aplicabilidad a las cuestiones jurídicas *iusprivatistas* internacionales modernas.

5 Al respecto podemos ver como el artículo 3º del Código de Comercio colombiano determina que: “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido la relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior”; a su vez, el artículo 7 indica: “...la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.

6 BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul, *Traité de Droit International Privé*, L.G.D.J., Paris, 1993, T. 1, p. 385.

7 PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado. Terminología usual en las relaciones internacionales*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México D.F., 1993, p. 20.



Las primeros indicios o menciones de la denominada doctrina del *comitas gentium* debemos buscarlos esencialmente en la doctrina desarrollada por el jurista bretón Bertrand D'ARGENTRÉ, quien, si bien en su posición personal y profesional fue un acérrimo defensor del territorialismo de las leyes, no descartaba del todo que pudiesen haber algunas excepciones en cuanto a la aplicación del derecho extranjero, en especial cuando existía un vacío en el derecho local el cual podía excepcionalmente ser suplido o complementado con un derecho extranjero.<sup>8</sup>

Posteriormente, sería la llamada *Escuela Estatutaria Holandesa o Flamenca* en donde de manera general se puso de presente la necesidad de buscar una vía alternativa a los problemas que se estaban presentando frente a la creciente interacción entre leyes locales y extranjeras como consecuencia de la expansión comercial que en esos momentos estaba experimentando Holanda.

Hay que recordar que los Países Bajos en el siglo XVII se hallaban bajo dominación del imperio español, y habían comenzado una serie de acciones para lograr su independencia, por ello es que las ideas territorialistas de D'ARGENTRÉ encajaban perfectamente en aquel deseo de libertad, por lo que encontraron eco y fueron bien recibidas.

La doctrina de D'ARGENTRÉ fue complementada por los autores holandeses (BURGUNDIO, RODENBURG, Jean y Paul<sup>9</sup> VOET, así como Ulrich HUBER) quienes la adicionaron con la concepción de soberanía.<sup>10</sup> Para estos autores las leyes de cada Estado deberían operar en los límites territoriales de tal Estado y serían obligatorias para todos sus súbditos, sin embargo, también indicaban que los soberanos de aquellos podían actuar por cortesía (*comiter agunt*) con el objeto de que las leyes de cada pueblo, después de haber sido aplicadas dentro de los límites de su propio país, conservaran su vigor en todas partes, siempre y cuando los derechos de los otros soberanos no se vieran perjudicados.<sup>11</sup>

Todo lo anterior se iba enmarcando en el hecho que Holanda poco a poco fue desarrollando y expandiendo el comercio internacional y lo que conllevaba ampliar sus fronteras y relaciones con otros Estados y culturas;<sup>12</sup> no en vano la ciudad de Delf vería nacer no sólo a Hugo GROTIUS, quien también contribuiría al desarrollo de esta doctrina, sino que allí igualmente tendría lugar la *compañía de las indias orientales*, considerada como la primera empresa multinacional de la historia. Lo anterior tiene lógica, ya que no se podían conciliar de un lado, ideales totalmente territorialistas, con aquellos que estaban directamente con la apertura de sus relaciones con otros Estados, especialmente aquellas con carácter comercial, lo que

8 BALTAR, Leandro, "La extraterritorialidad del derecho y su fundamento: una mirada desde sus comienzos", *Revista Iberoamericana del Derecho Internacional*, 2017, N° 6, pp. 72-74.

9 Paul VOET fue el primer autor en reconocer de manera directa el valor que tenía la *comitas gentium*, ello lo hace en su obra *De statutis eorumque concursu*, aparecida en 1663.

10 WOLFF, Martín, *Derecho Internacional Privado*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 26.

11 AUDIT, Bernard, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2008, p. 68.

12 BATIFFOL y LAGARDE, cit. (n. 5), p. 30.

puede dar indicios que tal doctrina nació como consecuencia de la ampliación de las relaciones comerciales con el exterior.

Después de haber tenido su génesis en territorio holandés, la doctrina de la *comitas gentium* comenzó una expansión a otros ordenamientos jurídicos, en especial el de Inglaterra y los de Estados Unidos de Norteamérica. La doctrina de la *comitas gentium* es recepcionada en Inglaterra y Escocia entre otros por Lord MANSFIELD<sup>13</sup> y DICEY; éste último autor señala entre otros señala que la aplicación de una ley extranjera no depende de un capricho o de una escogencia: la misma no nace de un deseo personal del Rey de Inglaterra o de cualquier otro soberano de concederle u ofrecerle una cortesía a los otros Estados; tal aplicación se desprende del hecho frente a la imposibilidad de regular numerosas categorías de negocios sin gran inconveniente y sin injusticia para las partes en conflicto, sean estas inglesas o extranjeras.<sup>14</sup>

Posteriormente la doctrina de la *comitas gentium* pasa a los EEUU, y varios serían los autores norteamericanos quienes serían influenciados por la misma. Allí le cambiarían el nombre por el de “*Comity*” pero continuaría produciendo los mismos efectos; en este caso tenemos principalmente al profesor de Harvard y juez de la Corte Suprema Joseph STORY, para quien el territorialismo de la leyes era necesario para la construcción de una identidad y desarrollo del Estado, ya que según él cada Nación posee una competencia exclusiva para legislar sobre su territorio, y de esta forma puede regular a sus ciudadanos, así como a los bienes que allí se hallan y a los actos jurídicos que también allí se producen sin restricción alguna. Recíprocamente, ninguna nación puede directamente afectar los bienes situados por fuera de su territorio o de aquellas personas que no son sus nacionales y que no están allí domiciliadas; ahora para él, el hecho que una ley extranjera tenga efectos en otro territorio, depende de la autorización que de tal aplicación haga el soberano local, teniendo en cuenta que a sus propias leyes se les dará el mismo tratamiento en territorio extranjero.<sup>15</sup>

STORY contribuiría con sus trabajos a la creación de la denominada Escuela de Harvard, donde posteriormente Joseph BEALE en 1935, encontró el fundamento de la *Comity* en la denominada “incorporación legislativa del derecho extranjero”, según la cual el derecho foráneo se justifica porque son derechos adquiridos y por lo tanto deben valorarse conforme a las leyes bajo cuya aplicación los derechos fueron incorporados. De esta manera no hay un derecho adquirido sin una ley que lo cree. Estamos ante una doctrina que respeta la soberanía de cada Nación al reconocer los derechos que cada una fija a sus nacionales o habitantes.<sup>16</sup>

13 En la sentencia *Robinson v Bland* de 1760, el Juez MANSFIELD señaló entre otros que: “la regla general establecida *ex comitate et jure gentium* es, que el lugar donde se hace el contrato, y no donde se lleva a cabo la acción, debe considerarse para ejecutar y hacer cumplir el contrato”.

14 DICEY, Albert Venn; MOORE, John Basset, *A Digest of the Law of England with reference to the conflict of law*, Steven & Sons Ed., London, 1896, p. 78.

15 AUDIT, cit. (n. 10), p. 70.

16 La *Comity* ha recibido una atención bastante escasa en la jurisprudencia estadounidense debido al requisito constitucional de que cada Estado debe otorgar plena fé y crédito a las sentencias dictadas en los tribunales de los Estados hermanos.



Frente a las posiciones anteriores hay algunos autores<sup>17</sup> quienes sostienen que dar aplicación a la *comitas gentium* (*Comity*)<sup>18</sup> implica una violación a la soberanía no sólo territorial sino legislativa ya que se desconoce el poder soberano del legislador local para regular de “manera omnipresente” todos los aspectos de la vida social y por ende se entrega en manos de un legislador extranjero la solución a un litigio que de cierta manera tiene alguna conexión con el ordenamiento jurídico local. La concepción que el Estado se hace de sus propias obligaciones internacionales debe comprender la extensión jurídica de sus principios de justicia reconocidos por él a los extranjeros que se hallan en su territorio o a sus propios nacionales regulados por una ley extranjera.

En el caso más emblemático sobre la *Comity*, el Juez GRAY de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Hilton vs Guyot* 159 US 113, 143 (1895), haciendo relación a esta figura jurídica indicó, entre otros, que:

*“Ninguna ley tiene ningún efecto, por su propia fuerza, más allá de los límites de la soberanía de la que se deriva su autoridad. La medida en que la ley de una nación, adquiere fuerza y está en vigor dentro de su territorio, ya sea por orden ejecutiva, por acto legislativo o por decreto judicial, se le debe permitir operar dentro del dominio de otra nación, esto dependerá de lo que nuestros mejores juristas se han contentado con llamar ‘la cortesía de las naciones’. Aunque la frase ha sido criticada a menudo, no se ha sugerido ningún sustituto satisfactorio”.*

*“La cortesía, en el sentido legal, no es una cuestión de obligación absoluta, por un lado, ni de mera cortesía y buena voluntad, por el otro. Pero es el reconocimiento que una nación permite dentro de su territorio a los actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otra nación, teniendo debidamente en cuenta tanto el deber y la conveniencia internacional, como los derechos de sus propios ciudadanos o de otras personas que están bajo la protección de sus leyes”.*<sup>19</sup>

---

Históricamente, el sistema legal estadounidense en materia de conflicto de leyes ha dependido en mayor medida más de las cuestiones interestatales que de las cuestiones internacionales, y el concepto de fe y crédito plenos, por lo tanto, han alcanzado mayor importancia que la doctrina de la *Comity*. Si los beneficios que conlleva el reconocimiento de una decisión judicial extranjera y que tienen su fundamento en la aplicación de la *comitas gentium* (*Comity*) deben ser reconocidos, tal reconocimiento no debe depender de la reciprocidad. BLEIMAIER, John Kuhn, “The Doctrine of Comity in Private International Law”, *The Catholic Lawyer*, 1979, Vol. 24, N° 4, p. 327.

17 COLOMBOS, Constantine John, “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique britanniques”, *Académie De Droit International de La Haye - Recueil des Cours*, 1931, Vol. 36, p. 15. También es la posición adoptada por Johan Nikolaus HERT quien criticó de manera vehemente los estudios de HUBER y los VOET respecto a la *comitas gentium*, y prefirió adoptar aquella del *subditus temporarius* de Hugo GROTIUS. Véase igualmente PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, *El Sistema de Derecho Romano actual de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en Alemania*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1994, pp. 137-149.

18 En adelante, la trataremos bajo esta rúbrica la cual engloba tanto al derecho continental como a la *common law*, aunque se trate de la misma figura.

19 Corte Suprema de Estados Unidos, *Hilton vs Guyot* 159 US 113, 143 (1895).

### III.- La *comitas gentium* y su relación directa con el *exequátur*

Si existe algún campo donde tiene aplicabilidad la doctrina de la *comitas gentium* (*Comity*) es esencialmente en aquel en donde hay lugar a reconocer y darle valor a decisiones judiciales o administrativas extranjeras en especial dentro de un ordenamiento jurídico local; hablamos aquí de la conocida figura del *exequátur*. Respecto a esta última figura, es preciso señalar que una decisión judicial extranjera siempre estará fundamentada al menos en la *lex fori* del país donde fue pronunciada, o incluso en una norma extranjera que haya sido tenido en cuenta por parte del tribunal o la autoridad que tenía a cargo la solución del litigio o situación jurídica planteada. Por ello, cuando el juez del foro reconoce el valor de una decisión judicial o administrativa extranjera, ésta indirectamente reconociendo el valor de la ley con la cual ésta no sólo fue adoptada, sino fundamentada.

Hoy en día es difícil encontrar ordenamientos jurídicos de tipo autárquico como en algún momento en la historia existieron; creemos que los últimos de ellos se presentaron especialmente a mediados del siglo XX en China, Corea del Norte o Albania. Ahora ya las sociedades modernas cada vez están más interconectadas por lo que el derecho local va cediendo cada día esa posición de privilegio frente a normativas foráneas que se hacen indispensables para entender ese movimiento globalizador o global que hoy nos acoge, y que está basado en una red de redes regulatorias, que van de las organizaciones internacionales hasta los entes locales y los particulares, donde

*“Baste por ahora el llamar la atención sobre el hecho de que, al no haber ya barreras planetarias rígidas, gracias a las tecnologías de la información y comunicación (TIC), y al estar todo interconectado, a modo de red de redes, entonces es factible el desarrollo de una ordenación basada en un pensamiento global de acción local, capaz de integrar procesos tradicionales y modernos, en los que lo mundial se ha localizado y viceversa. Antes de proceder a estudiar dicho sistema de ordenación, se ofrecen unos apuntes elementales sobre cómo percibimos la realidad, para su posterior ordenación”*.<sup>20</sup>

Podemos pensar que la doctrina de la *comitas gentium* (*Comity*) hoy está inmersa en un movimiento renacentista, sin embargo creemos que siempre ha estado presente, lo que sucede es que ahora es más visible que otrora, ya que hay un vínculo muy importante entre el derecho internacional privado y el comercio global actual (entre otros aspectos de ese fenómeno denominado la globalización) no muy diferente a lo percibido en su momento por la escuela estatutaria holandesa. Ahora, así como antes, tanto el mercado, y la economía en su conjunto, dejaron de ser un fenómeno nacional o local para entrar a pertenecer a un escenario globalizado donde las economías se interrelacionan y los sistemas de protección del mercado nacional redundan en perjuicio de los intereses del propio Estado y de su economía. Igual ha

20 SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio, “Fundamentos de derecho comparado y global: ¿Cabe un orden común en la globalización?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (UNAM)*, 2014, Vol. 47, n° 141, p. 1022.

de suceder con aquellas medidas proteccionistas y restricciones u obstáculos a los no sólo intercambios de mercancías, servicios o capitales contempladas por el Derecho Económico,<sup>21</sup> sino a la cuestión legal del libre tránsito de normas que se adapten mejor a las necesidades imperantes sin que ello signifique una transgresión a los principios básicos de convivencia y orden público locales.

En la actualidad la cuestión del reconocimiento de las decisiones judiciales y administrativas extranjeras está mucho más arraigada en la *comitas gentium* (Comity) que unos años atrás; ya la cuestión de la soberanía básicamente se aprecia desde un punto de vista más militar que jurídico o político. Lo que se presenta es una deslocalización de la actividad no sólo legislativa<sup>22</sup> sino jurisdiccional por lo que cada vez hay más reconocimiento de decisiones provenientes no sólo de tribunales nacionales, sino de supranacionales donde existe una especie de cooperación tendiente a dar solución a casos que escapan a las regulaciones locales y que están conectados con más de un ordenamiento jurídico por lo que esta denominada “cortesía internacional” se traduce el día de hoy en una efectiva cooperación entre tribunales pertenecientes a diferentes sistemas judiciales más que a cuestiones de cesión de soberanía.<sup>23</sup>

Aquello que en sus inicios fuera una cuestión de mera cortesía de un soberano hacia otro, paulatinamente y con el correr de los tiempos se ha ido convirtiendo en una costumbre internacional de acuerdo a la cual los estados de manera recíproca celebran acuerdos para el reconocimiento mutuo o recíproco de las decisiones legales, sean de sus jueces o de sus autoridades administrativas en cada uno de ellos.

Si nos atenemos al concepto abstracto de justicia, se entiende que la misma debe ser universal en el sentido en el cual la misma se aplica, ya que un derecho que se adquiere a través de una decisión judicial debe permitir su goce sin importar el lugar o territorio donde se pretenda disfrutar (eso con excepción del orden público local), ya que sería un sinsentido obtener un derecho que no se puede gozar, o que su disfrute está limitado a un territorio determinado, ya que de nada valió el esfuerzo que se hizo para reclamarlo para que al final no se pueda sacar el beneficio que del mismo se esperaba; ya que de antemano debe entenderse que cuando el mismo se solicitó ante el juez del foro, se tenía en mente el territorio extranjero donde aquél se iba a disfrutar, es decir a producir efectos; entonces puede ser una cuestión surrealista el hecho que los Estados (modernos) piensen que los derecho sólo se pueden disfrutar en el territorio del Estado donde se produce la decisión judicial.<sup>24</sup> En este sentido

21 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “La unificación del Derecho Comercial Internacional”, en FEBRES, C. (Coord.), *El derecho Internacional en tiempos de Globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Colección Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Andrés Bello, Caracas, 2011, T. I, p. 59.

22 Hablamos en este caso de *deslocalización legislativa*, ya que en algunas materias los legisladores locales están perdiendo competencia y la están cediendo a organismos internacionales encargados de crear normativas de tipo unificado o armonizado que finalmente los Estados adoptan de una u otra forma.

23 D'ALTERIO, Elisa, “From judicial comity to legal comity: A judicial solution to global disorder?” *NYU School of Law*, 2011, Vol. 9, N° 2, p. 395.

24 En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Colombia [SC10089-2016], no con referencia directa a la aplicación de la ley extranjera, sino al reconocimiento de una decisión judicial extranjera, se ha dicho que: “Razones prácticas de internacionalización y eficacia de la justicia, permiten, en general, que las sentencias o providencias con ese mismo carácter

también debe tenerse presente el hecho que al existir libre movimiento no solo de personas, sino de mercancías, capitales y servicios, también es necesario también que haya un libre movimiento de decisiones judiciales ya que de una u otra manera ésta últimas poseen cierta interrelación con aquellos, en especial en tiempos modernos.<sup>25</sup>

En todo este contexto no queda ninguna duda cuando se afirma que la *comitas gentium* (*Comity*) se ha convertido en el elemento detonante del exequátur, ya que este último no hubiera sido posible sin que aquella hubiese sido puesta de relieve. Lo anterior porque no concibe el tener que darle reconocimiento a una ley extranjera por presión o bajo amenaza del Estado de cuyo ordenamiento jurídico emana dicha ley o de cualquier otro que desee ver impuesta la ley de otro país para obtener un beneficio propio (por ejemplo, cuando un juez israelí le exige a un juez boliviano que de aplicación del derecho norteamericano al resolver la cuestión jurídica que se le plantea y que no presentan vínculos serios con éste último).

#### IV.- Relación entre *comitas gentium* (*Comity*) y soberanía estatal

Hay una cosa que debe quedar clara y es que un juez por poco instruido que sea, maneja los conceptos elementales del derecho, y este último lo concibe como una ciencia que fue creada para resolver conflictos, por eso, se cree que éste siente cierta afinidad hacia sus colegas de otras latitudes con quienes comparte los mismos ideales y pasiones; de ahí que cuando haya que dar reconocimiento a una decisión judicial extranjera, él lo hace no tanto por el valor que tenga la ley extranjera que fue aplicada para resolver la cuestión jurídica, sino por el manejo que a la misma le dio su juez colega; entonces no sólo la *comitas gentium* (*Comity*), sino el exequátur en sí mismo se proyectan como una cuestión de colegaje, donde dos tribunales formados en la misma disciplina se hacen “un favor”, ya que esa colaboración se convierte en un elemento orientador de las relaciones internacionales en materia legal. Para algunos autores la cortesía internacional constituye uno de los pilares del diálogo judicial que se produce en la “comunidad global” de los tribunales nacionales e internacionales, ofreciendo “el marco y las reglas básicas para un diálogo global entre jueces que se hallen en el contexto de ciertos casos específicos”. Según este, los tribunales respetarían sus homólogos extranjeros por el simple hecho de ejercer legítimamente una función jurisdiccional, y no simplemente porque aquellos son la cara visible de un gobierno extranjero; entonces lo que se reconoce es la igualdad entre ambos y la

---

y los laudos arbitrales, provenientes unas y otros de un país determinado, tengan poder coercitivo en otro. Se trata de una excepción a la facultad libre y soberana de los Estados de administrar justicia. En el caso de Colombia, hallase enunciado en el preámbulo de la Constitución Política y está previsto en los artículos 93 y 228 *ibidem*, entre otros. En el marco exceptivo, el mundo globalizado de hoy no resiste fronteras entre las naciones. Por esto, las determinaciones judiciales tomadas en alguna de ellas trascienden la otra; de ahí la posibilidad de convalidarlas, pues la justicia, en la actualidad, tiende a ser transnacional por virtud de los intereses comunes que convergen cuando de la asignación, reconocimiento o declaración de un derecho se trata. Las razones descansan en el beneficio de los ciudadanos sobre que una situación jurídica acontecida en un territorio extranjero sea homologada en otro, pues ello es manifestación evidente de regímenes de derecho con trascendencia espacial, al punto de integrarse en la lógica de otro Estado, como si la decisión se hubiera adoptado allí”.

25 BRAND, Ronald A., “New challenges in the recognition and enforcement of judgements”, en FERRARI, F.; FERNÁNDEZ ARROYO, D. (Eds.), *Private International Law. Contemporary challenges and continuing relevance*, Edwar Elgar Publishing, North Hampton MA, 2019, p. 360.

tarea global de juzgar, pero con un énfasis distintivo en los derechos individuales y el papel judicial en la protección de ellos.<sup>26</sup>

Por otro lado, si bien la soberanía constituye el sustento teórico tradicional para parte de la doctrina, de ello no se deduce que la misma cubra las formas en que se ha venido utilizando la *comitas gentium* (Comity) o que necesariamente coincida con la evolución que ha venido experimentando. Estas transformaciones se han producido a través de cambios graduales, pero radicales; todo ello en el contexto de la adjudicación transnacional, por lo que se ha hecho referencia para justificar instancias de deferencia a “las necesidades del sistema comercial internacional”.<sup>27</sup>

Ahora, hay que tener presente el hecho que el principio o la doctrina de la *comitas gentium* (Comity) no sólo tiene aplicación en el derecho internacional privado,<sup>28</sup> también es importante resaltar que en ciertos ámbitos se habla incluso que existe una *comitas gentium* tanto para el ámbito legislativo, como para el ejecutivo a nivel estatal;<sup>29</sup> esto debido a que en muchos ordenamientos jurídicos se incorporan normas provenientes de otros ordenes legales que entran a hacer parte del derecho nacional, e igualmente en el espectro ejecutivo se le otorga valor a determinadas normas o actos de ciertos soberanos con el fin de reconocer derechos nacidos bajo el imperio de otros ordenamientos. En este sentido también se puede indicar que la *comitas gentium* (Comity), no es del todo diferente a la equidad, la misma opera *infra* y *praeter legem*, pero nunca anula el poder del soberano. En la práctica, mientras que la red reguladora transnacional se ha vuelto más densa, la cortesía sigue siendo una herramienta útil en manos de los tribunales, capaz como lo es de operar como una especie de lubricante o una contrabalanza frente a “la insuficiencia de los criterios normativos” que son necesarios para resolver conflictos jurisdiccionales.<sup>30</sup>

Por ello no es descabellado afirmar que la *comitas gentium* (Comity) también puede ofrecer una posible solución a los conflictos que ocurren entre jurisdicciones internacionales, esto ocurre cuando dos de ellas se perfilan como competentes para conocer de una determinada situación jurídica, y si bien en principio los jueces y los árbitros deben por mandato legal lealtad a sus propios órdenes jurídicos, ello no impide que, en aras de buscar una justicia real y efectiva, uno de ellos le brinde al otro el privilegio o la obligación de fallar. De igual forma, una parte que busque el reconocimiento de una decisión judicial extranjera no debe verse obligada a establecer ante el tribunal donde solicitó el exequátur que, en circunstancias similares, la jurisdicción en la que se emitió tal decisión reconocería una decisión judicial de la jurisdicción en la que se solicita el reconocimiento. Creemos que,

26 SLAUGHTER, Anne-Marie, “A New World Order, a Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003, Vol. 44, N° 1, p. 194.

27 SCHULTZ, Thomas; RIDI, Niccoló, “Comity and International Courts and Tribunals”, *Cornell International Law Journal*, 2017, Vol. 50, n° 3, p. 585.

28 También en el ámbito del derecho internacional público, el derecho procesal internacional, el derecho penal y el civil, entre otros.

29 HONGJU KOH, Harold, “Transnational Public Law Litigation”, *Yale Law Journal*, 1991, Vol. 6, p. 2348.

30 D'ALTERIO, Elisa, *La Funzione di Regolazione delle Corti nello spazio amministrativo globale*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 190.

para los jueces, hacer de la reciprocidad un prerrequisito de la *comitas gentium* (*Comity*) sería altamente contraproducente, ya que interpondría un obstáculo el cual lógicamente sería injustificado frente al libre reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras. En este sentido queda claro que, si la decisión de un tribunal extranjero no fuera reconocida por un tribunal de otro país por algún motivo, esto sería un óbice para que cada Estado se negara a reconocer las sentencias de los tribunales del otro. No es sano pues que para la cooperación judicial internacional el que se presenten represalias entre los sistemas judiciales por el no reconocimiento justificado de algunas decisiones judiciales.

## V.- *Comitas gentium* (*Comity*) y derecho unificado

Una cuestión inicial que plantea el presente tema es el de tratar de averiguar si existe una relación directa entre la doctrina de la *comitas gentium* (*Comity*) y el derecho unificado y en caso positivo que importancia ha de tener la misma. Ya ha quedado claro lo que por aquellas ha de entenderse, y ello nos conduce a afirmar que una primera relación entre ambas figuras se presenta esencialmente en el proceso de unificación de la *comitas gentium* (más que la *Comity*) que tiene lugar en los denominados tratados de cooperación judicial internacional, incluidos aquellos de derecho procesal donde su aplicabilidad es más tangencial que en los primeros.

En este caso, hay que tener presente que el derecho uniforme hace uso del derecho internacional público para poder lograr su objetivo, el cual no es otro que tener una determinada coercibilidad respecto de las normas que lo componen; y es que para que el mismo adquiera dicha naturaleza tiene que convertirse en un tratado o convenio internacional que sea obligatorio para las partes que lo adopten como tal; en este sentido es como el derecho uniforme ha sido tenido por ciertos autores como el mejor instrumento para superar las diferencias indeseables entre las reglas de derecho interno en materia *iusprivatista* internacional.<sup>31</sup> En este caso el derecho uniforme adquiere el carácter de obligatorio por ser susceptible de ser reclamado por vía judicial, por lo que la *comitas gentium* pasa al plano meramente facultativo o secundario, ya que el juez deberá atenerse a los preceptos que le señalan la normativa unificada, ello en cuanto a su condición imperativa. En este caso ya no se hablaría de acudir de manera potestativa a la cortesía internacional, sino de una obligación con esa característica.

Un ejemplo de cómo la *comitas gentium* deja de tener un aspecto potestativo y pasa a ser una cuestión obligatoria puede ser encontrada en algunos instrumentos de derecho procesal internacional, tal como la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (La Paz, Bolivia, mayo 24 de 1984) donde el reconocimiento se halla sometido al cumplimiento de ciertas condiciones como aquellas que determina su artículo 1º que indica:

31 NADELMANN, Kurt H., "Multilateral Conventions in the conflict field: An historical sketch", *Netherlands International Law Review*, 1972, Vol. 19, N° 2, p. 107.



*“Con el fin de obtener la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando el órgano jurisdiccional de un Estado Parte que ha dictado sentencia hubiera tenido competencia de acuerdo con las siguientes disposiciones: (...)*

*1. Que el demandado, al momento de entablarse la demanda haya tenido su domicilio o residencia habitual en el territorio del Estado Parte donde fue pronunciada la sentencia si se tratare de personas físicas, o que haya tenido su establecimiento principal en dicho territorio en el caso de personas jurídicas; (...).*

*Artículo 2. Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente”.*

Por otra parte, y también a manera de ejemplo, encontramos la *Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros* (Montevideo, Uruguay, 8 de mayo 1979) que, entre otros, dispone:

*“Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes: (...) a. Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;(...).” (artículo 2º)*

Por otro lado, podemos observar que su artículo 4º<sup>32</sup> ofrece una solución que bien puede adaptarse a los criterios de la *comitas gentium* (*Comity*) toda vez que el juez puede de manera totalmente autónoma reconocer los afectos que produce una decisión extranjera y señalar igualmente en qué proporción hará tal reconocimiento.

En este caso se puede apreciar que también la unificación normativa se convierte en el medio por el cual no sólo los tribunales de diferentes Estados así, como sus derechos internos entran en interacción unos con otros, y entonces sí se puede hablar de la positivación de una costumbre, la cual seguirá latente en un ordenamiento jurídico en caso de que falle la aplicación de las normas positivas que recogieron o implementaron el convenio donde se reguló la cuestión de la *comitas gentium* (*Comity*). En este sentido en ciertos escenarios jurídicos se puede pensar que acudir a la implementación de tal doctrina, permite que se aplique una restricción a la utilización del propio derecho, quizás esto pueda parecer cierto, pero también hay que tener en cuenta que aquella normativa local no es perfecta ni lo puede

32 *“Si una sentencia, laudo y resolución jurisdiccional extranjeros no pueden tener eficacia en su totalidad, el juez o tribunal podrá admitir su eficacia parcial mediante petición de parte interesada”.*

abarcar todo, quizás en el ámbito estatal se pueda cubrir gran parte del mismo, pero el simple hecho de entrar en el juego de las relaciones internacionales implica ceder algo de soberanía, en este caso, jurídica, ya que difícilmente un legislador podrá legislar para todas las eventualidades que se puedan presentar en situaciones que tengan contacto con el extranjero. En cuanto a lo anterior no hay que olvidar que la estructura y coherencia del derecho ha permanecido incólume a través de los siglos, y ha permeado todos los ordenamientos jurídicos sin importar a la doctrina o escuela a la que se halla adscrito. En este sentido creemos que la *comitas gentium* puede presentarse tanto como un principio de reconocimiento así como un principio de restricción, ello por el hecho que mediante el primero se le otorga validez a una situación jurídica nacida bajo el imperio de una ley extranjera, en tanto que el segundo lo que hace es que cohibe en cierto modo al tribunal o juez local respecto a la aplicación de su propio derecho a la situación jurídica que tiene frente a sí, y a la cual le debe brindar una solución equitativa.<sup>33</sup>

De otro lado y como es bien sabido, uno de los propósitos del derecho uniforme es eliminar el conflicto de leyes (acabar con la distinción ley extranjera - ley local; en adelante será normativa interna) y por ende prescindir de la aplicación de la *comitas gentium*, ya que una vez que se tiene certeza del derecho aplicable a la situación jurídica en concreto no habrá ninguna discusión en cuanto a la aplicación del mismo, en especial tanto por parte de un juez del Estado donde se produjo la decisión, así como de aquel donde se reclama el derecho, máxime cuando los ordenamientos jurídicos comprometidos, pertenecen a Estados que ratificaron el instrumento de derecho uniforme que está siendo aplicado.

En cuanto a tales instrumentos o normativas uniformes en las cuales se define de manera previa cual es el derecho aplicable a una determinada cuestión jurídica, vemos que son muchos los que están vigentes hoy en día, lo que conlleva necesariamente a que el juez del Estado donde se pide el reconocimiento de la decisión judicial (fundamentada en una ley extranjera), advierte que su país (Estado) es parte del convenio que incorpora en su ordenamiento jurídico la normativa uniforme, simple y llanamente reconocerá el valor de la misma, permitiendo que la decisión judicial extranjera tenga efectos en su propio ordenamiento jurídico.

Entre los instrumentos de derecho unificado que cumplen con los criterios que aquí venimos de señalar podríamos señalar, entre otros:

- Convenio de 15 de junio de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales.
- Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores.
- Convenio de 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial.

<sup>33</sup> DODGE, William S., "International Comity in American Law", *Columbia Law Review*, 2015, Vol. 115, N° 8, pp. 2076 - 2084.



- Protocolo de 1 de febrero de 1971 Adicional al Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial.
- Convenio del 2 de julio de 2019 relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial.
- Convenio de 4 de mayo de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera.
- Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos.
- Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.
- Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales.
- Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación.
- Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

Entonces podemos indicar que el derecho uniforme, no es que vaya en contra o sea incompatible con la *comitas gentium* (*Comity*), lo que simple y llanamente hace el mismo es evitar que entre en juego el proceso de reconocimiento del derecho extranjero (exequátur) ya que durante su elaboración los representantes de los diferentes Estados (tanto los que negociaron como los que se adhirieron al convenio) tuvieron el tiempo suficiente para analizar la conveniencia o la inconveniencia de tal normativa para su ordenamiento jurídico local, y una vez que se aprobó se cumplió con el proceso de reconocimiento legislativo necesario para que esa regulación uniforme entrara a hacer parte del derecho interno del foro. Lo anterior muestra que en la elaboración del derecho uniforme se presenta un procedimiento de tipo legislativo, llevado a cabo no por los representantes elegidos por los ciudadanos de cada Estado, sino por personas ajenas al mismo, donde la gran parte son extranjeras (expertos), pero donde esa autorización entregada a los redactores o estudiosos de la materia (grupo de trabajo) se hace de manera previa, y en cierta medida “inconsciente”, ya que la que posteriormente ha de requerir el juez para aplicar el derecho uniforme (en tanto que derecho extranjero) se encuentra incluida en su ordenamiento jurídico bajo una ley aprobatoria de un convenio internacional.

## VI.- *Comitas gentium* (*Comity*) y derecho armonizado

Hemos de indicar en este título que por derecho armonizado ha de entenderse aquel cuerpo normativo que ha sido creado bajo la iniciativa y también el patrocinio de organismos especializados que buscan regular un tema jurídico en específico, y

del cual se sabe en principio que puede causar ciertas reticencias al momento de su aprobación por los Estados para incorporarlo en sus ordenamientos jurídicos de manera “obligatoria” esto es, a modo de *hard law*, sin embargo, lo anterior no es un obstáculo para que varios años después se entregue un trabajo final donde subyace la normativa, la cual generalmente posee un alto nivel de calidad, así como de aceptación en la comunidad jurídica y académica internacional.

Estas normas que actualmente se producen, en especial bajo la égida tanto la CNUDMI como del UNIDROIT que han sido los organismos que de una manera más global han producido la mayor cantidad de instrumentos armonizadores que reúnen las denominadas leyes modelos o uniformes o *soft law* que son puestas a disposición de los Estados para que de una u otra manera “modernicen” sus derechos locales, sin embargo ello no es tan fácil ya que existe mucha reticencia de los mismos en incorporarlas, ya que al poseer un carácter no obligatorio directo, sino más bien de inspiración para regular a nivel local una determinada materia,<sup>34</sup> tal desconfianza en parte proviene del hecho que no hayan sido sus propios “legisladores” quienes hubieran elaborado dichos instrumentos (aquí tal actitud se podría entender como una afrenta a la misma filosofía de la *comitas gentium*, que es una descendiente del pragmatismo propio de los neerlandeses<sup>35</sup>), ya que este caso prima más el conocimiento local, que el de los expertos que conforman un grupo de estudio de un organismo internacional, lo cual a los ojos del movimiento global carece de sentido, ya que así muchos líderes políticos intenten ver en el territorialismo el renacimiento de su pasado glorioso, éste cada día se va hundiendo más en el foso de los leones.

Creemos pues que el derecho armonizado debe tener el lugar que se merece no sólo en la esfera jurídica internacional, sino también en los determinados ordenamientos jurídicos que sean carentes de ciertas materias reguladas por el mismo. Y es que si el derecho armonizado prueba su efectividad en la resolución de una situación jurídica dada, creemos que tanto por impulso de las partes como del mismo juez, quien acudiendo al principio del *iura novit curia*, lo puede traer al caso en mención y probar su efectividad frente a la resolución del mismo. No se trata aquí de hacer un reconocimiento o deferencia a la ley de un soberano extranjero, sino como el reconocimiento hecho a una institución internacional que goza de la aceptación y del prestigio de la comunidad académica internacional, lo cual en la mayoría de las veces puede ser una señal de garantía en cuanto a la elaboración de la normativa armonizada, contradiciendo así el hecho que muchos de los legisladores locales, quienes la mayoría de las veces son más inclinados por los intereses políticos y

34 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”, en GARCÍA COLLANTES, J.M. (Editor), *La unificación jurídica en Europa*, Consejo General del Notariado, Civitas, Madrid, 1999, p. 29.

35 Tal como lo reconocía el profesor Paul LAGARDE durante un homenaje (cuando se le concedió el Premio de La Haya de Derecho Internacional, en septiembre de 2011), para él: “*Ce faisant, les Pays-Bas et la ville de La Haye ne font que rendre justice à leurs origines. Ce sont des juristes néerlandais, Huber en tête, qui ont inventé au XVIIème siècle la notion de comitas gentium, que les anciens auteurs français traduisaient justement par «compréhension mutuelle» ou par «convenance réciproque des nations». Huber avait des paroles fortes, à la résonance très moderne, pour justifier l'application dans un Etat de la loi d'un autre Etat: C'était là une conception très ouverte de la réciprocité, de la compréhension mutuelle, non pas une réciprocité fermée qui conduirait à la rétorsion, voire aux représailles, mais une réciprocité généreuse, anticipant une même attitude convenable des autres nations et les appelant à faire de même, à s'ouvrir et à consentir à l'application des droits étrangers*”.

económicos que les puede representar la elaboración de una norma determinada, que por la verdadera regulación aquellas situaciones que están urgidas de encontrar una solución más equitativa y justa a los problemas que en ellas subyacen.

Entonces creemos que bajo el anterior presupuesto la *comitas gentium* (*Comity*) si puede tener una relación directa con el derecho armonizado toda vez que éste puede ser admitido a jugar un rol más determinante, no sólo como un derecho subsidiario (*soft law*), sino que puede el mismo regular de manera directa una cuestión jurídica dada; ello siempre y cuando el juez del foro le reconozca dicho valor, apoyado en la autorización que le otorga su mismo derecho para aplicar un derecho extranjero, sea de origen legislativo, o proveniente de un organismo internacional.

Insistimos pues, así a muchos les disguste, que el derecho en sí mismo tiene una vocación universal, ya que lo que él hace en esencia es regular comportamientos personales adaptados a culturas diferentes, lo cual por el simple hecho de la interacción de las personas en el marco global necesariamente implica que el derecho se desplace hasta donde se le requiera para que regule una actividad humana determinada. En este sentido el derecho ha de ser entendido como una ciencia que constantemente ha mostrado su propia vocación a sobrepasar los medios locales y nacionales para situarse en un nivel más avanzado hasta alcanzar la cima, si bien lo anterior puede parecer una cuestión abstracta, la misma proyecta una visión universal del mundo del derecho apoyada en la idea del progreso de toda la civilización humana.<sup>36</sup>

## VII.- *Comitas gentium* y cultura jurídica global

El enfoque tradicional que defiende el uso de un único derecho local que regule todas las cuestiones jurídicas que se suscitan al interior de una determinada comunidad o sociedad el día de hoy ha quedado superado, ello en parte porque el pluralismo jurídico contemporáneo ha ido trascendiendo los ámbitos geográficos restringidos de la Nación-Estado y ha producido una mutación de la concepción tradicional de la juridicidad, al provocar la asimilación progresiva de diferentes culturas jurídicas en el ámbito global.<sup>37</sup>

Quizás en el momento cuando se concibe la doctrina de la *comitas gentium* (*Comity*) era muy difícil adivinar los tiempos y los fenómenos tanto económicos como culturales que se presentarían hacia futuro. Por ello difícilmente se pensó que algún día estaríamos en presencia de un movimiento global que juntaría en un solo mundo todas las culturas, creencias, sistemas políticos, ideologías, pandemias,<sup>38</sup> etc. Lo anterior necesariamente implica un cambio de paradigma y de mentalidad hacia los fenómenos en cuanto a los movimientos sociales, y con ello su perspectiva jurídica. Sin embargo, existen sociedades (año 2020) con algunos líderes políticos (Trump,

36 MOCCIA, Luigi, "Les bases culturelles du Juriste Européen un point de vue continental", *Revue Internationale du Droit Comparé*, 1997, Vol. 49, N° 4, p. 802.

37 DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso, "Culturas jurídicas y Globalización. Presupuestos metodológicos de un derecho cosmopolita", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2010, N° 13, p. 218.

38 Al momento de escribir este artículo, el Covid 19 [SARS COV2] está causando estragos en casi todos los países del mundo.

Orban, Bolsonaro, Salvini, entre otros) que de una u otra manera tratan de vivir del “pasado glorioso”, y pretenden que sus grupos sociales llevan cierta delantera sobre los otros, así como sus sistemas legales. Con el derecho como ciencia jurídica, pueden haber ciertas excepciones a dicha tendencia minoritaria, ya que creemos que prima más el movimiento globalizador que las posiciones personales de algunos de sus operadores jurídicos, sin embargo en cuanto al tema que aquí tratamos, esto es, la *comitas gentium* (*Comity*), estimamos que pueden haber alguna clase de dificultades las cuales aparecen cuando el reconocimiento del derecho se debe hacer frente a una normativa o decisión judicial que proviene de un Estado de aquellos a los cuales se le clasifica de forma peyorativa como del “tercer mundo”. Creemos que aunque hay excepciones, tal afirmación carece de fundamento, ya que no se puede generalizar el hecho según el cual “algunos” jueces o tribunales pertenecientes a un Estado de los llamados del “primer mundo”<sup>39</sup> tendrán más reticencia a reconocer ese derecho que si se tratara de uno que proviene de otro estado análogo, es decir de la misma posición económica y cultural. De igual forma creemos que en el caso de que se produzca, se hará por la desconfianza que le genera al juez del “primer mundo”, no sólo el nivel de preparación de su homólogo del “tercer mundo” sino los valores que aquellos reconocen y respetan. Lo anterior es muy difícil de probar ya que el hecho de hacer públicamente un rechazo invocando cuestiones de poco desarrollo jurídico podría ser tenido como una posición racista por parte de los jueces un Estado que dicen estar adscritos al “primer mundo”.

Frente a la anterior cuestión hay unos casos que nos llaman la atención y de una u otra manera están relacionados con el hecho que en los Estados Unidos de Norteamérica existe un sistema denominado *Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act*, o UFCMJRA, el cual le ordena a una Corte de que rechace el reconocimiento de una sentencia extranjera si el sistema judicial del cual proviene no respeta el principio de la imparcialidad de los tribunales o sus procedimientos no son compatibles con el debido proceso observado en los Estados Unidos, por lo que de acuerdo a dicho sistema una sentencia con esas falencias seguramente no será reconocida porque fue obtenida mediante fraude a la ley norteamericana. Una de las aplicaciones donde ha tenido lugar la aplicación de dicho sistema la podemos encontrar en unas sentencias donde Tribunales estadounidenses rechazaron el reconocimiento de tres decisiones judiciales provenientes de México: *Transportes Aéreos Pegaso, S.A. de C.V. v. Bell Helicopter Textron, Inc.*, (Distric of Delaware. 2009), - *The Baja Cantina case, Hoffman v. Greene* (Bankr. D. Colorado, 2007) y *De Manez Lopez v. Ford Motor Co.* (In re Bridgestone / Firestone, Inc. Tires Prods. (South District. Indiana. 2006). En todos estos casos se pudo evidenciar que se habían obtenidos ciertos resultados bajo fraude, lo cual hacía que las acciones llevadas ante las cortes norteamericanas no fueran conducentes respecto a su reconocimiento.

Igualmente es apreciable el hecho que los razonamientos de los diferentes tribunales fueron recogidos en la siguiente posición:

39 Otrora países civilizados.

*“This reasoning leads to a kind of comity in which U.S. courts say, in effect, “we respect your decisions so much that we will treat them precisely as we treat domestic decisions, and we respect your decisions so much that we will try to carry out your laws and to refuse recognition to judgments that we think you also would refuse to affirm, under your own law, if asked”.*

Otra cuestión que se puede presentar con relación a la concesión de la *comitas gentium* por parte de un tribunal local es aquella de saber lo que puede suceder cuando existe una situación jurídica en la cual a la parte contra quien se solicita la ejecución de una decisión judicial extranjera ya fue eximida en el foro por los mismos hechos. Para este evento hemos encontrado algún tipo de respuesta en el caso: *United States v. Barry Fischer Law Firm, LLC*. (South District of New York. 2012), en el cual el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos había incautado varios millones de dólares en una cuenta bancaria en los Estados Unidos perteneciente a *Kesten Development Corp.* por lo que procedió a entablar una acción de decomiso. Luego de dicho proceso, el Departamento del Tesoro perdió, y el Tribunal ordenó la devolución de los fondos a sus propietarios. Antes de que pudieran ser devueltos, el gobierno brasileño entabló una acción penal penales contra los directivos de *Kesten* en Brasil y emitió una orden de embargo de los activos en todas sus cuentas bancarias, incluidas las de Estados Unidos. En última instancia, los directivos fueron condenados penalmente y, en apelación, el tribunal brasileño determinó que los fondos en la cuenta que se hallaban en los Estados Unidos eran el producto de un delito, que *Kesten* era simplemente una fachada que debía descartarse y que los fondos estaban sujetos a confiscación a Brasil. El gobierno de EE. UU., Consciente de que había reclamos contradictorios sobre los fondos, interpuso una acción interlocutoria. La cuestión clave era si el tribunal de los EE. UU debería reconocer la sentencia brasileña para dar efecto de cosa juzgada a la decisión del tribunal brasileño en el sentido de que *Kesten* debería ser exonerado; sin embargo la sentencia no tenía aun efecto preclusivo en Brasil porque, según la ley brasileña, una sentencia no es definitiva hasta que no se hubiesen decidido todos los recursos y las apelaciones referentes a la misma, y que para el caso en estudio, los efectos de dicha sentencia se encontraba suspendidos porque la misma estaba en proceso de apelación en Brasil.

En este tránsito también nos podemos encontrar algunas situaciones que pueden suscitar cierto debate, en especial aquellas en las cuales una persona (parte) ha adquirido un derecho a través de una decisión judicial, y el mismo debe ser reclamado ante otra jurisdicción, pero resulta que el hecho que generó tal adquisición no es reconocido en el ordenamiento jurídico del foro como tal, por lo que el derecho resultante no da lugar a su reclamación; un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el caso del reconocimiento de un divorcio, o de una parte de la herencia a una hija en un ordenamiento jurídico que no reconoce tales situaciones jurídicas. En este punto podemos distinguir nuevamente una posición ‘savnigiana’, en cuanto a que:

*“...la intervención del foro se manifiesta de dos formas distintas, en función de que el juez pudiera encontrarse estas dos anomalías de manera directa o*

*incidental. En unos casos, las previsiones de la lex fori prevalecían desde el principio, enervando la pretensión litigiosa. Lo que podía suceder porque la lex fori prohibiera o no admitiera la institución litigiosa en atención a su carácter ius singulare (institución natural de Derecho anormal), o bien por su consideración como no natural (institución no natural desconocida), o simplemente porque no reconociera su existencia (institución natural desconocida). En otros casos, de ser admitida la acción, el juez podía conocer del asunto y resolverlo aplicando su Derecho, bien directamente sin tomar en cuenta la solución impuesta por el principio de la sede, bien de forma indirecta a través del orden público internacional...”*<sup>40</sup>

Por otro lado, para SAVIGNY el hecho de acudir a la *comitas gentium* (Comity) no significaba necesariamente tener que renunciar a parte de su soberanía para reconocer la aplicación de un derecho extranjero en su propio territorio, ya que para él esta clase de actos estaba enmarcada en su teoría de la Comunidad de Derecho donde a ese derecho se le debía reconocer como una *common law* internacional o como un derecho común general entre los pueblos, en especial por las naciones que compartían una tradición romanista cristiana,<sup>41</sup> y por ende no veía una dificultad en reconocerlo como tal. Igualmente para él, no se trataba de un acto de pura benevolencia, sino de un desenvolvimiento propio del derecho, ese acuerdo amigable entre los Estados para admitir las leyes extranjeras entre las fuentes donde los tribunales deben buscar la solución de muchas cuestiones jurídicas.<sup>42</sup>

No en vano, compartiendo el mismo espíritu que llevó a los fundadores de la *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, acogemos lo indicado en su conferencia inaugural del año 1893 donde se indicó, entre otros, que:

*“Por sobre la soberanía de los pueblos se eleva la soberanía de la justicia y del derecho, ante la cual se inclinan todas las naciones civilizadas. No se trata, en efecto de una consecuencia derivada de la comitas gentium, ni de una necesidad creada exclusivamente por los intereses materiales, sino, ante todo, el principio primordial de la justicia, que quiere que a cada uno se le atribuya o dé lo que le pertenece”*.<sup>43</sup>

Precisamente STORY indicaba que

*“No nation can be justly required to yield up its own fundamental policy and institutions in favor of those of another nation. Much less can any nation be*

40 PAREDES PÉREZ, José Ignacio, “Una lectura de la teoría conflictual de Savigny desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos adquiridos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, Vol. 38, p. 25.

41 MICHAELS, Ralf Christian, “Public and Private International Law: German Views on Global Issues”, *Journal of Private International Law*, 2008, Vol. 4, N° 1, p. 127.

42 SAVIGNY, Federico Carlos von, *Sistema del Derecho Romano Actual*, traducción de Jacinto Mesías y Manuel Poley, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, T. VI, p. 132.

43 *Primera Conferencia de La Haya de 1893*, Actas de 1893, T. 1, p. 24. De igual forma, véase: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “La aplicación del derecho extranjero en el Código Civil y Comercial. Una mirada crítica”, *La Ley (Bs. Aires)*, 2016, N° 60, año LXXX.



*required to sacrifice its own interest in favor of another; or to enforce doctrines which, in a moral, or political view, are incompatible with its own safety or happiness, or conscientious regard to justice and duty”*.<sup>44</sup>

Toda esta cuestión la podemos encajar igualmente en el pensamiento de PROCULUS, quien expresaba que:

*“Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potes tati est subiectus: sive is foederatus est item, sive aequo foedere in amicitiam venit sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi maiestatem comiter conservaret. hoc enim adicitur, ut intellegatur alterum populum superiorem esse, non ut intellegatur alterum non esse liberum: et quemadmodum clientes nostros intellegimus liberos esse, etiamsi neque auctoritate neque dignitate neque viri boni nobis praesunt, sic eos, qui maiestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intellegendum est”*.<sup>45</sup>

## VIII.- Dicotomía entre la *comitas gentium* y orden público internacional (atenuado)

Al tratarse la *comitas gentium* (Comity) de una cuestión de reconocimiento de una decisión judicial o administrativa extranjera (fundamentada en un derecho extranjero) en el ordenamiento jurídico interno, el juez o quien sea competente, necesariamente deberá confrontar aquella con sus postulados del orden público local para poder determinar si puede haber lugar a tal integración con sus valores y principios sociales.

En caso que se decida que hay lugar a una aplicación plena de las normas de orden público local, sencillamente la *comitas gentium* no jugará ningún papel en la solución del problema jurídico planteado, ello porque el operador jurídico (juez o árbitro) ha encontrado que la decisión o la norma extranjera violaba de manera fragante los preceptos que aquél encarnaba. Si el mismo encuentra que si hay lugar a conceder el beneficio de la *comitas gentium* (Comity), ello significará que el orden público local cedió ante ésta, haciéndolo de una forma total o parcial, esto es, como cuando se hace aplicación atenuada del orden público donde se reconocen parcialmente efectos a la norma extranjera. Y es que entre ambas figuras [*comitas gentium* – *ordre*

44 STORY, Joseph, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic in regard to contracts, rights and remedies*, Brown and Company, Boston Little, 1865, p. 2 [No se puede exigir justamente a ninguna Nación que ceda su propia política e instituciones fundamentales en favor de las de otra nación. Mucho menos puede exigirse a cualquier Nación que sacrifique su propio interés en favor de otro; o para hacer cumplir doctrinas que, desde un punto de vista moral o político, son incompatibles con su propia seguridad o felicidad, o con respecto a la justicia y al deber].

45 Citado por PEYRAS, Jean, “Cités libres et fédérées occidentales et *imperium* romain”, en CLAVEL-LÉVÊQUE, M.; TIROLOGOS, G. (Eds.), *De la terre au ciel*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2004, p. 36 (Un pueblo libre es aquel que no está sujeto al poder de ningún otro pueblo o, si es un pueblo federado: entonces, se trata de la amistad mediante un tratado “justo”, o si se ha incluido en el tratado la condición de que un pueblo respete voluntariamente [por cortesía] la majestad de los demás: esta adición se hace para que comprendamos que uno de los pueblos es superior, no porque entendamos que el otro no sea libre. Del mismo modo que entendemos que nuestros clientes son libres, incluso si no prevalece sobre nosotros ni por consideración, ni por dignidad, ni por poder: en este sentido, debemos entender que deben respetar de buena manera [cortesía] nuestra majestad).

*public*] siempre existirá una fuerza “centrípeta” que buscará la exclusión y los efectos de cada una de las mismas, ello se evidencia en el hecho que mientras las normas del orden público local intentan detener los efectos de una decisión judicial (ley) extranjera, la *comitas gentium* siempre abogará por su admisión.<sup>46</sup> Un caso icónico en la jurisprudencia norteamericana lo representa el asunto *Hosain vs Malik*, de la Corte Especial de Apelaciones de Maryland del año 1996 donde en aplicación de la llamada Ley Uniforme de Jurisdicción y Cumplimiento para la Custodia de Menores, *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* (UCCJEA) que fue aprobada en 1997 por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes (NCCUSL) y que reemplazó la Ley Uniforme de Jurisdicción para la Custodia de Menores de 1968 se otorgó mediante la aplicación de la *Comity* la custodia al padre de una menor, en cierta medida desafiando las normas de orden público local, y aplicando aquellas del orden público de proximidad.<sup>47</sup>

Hay algunos autores<sup>48</sup> que han asimilado el *ius gentium* a una especie de *comitas*, ya que el hecho de que Roma permitiese que frente a su *ius civile* coexistiera otro “derecho” mostraba su interés a que hubiese justicia en todo su territorio, así una parte de sus habitantes fuera discriminados en cuanto a la aplicación de un derecho diferente que no brindaba todas las garantías que el primero como “derecho superior” lo hacía, pero que finalmente brindaba justicia. Quizás de aquí partan las concepciones de acuerdo a las cuales ninguna persona se puede quedar sin acceso a la justicia, sin importar lo que por la misma se entienda, esto es, sea natural o divina.

46 RYNGAERT, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, New York, 2015, p 115.

47 Se trata de una situación en la cual una Corte de Apelaciones norteamericana debía determinar si una sentencia proveniente de un tribunal extranjero, en el cual imperaban las normas de la *Sharia* y donde se había decidido sobre la custodia de un menor, podría ser reconocida mediante el procedimiento de la *Comity*. Hablamos en este caso del conocido asunto *Hosain* (Case *Hosain vs Malik*, *Court of Special Appeals of Maryland*, 1996), donde una pareja de origen paquistaní entró en una disputa sobre la custodia su hija de ocho años de edad. Después de ocho años de matrimonio, la madre dejó al padre y se llevó a la niña con ella para vivir con sus padres que estaban en Pakistán. Poco antes de que el padre solicitara la custodia en Pakistán, la madre huyó nuevamente a los Estados Unidos, donde se mudó con otro hombre y tuvo otro hijo. Durante la audiencia para la custodia de la menor llevada a cabo en Pakistán, la madre estuvo representada por un abogado, pero no compareció personalmente. La custodia le fue otorgada al padre en Pakistán. La madre ocultó a la niña durante casi dos años. Una vez que el padre descubrió el paradero de la niña, la madre solicitó ante el Tribunal Estatal de Maryland la custodia de la niña, así como una orden de restricción contra el padre. El tribunal de primera instancia de Maryland sostuvo que la decisión del tribunal paquistaní que otorgaba la custodia al padre no tenía derecho a ser reconocida mediante el procedimiento de la *Cortesy*, señalando que la madre tenía derecho a la custodia; consecuentemente el Tribunal otorgó la orden de restricción. El padre apeló tal decisión ante el Tribunal de Apelaciones Especiales de Maryland; éste devolvió el caso al tribunal de primera instancia para que determinara si el tribunal paquistaní había aplicado el estándar normativo norteamericano del “interés superior del menor” y si el tribunal paquistaní había llegado a su decisión contrariando las normas de orden público del Estado de Maryland. El tribunal indicó que se presumió que la orden del tribunal paquistaní de otorgar la custodia al padre era legal y ajustada a derecho paquistaní y, por lo tanto, esta presunción desestimaba las pretensiones de la madre según las cuales (1) el tribunal paquistaní no aplicó el estándar norteamericano del “interés superior del menor”, o que (2) su decisión contrariaba las normas de orden público del Estado de Maryland. El tribunal declaró que, si se comprobaba todo aquello, entonces el tribunal debe negar la cortesía, alegando que no cumplía o no cumple con la ley estatal. Sin embargo, si no se probaba tal violación, el tribunal debería negarse a fallar en tal sentido, y debía conceder reconocimiento (*Cortesy*) a la orden judicial paquistaní. En espera y confiando en gran medida en el testimonio ofrecido por un testigo del padre (un ex juez paquistaní), el tribunal de primera instancia determinó que el tribunal de Pakistán había aplicado el estándar de “mejores intereses” en virtud de la Ley de Guardias y Guardias de Pakistán de 1890. El tribunal de primera instancia concluyó que la madre no había cumplido con la carga de la prueba para desvirtuar los argumentos del padre. En consecuencia, la Corte de Apelaciones de Maryland le concedió la custodia al padre, toda vez que no consideró que la sentencia del tribunal paquistaní contrariara las normas de orden público del Estado de Maryland, así se tratase de dos culturas quizás antagónicas, pero que no le correspondía al juez de primera instancia decidir sobre cuestiones legales y culturales de otro país.

48 SCHULTZ, Thomas; HOLLOWAY, David, “La comity dans l’histoire du droit international privé”, *Journal du Droit International (Clunet - Lexis Nexis)*, 2012, Vol. 139, N°2, p. 574.



La aplicabilidad de la doctrina de la *comitas gentium* al tener su origen en un conflicto de leyes, tiene como corolario, entre otros, el principio de la equidad, esto es, el que no se cometa una injusticia cuando de aplicar la ley o el derecho se trata, ya que un tribunal podrá asegurar que al aplicar su derecho está cumpliendo con los postulados de justicia exigidos por su ordenamiento jurídico, pero el problema es que esa “justicia” se la está brindando a sí mismo, ya que al no aplicar el derecho extranjero lo que está haciendo es privar a quien lo reclama de los efectos que éste está buscando; ya que lo que se busca con la implementación de la *comitas gentium* es la utilidad y efectividad misma del derecho, entendido éste como justicia, es decir, que aquel produzca los efectos buscados por la parte que ha sido afectada y no tanto por la “sociedad” o “comunidad” a quien poco le importará lo que el derecho le brinde o le quite a quien trata de reclamar sus efectos ante el tribunal del foro.

Creemos que el día de hoy (siglo XXI) no hay lugar a posiciones tan radicales que quizás se sigan amparando en el principio del *dura lex sed lex*, ello porque la *comitas gentium* debe tenerse como un sistema universal y neutro de justicia donde lo que se busca es salirse de la generalización en cuanto a la aplicación de las leyes y pasar a la individualización de las mismas (así como lo hace la medicina moderna, en especial la oncológica que desarrolla medicamentos para cada paciente de acuerdo a su condición genética y la de su enfermedad) ya que los efectos los sufre la parte afectada, difícilmente los tendrá o sufrirá la sociedad en su conjunto, alejándose así o prescindiendo de uno de los pilares en los cuales se ha venido sustentando el orden público desde siglos atrás. Creemos pues que hoy en día, la cuestión del orden público no puede circunscribirse a las posiciones defendidas por aquellas corrientes territorialistas de los siglos XIV y XVII, ello porque el derecho es inherente a la naturaleza humana, su evolución siempre ha sido muy lenta y por mucho que se le quiera ver desde la óptica del modernismo, tal proceso siempre permanecerá y viajará en las mismas frecuencias y coordenadas.<sup>49</sup> En este sentido podemos afirmar que debe tenerse a la *comitas gentium* como un principio general de derecho, toda vez que la misma, al igual que los otros principios que subsisten y subyacen en el ordenamiento jurídico internacional (sea público o privado), cumple una función que no es otra que buscar que se brinde justicia a quien la busca por medios legales, de donde se pregona que esa pugna entre el interés personal y el interés social debe ser analizada respecto a nivel de dañosidad o de perjuicio que puede producir el reconocimiento de un derecho o ley extranjera en el ordenamiento jurídico local y no llegar a exabruptos jurídicos como el que se presentó en una decisión de la Corte de Casación colombiana, donde el magistrado ponente negó el exequátur a una sentencia de divorcio proveniente del Juzgado 22° de Primera Instancia de Madrid bajo el argumento que para ese momento en el ordenamiento jurídico colombiano un procedimiento de divorcio que había comenzado de manera contenciosa debería terminar de la misma forma, y no de común acuerdo, de donde se debería colegir que quien solicitó dicho reconocimiento para el ordenamiento jurídico español sería

49 Desde el punto de vista de la evolución, los seres humanos en la actualidad pueden prescindir de las muelas de juicio, de vello en el pecho y de otras cuestiones corporales ya que biológicamente no tienen utilidad, son innecesarias.

una mujer ya divorciada, mientras que para el ordenamiento jurídico colombiano, aún seguía casada.<sup>50</sup> En palabras de HUBER, todas las decisiones judiciales que están relacionadas con la *Comity*, no dependen de la graciosa voluntad individual de los altos poderes de cada Estado, sino de su utilidad mutua para cada Estado y su acuerdo tácito.<sup>51</sup>

### IX.- ¿Puede considerarse la *comitas gentium* (*Comity*) como un *principio general del derecho*?

Dar respuesta a la pregunta que encabeza el presente enunciado es una cuestión que exige, en cierta medida, tener cierto respeto por el derecho como ciencia que es, además porque se trata de una cuestión bastante ambiciosa y atrevida que sólo podría desarrollar la posición del autor quien busca que sus propios intereses en tal doctrina sean tenidos como tal.

Si bien la *comitas gentium* tuvo como detonante el intercambio comercial que se venía presentando en los Países Bajos en los siglos XVI y XVII, y que lentamente sería la causa del movimiento “global” desarrollado bajo la égida de la *lex mercatoria*, y que tuvo un origen muy importante en la ciudad de Delf con la aparición de la Compañía de las Indias Orientales (considerada la primer empresa multinacional de la historia) cuya actividad allí desplegada está vigente hasta el día de hoy.<sup>52</sup> Por ello creemos que a partir de aquel momento y de una manera lenta pero segura la doctrina de la *comitas gentium* (*Comity*) ha venido imponiéndose como una especie de derecho consuetudinario que ha permeado entre otros no sólo al derecho internacional privado, sino al internacional público,<sup>53</sup> donde se le ha reconocido tal valor, lo que constituye un reconocimiento a su utilidad en las relaciones jurídicas internacionales, no en vano tal doctrina se haya indirectamente incluía como principio general (el de reciprocidad) en el artículo 47<sup>54</sup> de la *Convención de Viena de sobre las Relaciones Diplomáticas de 1961*.

En este sentido habría que entrar a discutir si en lugar de ser tenida más bien como una costumbre internacional podría ser también abordada como un principio general de derecho; en este caso, creemos que la *comitas gentium* (*Comity*) puede perfectamente desempeñar ambos roles o papeles lo cual le permite tener una doble fortaleza no como una fuente de derecho en sí misma, sino como un criterio auxiliar que le permite al juez tenerla como fundamento al momento de emitir su dictamen frente a una solicitud de reconocimiento de un derecho extranjero vertido en una

50 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil (Expediente 11001-02-03-000-2009-01066-00), sentencia del 25 de junio de 2010. MP. Edgardo Villamil Portilla.

51 SCHULTZ y HOLLOWAY, cit. (n. 47), p. 583.

52 ETEL RAPALLINI, Liliána, “Evolución del ‘*Ius Mercatorum*’ como fuente del derecho internacional privado del comercio”, *Revista Anales [Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales U.N.L.P.]*, 2011, N° 41, p. 109.

53 MICHAELS, Ralf Christian, “Public and Private International Law: German Views on Global Issues”, *Journal of Private International Law*, 2008, Vol. 4, N° 1, p. 17.

54 “...1. En la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, el Estado receptor no hará ninguna discriminación entre los Estados...”.

decisión judicial o administrativa extranjera o en otras palabras concesión de un exequátur.

Por eso, en el siglo XXI cuando se habla de la *comitas gentium* (*Comity*) como un principio general de derecho se hace alusión en nuestro caso, al hecho que cuando un juez se encuentra en una situación *iusprivatista* internacional, deberá tener presente que la normativa que regula tal situación es un derecho verdadero (no un hecho o cuestión fáctica como pretendían los defensores de las teorías realistas del derecho en el siglo XVII, quienes contradictoriamente dieron nacimiento a dicha doctrina) y en consecuencia darle el valor que merece. Una aplicación de lo anterior la encontramos en el artículo 2º de la *Convención Interamericana de Normas de Derecho Internacional Privado* de 1979, el cual señala entre otros que:

*“Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.*

Entendemos pues que nuestra posición en cuanto a reconocer el valor que tiene la *comitas gentium* (*Comity*) como principio general del derecho se fundamenta en el hecho que como figura normativa es aceptada y reconocida de manera general por la comunidad jurídica internacional, además porque la misma busca de una manera clara, directa y pragmática que se produzca un resultado o se dé un objetivo, el cual no es otro que el brindar la justicia a quien en ese momento la está buscando.

## **X.- Conclusión**

Podemos observar como en las líneas anteriores se ha pretendido abordar una figura jurídica, para este caso, propia de la ciencia del derecho internacional privado, y que en nuestro concepto ha sido algo descuidada por la doctrina actual, especialmente la hispanoparlante que hace alusión a la *comitas gentium*, ya que en el ámbito anglosajón son muchas más las referencias que se encuentran no sólo a nivel jurisprudencial, sino a nivel doctrinal en cuanto al desarrollo de la *Comity*. Sin embargo, podemos notar que a pesar de ello la misma se ha venido utilizando en mayor o menor grado por parte de los tribunales estatales cuando de dar trámite a una solicitud de exequátur se trata. Si bien siempre aparece o se hace mención a la *comitas gentium* (así sea de manera tangencial) en la parte motiva de la sentencia donde se reconoce o se niega el derecho extranjero (vertido en una decisión judicial, arbitral o administrativa) que ha sido reclamado, ello indica que al menos se le tiene presente, así sea para decorar un fallo o una resolución. Por otro lado, no sólo la globalización, sino la implementación de las modernas tecnologías de la comunicación, hacen posible que el juez tenga un mejor conocimiento no sólo de los órdenes jurídicos extranjeros, sino que puede consultar los mismos en tiempo real y traducidos a su propio idioma lo que le puede dar una imagen más clara del derecho que está siendo reclamado frente a él y con ello tomar una mejor decisión. Creemos pues que en tales eventos los tribunales pueden

evaluar de manera más acertada el reconocimiento que se aprestan a otorgar, o por el contrario la negación al disfrute del mismo derecho. En estos casos pueden valorar mejor la posible vulneración a las normas de orden público de sus ordenamientos jurídicos, no tenidas éstas como normas pétreas y férreas que defienden ideas obsoletas o anacrónicas de los valores sociales, sino tomadas desde el punto de vista de una sociedad global que interactúa día a día y comparte valores que lentamente la van permeando y de esta forma reemplazando comportamientos y actitudes que habían sido colocados en un pedestal del cual no se les podía insinuar ni siquiera cualquier clase de cambio o modificación. Entonces queramos o no, la doctrina de la *comitas gentium* (*Comity*) ha nacido para quedarse, ya que su naturaleza subyace en el hecho que la misma lo que busca, indiferentemente del lugar donde se reclame su aplicación, es que siempre haya justicia sin importar el ámbito u ordenamiento jurídico donde ésta se reclame, ya que, si la misma desaparece, también la estará acompañando en este proceso, el derecho y la justicia misma.

### Bibliografía citada

- AUDIT, Bernard, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2008.
- BALTAR, Leandro, “La extraterritorialidad del derecho y su fundamento: una mirada desde sus comienzos”, *Revista Iberoamericana del Derecho Internacional*, 2017, N° 6.
- BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul, *Traité de Droit International Privé*, LGDJ., Paris, 1993, T. 1.
- BLEIMAIER, John Kuhn, “The Doctrine of Comity in Private International Law”, *The Catholic Lawyer*, 1979, Vol. 24, N° 4, pp. 327-332.
- BRAND, Ronald A., “New challenges in the recognition and enforcement of judgments”, en FERRARI, F.; FERNÁNDEZ ARROYO, D. (Eds.), *Private International Law. Contemporary challenges and continuing relevance*, Edwar Elgar Publishing, North Hampton MA, 2019.
- COLOBOS, Constantine John, “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique britanniques”, *Académie De Droit International de La Haye - Recueil des Cours*, 1931, Vol. 36, pp. 1-76.
- D’ALTERIO, Elisa, “From judicial comity to legal comity: A judicial solution to global disorder?” *NYU School of Law*, 2011, Vol. 9, N° 2, pp. 394-424.
- D’ALTERIO, Elisa, *La Funzione di Regolazione delle Corti nello spazio amministrativo globale*, Giuffré Editore, Milano, 2011.
- DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso, “Culturas jurídicas y Globalización. Presupuestos metodológicos de un derecho cosmopolita”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2010, N° 13, pp. 217-239.

- DICEY, Albert Venn; MOORE, John Basset, *A Digest of the Law of England with reference to the conflict of law*, Steven & Sons Ed., London, 1896.
- DODGE, William S., "International Comity in American Law", *Columbia Law Review*, 2015, Vol. 115, N° 8, pp. 2071-2141.
- ETEL RAPALLINI, Liliana, "Evolución del 'Ius Mercatorum' como fuente del derecho internacional privado del comercio", *Revista Anales [Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales U.N.L.P.]*, 2011, N° 41, pp. 108-116.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, "La aplicación del derecho extranjero en el Código Civil y Comercial. Una mirada crítica", *La Ley (Bs. Aires)*, 2016, N° 60, año LXXX.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados", en GARCÍA COLLANTES, J.M. (Editor), *La unificación jurídica en Europa*, Consejo General del Notariado, Civitas, Madrid, 1999, pp. 17-44.
- HONGJU KOH, Harold, "Transnational Public Law Litigation", *Yale Law Journal*, 1991, Vol. 6, pp. 2347-2402.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Atlas, Madrid, 1979.
- MICHAELS, Ralf Christian, "Public and Private International Law: German Views on Global Issues", *Journal of Private International Law*, 2008, Vol. 4, N° 1.
- MOCCIA, Luigi, "Les bases culturelles du Juriste Européen un point de vue continental", *Revue Internationale du Droit Comparé*, 1997, Vol. 49, N° 4, pp. 799-811.
- NADELMANN, Kurt H., "Multilateral Conventions in the conflict field: An historical sketch", *Netherlands International Law Review*, 1972, Vol. 19, N° 2, pp. 107-168.
- PAREDES PÉREZ, José Ignacio, "Una lectura de la teoría conflictual de Savigny desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos adquiridos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, Vol. 38, pp. 1-46, DOI: 10.17103/reei.38.09.
- PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, *El Sistema de Derecho Romano actual de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en Alemania*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1994.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado, Terminología usual en las relaciones internacionales*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México D.F., 1993.

- PEYRAS, Jean, “Cités libres et fédérées occidentales et *imperium* romain”, en CLAVEL-LÉVÊQUE, M.; TIROLOGOS, G. (Eds.), *De la terre au ciel*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2004, pp. 29-38.
- RYNGAERT, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, New York, 2015.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio, “Fundamentos de derecho comparado y global: ¿Cabe un orden común en la globalización?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (UNAM)*, 2014, Vol. 47, n° 141, pp. 1021-1051.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “La unificación del Derecho Comercial Internacional”, en FEBRES, C. (COORD.), *El derecho Internacional en tiempos de Globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Colección Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Andrés Bello, Caracas, 2011, T. I, pp. 58-98.
- SAVIGNY, Federico Carlos von, *Sistema del Derecho Romano Actual*, traducción de Jacinto Mesías y Manuel Poley, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, T. VI.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, “A New World Order, a Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003, Vol. 44, N° 1, pp. 191-220.
- SCHULTZ, Thomas; RIDI, Niccoló, “Comity and International Courts and Tribunals”, *Cornell International Law Journal*, 2017, Vol. 50, n° 3.
- SCHULTZ, Thomas; HOLLOWAY, David, “La comity dans l’histoire du droit international privé”, *Journal du Droit International (Clunet - Lexis Nexis)*, 2012, Vol. 139, N°2, pp. 571-595.
- STORME, Matthias E., “A Call for Modesty and Comity”, *European Review of Private Law*, 2019, Vol. 27, N° 1, pp. 1-2.
- STORY, Joseph, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic in regard to contracts, rights and remedies*, Brown and Company, Boston Little, 1865.
- WOLFF, Martín, *Derecho Internacional Privado*, Bosch, Barcelona, 1958.



# LA FILIACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CHILE

## *FAMILY AFFILIATION IN THE CHILEAN DRAFT FOR INTERNATIONAL PRIVATE LAW*

IVETTE ESIS VILLARROEL <sup>1</sup>  
RODRIGO BARCIA LEHMANN <sup>2</sup>

### RESUMEN

*El presente trabajo estudia los artículos 29, 30 y 31 del Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile (APLDIPr) en torno a la filiación y su reconocimiento, por una parte, y a la adopción, por la otra. Así, los autores estando de acuerdo con la propuesta plantada por el Anteproyecto, sugiere hacer algunas adiciones.*

*Palabras clave: interés superior del NNA, derecho del niño a ser oído, ley aplicable respecto de la determinación de la filiación, ley aplicable respecto de la adopción.*

### ABSTRACT

*The present paper studies articles 29, 30 and 31 of the Draft on Private International Law of Chile (DPIL) concerning filiation and its recognition, on the one hand, and adoption, on the other. Thus, the authors, agreeing with the proposal planted by this Draft, suggest making some additions.*

*Keywords: best interests of the child, right of the child to be heard, applicable law regarding the determination of parentage, applicable law regarding adoption.*

## I.- Introducción

La filiación es el vínculo que produce una serie de derechos y obligaciones, desde el punto de vista patrimonial, y deberes y facultades desde el extrapatrimonial, generado por el vínculo matrimonial de los padres, por el reconocimiento voluntario

1 Profesora e Investigadora, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Doctora en Derecho, Universidad de Valencia. Su correo electrónico es [iesis@uft.cl](mailto:iesis@uft.cl)

2 Profesor e Investigador, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Su correo electrónico es [rodrigo.barcia@uautonoma.cl](mailto:rodrigo.barcia@uautonoma.cl)



o forzoso de padres (o uno de ellos) respecto a sus hijos, por la adopción e, incluso, por técnicas de reproducción asistida.<sup>3</sup> Cuando todos los elementos de este vínculo están relacionados con el Derecho de un determinado Estado, el operador jurídico no tiene dudas respecto al orden jurídico aplicable para dar respuestas a las interrogantes que puedan presentarse en cuanto a su establecimiento y a las consecuencias derivadas de tal hecho.

Sin embargo, el activo desplazamiento transfronterizo de las personas por diversas razones –entre las cuales cabe destacar el aumento de las migraciones<sup>4</sup>– junto a la diversidad legislativa existente, da lugar a la aparición de casos con elementos de extranjería relevantes y a los cuales el Derecho Internacional Privado debe dar una solución.<sup>5</sup> En efecto, el establecimiento de este vínculo en supuestos cuando padres e hijos se encuentran en distintos Estados genera una serie de dudas como: (i) cuál sería el tribunal con jurisdicción o competencia judicial internacional para conocer del problema; (ii) cuál sería el Derecho aplicable; y, (iii) cuáles serían los pasos para el reconocimiento extraterritorial de la decisión judicial.

Este artículo pretende responder la segunda interrogante referida al Derecho aplicable sobre la filiación. En particular, nos referimos la solución contenida en el *Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile (APLDIPr*, en adelante también el *Anteproyecto*) y su diálogo con el Derecho interno. Con este propósito, analizamos los siguientes dos aspectos en torno a los artículos 29, 30 y 31 del referido *Anteproyecto*: (II) La filiación y su reconocimiento y (III) La adopción.

## II.- Filiación y reconocimiento

Los artículos 29 y 30 del *Anteproyecto* establecen lo siguiente:

“Artículo 29. [Filiación].

1. La determinación de la filiación se rige por la ley de la residencia habitual del hijo o hija.
2. Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del hijo o hija, deberá considerarse la residencia habitual común de los padres o, en su defecto, la ley del lugar de nacimiento del hijo o hija.

3 RIVEROS FERRADA, Carolina, *Esquemas de Derecho Civil de Chile VII: Derecho de Familia*. Tirant lo Blanch, Santiago, 2021, p. 124; ARAQUE SAYAGO, Ingrid, “Reproducción humana asistida ¿maternidad legal o biológica? Consideraciones en torno a problemas jurídicos contemporáneos surgidos con ocasión a las nuevas técnicas de reproducción asistida”, en AA.VV., *Curso de Derecho Internacional (materiales de lectura)*, Organización de Estados Americanos, Rio de Janeiro, 2017, documento .pdf, disponible en línea: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso\\_derecho\\_internacional\\_2017\\_materiales\\_lectura\\_Ingrid\\_Araque\\_Sayago\\_1.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Ingrid_Araque_Sayago_1.pdf) (fecha de consulta: 14/11/2021).

4 AZCÁRAGA MONZONIS, Carmen, “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado”, *El Foro – Revista Colegio de Abogados Costa Rica*, 2014, N° 15, pp. 99-116; HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “La fractura de la familia venezolana ante el Derecho Internacional Privado”, *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado (U. Central de Venezuela)*, 2019, N° 1, pp. 249-271. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho Internacional de la familia”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2005, Vol. 17, pp. 87-130.

5 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, “Conceptos y Problemas básicos del Derecho Internacional Privado”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, D. (Coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalia, Buenos Aires, 2003, pp. 40-41.

3. La ley aplicable a las acciones en materia de filiación será la establecida de conformidad a los numerales precedentes.

4. En todos los casos, la ley aplicable queda determinada al momento del nacimiento, a menos que el interés superior del niño, niña o adolescente demande la aplicación de una ley diversa”.

“Artículo 30. [Reconocimiento].

1. Los requisitos de forma del reconocimiento estarán sometidos, alternativamente, a la ley de la residencia habitual del hijo o hija, o bien a la ley del lugar donde aquél se lleve a cabo.

2. Los requisitos de fondo del reconocimiento serán sometidos, alternativamente, a la ley de la residencia habitual del hijo o hija al momento del nacimiento o del reconocimiento. En subsidio, será aplicable la ley de la residencia habitual común de los padres o, en su defecto, la ley del lugar de nacimiento del hijo o hija”.

La filiación determina los derechos y obligaciones, en el campo patrimonial, y facultades y deberes, en el campo extrapatrimonial, entre padres e hijos y, también, es de interés para la colectividad. A este respecto afirma CARRASCOSA GONZÁLEZ:

*“En la actualidad, los poderes públicos entienden que la filiación es un sector en el que se hallan implicados no solo intereses particulares, sino intereses generales, de toda la sociedad. Esta diagonal fulgurante que penetra con fuerza en la solución de los conflictos de leyes, representada por los «intereses generales», supone que la determinación de la ley aplicable a la filiación debe tener presentes no solo los intereses de los particulares implicados, sino los intereses generales de la sociedad y en particular, de la infancia y de la adolescencia”.*<sup>6</sup>

En este ámbito nos preguntamos: ¿qué comentarios nos merece la regla de la residencia habitual del menor y su excepción (el interés superior del niño), como solución para la determinación de la ley aplicable a la filiación y su reconocimiento? En principio, consideramos que la normativa propuesta en el *Anteproyecto* dialoga en buena medida con las normas de Derecho interno chileno e incorpora las soluciones internacionales especiales en la materia y, de ellas, la Convención de la ONU sobre Derechos del Niño de 1989 (en adelante, CDN) -arts. 3, 4, 7 y 8 especialmente-, y las *Observaciones Generales* del Comité de Derechos del Niño.<sup>7</sup>

Partiendo del supuesto conforme al cual padres e hijos tienen nacionalidades, domicilios o residencias habituales en Estados diferentes, el *Anteproyecto* recoge

6 CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2016, Vol. 68, N° 2, p. 158.

7 A este respecto: *Observación General N° 14* (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); *Observación General N° 6* (2005), sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; y *Observación General N° 19* (2016) sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4). Pueden revisarse en: <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>.

en materia de filiación las más recientes tendencias en materia de Derecho Internacional Privado al establecer como factor de conexión personal “residencia habitual del hijo” para identificar el derecho aplicable a la filiación, lo que supone el reconocimiento del estatuto autónomo del niño.<sup>8</sup> El *Anteproyecto* en su artículo 4.11 califica la “residencia habitual” para las personas naturales como el lugar donde la persona tiene su centro de vida (independientemente de su estatus migratorio o ánimo de permanecer en dicho lugar), en el cual tenga vínculos permanentes y estables familiares, personales o profesionales.

Ante las circunstancias actuales que está atravesando el país –y, en particular, el considerable número de extranjeros residentes en Chile que, según cifras del Instituto Nacional de Estadísticas asciende a la cantidad de 1.462.103 personas<sup>9</sup>– la elección de este factor de conexión es ideal. Y ello se debe a dos razones: (i) en el supuesto de eventuales controversias entre chilenos y extranjeros, el Derecho aplicable corresponderá al orden jurídico chileno si el menor de edad tenga su residencia habitual en el país; y (ii) la aplicación del Derecho chileno facilitaría la resolución de este tipo de casos en sede judicial.

Y, además de la incorporación de este factor de conexión personal, se agregan otros en *favor filiationis*.<sup>10</sup> Así, tanto el establecimiento de la filiación como las acciones relacionadas con ella, conforme al artículo 29 del *Anteproyecto*, se regulan por la ley de:

- (i) Residencia habitual del hijo o hija; o,
- (ii) Residencia habitual común de los padres; o,
- (iii) Lugar de nacimiento del hijo o hija;

En cuanto al ámbito temporal de aplicación del Derecho, para las acciones de filiación, el *Anteproyecto* aplica la ley determinada al momento del nacimiento del niño, salvo que por el principio del interés superior del niño, niña y adolescente (NNA) se aplique una ley distinta. Asimismo, el artículo 30 del *Anteproyecto* establece que:

- (i) Los requisitos de forma del reconocimiento se regulan por la ley de: (a) la residencia habitual del hijo o hija; o, (b) por el lugar donde se lleva a cabo (*lex fori*).
- (ii) Los requisitos de fondo del reconocimiento se rigen por la ley de: (a) la residencia habitual del hijo o hija (al momento del nacimiento); o (b) el lugar del reconocimiento (*lex fori*). Puede ser también aplicable el orden jurídico de: la residencia habitual común de los padres o el lugar del nacimiento del hijo o hija.

8 BARRIOS, Haydée, “Del domicilio”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, N° 117, p. 44.

9 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA; DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIONES (Eds.), “Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020, desagregación regional y comunal”, INE, Santiago, 2021, disponible en línea: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2021/08/Estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-Chile-2020-regiones-y-comunas-metodolog%C3%ADa.pdf> (fecha de consulta: 11/11/2021).

10 VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2018, 2ª edición, p. 266.

Nos llama la atención la solución contenida en el artículo 29.4) del *Anteproyecto*, que autoriza a la autoridad competente la aplicación de una legislación distinta a la de la residencia habitual del hijo, la de sus padres o la correspondiente al lugar de nacimiento del hijo, cuando así lo aconseje el principio del interés superior de *niños, niñas y adolescentes* (en adelante, NNA). Este principio, consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y posteriormente en la Convención sobre los Derechos del Niño, es un criterio interpretativo y de aplicación normativa en materia de desarrollo de los derechos de la niñez y protección de los NNA. El artículo 3 de la referida Convención establece que:

“[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” [sic].

Pero además el principio del interés superior se ha establecido como el principio basal del Derecho de la infancia conforme a la regulación interna.

Este principio, en efecto, un criterio orientador para las autoridades competentes, pero también debe tomarse en cuenta todas las circunstancias que rodean al caso concreto –al NNA y a su entorno–, para tomar la mejor decisión.<sup>11</sup> Habida cuenta de la experiencia en otros países donde existe una legislación especial en materia de Derecho Internacional Privado,<sup>12</sup> se sugiere incluir la contextualización de este principio en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, para evitar interpretaciones erróneas o contradictorias de la legislación al invocarlo. Como destacan RAVETLLAT y PINOCHET en el n°1 de la norma precedente, el interés superior no es la consideración primordial (*paramount consideration*) sino una consideración primordial (*a primary consideration*). La propuesta polaca pretendía que el interés superior del NNA fuera prácticamente la única consideración que debía guiar a la solución del aparato del Estado en atención a la niñez. Los Estados Unidos de América se opusieron a esta posición por cuanto, si bien el interés superior debe ser una consideración fundamental, pueden primar otros intereses.<sup>13</sup> Así, la redacción definitiva del n° 1 quedó conforme a la actual redacción, y no la redacción originaria. Y ello probaría ser un acierto, por cuanto los derechos fundamentales –que se plasman en los distintos intereses en juego en materia de niñez e infancia– deben ser ponderados por los jueces y entidades administrativas.<sup>14</sup>

11 BÉCAR LABRAÑA, Emilio José, “El principio del interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno”, *Actualidad Jurídica (UDD)*, 2020, N° 42, pp. 527-580.

12 En efecto, el criterio ha sido utilizado como criterio atributivo de jurisdicción en casos relativos a acciones familiares por órganos jurisdiccionales venezolanos, cuando en realidad no aplica para ese asunto. Véase MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Constitución y Derecho Internacional Privado”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, N° 10, pp. 232-233.

13 RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; PINOCHET OLAVE, Ruperto, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 2015, Vol. 42, N° 3, p. 913.

14 RAVETLLAT BALLESTÉ y PINOCHET OLAVE, cit. (n.11).

También, este principio se manifiesta en otras convenciones internacionales como los artículos 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>15</sup> y 5, letra b) de la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979.<sup>16</sup> En el Derecho Internacional este principio ha servido de base en numerosas instancias. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo ha considerado el interés del niño en múltiples sentencias, como las de 7 de diciembre de 1976 (caso *Kjeldsen, Busk, Mandsen y Padersen*); 18 de diciembre de 1986 (*Johnston v. Irlanda*); 27 de noviembre de 1992 (*Olsson v. Suecia*); 23 de junio de 1993 (*Hoffmann v. Austria*); de 7 de agosto de 1996 (*Johansen v. Noruega*); de 16 de noviembre de 1999 (*E. P. v. Italia*); de 3 de noviembre del 2009 (*Soile Lautsi v. Italia*); 5 de diciembre del 2010 (*Alexia Pardo Villa v. España*).<sup>17</sup>

A diferencia de la jurisprudencia europea, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han centrado en el interés superior del niño, entendido como un principio de protección de la infancia. Ello evidencia la débil situación política y económica que ha sufrido nuestra región. Así, los fallos de la Corte han hecho frente a casos de vulneración de derechos (como los casos de «los Niños de la Calle»); violación grave de derechos humanos por conflictos armados; violación de derechos de niños detenidos o privados de libertad, a las reglas del debido proceso y violación de derechos de niños pertenecientes a pueblos originarios.<sup>18</sup>

Este principio se desprende de los artículos 1.1° y 5 de la Constitución actualmente vigente, pero además es incorporado tempranamente al Derecho interno por la Ley N° 19.585 de 1998, conocida como Ley de Filiación, que modificaría al Código Civil. El artículo 222.2° del CC, establece que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del niño. Así, los padres, en los aspectos personales de la relación de filiación, deben guiarse por el principio del interés superior del niño. Otro tanto establece el artículo 234.2° del CC, que consagra un deber de resguardo por el que debe velar el juez, oponible a cualquier que pudiere menoscabar o menoscabare al niño o adolescente. El criterio fundamental para determinar los alcances de este deber será el bienestar del hijo, conforme al cual los padres podrán solicitar al juez que determine lo más conveniente para su vida futura.<sup>19</sup>

15 Así, la norma precedente dispone lo siguiente: “Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

16 De este modo, el artículo 5, de la referida Convención, establece que “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: (...) b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.

17 Estos dos últimos casos han causado revuelo mediático en Europa. El primero resolvió acoger una demanda contra el Estado Italiano, de una madre agnóstica, para que los establecimientos de educación pública no tengan crucifijos en sus paredes. El segundo, desechó la demanda de un padre transexual, al que un juez le redujo su régimen de comunicación, a raíz de su cambio de sexo, fundado en el interés del niño.

18 Al respecto, véase: ESPEJO YAKSIC, Nicolás; LEIVA GARCÍA, Carla, *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 467-519. En igual sentido se puede consultar: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, 2008, Año 6, N° 1, pp. 223-247; BARCIA, Rodrigo, *Estructura del Derecho de Familia y de la infancia*, Thomson Reuters, Santiago, 2020.

19 El artículo 242.2°, primera parte, del CC exige que el Juez deba resolver los asuntos relacionados con los hijos, conforme

También la Ley N° 19.968 de 2004, conocida como Ley de Tribunales de Familia, estableció un entramado regulatorio respecto de este principio en su artículo 16.<sup>20</sup> Naturalmente que este principio también está presente en la Ley N° 19.947 de 2004, conocida como Ley de Matrimonio Civil, en sus artículos 3.1°, 27.2°, 54.1°, n° 5 y 6, ex-74.3° y 85.2° de la LMC. El artículo 3.1° de la LMC tiene un alcance general y dispone que: “las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos...”. Este principio además está presente en el convenio regulador del divorcio y la separación o acuerdo completo y suficiente, como un requisito para que éste sea calificado como suficiente por el Juez. El análisis de suficiencia del acuerdo es uno de los requisitos que se le exige para su aprobación, como lo es que sea completo. De este modo el artículo 27.2° de la LMC establece que el convenio regulador: “será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”. Pero, el principio del interés del niño también debe estar presente en la mediación. A su vez, el artículo 85.2° y 3° de la LMC establece que el principio del interés superior del niño deberá considerarse especialmente en lo relacionado a su persona y bienes.<sup>21</sup>

A su vez, varias sentencias de los tribunales, aunque señalan una cierta indeterminación en el concepto de interés del niño, lo reconocen como la directriz fundamental respecto del desarrollo de la personalidad del niño.<sup>22</sup>

Este principio también está íntimamente ligado con los principios de autonomía progresiva de la infancia y corresponsabilidad. Hay dos manifestaciones de este principio que son especialmente relevantes en torno a la regulación propuesta por el *Anteproyecto*. La primera es que este principio comprende el derecho a la intimidad del NNA. Así, el artículo 15 de la Ley de Tribunales de Familia (en adelante, LTF), que se refiere expresamente al interés superior en los siguientes términos: “*Protección*

---

al principio del interés superior del niño, estableciendo que: “en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo...”.

20 La referida norma establece que:

“Artículo 16 [*Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído*]. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

21 Los referidos incisos disponen que: “[c]uando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.

El juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales”.

22 A este respecto se puede consultar las siguientes sentencias: Corte Suprema, 16 de noviembre de 2005, Rol N° 4533-2005; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 2010, Rol N° 3.349-2009; Corte de Apelaciones de Santiago, 1° de septiembre de 2004, Rol N° 4105-2004 (Disponibles en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)). V. también: FUENTES FUENTEALBA, Paulina, “Conflictos de interés entre progenitores. Situación de la autorización judicial para salir del país”, Memoria de Licenciatura, Universidad de Talca, 2010.



*de la intimidad*. El juez deberá velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas y adolescentes. Con ese objetivo podrá prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada”. Asimismo, el artículo 105 de la LTF dispone que: “[d]urante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan: e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación”. A este respecto se puede señalar que, de tratarse de un adolescente, sería altamente conveniente que el mediador escuchare la opinión del NNA.

Finalmente, este principio se reconoce expresamente en materia penal por la Ley N° 20.084, conocida como *Ley sobre responsabilidad penal adolescente*. Esta ley otorga un reconocimiento expreso a este principio, estableciendo que es deber de los jueces que conocen del delito, aplicar, no sólo el interés superior del adolescente, sino que también todos los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y por la CDN. En este sentido, el artículo 2 de esa ley dispone lo siguiente:

“Artículo 2. *Interés superior del adolescente*. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

También nos parece relevante hacer referencia a una de las principales manifestaciones del interés superior del NNA, como es el derecho de éste a ser oído. Este derecho se incorpora al Derecho chileno precisamente a raíz de la CDN. Así es una forma de cumplimiento del artículo 12 de la CDN, que en su inciso 1° establece:

“[L]os Estados Partes garantizarán al niño, que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.<sup>23</sup>

23 El inciso 2° de la referida norma agrega que: “[c]on tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.



El Comité de NA sobre Derecho del Niño elabora la Observación General N° 12, se ocupa específicamente de este derecho.<sup>24</sup> Su objetivo es que apoyar a los Estados Partes en la aplicación efectiva del artículo 12 de la CDN. No se puede dejar de lado que la CDN en su artículo 4° establece que es un deber de los Estados Partes ejecutar la Convención.

La Observación hace un detallado análisis del artículo 12.1° de la CDN. De ello es especialmente rescatable la opinión que señala que el NNA siempre debe ser escuchado, no importando su edad, ni su entendimiento.<sup>25</sup> Y la Observación General agrega que este derecho debe ejercerse por los Estados limitándolo solo en virtud del principio de protección de la infancia (que requiere de una aplicación fundada y excepcional). Y, en este sentido, señala que:

“...los Estados Partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño”.<sup>26</sup>

A su vez, respecto del “*derecho de expresar su opinión libremente*”, consagrado en el artículo 12.1° de la CDN, la Observación General N° 12 agrega que:

“[l]a realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño”.<sup>27</sup>

El Código Civil también se refiere en varias normas al derecho del NNA a ser oído. Así, en el artículo 227.1° del CC establece que:

24 Este instrumento internacional presenta los siguientes objetivos: “[e]l objetivo principal de la Observación General es apoyar a los Estados Partes en la aplicación efectiva del artículo 12. En virtud de ese propósito pretende:

Aumentar la comprensión del significado del artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las ONG y la sociedad en general;

Abundar en el alcance de las leyes, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la plena aplicación del artículo 12;

Destacar los enfoques positivos en la aplicación del artículo 12, teniendo presente la experiencia del Comité en las labores de seguimiento;

Proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten”. Véase: CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO (eds.), *Observación General n° 12. El derecho del niño a ser escuchado*, Naciones Unidas, Ginebra, 2009, 33 p., documento disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>, p. 7).

25 CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n° 12*, cit. (n. 22), p. 23.

26 CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n° 12*, cit. (n. 22), p. 10.

27 CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n° 12*, cit. (n. 22), p. 10.

*“[e]n las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes”.*

A su vez, el artículo 242.2°, segunda parte, del CC agrega que el juez, respecto del hijo:

*“...tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.*

Igual criterio establece los artículos 85.2° de la LMC y los artículos 16.2°, 69, 79 y 105, letra e) de la LTF.

Existe una nutrida jurisprudencia que ha entendido que escuchar al NNA es un deber para los tribunales.<sup>28</sup> A su vez, la sentencia de la Corte Suprema de 5 de marzo del 2018, Rol N° 37.204-2017, rechazó una casación respecto de un fallo que declaró la susceptibilidad de la adopción de una menor de 6 años. Sin embargo este caso no es determinante, desde que la menor si bien no fue escuchada de forma directa, lo fue de forma indirecta.<sup>29</sup> Sin perjuicio lo cual, se debe tener en consideración que la Observación General N° 12 señala que:

*“[u]na vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: «directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado». El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento”.*<sup>30</sup>

Por último, en materia de adopción, la voluntad del NNA será indispensable respecto de los menores adultos, o sea de las mujeres mayores de 12 años y varones mayores de 14 años y menores de 18 años, y de los menores de dicha edad en función de su edad y madurez por aplicación del artículo 3 de la Ley de Adopción (en adelante, LA). En este sentido, la referida norma establece:

*“Artículo 3°. Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.*

*Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos*

28 CARRETA MUÑOZ, FRANCESCO, “Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena”, *Revista CES Derecho*, 2018, Vol. 9, N° 1, pp. 118-142.

29 Corte Suprema, 5 de marzo de 2018, Rol N° 37.204-2017, N° id. *Microjuris*: MJJ54284.

30 CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n° 12*, cit. (n. 22), p. 12, n° 35.

sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento”.

Efectuado este análisis nos permitimos hacer dos sugerencias al *Anteproyecto*:

- a) Dado el nivel de desarrollo de los derechos del NNA, se sugiere incorporar en el numeral 3 del artículo 29 del Anteproyecto una previsión que permita distinguir el establecimiento de la filiación biológica de la subrogada: “La ley aplicable a las acciones en materia de filiación *y de conocimiento de origen biológico* será la establecida de conformidad a los numerales precedentes” (cursivas nuestras).<sup>31</sup> No pocos desafíos jurídicos genera los casos de maternidad subrogada. A diferencia de los tratamientos de fertilidad, tenemos a la madre (cuyo óvulo o de un tercero donante ha sido fecundado *in vitro*) y otra mujer a la cual se le ha sido transferido el gameto que lo gesta por 9 meses. En esos casos, ante un conflicto entre la madre subrogante y la subrogada, el problema podría resolverse conforme a la solución expuesta en el artículo 29.4) del Anteproyecto con la aplicación del principio del interés superior del NNA. Esta solución aplicaría tanto para aquellos casos de maternidad subrogada como también para los asuntos relacionados con parejas homosexuales que acuden a tratamientos de fertilidad.<sup>32</sup>
- b) Nos parece que faltó hacer referencia en el Anteproyecto al derecho del niño a ser oído, que se establece como una forma especial de aplicación del interés superior del NNA, aunque éste es un criterio más sustantivo que adjetivo. Este derecho es ampliamente reconocido en el Derecho chileno, las sentencias de tribunales y la doctrina nacional. Así, en torno al derecho del niño a ser oído -que es una manifestación del principio del interés superior- el artículo 242.2°, segunda parte, del CC agrega que el juez, respecto del hijo: “...tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”. Pero estimamos que es posible subsumir este derecho en el interés superior del NNA.

31 BARCIA, Rodrigo; RIVEROS, Carolina, “El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana”, en GÓMEZ DE LA TORRE, M. (Dir.), *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 188-221.

32 En fechas recientes se conoció un caso de una pareja homosexual que, bajo tratamiento de fertilidad, logró concebir un hijo. A los fines de determinar la filiación y ante el vacío de la Ley N. 20.830 de 2015, el juzgado de familia aplicó el principio del interés superior del NNA. Véase la NOTICIA: “Juzgado de Familia de Santiago acogió demanda de reclamación de maternidad de hijo de pareja lesbomaternal concebido mediante técnicas de reproducción asistida”, *Diario Constitucional*, 28 de julio de 2021, disponible en línea: <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/07/28/juzgado-de-familia-de-santiago-acoge-reclamacion-e-impugnacion-de-maternidad-de-hijo-concebido-mediante-gestacion-subrogada/> (Fecha de consulta: 11/11/2021).

### III.- La adopción

Respecto a esta institución, refiere el *Anteproyecto*:

“Artículo 31.

1. Los requisitos de forma y fondo de la adopción estarán sometidos a la ley del lugar de su constitución.
2. Sin perjuicio de lo anterior, se deberán considerar, en la medida en que sean más favorables al adoptado, los requisitos de fondo y de consentimiento exigidos por su ley nacional.
3. La adopción constituida en el extranjero producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiera constituido en Chile, en la medida en que produzca un vínculo de filiación y no altere el orden público internacional de Chile.
4. La adopción internacional quedará sujeta a los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y a las disposiciones de leyes especiales chilenas”.

La adopción constituye el acto jurídico en virtud del cual un adulto toma como propio a un NNA ajeno, con el fin de establecer con él una relación paterno-filial con idénticos o análogos vínculos jurídicos que los que resultan de la procreación. Se encuentra regulada en Chile por la Ley N° 19.620 sobre adopción, así como por la Convención de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 y la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores de 1984. De hecho, nuestra actual regulación de adopción es tributaria de la Convención de La Haya. Vale destacar que la Ley de adopción es especialmente relevante respecto del *Anteproyecto* en cuanto regula el supuesto de hecho conforme al cual los padres adoptantes residen fuera del país, mientras que el adoptado se encuentra en Chile. En ese caso, se considera la adopción internacional como subsidiaria a la nacional. La Ley no regula el caso inverso: los padres adoptantes se encuentran en Chile y el adoptado en el exterior.

La Convención de La Haya y la Convención Interamericana subsanan hasta cierto punto la omisión precedente. Si los Estados de origen de los adoptantes y el adoptado son Partes contratantes de dichos tratados, la adopción podría tramitarse conforme a los criterios en ellos establecidos. En el caso cuando los Estados involucrados no son parte de los convenios, los adoptantes tramitan la adopción en el país de origen del adoptado y luego solicitan el exequátur de la sentencia judicial en Chile para surtir plenos efectos jurídicos en el país.

El artículo 31.2 del *Anteproyecto* permite la aplicación de la legislación del lugar de constitución o de la legislación correspondiente a la nacionalidad del adoptado, a efectos de determinar los requisitos de fondo y de consentimiento exigidos para la adopción. Es una solución idónea en favor del adoptado. Ahora bien, el artículo

31.3 establece que la adopción internacional tiene los mismos efectos si se hubiera constituido en Chile. Sin embargo, también se presentan dos limitantes: (i) que la adopción internacional produzca vínculo de filiación, cuestión que dialoga con el artículo 37 y siguientes de la Ley N° 19.620 y la Ley de Matrimonio Civil; y (ii) no se altere el orden público internacional chileno.

En este sentido nos permitidos realizar dos observaciones en torno al *Anteproyecto*:

- a) Somos de la opinión que esta regla de extraterritorialidad de la ley podría generar problemas, porque el juez chileno -de haber una norma que favorezca al adoptado, que sea del país del adoptante- debería aplicarla. Y este criterio podría transgredir la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación internacional (de 29 de mayo de 1993), y que es el instrumento que impulsa la reforma a la Ley chilena sobre adopción. Así por ejemplo podría obviarse la transgresión a “un pago por adopción” en la medida que ello convenga al interés del adoptado (que se obvie en el país de los adoptantes).
- b) Sería conveniente, conforme a lo señalado en el acápite precedente, incorporar respecto de esta norma el derecho del adoptado a ser oído.

#### IV.- Conclusiones

El *Anteproyecto* planteado recoge en estas materias las más recientes tendencias internacionales al establecer como factor de conexión personal para determinar el derecho aplicable a la filiación la residencia habitual del hijo o hija, lo que supone -además- el reconocimiento del estatuto autónomo del niño, niña y adolescente (NNA). Para las acciones de filiación, el *Anteproyecto* propone la aplicación de la ley determinada al momento del nacimiento del niño o niña, salvo que por el principio del interés superior del NNA se aplique una ley distinta. En este orden de ideas, considerando la interpretación judicial nacional e internacional que se ha hecho a este principio y las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos, se sugiere incluir en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley la contextualización del mismo con el propósito de evitar interpretaciones erróneas o contradictorias de la legislación invocando este principio.

Para el reconocimiento de la filiación, el *Anteproyecto* establece que los requisitos de forma del reconocimiento se regulan por la ley de la residencia habitual del hijo o hija o por el lugar donde se lleva a cabo. Y, los requisitos de fondo del reconocimiento se rigen por la ley de la residencia habitual del hijo o hija (al momento del nacimiento) o del lugar del reconocimiento. Podría ser también aplicable, a criterio del operador jurídico, el derecho correspondiente a la residencia habitual común de los padres o el lugar del nacimiento del hijo o hija. Uno de los grandes desafíos que, en la actualidad, enfrentan las autoridades competentes consiste en la determinación de la filiación en casos de maternidad subrogada. Ante ello, las soluciones contenidas en el *Anteproyecto* pueden contribuir a la resolución de esos casos.

Finalmente, con respecto a las adopciones internacionales, el *Anteproyecto* recoge las disposiciones de las principales convenciones en la materia y establece que los

requisitos de fondo y forma de la adopción internacional se regulan conforme al lugar de su constitución. Sin embargo, para favorecer al adoptado, es posible aplicar la ley de su nacionalidad cuando los requisitos de fondo y forma le sean más favorables. Establece también la igualdad jurídica entre la adopción realizada en el extranjero como la celebrada en Chile. Por lo tanto, se reconocen los efectos de dicho acto celebrado fuera de la jurisdicción chilena, cuando produzca vínculo de filiación y no viole el orden público internacional chileno.

## Bibliografía citada

### a) Doctrina

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, 2008, Año 6, N° 1, pp. 223-247.
- ARAQUE SAYAGO, Ingrid, “Reproducción humana asistida ¿maternidad legal o biológica? Consideraciones en torno a problemas jurídicos contemporáneos surgidos con ocasión a las nuevas técnicas de reproducción asistida”, en AA.VV., *Curso de Derecho Internacional (materiales de lectura)*, Organización de Estados Americanos, Rio de Janeiro, 2017, archivo .pdf, disponible en línea: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso\\_derecho\\_internacional\\_2017\\_materiales\\_lectura\\_Ingrid\\_Araque\\_Sayago\\_1.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Ingrid_Araque_Sayago_1.pdf) (fecha de consulta: 14/11/2021).
- AZCÁRRAGA MONZONIS, Carmen, “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado”, *El Foro – Revista Colegio de Abogados Costa Rica*, 2014, N° 15, pp. 99-116.
- BARCIA, Rodrigo, *Estructura del Derecho de Familia y de la infancia*, Thomson Reuters, Santiago, 2020.
- BARCIA, Rodrigo; RIVEROS, Carolina, “El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana”, en GÓMEZ DE LA TORRE, M. (Dir.), *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Desafíos del Siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 188-221.
- BARRIOS, Haydée, “Del domicilio”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, N° 117, pp. 41-66.
- BÉCAR LABRAÑA, Emilio José, “El principio del interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno”, *Actualidad Jurídica (UDD)*, 2020, N° 42, pp. 527-580.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley



- nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2016, Vol. 68, N° 2, pp. 157-182.
- CARRETA MUÑOZ, Francesco, “Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena”, *Revista CES Derecho*, 2018, Vol. 9, N° 1, pp. 118-142.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás; LEIVA GARCÍA, Carla, *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Santiago, 2012, 690 p.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, “Conceptos y Problemas básicos del Derecho Internacional Privado”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, D. (Coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalia, Buenos Aires, 2003, pp. 39-82.
- FUENTES FUENTEALBA, Paulina, “Conflictos de interés entre progenitores. Situación de la autorización judicial para salir del país”, Memoria de Licenciatura, Universidad de Talca, 2010.
- HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “La fractura de la familia venezolana ante el Derecho Internacional Privado”, *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado (U. Central de Venezuela)*, 2019, N° 1, pp. 249-271.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA; DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIONES, “Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020, desagregación regional y comunal”, INE, Santiago, 2021, disponible en línea: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2021/08/Estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-Chile-2020-regiones-y-comunas-metodolog%C3%ADa.pdf> (fecha de consulta: 11/11/2021).
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Constitución y Derecho Internacional Privado”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, N° 10, pp. 227-267.
- NOTICIA: “Juzgado de Familia de Santiago acogió demanda de reclamación de maternidad de hijo de pareja lesbomaternal concebido mediante técnicas de reproducción asistida”, *Diario Constitucional.cl*, 28 de julio de 2021, disponible en línea: <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/07/28/juzgado-de-familia-de-santiago-acoge-reclamacion-e-impugnacion-de-maternidad-de-hijo-concebido-mediante-gestacion-subrogada/> (Fecha de consulta: 11/11/2021).
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; PINOCHET OLAVE, Ruperto, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 2015, Vol. 42, N° 3, pp. 903-934.



RIVEROS FERRADA, Carolina, *Esquemas de Derecho Civil de Chile VII: Derecho de Familia*. Tirant lo Blanch, Santiago, 2021.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho Internacional de la familia”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2005, Vol. 17, pp. 87-130.

VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2018, 2ª edición.

### ***b) Legislación***

*Convenio de La Haya sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción*, 1965.

*Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores*, 1984.

*Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, 1993.

Ley N°19.585 de 1998, sobre filiación.

Ley N° 19.620 de 1999, dicta normas sobre adopción de menores, modificada por la Ley N° 20.203 de 2007.

Ley N° 19.947 de 2004, establece la nueva Ley de Matrimonio Civil, modificada por la Ley N° 21.367 de 2021.

Ley N° 19.968 de 2004, crea los Tribunales de Familia y regula el procedimiento en materia de Familia.

### ***c) Jurisprudencia***

Corte Suprema, de 16 de noviembre de 2005, Rol N°4533-2005.

Corte de Apelaciones de Santiago, de 1 de septiembre de 2004, Rol N°4105-2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de abril de 2010, Rol N°3.349-2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 1976, caso *Kjeldsen, Busk Mandsen y Padersen v. Dinamarca*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de diciembre de 1986, caso *Johnston v. Irlanda*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 1992, caso *Olsson v. Suecia*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann v. Austria*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de agosto de 1996, caso *Johansen v. Noruega*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 1999, caso *E.P. v. Italia*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 3 de noviembre del 2009, caso *Soile Lautsi v. Italia*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de diciembre del 2010, caso *Alexia Pardo Villa v. España*.



# LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO. ANÁLISIS AL CAPÍTULO X DEL TÍTULO III DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## *THE INTERNATIONALITY OF THE CONTRACT. ANALYSIS OF TITLE III, CHAPTER X OF THE DRAFT LAW ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

KARENN Díaz Campos <sup>1</sup>

### RESUMEN

*El presente trabajo busca revisar el Capítulo X del Título III del Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile, a fin de dilucidar la pretensión de este anteproyecto de regular la internacionalidad de los contratos en Chile. Este análisis se orientará con la intención de determinar si dicha normativa se encuadra con la regulación internacional sobre Derecho internacional privado, así como si es que continua la tradición regulatoria de la mayoría de los Estados latinoamericanos sobre la importancia fundamental de la territorialidad de la Ley en los contratos internos que involucran un elemento internacional. Lo anterior teniendo en cuenta la importancia que tiene la unificación del Derecho Comercial internacional, como 'lex mercatoria' alternativa a la legislación interna de los diversos Estados, o en su caso si esta última sirve de inspiración a esta propuesta de Ley de Derecho Internacional Privado en Chile.*

*Palabras clave:* Internacionalidad de los contratos; Derecho Internacional Privado; Derecho privado; Comercio internacional; lex mercatoria.

### ABSTRACT

*The present work seeks to review the Title III, Chapter X, of the Draft Law of Private International Law of Chile, in order to elucidate the claim of this draft to regulate the internationality of contracts in Chile. This analysis will be oriented with the intention of determining if said regulation is framed with the international regulation on private international law, as well as if it continues the regulatory tradition of the majority of the Latin American States on the fundamental*

<sup>1</sup> Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Empresa y Justicia, Universidad de Valencia. Doctoranda en Derecho, Universidad de Sevilla. Académica de la Universidad Arturo Prat. Su correo electrónico es karencamp@unap.cl

*importance of the territoriality of the Law in internal contracts that involve an international element. The foregoing taking into account the importance of the unification of international Commercial Law, as an alternative 'lex mercatoria' to the internal legislation of the various States, or if the latter serves as an inspiration for this proposal for the Law of Private International Law in Chile.*

*Keywords: Internationality of the Contracts; Private International Law; Private law. international trade; lex mercatoria.*

## I.- Introducción

La internacionalidad de los contratos se entiende como la decisión de las partes de aplicar a un contrato interno un derecho extranjero.<sup>2</sup> El valor de esta decisión fue un tema fuertemente discutido a nivel de nuestra doctrina nacional, donde sin perjuicio de las diferencias que los diversos autores, hoy la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacionales pueden escoger directamente el derecho aplicable a su convención.<sup>3</sup>

La validez de este tipo de cláusulas en contratos se relaciona fundamentalmente con la discusión sobre el valor de la autonomía de la voluntad de las partes en un contrato interno que se somete a derecho extranjero. Esta discusión que desde el derecho interno chileno podría parecer interesante, se ve superada por la realidad del comercio internacional y su notable impacto en las diversas legislaciones internas. En este punto nos referimos a la unificación del derecho comercial internacional, como una nueva *lex mercatoria* como alternativa al derecho estatal<sup>4</sup> o en su caso como fuerte influencia en su modificación.

## II.- Internacionalidad de los contratos en el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado.

El artículo 51 del Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (en adelante, el *Anteproyecto*) trata precisamente sobre la internacionalidad del contrato y se encuentra incorporado en el Título III, Capítulo X de dicho texto, que se ocupa de los Contratos Internacionales. Sobre la internacionalidad del contrato, el artículo 51 del *Anteproyecto* indica lo siguiente:

1.- Se entenderá, para los efectos de esta ley, que un contrato internacional es aquel celebrado entre partes con residencia habitual o establecimientos en Estados diferentes, o aquel que tiene vínculos objetivos relevantes con más de un Estado.

2 MEREMINSKAYA, Elina. "Contratos internacionales e internacionalización de contratos nacionales", *Anales de la Facultad de Derecho [Quinta época]*, 2004, N°1, pp. 111-128.

3 GROB DUHALDE, José F., "La Ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes", *Revista Chilena de Derecho*, 2014, Vol. 41, n° 1, pp. 226-265.

4 CÁNDANO, Mabel, "La unificación del derecho comercial internacional: Nueva Lex mercatoria como alternativa al Derecho estatal", *Revista Prolegómenos- Derechos y Valores*, 2018, Vol. XXI, N° 41, pp. 149-162.

2.- Los vínculos objetivos relevantes que podrán tenerse en cuenta para determinar la internacionalidad del contrato serán, entre otros, los siguientes: el lugar de su celebración, el del cumplimiento sustancial de alguna de sus obligaciones o la ubicación de los bienes objeto del contrato.

3.- El contrato que no tenga vínculos objetivos con más de un Estado no podrá ser internacionalizado por la sola voluntad de las partes.

La incorporación del Capítulo X en el Título III del Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, así como de un articulado que se ocupe de los contratos internacionales y de sus efectos en Chile, viene a modernizar nuestra legislación interna, así como a proporcionar seguridad a los contratantes, en especial referente a la validez de su voluntad expresada en dichos contratos. Es especialmente relevante el artículo 52 del *Anteproyecto*, donde se manifiesta expresamente la libertad de elección de las partes en cuanto a la Ley que regirá el contrato, pudiendo aplicarse más de una legislación interna a diferentes partes del contrato. Consagrando además el principio de autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales.

Hasta ahora, nuestro sistema de normas de Derecho Internacional Privado se fundamenta en nuestro Código Civil, el Código de Comercio y el Decreto Ley N° 2.349 que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público, los que se emplean para suplir el vacío regulatorio especial de la disciplina, en conjunto con la normativa del *Código de Bustamante*.<sup>5</sup> Lo cual es especialmente restringido, a propósito de la reserva general con la que fue aprobado este instrumento internacional, consistente en que

*“(...) 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”*.<sup>6</sup>

Este vacío regulatorio en materia de contratos internacionales, por lo demás, es especialmente complejo en una realidad como la chilena, donde nuestro modelo económico depende fundamentalmente de nuestras transacciones con agentes internacionales. Es así como a 2021 y teniendo presente la exposición de motivos del referido *Anteproyecto* respecto del momento histórico comercial en el que nos encontramos, con alta movilidad de bienes, servicios, personas y capitales, así como ideas, conocimientos, creencias religiosas y culturas, es sorprendente que la internacionalidad del contrato aún no esté debidamente regulada. Todo lo cual se ha visto exacerbado por la pandemia mundial Covid-19 que, obligó a modificar la forma en que realizamos nuestras transacciones internacionales, alejándonos cada

5 GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, “El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio”, en: PICAND, E. (Editor), *Estudios de Derecho Internacional Privado chileno y comparado*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 213-243.

6 *Código de Derecho Internacional Privado*. Decreto 374 de 1934, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

vez más del tradicional principio de territorialidad del contrato y ante lo cual, las legislaciones que se presentan como más rígidas en este principio se ven en franca desventaja con la realidad comercial internacional.

Esta realidad deficiente de regulación nacional no dista de los distintos Estados latinoamericanos, donde en materia de elección de la ley que gobierna los contratos internacionales, tales soluciones normativas han sido históricamente denegadas en Latinoamérica, debido al principio de territorialidad de la ley.<sup>7</sup> Esto resulta especialmente interesante si analizamos a los sujetos del comercio internacional, donde ocupan una posición destacada el Estado y las empresas multinacionales. Así como varían los bienes susceptibles de comercio, tales como software y productos industriales, y en la forma como se realizan las transacciones, donde empieza a desarrollarse la contratación entre ausentes.<sup>8</sup> Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en el caso colombiano donde coexisten normas que pretenden establecer la ley aplicable al contrato internacional, que a su vez entra en conflicto con las normas contenidas en los Códigos Civil y de Comercio, las que además son poco claras y rígidas.<sup>9</sup>

Resulta especialmente acertado y adecuado a la realidad del comercio mundial el artículo 52 del *Anteproyecto*, debido a que consagra como criterio principal para determinar qué ordenamiento jurídico regulará las relaciones de las partes, aquello que las partes libremente hayan acordado en materia de elección de ley aplicable. Con esta primacía de la autonomía de la voluntad, se otorga alguna especie de certeza jurídica a estos contratos que tienen componentes internacionales y evitan el eventual conflicto de los distintos derechos locales, liberando de incertidumbre a estos contratos,<sup>10</sup> hoy cada vez más frecuentes con la apertura de los mercados mundiales, la globalización y no olvidemos la especial situación de pandemia Covid-19, que nos ha motivado aún más a realizar transacciones vía internet, muchas veces con proveedores que se encuentran en distintas partes del mundo.

El numeral segundo del artículo 51 del *Anteproyecto* además determina que los vínculos objetivos relevantes que podrán tenerse en cuenta para determinar la internacionalidad del contrato serán, entre otros, los siguientes: el lugar de su celebración, el del cumplimiento sustancial de alguna de sus obligaciones o la ubicación de los bienes objeto del contrato. A este respecto parecer ser una buena ampliación del concepto que, hasta ahora, en general e interpretando el art. 16 del Código Civil y el artículo 113 del Código de Comercio, sobre los efectos de los contratos celebrados en el extranjero y cumplidos en Chile, se regían por la

7 VIAL UNDURRAGA, María I., "Contratos internacionales en Latinoamérica: historia de un lento avance hacia la aceptación de la autonomía de la voluntad en la elección de Ley", *Revista de Derecho Privado (U. Externado de Colombia)*, 2020, N° 38, pp. 241-276.

8 CÁNDANO, cit. (n. 3), p. 152.

9 OVIEDO ALBÁN, Jorge, "La Ley aplicable a los contratos internacionales", *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2012, N° 21, pp. 117-157.

10 GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, "Algunos aspectos a tener en cuenta en relación con las normas sobre derecho aplicable a la contratación internacional en el anteproyecto de nueva Ley chilena de derecho internacional privado", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2018, N° 244, pp. 177-213.



ley chilena. De donde, por demás se llegó a sostener que el único elemento que confiere a un contrato el carácter de internacional es su ejecución, total o parcial, en un país diferente de aquél en que el acto fue celebrado. Demás está decir, que un concepto restringido a lo establecido en nuestro derecho privado nacional en temas de contratación es extremadamente inadecuado y en efecto, puede dejarnos fuera de numerosas posibilidades contractuales con terceros ubicados en Estados diversos.

En efecto la realidad mercantil hace mucho superó estas discusiones y la única forma justa de dirimir los conflictos entre comerciantes en una compraventa internacional de mercaderías, es ajustarse a un marco normativo como los Principios de UNIDROIT para los contratos internacionales, o la misma Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Es decir, cada vez más nos orientamos a la configuración de una *lex mercatoria*, mediante reglas comunes para todos los sistemas jurídicos.<sup>11</sup>

Sin embargo, el artículo 51 número 3 del *Anteproyecto* incorpora otro criterio al momento de determinar la legislación que regirá un contrato internacional, debido a que hace primar la realidad del contrato en cuestión. De esta forma el *Anteproyecto* exige vínculos objetivos con más de un Estado, para que podamos entender un contrato como internacionalizado. Podríamos entender este criterio como restrictivo de la sola voluntad de las partes y obedece a una limitación al principio de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable al contrato, ya que esto podría ser la manera de sustraerse a las disposiciones imperativas de la legislación nacional.<sup>12</sup>

Ahora, a este respecto, y según lo expuesto por Elina MEREMINSKAYA, sobre la importancia del lugar donde se celebra el contrato y en especial a la luz de la facilidad con que hoy en día se mueven las personas (pre Covid-19, al menos), el lugar de celebración del contrato se vuelve un factor sumamente inestable y fortuito para que sea declarado decisivo en el examen del carácter internacional del contrato,<sup>13</sup> más aún si pensamos en la gran cantidad de transacciones que realizamos en línea, incluso con proveedores de servicios que pagamos mes a mes, como Netflix, Amazon Prime, Uber, y así muchos más.

A su vez, el *Anteproyecto* opta por definir al contrato internacional, cosa que nuestro legislador hasta este punto ha optado por no hacer. La definición entregada en el *Anteproyecto* es muy cercana a la proporcionada por la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales* de 1994, que entiende en su artículo 1° que un contrato es internacional cuando las partes tienen residencia habitual o establecimiento en diferentes Estados partes, o bien si el contrato tiene vínculos objetivos con más de un Estado parte.<sup>14</sup> La definición incluida en el *Anteproyecto*

11 CÁNDANO, cit. (n. 3), p. 151.

12 LEÓN STEFFENS, Avelino, "El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional", en BARROS, E. (Coord.), *Contratos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 95; en el mismo tenor, GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 521-522; citado por MEREMINSKAYA, cit. (n. 1).

13 MEREMINSKAYA, cit. (n. 1), p. 115.

14 GALLEGOS ZÚÑIGA, cit. (n. 9), p. 181.

parece ser lo suficientemente amplia y flexible, a fin de no definir exhaustivamente el concepto, teniendo atención a la complejidad de las relaciones comerciales modernas.

Referente a la Ley aplicable al contrato, el artículo 53 del *Anteproyecto* permite a las partes elegir, como ley aplicable al contrato, normas de derecho, costumbre o principios generalmente aceptados a nivel internacional, supranacional o regional, salvo que lo prohíba la ley del foro. En esta parte el *Anteproyecto* resulta innovador en cuanto permite a las partes elegir, ya que de esta forma permite –o más bien reconoce– la posibilidad que tienen las partes de elegir aplicar al contrato normas de tratados internacionales referentes al tema. El artículo 53 del *Anteproyecto*, además, permite reconocer como ley aplicable al contrato la costumbre o principios supranacionales e incluso regionales, y podrían por lo tanto, las partes de un contrato comercial internacional, determinar como aplicable a este, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Lo anterior, a pesar de ser este un instrumento no vinculante, de *soft law* o incluso en el caso que las partes hayan decidido que su contrato se rija por principios generales del derecho o precisamente por la *lex mercatoria*.

El artículo 54 del *Anteproyecto*, por su parte, se ocupa de la elección expresa o tácita de la ley aplicable al contrato, donde determina que la elección de ley aplicable o su modificación deberá efectuarse de manera expresa, o en su defecto, deberá desprenderse de forma clara e inequívoca de la conducta de las partes o de las cláusulas contractuales o de las circunstancias del caso. En el caso que las partes del contrato no hayan elegido la legislación aplicable a su contrato internacional, el *Anteproyecto* en su artículo 58 se ocupa de la determinación de la ley aplicable a falta de elección, o ante el caso que la elección realizada por las partes del contrato fuere ineficaz.

En esta parte resulta más completo que los *Principios de la Haya sobre elección de Derecho aplicable en materia de contratos internacionales* del año 2015,<sup>15</sup> puesto que esta no resuelve esta situación y se acerca a lo propuesto por la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*.<sup>16</sup> Los Principios de la Haya sobre elección de Derecho aplicable en materia de contratos internacionales limitan dicha elección a instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales, mientras que la Convención Interamericana en su artículo 10 amplía lo que se entiende por derecho aplicable al contrato incluyendo a las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación.

El *Anteproyecto* considera que si las partes no hubieren elegido una ley aplicable, o si su elección fuere ineficaz, se aplicará la ley del Estado donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. Entendiendo por

15 *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales* (2015). Hague Conference on Private International Law, La Haya, 2016, documento pdf., disponible en línea: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>.

16 *Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales* (1994). Texto disponible en línea: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.

esta última, aquella que sirve para caracterizar el contrato de un tipo u otro y que, en general, es distinta al pago. De esta forma reconoce la elección de derecho de modo expreso, como tácito, tal como lo hace el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales.<sup>17</sup>

Finalmente reconoce la autonomía conflictual como principio rector que, concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho al que someterán la relación jurídica existente entre ellas.<sup>18</sup> Lo que ha sido reconocida e incorporada en las recientes reformas de regulación de Derecho Internacional privado en países de América del Sur, tales como el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina de 2015, y la Ley 5393 de 2015 de Paraguay, sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales.<sup>19</sup>

Resultando especialmente interesante el numeral cuarto del artículo 59, sobre determinación de la ley aplicable a falta de elección, debido a que deja abierta la posibilidad de considerar el conjunto de consideraciones se desprenda claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado, distinto del indicado por los tres anteriores literales del número 3, se aplicará la ley de este otro Estado. Es decir, permite que en caso de falta de elección o de elección ineficaz que sea el tribunal quien deba tomar en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, para determinar la Ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos.

### III.- Conclusiones

El Capítulo X del Título III del *Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado*, sobre internacionalidad de los contratos en Chile, viene a suplir un sensible vacío nuestro sistema jurídico privado nacional, el que por demás se encuentra muy atrasado en relación de los avances del comercio y contratación internacional.

La consagración del principio de la autonomía de la voluntad en la determinación del derecho aplicable en los contratos internacionales, así como la posibilidad de remitirnos no solo al derecho de otros Estados, sino también a la costumbre y principios del derecho, me lleva a considerar este reconocimiento de los intereses de las partes en los contratos internacionales como una manifestación de una *doctrine of convenience and business efficacy*.<sup>20</sup> La contratación internacional y la realidad del mercado de consumo internacional, ha complejizado a tal grado los contratos y convenciones posibles que el principio rector debiera ser la conveniencia y los negocios eficaces, lo que además se conecta con la aparición de la *lex mercatoria*, como un derecho autónomo, espontáneo y uniforme del comercio internacional.<sup>21</sup>

17 GALLEGOS ZÚÑIGA, cit. (n. 9), p. 190.

18 OVIEDO ALBÁN, cit. (n. 8), p. 124.

19 GALLEGOS ZÚÑIGA, cit. (n. 9), p. 183.

20 LEIBLE, Stefan, "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, N° 1, pp. 214-233, en línea: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>.

21 CÁNDANO, cit. (n. 3), p. 161.

## Bibliografía citada

## a) Doctrina

- CÁNDANO, Mabel, “La unificación del derecho comercial internacional: Nueva Lex mercatoria como alternativa al Derecho estatal”, *Revista Prolegómenos- Derechos y Valores*, 2018, Vol. XXI, N° 41, pp. 149-162.
- GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, “Algunos aspectos a tener en cuenta en relación con las normas sobre derecho aplicable a la contratación internacional en el anteproyecto de nueva Ley chilena de derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2018, N° 244, pp. 177-213.
- GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, “El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio”, en: PICAND, E. (Editor), *Estudios de Derecho Internacional Privado chileno y comparado*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 213-243.
- GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- GROB DUHALDE, José F., “La Ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes”, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, Vol. 41, n° 1, pp. 226-265.
- LEIBLE, Stefan, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, N° 1, pp. 214-233, en línea: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>.
- LEÓN STEFFENS, Avelino, “El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional”, en BARROS, E. (Coord.), *Contratos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 95-107.
- MEREMINSKAYA, Elina, “Contratos internacionales e internacionalización de contratos nacionales”, *Anales de la Facultad de Derecho [Quinta época]*, 2004, N°1, pp. 111-128.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge, “La Ley aplicable a los contratos internacionales”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2012, N° 21, pp. 117-157.
- VIAL UNDURRAGA, María I., “Contratos internacionales en Latinoamérica: historia de un lento avance hacia la aceptación de la autonomía de la voluntad en la elección de Ley”, *Revista de Derecho Privado (U. Externado de Colombia)*, 2020, N° 38, pp. 241-276.

## b) Otras fuentes

- Código de Derecho Internacional Privado*. Decreto 374 de 1934. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.
- Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales* (1994). Texto disponible en línea: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.
- Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales* (2015). Hague Conference on Private International Law, La Haya, 2016, documento pdf. disponible en línea: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>.

# APLICACIÓN, PRUEBA E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

## *APPLICATION, EVIDENCE AND INTERPRETATION OF FOREIGN LAW*

SERGIO CORTÉS BELTRÁN <sup>1</sup>

### RESUMEN

*En el presente artículo se analiza la situación actual que plantea la aplicación, prueba e interpretación del derecho extranjero en Chile y la nueva regulación de estas materias en el Anteproyecto de Ley chilena de Derecho Internacional Privado.*

*Palabras clave: Derecho extranjero, Aplicación del derecho extranjero, prueba del derecho extranjero, naturaleza del derecho extranjero, interpretación del derecho extranjero,*

### ABSTRACT

*This article analyzes the current situation regarding the application, evidence and interpretation of foreign law in Chile and the new regulation of these matters in the Chilean Draft Bill of Private International Law.*

*Keywords: Foreign law, application of foreign law, proof of foreign law, nature of foreign law, interpretation of foreign law.*

## I.- Introducción

En la actualidad en nuestro país la aplicación, prueba e interpretación del derecho extranjero nos plantean interesantes cuestiones en relación con la naturaleza del derecho foráneo. De la manera en que se responda la pregunta sobre dicha naturaleza (teorías del hecho o del derecho) deduciremos importantes consecuencias acerca de cómo se aplica el derecho extranjero, cómo se conoce y prueba dicho derecho extranjero, así como del régimen de recursos aplicable cuando sea infringida la ley extranjera.

<sup>1</sup> El autor es Profesor Asistente del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2004), LL.M (Master of Laws) en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad Libre de Bruselas (Bélgica, 2010) y Master en Derecho con mención en Contratación Comparada e Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2015). Su correo electrónico es [sergio.cortes@derecho.uchile.cl](mailto:sergio.cortes@derecho.uchile.cl)

## II.- Naturaleza del derecho extranjero

En relación con la naturaleza del derecho extranjero, se sostiene que la ley positiva chilena no se pronuncia sobre la naturaleza fáctica o jurídica del derecho extranjero, lo que ha generado una intensa discusión jurisprudencial y doctrinaria al respecto. Esta circunstancia ha propiciado que en Chile se haya dado un espacio fecundo para el desarrollo y aplicación de variadas teorías que buscan dar respuesta a esta cuestión.

Para determinar la naturaleza jurídica del derecho extranjero se han esbozado dos grandes teorías: las *teorías de hecho, realistas o de la materialización* y las *teorías de derecho o normativistas*. Para las teorías del hecho, el derecho extranjero es una entidad real y tiene naturaleza fáctica. Para las teorías del derecho, el derecho extranjero es un objeto ideal, que asume la forma de imperativos o de juicios.<sup>2</sup>

### 1.- Teorías de hecho

Entre las teorías de hecho, se pueden mencionar las siguientes:

- a) *La teoría de la derechos adquiridos*: en líneas generales establece que el juez nacional siempre aplica su propio derecho objetivo y que el derecho extranjero solo se reconoce, o bien, que los hechos que lo constituyen son los que ponen en movimiento las normas de producción jurídica que constituyen el derecho internacional privado.<sup>3</sup>

Esta teoría ha seguido una evolución en 3 etapas:

- a.1. Teoría de los *vested rights*: expuesta por el inglés DICEY, expresa a grandes rasgos que aquellos casos en que se dice que los jueces aplican la ley extranjera, no sancionan en realidad o ponen en ejecución esta ley, sino más bien un derecho adquirido bajo la autoridad de ella.<sup>4</sup>
- a.2 Teoría de la *incorporación material del derecho subjetivo extranjero*: Uno de sus exponentes, BEALE, considera los derechos subjetivos creados por las normas directas extranjeras como meros hechos a los que las normas de derecho internacional privado atribuyen efectos jurídicos, de modo que se crea un derecho subjetivo nacional idéntico al extranjero. Otro de los exponentes de esta teoría, el belga WIGNY sigue, en general, a BEALE, pero sostiene que el legislador nacional elige como objeto de la norma de referencia el derecho subjetivo ya creado.<sup>5</sup>
- a.3. *Local Law Theory*: para esta doctrina, la *lex fori* se apropia de todas las leyes extranjeras, nacionalizándolas. Luego elige entre las normas relativas a una determinada situación jurídica, la que debe ser aplicada. De esta manera, el juez siempre aplica su propio derecho y emparenta a esta teoría con las

2 CARVAJAL, Arturo, *El juez y el derecho extranjero*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966, p. 22.

3 CARVAJAL, cit. (n. 1), p. 23.

4 CARVAJAL, cit. (n. 1), p. 23.

5 CARVAJAL, cit. (n. 1), p. 23-25.



del *judge made law*, la que sostiene que el derecho no nace antes de su aplicación judicial.<sup>6</sup>

- b) *La teoría del uso jurídico*: Esta doctrina elaborada por Werner GOLDSCHMIDT postula que, cuando deba aplicarse derecho extranjero, debe hacerse tal como lo harían los jueces del país a que el derecho pertenece. Por lo tanto, en palabras de GOLDSCHMIDT, “lo que nosotros hacemos no es, pues, en realidad, aplicación, sino que es imitación del derecho extranjero –teoría del uso jurídico–. Según este autor, “lo que se llama teoría del uso jurídico y su contenido puede formularse del siguiente modo: si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable, como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país”.<sup>7</sup>

De esta forma, la teoría del uso jurídico considera al derecho extranjero como un hecho, pero lo eleva a la categoría de un hecho notorio. En tanto, el juez debe tener en cuenta la norma extranjera, aun cuando las partes no la acrediten.<sup>8</sup>

## 2.- Teorías de derecho

Por otro lado, entre las teorías de derecho, se pueden analizar las que siguen:

- a) *Teoría de la nacionalización del derecho extranjero*: uno de los sostenedores de esta postura, Giuseppe CHIOVENDA, sostenía que el juez aplica derecho extranjero, pero como derecho nacionalizado y no como derecho extranjero. De esta forma, el juez siempre aplica su propio derecho.<sup>9</sup>
- b) *Teoría de la incorporación material*: esta teoría afirma que la norma de derecho internacional privado, al declarar aplicable determinado derecho extranjero, se apropia de su contenido, transformándola en derecho nacional.<sup>10</sup>
- c) *Teoría de la incorporación formal*: Uno de sus principales exponentes, Roberto AGO, señalaba que las normas de derecho extranjero se insertan en el ordenamiento nacional con el sentido y valor que poseen en el sistema jurídico que las creó, transformándose el legislador extranjero en legislador nacional en virtud de una delegación de poderes del legislador nacional en el extranjero.<sup>11</sup>
- d) *Teoría de la extranjería del derecho extranjero*: Martin WOLFF es uno de los defensores de esta postura y sostiene que el derecho extranjero es derecho, pero extranjero. Tiene naturaleza jurídica y no fáctica, y que la norma de derecho

6 CARVAJAL, cit. (n. 1), p. 25.

7 VILLARROEL, Carlos; VILLARROEL, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, 2ª edición, p. 102.

8 SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters - La ley, Buenos Aires, 2017, p. 121.

9 CARVAJAL, cit. (n. 1), pp. 27-28.

10 CARVAJAL, cit. (n. 1), p. 28.

11 CARVAJAL, cit. (n. 1), p. 29.



internacional privado se refiere al derecho extranjero. Esto significa que el juez tiene que aplicar el derecho extranjero como derecho, pero aunque dicho derecho extranjero se aplique en el país no se hace por ello nacional.<sup>12</sup>

- e) *Teoría de la integración formal*: esta doctrina es esbozada por Francesco CARNELUTTI y explica el fenómeno partiendo de la base de que la disposición de derecho internacional privado es incompleta y que apela para integrarse a fórmulas obtenidas de otros ordenamientos, o mejor aún, de textos de otros ordenamientos. De esta forma, la disposición interna jamás asume el contenido entero de la disposición externa, sino solamente integra su contenido adaptando a él, una fórmula extranjera. Tampoco la disposición interna asume jamás toda la regulación de la disposición externa. Esta teoría no cae en las ficciones de la remisión o recepción del derecho extranjero.<sup>13</sup>

### 3.- Situación en Chile

En Chile, ante la falta de una decisión legislativa, todas y cada una de estas teorías han sido asumidas en algún momento por la doctrina para determinar la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, pero añadiendo argumentos de texto en relación con la normativa nacional.

Algunos han entendido que el derecho extranjero es un hecho. Los fundamentos de esta postura son:

- a) El artículo 411 del Código de Procedimiento Civil. Dicha norma establece que se debe oír informe de peritos sobre puntos de derecho referentes a una legislación extranjera. Se sostiene que sólo los hechos y no el derecho son susceptibles de prueba. Como se debe probar el derecho extranjero, se confirmaría así que estamos ante un hecho.
- b) El artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, debido a que la sentencia debe dictarse conforme al mérito del proceso y ello implicaría que el juez no podría fundarse en la ley extranjera si ella no está acreditada en el litigio.
- c) José Bernardo LIRA, uno de los redactores del Código de Procedimiento Civil, también habría dado a entender el carácter de hecho del derecho extranjero, al sostener que la ley extranjera “no se encuentra en los Códigos ni le consta al juez su verdad”, por lo que es necesario “probarle que exista para que pueda aplicarla”.<sup>14</sup>

Diego GUZMÁN LATORRE sostiene que la legislación chilena se inspira en las teorías de derecho y no en las de hecho, siguiendo la expresión de Federico DUNCKER.<sup>15</sup> El referido autor señaló que las leyes extranjeras son en Chile derecho, el cual no

12 CARVAJAL, cit. (n. 1), p. 30.

13 CARVAJAL, cit. (n. 1), pp. 30-31.

14 VILLARROEL y VILLARROEL, cit. (n. 6), p. 99.

15 VILLARROEL y VILLARROEL, cit. (n. 6), p. 99; GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 3ª ed., p. 331.

conserva su carácter de extranjero sino que se convierte o transforma en derecho nacional, incorporándose a él, sea que su aplicación aparezca ordenada por un texto legal expreso o solamente por los principios del derecho internacional.<sup>16</sup> Los partidarios de la tesis de que el derecho extranjero es derecho se apoyan también en la opinión de José Clemente FABRES.<sup>17</sup>

Se refuta a los que sostienen que el derecho extranjero tendría naturaleza fáctica con las siguientes argumentaciones:

- a) En cuanto al artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, se sostiene que éste no obliga al juez a oír informe de peritos, simplemente le confiere esa facultad. Eso significa que el juez no queda relevado de investigar el contenido de la ley extranjera.
- b) En cuanto al artículo 160 del Código de Procedimiento Civil se sostiene que la ley extranjera está por sobre el mérito del proceso en tanto que derecho.
- c) En cuanto a la opinión de José Bernardo LIRA se sostiene que tiene un valor relativo, porque si bien al juez no le consta el tenor de la ley extranjera, debe conocer la ley chilena que dispone aplicar aquella.<sup>18</sup>

Hay que señalar que la jurisprudencia, en esta materia – derecho extranjero como hecho o como derecho–, ha sido vacilante. Existen numerosas sentencias en las que se ha resuelto que el derecho extranjero tiene el carácter de derecho en Chile. Sin embargo, en otras, se ha seguido la solución contraria.<sup>19</sup>

El Artículo 16 del *Anteproyecto de Ley chilena de Derecho Internacional Privado* (en adelante, el *Anteproyecto*), inserto en el capítulo sobre “aplicación e interpretación del derecho extranjero”, establece lo que sigue:

*“1. Los jueces y autoridades chilenas, cuando así lo determinen las normas de conflicto chilenas, estarán obligados, de oficio, a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece.*

*2. Lo señalado precedentemente no impide que las partes puedan contribuir a determinar el texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero invocados.*

*3. El juez debe aplicar el derecho extranjero según los criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo de ese derecho”.*

Esta norma del *Anteproyecto* sigue la teoría del uso jurídico de Werner GOLDSCHMIDT ya comentada y de gran influencia y aplicación en América Latina. Valga señalar que

16 DUNCKER, Federico, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, 3ª ed., p. 345.

17 VILLARROEL y VILLARROEL, cit. (n. 6), p. 100.

18 VILLARROEL y VILLARROEL, cit. (n. 6), p. 100.

19 VILLARROEL y VILLARROEL, cit. (n. 6), p. 100; GUZMÁN LATORRE, cit. (n. 14), p. 331.

en este sentido el *Anteproyecto* no es innovador, debido a que ya existía en Chile una norma convencional que adhería a esta doctrina, aunque de alcance muy limitado. Me refiero al Tratado entre Chile y Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero, suscrito en Montevideo el 28 de junio del año 1984 y que entró en vigor en Chile el 21 de octubre de 1985. El artículo 1° de este tratado dispone que:

*“Los jueces y autoridades de las partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece”.*

La norma recién citada al igual que la del *Anteproyecto*, están tomadas del artículo 2° de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, suscrita en Uruguay el 6 de mayo de 1979, de la cual Chile no es parte. En efecto, dicha norma dispone:

*“Los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del Estado, cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.*

El mismo GOLDSCHMIDT expresó que el Convenio sobre las Normas de Derecho Internacional Privado se basa en la teoría del uso jurídico y que “al declararse aplicable derecho extranjero, la referencia no se hace a las normas jurídicas extranjeras, sino a la sentencia que con el mayor grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero con miras al particular, sometido a su derecho, en la hipótesis de que este particular realmente se hallase radicado en sus estrados”.<sup>20</sup>

### III.- Forma de aplicación y prueba del Derecho Extranjero

De la circunstancia de considerar el derecho extranjero como *un hecho* o como *derecho* se derivan importantes consecuencias, en cuanto a la forma de aplicación y prueba del derecho extranjero y en cuanto a la procedencia de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de casación en el fondo por infracción de la ley extranjera.

En relación con el primer punto, la forma de aplicación y prueba del derecho extranjero por los tribunales de justicia, se plantea una división en la doctrina. Por un lado, están quienes sostienen que el juez debe aplicar la ley extranjera solamente a petición de parte interesada, quien sería la encargada de hacerla valer en el pleito. Esta posición es una derivación de aquellas doctrinas que consideran que el derecho extranjero es un hecho de la causa. Y por otro, quienes defienden la idea de que el juez debe aplicar de oficio el derecho extranjero, sea dado a conocer o no por

<sup>20</sup> VILLARROEL y VILLARROEL, cit. (n. 6), p. 102.

los litigantes. Ello porque esta postura sigue las tesis de quienes sostienen que el derecho extranjero es derecho y no un hecho de la causa.<sup>21</sup>

En nuestra legislación positiva no existe ninguna norma que indique a los tribunales la forma en que debe aplicar el derecho extranjero. La jurisprudencia ha sido vacilante al respecto. Un grupo de sentencias ha expresado que la ley extranjera debe ser probada como un hecho de la causa. Por otro lado, otro grupo de sentencias ha aceptado la aplicación de oficio del derecho extranjero, cuando ha debido fallarse conforme al mismo un asunto determinado.<sup>22</sup>

Por su parte, el Código de Bustamante, aunque de aplicación limitada, en su artículo 408 aboga por la aplicación de oficio del derecho extranjero, estableciendo que:

*“Los jueces y tribunales de cada estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere.”*

El Artículo 16 del *Anteproyecto de Ley chilena de Derecho Internacional Privado* establece en este punto que

*“los jueces y autoridades chilenas, cuando así lo determinen las normas de conflicto chilenas, estarán obligados, de oficio, a aplicar el derecho extranjero (...)”.*

De esta forma, los tribunales y autoridades chilenas deben aplicar *de oficio* el derecho extranjero. El juez estaría obligado a investigar y aplicar de oficio el derecho extranjero ante la pasividad de las partes e incluso ante lo actuado por ellas. Se trataría de la aplicación de oficio del derecho extranjero con características propias de los principios inquisitivos imperantes en alguna clase de procedimientos. La aplicación de oficio puede garantizar la finalidad material y la imperatividad reforzada de las normas y la tutela judicial efectiva de los justiciables.<sup>23</sup>

En la actualidad en Chile, la prueba y conocimiento del derecho extranjero se encuentran regulados en los artículos 411 del Código de Procedimiento Civil (referido al informe de peritos), en el Código de Bustamante (Libro IV, Título VII, Capítulo II sobre “Reglas Especiales sobre la Prueba de Leyes Extranjeras”), Artículos 409 a 411; y en la *Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado* (CIDIP) sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero, del año 1979.

En el *Anteproyecto* estas materias se regulan en el Artículo 17, sobre determinación del derecho extranjero, y en el artículo 87 sobre información del Derecho Extranjero.

El artículo 17 del *Anteproyecto* expresa que:

21 GUZMÁN LATORRE, cit. (n. 14), pp. 335-337.

22 GUZMÁN LATORRE, cit. (n. 14), p. 341.

23 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2018, 10ª edición, p. 186.

“Cuando no hubiese claridad acerca del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, éste deberá determinarse conforme a los medios previstos en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y, a falta de ellos, podrán utilizarse, entre otros, los siguientes medios de prueba:

1. La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales;
2. La prueba pericial, consistente en informes de expertos en derecho extranjero o de abogados en ejercicio en el Estado de cuyo derecho se trate;
3. Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance de su derecho.

*Los tribunales chilenos valorarán los medios de prueba presentados conforme a las reglas de la sana crítica”.*

Esta norma da mayor claridad y otorga alcance general a las regulaciones ya existentes en el derecho chileno sobre la materia. Los medios de prueba expresados son idénticos a los ya existentes en tratados internacionales como el Código de Bustamante y la Convención CIDIP del año 1979. Pero además agrega nuevos aspectos a la prueba que moderniza la legislación chilena sobre la materia. La prueba del derecho extranjero resulta referida a unas normas jurídicas cuya aplicación viene impuesta por el propio sistema conflictual. A diferencia de los hechos, cuya fijación corresponde por entero a la parte, el derecho extranjero exige de ésta un principio de prueba y de los órganos jurisdiccionales una participación activa que garantice una tutela judicial efectiva, colaborando en la gestión y obtención de los elementos probatorios.<sup>24</sup> Se establecen así estrictos medios de prueba que otorguen certeza absoluta del contenido del derecho extranjero. Para garantizar aquello se valora la prueba del derecho extranjero y su suficiencia conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la complejidad de la cuestión jurídica planteada y los elementos probatorios existentes.<sup>25</sup>

El Artículo 87, sobre información del derecho extranjero, señala lo que sigue:

*“1. Las solicitudes de información sobre derecho chileno que formulen autoridades judiciales extranjeras y que se reciban a través de la autoridad central de Chile, serán respondidas directamente por ella.*

*2. Los tribunales chilenos podrán solicitar a autoridades extranjeras información sobre derecho extranjero, a través de la autoridad central de Chile, a efectos de ser utilizada en juicio, sin perjuicio de las comunicaciones directas que puedan entablar con ellas.*

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ Y SÁNCHEZ, cit. (n. 22), p. 177.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ Y SÁNCHEZ, cit. (n. 22), p. 178.

3. *La información del derecho extranjero podrá referirse al texto, vigencia y contenido de la legislación; a su sentido y alcance; a la jurisprudencia; al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante”.*

En esta materia sobre el conocimiento e información del derecho extranjero, el juez utiliza los mecanismos de asistencia judicial y cooperación internacional que determinan los convenios internacionales ya vigentes, como es el caso, en el marco multilateral y regional, de la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, otorgada en Montevideo en 1979. Se trata de un instrumento internacional elaborado en el seno de la CIDIP II que establece un sistema de cooperación entre los Estados para acreditar el texto, vigencia, sentido y alcance de los respectivos derechos, mediante prueba documental, pericial e informes del Estado requerido. El mecanismo puede actuar directamente a través de las autoridades judiciales o a través de la autoridad central de cualquiera de los Estados.<sup>26</sup>

#### **IV.- La procedencia de los recursos de derecho estricto**

Un último punto refiere que la naturaleza del derecho extranjero plantea problemas en cuanto a la procedencia de los recursos de derecho de estricto y ha dado lugar a una intensa discusión doctrinaria y jurisprudencial. Me refiero al *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* (art. 93 N° 6, Constitución Política) y al *recurso de casación en el fondo* (art. 767 del Código de Procedimiento Civil, en relación al art. 412 del Código de Bustamante).

En cuanto a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el derecho extranjero puede encontrarse en pugna con los preceptos de la Constitución Política del foro. Si la *lex fori* nada dice al respecto, el tribunal debe abstenerse de aplicar la ley extranjera, por cuanto las normas de la Constitución pueden ser comprendidas dentro de las normas de orden público o de policía del foro.<sup>27</sup>

El artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de 1980 se refiere a la inaplicabilidad. Según parte de la doctrina dicho recurso procede contra la ley extranjera, puesto que la expresión “precepto legal” no distingue entre derecho nacional o extranjero. Pero la jurisprudencia se ha inclinado por sostener la improcedencia del recurso de inaplicabilidad, entendiendo que el concepto de precepto legal no se extiende a la ley extranjera.<sup>28</sup>

En relación con la sentencia dictada con infracción de la ley extranjera, se plantea la duda sobre la procedencia del recurso de casación en el fondo en el caso en que no se aplique una ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto, o se aplique en forma errónea. Para quienes consideran el derecho extranjero como

26 FERNÁNDEZ Y SÁNCHEZ, cit. (n. 22), p. 194

27 RAMÍREZ, Mario, *Derecho Internacional Privado. Teoría General*, Editorial Conosur, Santiago, 1994, p. 156.

28 RAMÍREZ, cit. (n. 26), p. 157.

un hecho, es improcedente dicho recurso. Por su parte, para los que estiman que es derecho nacionalizado, no hay inconveniente en admitir la procedencia del recurso en comento.

La discusión se da cuando el derecho extranjero es considerado como derecho, pero extranjero por la ley del foro.<sup>29</sup> En Chile, la procedencia del recurso de casación en el fondo está regulada en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

*“El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.*

La jurisprudencia a este respecto ha considerado que la norma señalada se refiere sólo a la ley chilena (en este sentido, las sentencias en los casos “Fisco con Compañía de Salitres de Antofagasta”, en R.D.J., Tomo XXII, p. 398; y “Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla con Luis Guzmán y otros”, R.D.J., Tomo XXXIII, Secc. 1ª, p. 449).<sup>30</sup> Pero además, hay jurisprudencia que dispone que procede el recurso de casación en el fondo por infracción de ley extranjera en la medida que se acredite y que se justifique que, al infringirse la ley extranjera, se infringe la ley chilena que se remite a ella. Por ejemplo, en el caso “Lauri con Fisco.” (R.D.J. Tomo LXIII, 2ª parte, sección 1ª, p. 180).<sup>31</sup>

De esta forma, el recurso de casación en el fondo sólo procede por infracción de la ley chilena. La infracción de la ley extranjera daría lugar a la casación en el fondo cuando su aplicación haya sido ordenada por una ley nacional, debiendo entenderse dentro de ésta a la ley formal, los tratados internacionales, la ley del contrato y la costumbre. Pero si la aplicación de ley extranjera infringida ha sido ordenada por un principio del derecho internacional privado, el recurso no procede porque dicha vulneración no afecta a la ley chilena.<sup>32</sup>

Por último, valga señalar que el artículo 412 del Código de Bustamante acepta el recurso de casación de la manera que pasa a señalarse:

*“En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional”.*

Hay que señalar que la disposición transcrita no está en pugna con el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, puesto que éste no contempla, pero tampoco

29 RAMÍREZ, cit. (n. 26), p. 158.

30 RAMÍREZ, cit. (n. 26), p. 159.

31 CANELO, Carola, *Derecho procesal internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 100.

32 RAMÍREZ, cit. (n. 26), p. 160; CANELO, cit. (n. 30), pp. 101-102; y GUZMÁN LATORRE, cit. (n. 14), pp. 350-355.



prohíbe expresamente, la procedencia del recurso de casación por infracción de ley extranjera, pero procederá el recurso excepcionalmente, respecto de los otros Estados Contratantes del Código de Bustamante.<sup>33</sup>

En el artículo 16 del *Anteproyecto*, en su número 5, se establece que:

*“Todos los recursos y acciones judiciales otorgados por la ley chilena serán igualmente procedentes para los casos en que corresponda la aplicación del derecho extranjero.”*

Con esta nueva redacción se establecería una procedencia lo más amplia posible de los recursos de derecho estricto (inaplicabilidad y casación en el fondo) para los casos en que resulte mal aplicado el derecho extranjero. Con ello, se superarían las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que han tenido lugar en Chile al respecto.

### Bibliografía citada

CANELO, Carola, *Derecho procesal internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.

CARVAJAL, Arturo, *El juez y el derecho extranjero*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966.

DUNCKER, Federico, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, 3ª edición.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2018, 10ª edición.

GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 3ª edición.

RAMÍREZ, Mario, *Derecho Internacional Privado. Teoría General*, Editorial Conosur, Santiago, 1994.

SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters - La ley, Buenos Aires, 2017.

VILLARROEL, Carlos; VILLARROEL, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, 2ª edición.

<sup>33</sup> RAMÍREZ, cit. (n.26), pp. 164-165.



ASOCIACIÓN CHILENA DE  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO