

ISSN N° 0719-6261

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Año V, Número 5
Noviembre 2019



ASOCIACIÓN CHILENA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

**Año V, Número 5
Noviembre 2019**



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 revista@adipri.cl

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

Directorio

Presidente: Sr. Eduardo Picand Albónico
Vicepresidente: Sr. Ignacio García Pujol
Secretaria: Sra. Camila Quintana Castillo
Tesorera: Sra. Dione Meruane Osorio

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 Excm. 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 Droguett, 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 Excm. Corte Suprema de Justicia

Cerda Fernández, Carlos José
Ministro de la Excm. 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 Excm. 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

González Cuellar, Luis

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Arcis

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

Monsálvez Muller, Aldo

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Bolivariana, U. Finis Terrae, U. Santo
Tomás, U. de Talca y U. SEK

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 Excm. 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 Iguait, 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

Ignacio García Pujol; Eduardo Picand Albónico; Hernán Ríos de Marimón;
Ignacia Vial Undurraga; Gabriel Villarroel Barrientos;
Cristian Conejero Roos.

Consejo de Redacción

Sebastián Coulon Bauer; Camila Quintana Castillo;
Pablo Mahu Martínez; Marcela Prieto Bravo.

INDICE

PRESENTACIÓN

INAUGURACIÓN DE LAS V JORNADAS ADIPRI

- 19 Palabras del Ministro de Justicia, *Sr. Hernán Larraín*
- 22 Palabras del Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), *Sr. Eduardo Véscovi*
- 25 Palabras del Presidente de ADIPRI, *Sr. Eduardo Picand*

ESTUDIOS

- 31 Reflexiones acerca del reconocimiento en Chile de sentencias arbitrales y ordinarias extranjeras. Excepción de cosa juzgada internacional y litis pendencia internacional. Breve análisis de algunas sentencias de la Excma. Corte Suprema.
Thoughts on the recognition of foreign arbitral and ordinary judgements in Chile. International res iudicata and litis pendencia. Brief analysis of some judgments of the Supreme Court.
Florencio Bernales Romero
- 42 Propuestas para una ley de Derecho Internacional Privado chilena: pactos de elección de foro.
Proposals for a Chilean Private International Law bill: forum selection clauses.
Raúl F. Campusano Droguett
- 47 Competencia judicial internacional ¿cómo modernizar la normativa chilena?
International judicial competence. How to modernize Chilean regulation?
Pablo A. Cornejo Aguilera
- 53 Derecho aplicable a la persona, relaciones de familia y sucesiones.
Law applicable to person, family relations and inheritances.
Ignacio García Pujol
- 60 Bienes y derechos reales en el derecho internacional privado chileno: Una propuesta de reforma.
Property and rights in rem within Chilean international private law: a reform proposal.
Dione Meruane Osorio
- 71 Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.
Applicable law to non-contractual obligations.
Pia Moscoso Restovic

- 83 La residencia habitual como factor de conexión del estatuto personal.
Habitual residence as the connecting factor regarding personal status law.
Carlos Villarroel Barrientos
- 87 Ley aplicable a la celebración y efectos del matrimonio.
Law applicable to marriage and its effects.
Gabriel Villarroel Barrientos

AUTORES NÓVELES

- 93 Influencia de Occidente en la evolución del Derecho en China.
The Western influence on the evolution of law in China.
Gloria Campos Jiménez
- 112 Criterios interpretativos para la determinación del contenido de una compraventa internacional de mercaderías con un Incoterm modificado.
Interpretative criteria for the determination of the content of a contract of international sale of goods with a modified Incoterm.
Ricardo Vergara Olmos

JURISPRUDENCIA

Comentarios

- 133 Christian Poulsen Pinochet. La Corte Suprema determina validez de la supresión de apellido paterno bajo la ley N° 17.344.
SCS Rol N° 26.706-2018, de 13 de febrero de 2019, dictada por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia
- 139 Victoria Schäfer. Inadmisibilidad del recurso de queja en el arbitraje comercial internacional.
SCA Santiago, Rol N° 613-2019, de 28 de enero de 2019, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.
- 141 Vicente Guíñez. Exequátur de laudo arbitral extranjero.
SCS Rol N° 47.947-2016, de 06 de junio de 2019, dictada por la Primera Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia.
- 145 Vyctoria Elgueta Paredes. Exequátur de sentencia extranjera de divorcio.
SCS Rol N° 45110-2017, de 09 de julio de 2018, dictada por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Sentencias destacadas

- 148 **A) MATRIMONIOS DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR.**
- SCS, Rol 3462-2018, de 06 de agosto de 2018 (rechaza recurso de protección)
 - SCS, Rol 6111-2018, de 18 de abril de 2018 (concede recurso de protección)
- 162 **B) EXEQUÁTUR DE SENTENCIA EXTRANJERA QUE REGULA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR DE NIÑO MENOR DE EDAD, RESIDENTE EN CHILE.**
- SCS, Rol 7771-2019, de 28 de agosto de 2019 (acoge exequátur)
- 167 **C) EXEQUÁTUR PARCIAL DE SENTENCIA EXTRANJERA QUE DECRETA LA CONVERSION DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS EN DIVORCIO.**
- SCS, Rol 16855-2018, de 20 de mayo de 2019 (acoge exequátur)
- 171 **D) EXEQUÁTUR DE TRASNACCIÓN JUDICIAL EN PROCESO DE FAMILIA.**
- SCS, Rol 3171-2013, de 10 de enero de 2019 (acoge exequátur)
- 174 **E) ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.**
- SCS, Rol 12.710-2018, de 09 de julio de 2019 (concede exequátur de laudo arbitral extranjero)
 - SCA Santiago, Rol 613-2019, de 28 de enero de 2019 (declara inadmisibles recursos de queja)
 - SCS, Rol 47.947-2016, de 06 de junio de 2019 (concede exequátur de laudo arbitral extranjero).
- 188 **F) COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA EN PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO UNILATERAL ENCONTRÁNDOSE LA DEMANDADA EN EL EXTRANJERO. RECHAZA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.**
- SCA Santiago, Rol 3971-2018, de 17 de julio de 2019
- 191 **G) SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑA CON RESIDENCIA HABITUAL EN MÉXICO.**
- SCA Santiago, Rol 3724-2017, de 16 de noviembre de 2018 (confirma)
 - SCS, Rol 5857-2019, de 03 de septiembre de 2019 (recurso de queja acogido. Revoca resolución de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso y concede entrega de niño a España)
- 200 **H) COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN JUICIO SUCESORIO. ÚLTIMO DOMICILIO DEL CAUSANTE. RECHAZA EXCEPCIÓN DILATORIA (CASO TOMPKINS).**
- Juzgado de Letras de Puerto Varas, Rol C-2261-2017, de 31 de octubre de 2018

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA

- 231 *Balmaceda Hoyos, Jorge*. La venta internacional de mercaderías. El sistema continental, de Common Law y los movimientos de armonización entre ambos, Editorial Thomson Reuters, 1° edición, 2018, 467 págs. Hernán Corral Talciani.
- 235 *Picand Albónico, Eduardo*. Derecho Internacional Privado Chileno. Leyes, Tratados y Jurisprudencia. Editorial Thomson Reuters, 1° edición, octubre de 2018, 721 pp. Samy Hawa.

NOTICIAS

- 241 Ministro de Justicia y Secretario General de UNIDROIT, inauguran las V Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI). Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 16 de noviembre de 2018.
- 246 Universidad de Chile, ADIPRI y AMEDIP organizan y transmiten por videoconferencia exitoso Seminario de Derecho Internacional Privado de Familia, marzo de 2019.
- 251 ICC publica INCOTERMS 2020.
- 252 Universidades chilenas participan en la XII versión de la Competencia Internacional de Arbitraje, que se realizará en la ciudad de Asunción, Paraguay, entre los días 17 y 23 de septiembre de 2019.
- 253 ADIPRI firma Convenio de Cooperación con la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP).
- 254 ADIPRI firma Convenio de Cooperación Interinstitucional con el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago).
- 255 ADIPRI firma Convenio de Cooperación Interinstitucional con el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y con la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

CONVOCATORIA

- 259 Universidad Central de Chile, será sede para las VI Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. ADIPRI (22 de noviembre de 2019).

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

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

La Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado pretende dar a conocer a la comunidad jurídica, chilena y extranjera, los estudios científicos, novedades legislativas y jurisprudencia chilena en esta disciplina.

La publicación de la Revista será anual y su difusión se llevará a cabo únicamente de manera electrónica -a través del correo de nuestra Asociación y en la página web www.adipri.cl- a profesores, estudiantes, abogados y jueces que cultivan el Derecho Internacional Privado, tanto en Chile como en el extranjero.

El número que hoy presentamos recopila las ponencias de las V Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, llevadas a cabo en el mes de noviembre de 2018, siendo anfitriona la Universidad de Los Andes, en donde se generó un intenso debate respecto a temas de gran actualidad en Chile.

Esperamos que este 5° número de la Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), despierte inquietudes y genere debate, única manera de lograr los cambios que tanto anhelamos.

Eduardo Picand Albónico
Presidente ADIPRI

PRESENTATION

The Chilean Association for Private International Law (ADIPRI) was created in 2014 by a group of professors and judges, its purpose is to renew and strengthen the study of Private International Law in Chile.

Amongst its goals is encouraging the study, investigation and promotion of Private International Law in Chile, and of the disciplines it relates to; fostering and honoring its chairmanship and the renowned scholars that have taught this aspect of Law in our country, as well as contributing to the advancement of knowledge, study and solution of the common problems it is faced with.

ADIPRI gathers, without exclusion, all those scholars, lawyers, judges and students whom, with unconditional respect to freedom, equality and cultural diversity, wish to reflect upon, debate or exchange ideas on the matters that form this discipline.

It will be a annual electronic publication which will be forwarded through the Associations - e-mailing list and in our website www.adipri.cl- to professors, students, lawyers and judges who cultivate Private International Law, in Chile and abroad.

The issue which we present today gathers the presentations of the Third Conference of the Chilean Association of Private International Law, which took place at the University of Los Andes in November 2018, where there was an intense debate on topical issues for Chile.

We hope that this 5° issue of the Chilean Association of International Private Law Journal can interest and generate debate since this is the only way of achieving the changes we dearly aspire to.

Eduardo Picand Albónico
Presidente ADIPRI

PRESENTATION

L'Association Chilienne du Droit International Privé (ADIPRI) a été créée en 2014, par un groupe de professeurs et de juges, afin de renouveler et de renforcer l'étude du Droit International Privé au Chili.

Parmi ses objectifs, on trouve la promotion et stimulation de l'étude, la recherche et la diffusion du Droit Privé International au Chili, et des disciplines relatives; l'encouragement de l'enseignement en honorant les grands maîtres qui ont instruit la matière dans notre pays ainsi que la contribution au progrès de la connaissance, l'étude et la solution des problèmes qui s'y associent.

L'ADIPRI réunit, sans exception, tous les universitaires, les juristes, les juges et les étudiants qui, avec le respect absolu de la liberté, l'égalité et la diversité culturelle, veulent réfléchir, discuter ou échanger ses idées sur les matières qui intègrent cette discipline.

La revue de l'Association vise à mettre en lumière la communauté juridique, la chilienne et l'étrangère, les études scientifiques, les nouveautés législatives et la jurisprudence chilienne dans cette discipline.

La publication de la revue sera annuel et sa diffusion sera effectué uniquement par voie électronique - par l'e-mail de notre Association et sur le website www.adipri.cl - à enseignants, étudiants, juristes et juges qui se livrent au Droit International Privé, aussi bien au Chili qu'à l'étranger.

La livraison que nous présentons aujourd'hui rassemble les exposés des Journées de l'Association Chilienne du Droit Privé, tenues en November 2018 dans Université d' Los Andes, où il y avait un intense débat sur les questions d'actualité.

Nous espérons que ce cahier de Revista de l'Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado sera encourageant et suscitera le débat qui est l'unique manière pour atteindre les changements que nous aspirons.

Eduardo Picand Albónico
Presidente ADIPRI

INAUGURACIÓN DE LAS V JORNADAS ADIPRI

PALABRAS DEL MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

SR. HERNÁN LARRAÍN FERNÁNDEZ

Saludos al Rector de la Universidad de los Andes profesor José Antonio Guzmán, al Secretario General de UNIDROIT, profesor Ignacio Tirado, al Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado profesor Eduardo Picand, al profesor Eduardo Vescovi Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, al Decano de la Facultad de Derecho de esta Universidad profesor José Ignacio Martínez y a todos los demás expositores y asistentes a estas Jornadas.

Quiero agradecer la invitación que gentilmente nos ha extendido la Universidad de Los Andes y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), instituciones que, representadas por sus respectivas autoridades, nos han convocado para estar presentes en la Quinta versión de las Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado 2018.

Sin duda el objetivo que hoy que nos reúne en este espacio académico, junto a excelentes ponentes, esto es, la discusión de “*Propuestas para una Ley de Derecho Internacional Privado*”, es una iniciativa de la mayor trascendencia para el quehacer jurídico contemporáneo, y que respaldamos con mucha convicción.

En el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos estamos conscientes de la necesidad de actualización constante de los ordenamientos, con el fin de adecuarlos al creciente aumento de transacciones jurídicas que experimentan nuestras sociedades. Proceso que, por múltiples razones ha resultado de particular incidencia en el ámbito del derecho internacional privado.

El curso de la denominada “globalización” ha generado un aumento considerable de las relaciones privadas internacionales, que ha tenido repercusión en el estatuto personal, el derecho de familia y sucesorio, el derecho societario, el de los contratos, en el derecho regulador del comercio internacional, entre otros.

Esta globalización también ha tenido impacto en la jurisdicción y competencia de los tribunales, tanto para resolver litigios privados internacionales, como para dar reconocimiento a actos, sentencias e instrumentos extranjeros dentro de los propios Estados.

Más importante aún, con el advenimiento del Estado Constitucional, las normas de regulación de la orgánica institucional de los Estados y las de garantía de los derechos fundamentales han alcanzado el reconocimiento de su supremacía vinculante. Luego de este momento de inflexión, no sólo se transformó la noción del derecho, sino la

función de la jurisdicción. El juez ahora construye la norma jurídica a partir de su interpretación conforme a la Constitución y los tratados internacionales suscritos y vigentes. Es entonces necesario que la nueva regulación de Derecho Internacional Privado y su aplicación por parte de la judicatura se hagan cargo de esta realidad, y garantice un respeto cabal a los derechos fundamentales de las personas.

Si bien Chile ha intentado avanzar en algunas de estas materias por medio de la suscripción de Tratados Internacionales que apuntan a armonizar nuestro derecho material con el de otros Estados –como es el caso del Código de Bustamante, de principios del siglo XX– la realidad es que tenemos pendiente una gran deuda con la modernización de nuestras normas de derecho internacional privado, especialmente en aquellos aspectos en los que han quedado en evidencia vacíos legales importantes, que generan considerables espacios de incerteza jurídica.

Las principales normas de Derecho Internacional Privado están contenidas en nuestro Código Civil, de 1855. Esas normas, que fueron pensadas para satisfacer las necesidades de un país naciente, que procuraba asegurar y reafirmar la jurisdicción de sus tribunales nacionales y el imperio de sus propias leyes; dispusieron claramente que la ley y la jurisdicción chilena se aplicaban sobre todos los asuntos que se promovieran en el territorio de la República, ya sea por chilenos o extranjeros (art 14 C.C. y 5 C.O.T); pero, en general, omitieron expresamente regular las situaciones jurídicas que pudieran tener su origen o sus efectos fuera del territorio nacional o respecto de las cuales pudiera litigarse fuera de Chile.

Así, en la práctica, estas normas de conflicto de aplicación territorial y unilateral, han dejado y dejan muchas situaciones jurídicas internacionales sin resolver, motivo por el cual tuvieron que ser resueltas por la doctrina y la jurisprudencia, las que procedieron, según sabemos, interpretando extensivamente las normas, y lamentablemente no siempre lograban soluciones uniformes o acordes a los legítimos intereses y expectativas de las partes.

Por consiguiente, los desafíos de la modernización de la legislación de Derecho Internacional Privado apuntan deidentificar y ser capaces de llenar los vacíos legales del ordenamiento vigente, en un proceso que, siendo respetuoso con la tradición jurídica chilena, logre adaptar la legislación a las necesidades jurídicas internacionales de las personas, para darles certeza jurídica y, en general, garantizarles la obtención de soluciones armónicas con aquellas brindadas por legislaciones y Tribunales de otros Estados, de modo de minimizar, dicho sea de paso, los riesgos y los incentivos de litigar ante Tribunales extranjeros.

Es por ello que quisiera aprovechar la ocasión para destacar especialmente y felicitar el trabajo de investigación y de preparación del anteproyecto de Ley Chilena de Derecho Internacional Privado que está liderando la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y la Universidad de Chile, a partir del Convenio suscrito por ambas instituciones con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el 2 de octubre de 2017. Dicha iniciativa, señera para esta rama del derecho nacional, se ha concretizado en una mesa de connotados académicos de 9 de las más destacadas

Universidades públicas y privadas del país, y ha contado con la colaboración del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección General de Asuntos Jurídicos; de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Dirección de Estudios y de la Dirección de Asuntos Internacionales y de Derechos Humanos; y de la Cartera que me toca liderar.

No me queda sino agradecer a cada uno de ustedes, principalmente a los expositores, por compartir su conocimiento y participar en este evento, y a la Universidad de los Andes por renovar día a día su compromiso con la extensión académica, como queda en evidencia con la gran organización de estas Jornadas y con su participación en la comisión de expertos que trabaja en la preparación del anteproyecto de Ley Chilena de Derecho Internacional Privado.

Esperamos que estas importantes Jornadas de discusión y diálogo sigan constituyendo un espacio reflexión profunda y fructífera acerca de los temas que nos convocan, y prosigan en el tiempo, reeditando el gran aporte que desde siempre han brindado al desarrollo de la ciencia jurídica de Derecho Internacional Privado.

Muchas Gracias.

PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN AMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (ASADIP)

SR. EDUARDO VÉSCOVI

Es para mi un honor, me refiero al aspecto institucional como Presidente de Asadip, y también desde el punto de vista personal, estar hoy aquí frente a tantos ilustres internacionalistas, en estas Jornadas de Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, en esta prestigiosa y muy bella Universidad.

La realidad internacional nos muestra que cada vez son más los casos internacionales. Su multiplicación exponencial es reflejo de la creciente internacionalización de la vida de relación en todos los aspectos: familiar, civil, laboral, comercial, penal, etc.

En Uruguay el entonces Profesor Alvaro Vargas Guillemette, autor de la Ley Nacional de DIP uruguaya vigente, advirtió tempranamente esta necesidad y por su iniciativa se aprobó el 3 de diciembre de 1941 el Apéndice del Código Civil, que aún hoy continúa vigente, a pesar de que nuestro país tiene hace tiempo en proceso una nueva ley de dip, que a pesar de haber tenido media sanción (en una de las Cámaras), no alcanzó aún rango legislativo. Si bien podemos decir que en aquel momento fue una ley muy útil y necesaria, en realidad se trató de un verdadero adelanto para la época. Hoy en día para todos los países la necesidad de contar, además de los tratados internacionales, con una ley nacional de Dip es absolutamente imperiosa, por el referido incremento de las relaciones internacionales a todo nivel.

En efecto los estados tienen fronteras físicas (a veces un río, u otro accidente natural, como una montaña por ejemplo), tienen fronteras migratorias (visas o autoridades que aceptan el ingreso de extranjeros según sea el caso), también tienen fronteras fitosanitarias (para los productos y su sanidad), etc. pero también tienen –podríamos decir, deben tener– fronteras jurídicas. ¿Qué son las fronteras jurídicas? Son aquellas que determinan, por ejemplo, si una sentencia extranjera va a ser aceptada y bajo qué condiciones o requisitos, si se va a aceptar una sociedad extranjera y que necesita para ser reconocida y actuar localmente, si será reconocida una partida de nacimiento extranjera que acredita un vínculo filiatorio, un testamento extranjero, en qué condiciones, un vale suscripto en el extranjero, si se va a hacer lugar a una solicitud de extradición, etc.

Hay, pues, un importantísimo y sumamente variado marco de regulación que debe crearse y estar actualizado, para delimitar la frontera jurídica de un estado, en particular para saber en qué condiciones y bajo qué requisitos se va reconocer la continuidad de las relaciones jurídicas nacidas y creadas al amparo de otros órdenes

jurídicos. Esto, precisamente, es lo que hace una ley nacional de Dip como la que, en buena hora, Chile está encarando.

Véase que ya gran parte de los estados del mundo tienen leyes de Dip nacionales. De 1962 al 2012 hubo 94 leyes de dip nacionales en 86 países (32 Europa, 19 Asia, 19 Africa y 16 América). Es claro que estas leyes no son todas iguales, el derecho, como todo producto social, depende de las concepciones políticas, religiosas, filosóficas, étnicas, sociológicas, etc. de cada estado nacional. Y Chile, obviamente, no será la excepción, tendrá la ley que mejor acomode a sus intereses y con la calidad técnica que los juristas que la elaboren le puedan dar. Pero es obvio que no parten de cero, tienen leyes en las cuales inspirarse ya vigentes, en particular en los países americanos, Argentina tiene una ley nueva (la última parte de su Código Civil y Comercial en vigencia desde 2015, Uruguay tiene una ley en elaboración, Brasil modernizó recientemente su derecho procesal internacional, existen las Convenciones de CIDIP celebradas en el marco de la OEA durante 25 años, están todas las Convenciones que emergieron de la Conferencia de La Haya, los estudios actuales que este importantísimo centro del Dip mundial sigue realizando, las convenciones de Uncitral, Unidroit, etc. Todo lo cual conforma un elenco sumamente interesante y variado de normativa en la cual inspirarse.

Como internacionalista práctico que soy, y con cierto conocimiento de todos esos modelos, siento la necesidad de reflexionar con ustedes sobre algunos aspectos que, creo, deben ser tenidos en cuenta, cuando un país se dispone a elaborar una ley de Dip nacional moderna.

El primero es el tema de las fuentes. Nuestro Derecho Internacional Privado no ha tenido la suerte del Derecho Internacional Público, que en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se establece cuáles son las fuentes de esa materia.

El Derecho Internacional Privado hoy tiene, según su proveniencia, fuentes étáticas (ley nacional), interetáticas (tratados), supraetáticas (las de los sistemas de integración, muchas veces, como la Unión Europea), y extraetáticas (soft law, costumbre, principios, etc.).

Más allá de la opinión de consenso en el sentido de que es necesario y conveniente el dialogo de fuentes (expresión de Erik Jayme que resume muy bien el tema actual), es necesario saber que no todas esas fuentes tienen –o deben tener– el mismo grado de imperatividad. Y que todas ellas de hecho interactúan y colaboran entre sí en la realidad para la resolución de los casos pluri conectados. Por ello sería conveniente regular, en una ley de Dip moderna, al menos de manera programática o de principio, el tema de las fuentes y su consideración.

Vinculado con lo anterior, se debe tener en cuenta la influencia creciente de los derechos humanos que transversalizan todas las ramas jurídicas, en especial en la resolución de los casos reales, por imperio de la creciente jurisprudencia que, muchas veces, a falta de otras normas, o por la contraposición de algunas de ellas, cada vez más fundamenta sus resoluciones en las normas sobre derechos humanos.

Otro tema importante y actual a tener en cuenta, es el tema del desarrollo de los medios de comunicación, la red, internet. Durante al menos ocho siglos los privatistas nos preocupamos de “territorializar” las relaciones jurídicas y también las normas. Primero discutiendo el carácter territorial o extraterritorial de las mismas durante el período de los llamados Estatutarios, luego, a partir de Savigny, tratando de encontrar el “sitz” (asiento territorial) de la relación jurídica (situación de los bienes, domicilio o residencia habitual de las personas, etc.), a efectos de encontrar tanto ley aplicable como jurisdicción competente a la relación jurídica de que se trate.

Pero ahora tenemos otro espacio, que es el espacio cibernético, diferente al espacio físico al cual estamos acostumbrados. Entonces nos hemos quedado sin “sitz” porque se cometen delitos, se contrata, se difama, se trabaja, etc. todo desde una página web o plataforma, que no se sabe dónde está físicamente. Esta “crisis del espacio físico”, está haciendo colapsar a los sistemas de Dip clásicos, es un tema a tener muy en cuenta –yo diría ineludible- en la elaboración de una ley nacional de Dip para el siglo XXI.

Existen otros temas, también muy difíciles, que pueden elegir legislar o no hacerlo, pero que están y estarán pronto (si ya no están) ante vuestros tribunales. Por ejemplo los temas de la TRHA y GS (Técnicas de Reproducción Humana Asistida y Gestación por Subrogación o subrogada). Antes era madre quién aportaba los gametos, la que gestaba y la que finalmente cuidaba al niño. O pueden ser todas diferentes. Este tema está siendo tratado por la Conferencia de la Haya, y se registran pocos avances, sin embargo los problemas de este tipo, muchas veces de manera dramática, se multiplican ante los Tribunales de todos los países del mundo. El tema puede dar lugar, a visiones diferentes, inclusive antagónicas, frente a un adelanto científico alguien puede decir que la ciencia fue muy lejos ..., pero otro u otra puede decir, pero me permitió tener mi hijo ... Se entremezclan temas éticos, bioéticos, filosóficos, religiosos, científicos, y obviamente jurídicos.

Frente a este tipo de problemas: ¿hay que regular o hay que esperar? Les diría que el derecho normalmente va jadeando atrás de los hechos, y el dip mucho más ... Hay muchas asimetrías entre estados más aún en este tipo de temas, y obviamente también en otros, como la adopción internacional por ejemplo, sobre los que resulta muy difícil legislar y ponerse de acuerdo.

Pero los problemas no esperan, la realidad es muy insistente en ocasiones y se impone esté o no regulado el tema, y el Juez lo va a tener para decidir, quizás sin ninguna normativa que lo auxilie.

Todo eso y mucho más hay que tener en cuenta en la difícil tarea de legislar. A veces les digo a los alumnos, que legislar es como operar un cerebro, si uno se equivoca por un milímetro (a veces por una coma), en lugar de sanar puede matar al enfermo.

En fin, sepan que les espera sin duda una ardua, pero a la vez imprescindible tarea, tienen mucho material para inspirarse, y mucha certeza por aportar a la gente, porque en definitiva el Dip es el derecho de las personas, al que deben acudir cuando tienen un problema conectado con más de un orden jurídico, situación que es cada vez más frecuente y lo será aún más en las próximas décadas.

PALABRAS DEL PRESIDENTE DE ADIPRI

SR. EDUARDO PICAND

En las últimas décadas, el derecho privado de las relaciones transfronterizas (el derecho internacional privado), ha cambiado profundamente de carácter y de función.

Su lugar acostumbraba a situarse en las afueras de los distintos ordenamientos jurídicos, delimitando sus fronteras, en una zona crepuscular, dónde ni el derecho interno ni el derecho extranjero se puede dar por sentado. Aunque esta función sigue subsistiendo en algunas partes, en la actualidad el derecho internacional privado puede describirse más acertadamente como la clave hacia el derecho privado de los asuntos interiores globales en un mundo multijurisdiccional.

Este cambio se debe a la creciente permeabilidad de las fronteras nacionales, a la progresiva interconectividad de las sociedades y de las economías, así como a la internacionalización de la vida de las personas.

En este sentido, la perspectiva ya no está anclada exclusivamente dentro de un único ordenamiento jurídico, que topa con sus límites, sino que a menudo parte desde un punto de vista comparativo y extralegal, económico y social.

El punto de partida es la búsqueda de actores privados para la orientación y seguridad jurídica en un entorno multijurisdiccional, para crear un marco de referencia para sus actividades transnacionales crecientes.

La sociedad chilena ha experimentado en carne viva esta realidad.

Como saben, el Derecho internacional privado es, ante todo, derecho chileno, al igual como lo es el derecho laboral, el derecho comercial y el Derecho Civil.

Sus normas generales son exiguas y se encuentran hoy dispersas en distintos Códigos y leyes especiales dictadas durante los últimos 150 años que nos convierten, ciertamente, en uno de los Estados más atrasados en el desarrollo de esta disciplina, frente a la inmensa mayoría de países que han dictado leyes especiales de Derecho internacional privado, tanto en América como en Europa y Asia.

Esto nos obliga a reflexionar y plantearnos algunas interrogantes:

- ¿Es razonable que nuestro país no regule la competencia judicial internacional de los tribunales chilenos cuando se somete a su conocimiento una relación privada internacional?
- ¿Es razonable que un país como el nuestro, abierto al mercado, con múltiples tratados de libre comercio y acuerdos de complementación económica, no regule

de manera clara y específica los contratos internacionales que pueda celebrar en Chile una empresa chilena con una empresa extranjera, resignándose a que normas generales sobre contratos internos se encarguen de ello?

- ¿Es razonable que sigamos anclados en el sistema de la reciprocidad para permitir o rechazar el exequátur de sentencias extranjeras en nuestro país?
- Es razonable que la legislación chilena no contenga normas de cooperación jurídica internacional entre las autoridades chilenas y extranjeras en la administración de justicia en un mundo cada día más interconectado en procesos en que intervienen chilenos y extranjeros?

Cabe preguntarse entonces si las normas bases repartidas en nuestro ordenamiento jurídico son capaces de responder y satisfacer las necesidades de la sociedad chilena en el mundo en que vivimos hoy, cada vez más globalizado y competitivo.

No es casual que estemos hoy precisamente en una Universidad discutiendo esto, o sea, preguntándonos por qué necesitamos una ley de Derecho Internacional Privado y qué materias debiera regular.

Y es que, la universidad, además de centro de cultura, de profesión y de ciencia, debe ser una fuerza social, un poder espiritual vivo que actúe sobre la vida social y la dirija. La universidad no cumple su rol social simplemente transmitiendo cultura; creando profesionales o desarrollando ciencia. Sí, que duda cabe, es mucho de lo que debe hacer, pero no lo es todo.

La universidad debe estar en contacto permanente con la sociedad y ser parte de su realidad histórica y de su presente; debe tener la capacidad constante de convertirse en un actor preponderante que le permita intervenir y dar una opinión sobre los requerimientos de la nación.

La Asociación chilena de derecho internacional privado nace el año 2014 con el apoyo transversal de académicos de distintas universidades, jueces e integrantes de la sociedad civil que compartimos la firme convicción de que podemos cumplir un rol activo y colaborativo con nuestras autoridades en la búsqueda de soluciones que satisfagan los requerimientos de la sociedad chilena.

El año 2017, el Ministerio de Justicia, requirió a la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y a la Universidad de Chile, trabajar precisamente en un texto técnico que, de manera sencilla, regulara las relaciones privadas internacionales en nuestro país.

El trabajo que estamos desarrollando para modernizar la regulación de las relaciones privadas internacionales en Chile, debe enfocarse en presentar las cuestiones esenciales, las informaciones básicas y los principios fundamentales. Nuestra tarea no puede limitarse a una investigación introvertida de las distintas partes del Derecho Internacional Privado, sino que supone necesariamente una reflexión sobre el entorno económico, social, cultural y jurídico, proporcionando de este modo el marco para el correcto funcionamiento y regulación de las relaciones privadas internacionales.

Los invito a que transformemos estas V Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, no es una simple discusión académica, sino que en una instancia de reflexión sobre lo que realmente necesita nuestra sociedad. No sobre lo que ya tienen nuestros vecinos u otros países europeos en la regulación de estas materias, sino sobre aquello que realmente necesita nuestro país, nuestros habitantes y bajo nuestra propia idiosincrasia y tradición jurídica, y muy especialmente en aquel cambio de conciencia que nos encamine a ser una sociedad más justa y tolerante con la diversidad cultural de aquellos extranjeros que se han integrado a nuestra sociedad.

A nombre de ADIPRI quisiera agradecer al Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes por abrirnos las puerta de su casa y ser anfitriona de estas Jornadas; al Sr. Ministro de Justicia, por el decidido apoyo que nos ha brindado en el trabajo conjunto que estamos desarrollando para la elaboración de un anteproyecto de ley de Derecho Internacional Privado; al Secretario General de UNIDROIT, Sr. Ignacio Tirado y al Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado Sr. Eduardo Vécovi, quienes nos honran con su presencia, y a todos los asistentes el día de hoy, con quienes esperamos ciertamente crear un ambiente de reflexión y discusión que nos permita seguir avanzando a paso fuerte en el desarrollo del Derecho internacional privado en Chile.

ESTUDIOS

REFLEXIONES ACERCA DEL RECONOCIMIENTO EN CHILE DE SENTENCIAS ARBITRALES Y ORDINARIAS EXTRANJERAS. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA INTERNACIONAL Y LITIS PENDENCIA INTERNACIONAL. BREVE ANÁLISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

THOUGHTS ON THE RECOGNITION OF FOREIGN ARBITRAL AND ORDINARY JUDGEMENTS IN CHILE. INTERNATIONAL RES IUDICATA AND LITIS PENDENTIA. BRIEF ANALYSIS OF SOME JUDGMENTS OF THE SUPREME COURT

FLORENCIO BERNALES ROMERO¹

RESUMEN

Para que una sentencia extranjera tenga efecto en Chile siempre es necesario que la Excma. Corte Suprema le otorgue reconocimiento, ello incluye la excepción de cosa juzgada internacional. No es procedente en Chile oponer la excepción de litis pendencia internacional. La Corte Suprema es, sin excepción, el único tribunal que puede otorgar reconocimiento en Chile a sentencias extranjeras.

Palabras claves: Sentencias extranjeras, exequatur, cosa juzgada internacional, litis pendencia internacional

ABSTRACT

In order to be enforceable in Chile, a foreign decision has to be always acknowledged by the Chilean Supreme Court, which includes the international res judicata. A defense of international litis pendencia is not admissible under Chilean law. The Chilean Supreme Court is, with no exception, the only court entitled to acknowledge a foreign decision.

Key words: Foreign judgements, exequatur, international res judicata, international litis pendencia

I. Introducción

Es normal que quienes son parte de un juicio tengan interés en que las decisiones adoptadas por los tribunales de un determinado país, en especial aquellas que resultan favorables a sus intereses, en caso de ser necesario, tengan efecto vinculante más allá de sus fronteras; sin embargo, incluso en la época actual, donde las relaciones internacionales alcanzan tan amplia repercusión jurídica, eso no puede ocurrir de manera anárquica en desmedro de principios jurídicos fundamentales del respectivo país en que se pretende hacer efectiva la sentencia.

Sabido es que el Artículo 242 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C) dispone que “*Las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les*

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Socio de la firma Cariola Diez Pérez-Cotapos & Cia. Ltda.

concedan los tratados respectivos; y para su ejecución se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados”

Desde ya hacemos notar que el artículo 242 del C.P.C, así como los siguientes artículos del mismo Código, se refieren a la “fuerza” de la resolución extranjera en Chile. Veremos la importancia de esto último.

En este trabajo se analiza la situación de la “excepción de cosa juzgada internacional” y “la excepción de *litis pendentia* internacional”, concluyendo que respecto de la primera es indispensable la previa obtención del reconocimiento de la Corte Suprema en el marco de un exequatur; en tanto que, en el caso de la segunda, ella es improcedente. Finalmente, se analizan brevemente tres fallos de la Corte Suprema en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras.

II. ¿Qué entendemos por reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera y, en especial, qué categorías o tipos de ellas están llamadas a ejecutarse?

En esta materia es preciso diferenciar dos conceptos, a saber: *reconocimiento* y *ejecución*, de la sentencia extranjera, por más que algunos intenten confundirlos.

Veremos que para que toda sentencia extranjera tenga efecto o fuerza en Chile es necesario que, previamente, la Corte Suprema le otorgue reconocimiento en el marco de un exequatur.

Antes de su reconocimiento, la sentencia extranjera es sólo un hecho; sólo una vez reconocida adquiere connotación jurídica.

Sin embargo, algunos han pretendido que ciertas sentencias extranjeras puedan tener efecto jurisdiccional directo en Chile, sin necesidad de someterlas previamente al trámite de exequatur previsto en el C.P.C.

El exequátur no sólo tiene por objeto obtener la ejecución compulsiva de una sentencia, sino que algo aún más profundo, cual es determinar si la sentencia puede o no producir efectos en Chile. Esto es otorgarle reconocimiento formal para que tenga fuerza en Chile.

No hay duda que, en cualquier caso, aquí se incluye la ejecución compulsiva de aquellas sentencias denominadas “de condena”, particularmente las que exigen el auxilio de la fuerza pública; eso es lo que aquí podríamos denominar “Ejecución Directa” o “Ejecución Propiamente Tal”. Entonces, evidentemente las sentencias definitivas de condena extranjeras requieren de reconocimiento por parte de la Corte Suprema para, a continuación, hacerlas valer en Chile.

Sin embargo, a mi entender las denominadas sentencias constitutivas y declarativas, conllevan también la necesidad de obtener un previo reconocimiento en Chile a través de un exequátur otorgado por la Corte Suprema a fin de que puedan producir efectos en Chile; en otras palabras tener “fuerza”. Más aún, en muchos casos podemos hablar de una suerte de “Ejecución Impropia”.

Pero, a continuación, surgen más preguntas, tales como:

¿Tan sólo debemos apuntar a la naturaleza de la sentencia que se trata de cumplir, como único elemento, para resolver cuándo es necesario o no un exequátur?

O, dado que lo buscado es que la sentencia tenga efecto o fuerza en Chile, tal como si la hubieran dictado nuestros tribunales ¿debemos detenernos en considerar en qué consisten esos efectos o cuál es la fuerza de la sentencia?, como también ¿cuál es la magnitud, alcance y gravedad de tales efectos?

Entonces surge otra pregunta: ¿Hay sentencias extranjeras que pueden tener efecto jurisdiccional directo en Chile, sin necesidad de exequátur, o más bien sin necesidad de obtener reconocimiento previo por parte de la Corte Suprema?

III. Situaciones concretas en que se ha intentado prescindir del trámite de exequátur

Nos detendremos particularmente en dos casos: (A) Excepción de cosa juzgada internacional; y (B) Excepción de *Litis Pendencia* Internacional

A. Quien alega excepción de cosa juzgada basada en una sentencia dictada en el extranjero, debe previamente obtener exequátur

Hay quienes sostienen que el exequátur se exige tan sólo cuando se pretende hacer valer la acción de cosa juzgada y no la excepción de cosa juzgada. Quienes adscriben a esta tesis sostienen que indiscutiblemente mediante la acción de cosa juzgada se busca la ejecución de la sentencia, pudiendo llegar incluso a requerir el auxilio de la fuerza pública. Afirman que eso no ocurre en el caso de la excepción de cosa juzgada y, en razón de aquello, pretenden prescindir del exequátur en este último caso.

Categorícamente discrepamos de esa posición. Sostenemos que, para obtener en Chile los efectos propios de la cosa juzgada (“fuerza de cosa juzgada”), tanto como acción como excepción, emanada de sentencia extranjera, se requiere de exequátur otorgado por la Corte Suprema.

No visualizamos razón alguna para establecer exigencias diferentes entre el tratamiento que se brinda a la acción y la excepción de cosa juzgada. A nuestro entender, todos los efectos propios de la cosa juzgada, tanto como acción como excepción, emanada de una sentencia extranjera requieren del exequatur otorgado por la Corte Suprema.

El exequatur no solo tiene por objeto obtener la ejecución compulsiva de una sentencia, sino que algo aún más profundo, cual es determinar si la sentencia puede o no producir efectos en Chile, en otras palabras, y como dijimos: reconocerle fuerza en Chile, en razón de que la Corte Suprema estima que ella reúne todos los requisitos exigidos por la ley chilena para que sea así.

Entonces, con independencia de la naturaleza de la sentencia extranjera, sea de condena, constitutiva o declarativa, es imperativo que consideremos que quien opone la excepción de cosa juzgada, precisamente, busca que la sentencia extranjera

tenga efecto en Chile, concretamente de enervar la acción del demandante, que ella “muera”; en síntesis, que no prospere.

Sin duda que se trata de efectos fuertes y muy potentes que, por ejemplo, en el plano patrimonial pueden llegar a destruir toda la pretensión del demandante, con las graves consecuencias que en cada caso ello conlleva.

Limitarse entonces a revisar únicamente si la sentencia es de condena, constitutiva o meramente declarativa importa, entonces, un análisis reduccionista y en extremo limitado del verdadero alcance y dimensión de la excepción de cosa juzgada, que, por lo demás, sabemos es la verdadera expresión de la *res judicata*.

Cuando se entiende la verdadera dimensión y alcance de los efectos de la excepción de cosa juzgada se entiende necesariamente también que, de prosperar, ella implicará, sin duda alguna, severos y definitivos efectos para la parte contra quien se opone.

El Artículo 242 del C.P.C contempla, sin distinciones, el proceso de exequátur para toda sentencia extranjera firme cuya eficacia se pretenda hacer valer en Chile, lo que se extiende tanto a la acción como a la excepción de cosa juzgada. “*Donde el legislador no distingue, no es lícito al intérprete distinguir*”.

Asimismo, el artículo 431 del Código de Derecho Internacional Privado conocido como Código de Bustamante (C.B) dispone que: “*las sentencias firmes dictadas por un Estado contratante que por sus pronunciamientos no sean ejecutables, producirán en los demás los efectos de cosa juzgada si reúnen las condiciones que a ese fin determina este Código, salvo las relativas a su ejecución*”. Norma que, en el mejor de los casos, nos reconduce a los artículos 242 y siguientes del C.P.C, puesto que en caso alguno es posible desprender que a partir de ella podamos prescindir del trámite del exequátur.

Por lo demás, el trámite del exequátur es la única oportunidad en que podrá analizarse si esa sentencia extranjera atenta o no contra el orden público nacional, además de comprobarse si ella reúne todos los requisitos que la ley exige para atribuirle efectos en Chile.

Pero aún hay más, la necesidad de que la sentencia sea reconocida no emana tan sólo de que se le pretenda otorgar efecto en Chile, sino que, además, es posible afirmar que quien opone la excepción de cosa juzgada, en cierta forma está buscando también la ejecución de la sentencia que invoca.

En tal caso, se trata de una ejecución que difiere del concepto tradicional de ejecución compulsiva, claramente no está requiriendo el auxilio de la fuerza pública, pero necesariamente está solicitando que el tribunal chileno la aplique, en otras palabras que la ejecute en todo su alcance y contenido llegando incluso a destruir la demanda deducida en Chile, inhibiendo la intervención de los tribunales nacionales.

B. No es posible acoger en Chile una excepción de litis pendencia internacional o transfronteriza

Yendo incluso un paso más allá que la excepción de cosa juzgada, se ha planteado discusión en orden a si es posible oponer, en un juicio seguido ante tribunales

chilenos, la excepción de *litis pendencia* sobre la base de invocar la existencia de otro litigio distinto en actual desarrollo en un país extranjero.

La situación fáctica es la siguiente:

1. Juicio que se desarrolla en Chile.
2. Demandado opone excepción dilatoria de *litis pendencia* directamente en un tribunal de primera instancia en Chile.
3. Demandado señala que en un país extranjero se tramita actualmente otro juicio idéntico entre las mismas partes.
4. Demandado afirma que el tribunal chileno debe acoger la excepción y abstenerse de seguir conociendo del asunto sometido a su decisión.
5. Demandado sostiene que, como no se trata de reconocer un fallo, se prescindiría de la intervención de la Corte Suprema.

Ciertamente, para efectuar el presente análisis estamos asumiendo como un hecho dado que entre ambos procesos existe una identidad tal que justifica invocar y, en definitiva, acoger la excepción de *litis pendencia* alegada, circunstancia que, sin duda, se discutirá arduamente en cada caso en particular por las partes litigantes y que no es materia de este análisis.

Claramente no estamos frente a un dilema consistente en reconocer o no reconocer una sentencia extranjera, precisamente porque ni siquiera existe sentencia debido a que el litigio foráneo aún está en desarrollo. El conflicto se presenta antes: ¿qué efecto tiene en Chile un proceso que actualmente se está desarrollando ante tribunales extranjeros?

Los partidarios de la *litis pendencia* internacional afirman que el juez chileno debería acogerla dejando de conocer del litigio sometido a su actual conocimiento, abdicando su jurisdicción en favor de un tribunal extranjero, por el sólo hecho de existir otro juicio en el extranjero.

Nuestra regulación procesal civil no contiene norma alguna referente a la *litis pendencia* internacional. Entonces, no existiendo norma del derecho local, corresponde revisar la única norma de derecho internacional existente en la materia que se consigna en el C.B cuyo artículo 394 dispone que: “*La litis pendencia por pleito en otro de los Estados contratantes, podrá alegarse en materia civil cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada*”.

Frente a la norma recién transcrita, lo primero es señalar que ella tan sólo podría ser invocada si ambos litigios, que sirven de base para la excepción de *litis pendencia*, se siguen en países que hayan ratificado, sin reservas, el mencionado Código. Precisamente, dicha norma no aplica en Chile en razón de la reserva con que se ratificó el C.B puesto que la *litis pendencia* internacional pugna con nuestro derecho interno, incluso con normas de orden público.

De esta manera, es importante detenerse en los siguientes aspectos:

1. Artículo 242 del C.P.C es una norma de orden público y sólo permite reconocimiento en Chile, por medio de un procedimiento de exequátur, seguido ante la Corte Suprema, de sentencias firmes extranjeras, ni siquiera de resoluciones que aún no se encuentran firmes, menos aún de procesos en actual curso.
2. Aceptar la procedencia de la excepción de litis pendencia internacional importaría admitir que tengan efecto en Chile una serie de resoluciones extranjeras de muy inferior categoría procesal a una sentencia definitiva, y que se han sido dictadas tan sólo con el propósito de permitir la tramitación o sustanciación de ese litigio extranjero.
3. Entonces, llegaríamos al absurdo de que un juez nacional de primera instancia tendría incluso más facultades que la propia Corte Suprema, ya que ésta sólo podría otorgar fuerza en Chile a sentencias que tienen categoría de definitivas. En cambio el juez sí podría hacerlo respecto de litigios extranjeros pendientes, en los cuales ni siquiera ha recaído sentencia.
4. Podría darse el absurdo y contradictorio evento en que, después de acogida la excepción de litis pendencia internacional por el juez chileno de primera instancia, se falle el juicio seguido en el extranjero y en razón ello el vencedor solicite el exequátur ante la Corte Suprema, la que incluso podría denegarlo.
5. La excepción de litis pendencia internacional se traduce en la abdicación anticipada de la jurisdicción nacional en favor de tribunales extranjeros y en el incumplimiento de obligaciones que la Constitución impone al Poder Judicial: particularmente Principio de Inexcusabilidad; Debido Proceso; y acceso a una Tutela Jurisdiccional Efectiva.
6. Frente a lo anterior, es importante recordar que el Tribunal Constitucional ha definido la jurisdicción como *“el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la república y en cuya solución les corresponde intervenir”* (Colombo Campbell Juan “La Jurisdicción en el Derecho Chileno. Ed. Jurídica de Chile, 1991, Pág.41).
7. Mal podría tener efecto en nuestro país la mera existencia de un proceso foráneo en actual curso, el cual se encuentra en una etapa prematura, donde aún ni siquiera ha recaído sentencia definitiva ¿En base a qué antecedentes concretos podría un juez chileno aceptar una excepción de litis pendencia internacional?
8. Podría ocurrir también que el juicio seguido en el extranjero nunca llegue a término por diferentes razones como podría ser, por ejemplo, un desistimiento. ¿En qué estado quedan las acciones que se habían iniciado en Chile?, ¿nunca podrían reanudarse?

Conclusión: Nos parece que para hacer valer la acción como la excepción de cosa juzgada, en base a una sentencia definitiva extranjera, es indispensable que la Corte Suprema le otorgue su reconocimiento en el marco de un procedimiento de

exequatur. Asimismo, somos de opinión que es improcedente que un juez nacional acepte la excepción de litis pendencia internacional, tanto por oponerse al orden público nacional, como por numerosas razones tanto jurídicas como de índole práctico.

IV. Análisis de tres sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en materia de exequatur

A continuación, analizaremos tres sentencias que nos han parecido relevantes en materia.

A) Sentencia Rol 7854-2013, en el cual la Corte Suprema accede al exequátur

Breve descripción del caso: Solicitud de exequátur presentada para que se declare que puede cumplirse en Chile un laudo arbitral pronunciado en la ciudad de la Haya, Holanda. La Corte Suprema rechaza incidente de previo y especial pronunciamiento promovido por la requerida, quien sostuvo que la Corte Suprema era incompetente para pronunciarse sobre la solicitud de exequátur.

Fundamento de la incompetencia alegada:

1. La requerida se fundó en el artículo 35 de ley 19.971 Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (L.A.C.I) y sostuvo que: “[...] el fundamento de esta petición es, en esencia, que la L.A.C.I derogó el trámite previo de exequátur para cumplimiento en Chile de sentencias dictadas en arbitrajes comerciales internacionales, cuyo es el caso de autos”.
2. Afirma que dicha disposición prevalece puesto que constituye una regla especial y posterior a la Convención de Nueva York.
3. Invoca también artículo 3° de la L.A.C.I en cuanto señala que *“Cada uno de los estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada [...]”, a partir de ello afirma que “por lo mismo, el cumplimiento del Laudo debe ser promovido ante un Tribunal a quo”* que sería el encargado de revisar las causales prevista en el artículo 36 de la misma ley.
4. Agrega que, *“desde la L.A.C.I en adelante, una sentencia dictada en arbitraje comercial internacional ha pasado a ser considerada como una sentencia civil pronunciada en Chile para los efectos de su cumplimiento.”* Sostiene que el objetivo de la L.A.C.I es otorgar el mismo trato a las sentencias dictadas por árbitros en el extranjero y las dictadas en Chile.

Incidencia rechazada por la Corte Suprema. Fundamento del rechazo:

1. Del artículo 35 de la L.A.C.I no se desprende que el trámite de exequátur *“que corresponde otorgar a este máximo tribunal”* haya sido eliminado.
2. Más aún si se tiene en cuenta que el artículo 1° de la L.A.C.I señala que ella se aplica *“sin perjuicio de cualquier tratado vigente en Chile”*, en circunstancias que la Convención de Nueva York estatuye que el reconocimiento y ejecución de las

sentencias arbitrales se hará de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde aquella sea invocada.

3. A partir de lo anterior, la Corte Suprema resuelve que ella es el único tribunal competente para decidir si otorgar o no autorización a la sentencia extranjera invocada-

B) Sentencia Rol 5468-2009 en el cual Corte Suprema denegó el exequatur

Rechaza exequátur solicitado por Western Technology Services International para reconocimiento en Chile de un laudo decretado por un panel arbitral constituido bajo las reglas de la American Arbitration Association (AAA), que dispuso una medida cautelar de abstención de competir en contra de Cauchos Industriales S.A (CAINSA).

Fundamento del rechazo:

La Corte Suprema no acepta la solicitud de exequátur porque la resolución que concede una medida cautelar no se trata de una sentencia definitiva ni concede derechos permanentes para las partes, los siguientes párrafos de la sentencia deben ser destacados:

“Que conforme [...] el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil “Es sentencia definitiva lo que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”.

“Al efecto, [...] la resolución de cuyo cumplimiento se trata, no constituye, decisión o fallo que resuelva la cuestión principal de la que conoce el tribunal arbitral que la dictó.”

Agrega que “Sin embargo, como también podría sostenerse que se trata de una sentencia interlocutoria de aquéllas que fallan un incidente del juicio, sea estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, sea que resuelva sobre algún trámite que deba servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria, resulta pertinente, examinar el contexto jurisdiccional en que fue emitido.”

[...]

“De lo analizado aparece evidente que la materia del exequátur no es una sentencia interlocutoria que establezca derechos permanentes, desde que el propio tribunal que la dictó, le dio el carácter de preliminar y porque en definitiva, las medidas precautorias son esencialmente provisionales”

A partir de esta última afirmación, queda flotando la siguiente pregunta no contestada: ¿Significa este Considerando que la Corte Suprema estaba dispuesta a otorgar reconocimiento a una sentencia interlocutoria en la medida que estableciera derechos permanentes para las partes?

C) Sentencia Rol 2349-2005 en el cual la Corte Suprema accedió al exequátur

Fallo que acoge una solicitud de exequátur respecto de una sentencia condenatoria de pago de una suma de dinero pronunciada en los Estados Unidos a América (E.E.U.U). Este fallo es interesante por cuanto la Corte Suprema resuelve y rechaza

diferentes alegaciones de la parte requerida planteadas como fundamento de su oposición, de ellas destacamos las siguientes:

1. La Corte Suprema establece que no existiendo tratado entre Chile y E.E.U.U, no es posible aplicar el sistema de reciprocidad convencional. En cuanto a la reciprocidad legal, no cabe afirmar, como se hizo en la oposición al exequátur, que en E.E.U.U se deniega sistemáticamente fuerza obligatoria a fallos emanados de tribunales chilenos, por el contrario, la Corte Suprema deja constancia que es público y notorio que incluso resoluciones dictadas por tribunales chilenos en materia penal son ejecutadas en los E.E.U.U. Agrega la sentencia que el requisito de reciprocidad debe ser entendido en términos amplios, como asimismo tampoco basta con alegar la ausencia o falta de ella, por el contrario es indispensable acreditarla recayendo el peso o carga de hacerlo sobre quien la alega.
2. La requerida alegó que la sentencia cuya ejecución se pide carece de consideraciones de hecho y derecho, lo que infringe a los artículos 169 y 170 del C.P.C, referentes a la obligación de los jueces de fundar apropiadamente sus fallos y artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, lo cual relaciona con el Debido Proceso. La Corte Suprema descarta este alegato puesto que la forma de las sentencias se rige por las normas del país en que se pronuncia el fallo objeto del exequatur, *“sin que corresponda a esta Corte emitir un juicio de valor en este sentido o revisar las consideraciones o decisiones teniendo presente las leyes de procedimiento de nuestro ordenamiento jurídico.”* Es evidente que si la Corte Suprema realizara una revisión de la estructura y forma de las sentencias sometidas a exequátur, lo más probable es que ninguna de ellas se ajuste estrictamente a las exigencias del artículo 170 del C.P.C, aceptar este tipo de alegaciones implicaría instalar una barrera insalvable para el reconocimiento de sentencias extranjeras.
3. Alegó también la requerida que la sentencia no estaba ejecutoriada en los E.E.U.U. Esta alegación también fue desechada por la Corte Suprema señalando que *“la constatación que una sentencia se encuentra ejecutoriada [...] resulta pertinente entenderla con cierta latitud, en el sentido que se ejercieron los recursos legales o que ya no es posible ejercer nuevas impugnaciones, sin que sea preciso e indispensable que se acredite conforme a los términos del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.”* La Corte Suprema tuvo por acreditada la ejecutoriedad en base a una certificación emitida por el Secretario del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Además está agregar que el artículo 245 N° 4 del C.P.C exige que las resoluciones se encuentren ejecutoriadas *“[...] en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas [...]”*.
4. La oposición de la requerida también sostuvo que ante el Estado requirente, durante la sustanciación del juicio, se habría infringido la garantía del debido proceso, afirmando que su parte estuvo impedida de defenderse, tanto así que la propia sentencia señala que ella fue dictada en rebeldía. Esta alegación fue también rechazada por la Corte Suprema que al resolver dejó constancia que la propia requerida reconocía que ella fue debidamente notificada y compareció ante la justicia norteamericana efectuando distintas actuaciones. Así la Corte

Suprema señala que *“lo anterior es distinto del hecho que el pronunciamiento y fundamentos expresados por las autoridades judiciales estadounidenses, al rechazar las pretensiones y medios de impugnación de la demandada, no sean compartidos o aceptados por ésta, circunstancia que no configura la defensa sostenida ante esta Corte.”* Finalmente, la Corte Suprema constata que en el juicio seguido en E.E.U.U la requerida dejó intencionalmente pasar tres meses sin actuar lo que llevó a que la demandante solicitara la dictación de sentencia en su *“rebeldía”*, expresión cuyo empleo obedeció a un tecnicismo jurídico derivado de la situación procesal, pero que no equivale a indefensión. De hecho, la Corte Suprema expresamente sostiene que las alegaciones de la requerida contradicen sus actos propios ya que por un lado alega indefensión y por otro es claro que se defendió ante los tribunales norteamericanos y contaba con asesoría permanente de abogados norteamericanos.

5. Asimismo, la requerida alegó que su contraparte en el juicio seguido en los E.E.U.U habría realizado un conjunto de acciones culpables en determinadas negociaciones destinadas a pagar un crédito, acciones que, bajo derecho norteamericano, se denominarían *“interferencias tortuosas”*. Frente a esta alegación la Corte Suprema tuvo la oportunidad de delimitar el ámbito de su propia competencia dentro del marco de una solicitud de exequátur estableciendo que esa alegación queda fuera del análisis que le corresponde efectuar, toda vez que se trata de alegaciones de fondo.
6. Sin embargo, el precedente razonamiento es, en cierta forma, contradictorio con otro párrafo de la misma sentencia de la Corte Suprema, donde, a nuestro entender, se pronuncia sobre un tema de fondo desechando una alegación de novación. La situación es la siguiente: a propósito de que la requerida intentó fundar su oposición alegando que la suscripción de ciertos pagarés produjo novación de las obligaciones emanadas de los contratos materia de la sentencia, la Corte Suprema señaló: *“todo lo anterior, para efectos de resolver la presente acción de exequatur lleva a desechar la posible novación que ha esgrimido la defensa”*. Es decir, al desechar una alegación de novación, la Corte Suprema opta, decididamente, por ir más allá de lo que ella misma entiende constituye el marco de un procedimiento de esta naturaleza.
7. La requerida sostuvo que la sentencia cuyo exequatur se solicita infringe el orden público chileno, ya que, si bien en los respectivos contratos y pagarés aceptó someterse a la ley del Estado de Nueva York, sus efectos deben regirse por la ley chilena, ya que se afectan bienes situados en Chile. La Corte Suprema, rechaza esta alegación y señala que *“las distintas garantías constituidas por las partes, [...] son cauciones personales, pues no afectan bienes específicos [...]”*, agregando que *“por tales circunstancias los bienes no han quedado directamente vinculados a la legislación extranjera, por lo que no se contraría la regla del inciso primero del artículo 16 del Código Civil”*. Señala la Corte Suprema que *“la sujeción a las leyes patrias de los bienes situados en Chile, está relacionada con la vinculación directa por determinadas cargas u obligaciones, pero no por vía consecencial o de efectos ante el incumplimiento”*

de las obligaciones, por aplicación del derecho de garantía general de los acreedores, como tampoco por las garantías o cauciones personales [...]”. Además, la Corte Suprema señala que “sin perjuicio de lo anterior el legislador no priva de validez a toda cláusula contractual que disponga lo contrario, sino que directamente fija el criterio imperativo, de que los bienes ‘sin perjuicio de lo que acuerden las partes’, quedan sujetos a la ley chilena [...]”. Agrega la Corte Suprema que el artículo 16 del C.C debe ser entendido en coherencia con el artículo 311 (en realidad debió en realidad decir 113) del Código de Comercio que, si bien dispone que los contratos celebrados en el extranjero que deban ser cumplidos en Chile, se sujetarán a la ley chilena, ello no aparece contradicho por la sentencia cuyo exequátur se pretende ya que precisamente ella ordena el pago de una deuda, lo que en Chile no es otra cosa que la ejecución forzada de una obligación.

PROPUESTAS PARA UNA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENA: PACTOS DE ELECCIÓN DE FORO

PROPOSALS FOR A CHILEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW BILL: FORUM SELECTION CLAUSES

RAÚL F. CAMPUSANO DROGUETT¹

RESUMEN

Los pactos de elección de foro son un elemento fundamental en las relaciones jurídicas internacionales. Debido a ello, los Estados deben propender a generar una regulación que proteja la autonomía de la voluntad manifestada en dichos pactos.

El presente artículo plantea una serie de alternativas relativas a los pactos de elección de foro en el marco de una propuesta para una ley de derecho internacional privado chilena.

Para ello, se centra especialmente en el contenido e influencia de la Convención de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, la cual es defendida como una de las mejores vías posibles para ser implementada en Chile.

Palabras clave: Pactos de elección de foro, Convención de La Haya, competencia internacional, ley de derecho internacional privado

ABSTRACT

Forum selection clauses are a fundamental element within international legal relations. Because of that, every State should tend to generate regulation that protects party autonomy, as manifested in such clauses.

This article suggests a series of alternatives regarding forum selection clauses in the context of a proposal for a Chilean private international law bill.

In order to achieve such objective, the article concentrates on the content and influence of The Hague Convention on Forum Selection Clauses of the 30th of June 2005, which is considered as one of the best possible ways of implementing an appropriate regulation in Chile.

Keywords: Forum selection clauses, The Hague Convention, international competence, private international law bill

Quiero partir agradeciendo la invitación a participar en estas V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado 2018: Propuestas para una Ley de Derecho Internacional Privado chilena a los profesores Eduardo Picand de la Universidad de Chile y a la profesora María Ignacia Vial, de la Universidad Los Andes.²

1 Profesor Titular Universidad del Desarrollo, Abogado Universidad de Chile, Master en Derecho, Universidad de Leiden, Holanda, Master of Arts, Universidad de Notre Dame, USA, rcampusano@udd.cl.

2 NOTA: este texto corresponde a apuntes informales de apoyo a la presentación oral realizada en las Jornada de Derecho Internacional Privado, en la Universidad Los Andes, el año 2018 y no pueden ser entendidas como un artículo académico o similar, ni en el fondo ni en la forma. Son solo algunas ideas de apoyo a la presentación oral señalada.

Quiero recordar también que hace unos pocos años estuvimos presentando un número de la Revista de derecho internacional privado en la Universidad del Desarrollo, y también que hace poco estuve en esta querida y cercana universidad de Los Andes, debatiendo sobre el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso con Bolivia.

En los próximos minutos quisiera compartir algunas ideas preliminares sobre los pactos de elección de foro y las formas en que esta institución del derecho internacional privado podría incorporarse al derecho chileno y en especial a la posibilidad de formar parte de una futura ley de derecho internacional privado chilena.

Como señala la profesora Marina Vargas, “las cláusulas de elección de foro adquieren en el contrato internacional una relevancia de primer orden, siendo el régimen jurídico de su protección (en evitación de futuras impugnaciones) un reto normativo que ha preocupado extensamente a la doctrina internacional privatista.”

Como dice el profesor Pablo Cornejo: “En el actual contexto de desarrollo de la contratación internacional, el reconocimiento de los acuerdos sobre elección de foro constituye una condición indispensable que debe satisfacer todo ordenamiento de cualquier país que quiera beneficiarse del comercio internacional, desde el momento que solo por su intermedio las partes pueden asegurar cuestiones tan importantes en el contexto de su relación, como son el acceso a una jurisdicción neutra o especializada para conocer de su controversia o reducir las contingencias que genera su determinación por parte de cada tribunal nacional, a través de su propia *lex fori*.”

El Convenio de La Haya del año 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro tiene como objetivo asegurar la eficacia de los acuerdos de elección de foro (también conocidos como “cláusulas de elección de foro” o “cláusulas de competencia”) entre las partes en operaciones comerciales internacionales.³

“Con el objetivo de acotar los riesgos, las partes suelen acordar previamente el modo en el que resolverán los conflictos que pudieran surgir de la relación jurídica entre ellas. En algunos casos, las partes recurren al arbitraje para solucionar el conflicto. En otros casos, designan a un tribunal que será el que conozca de su litigio. Mientras que los acuerdos de arbitraje en causas internacionales son reconocidos casi universalmente según las normas establecidas por la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, los acuerdos de elección de foro no siempre son respetados por los diferentes ordenamientos nacionales, en particular cuando se inicia un proceso ante un tribunal distinto al que las partes designaron de mutuo acuerdo.”⁴

El Convenio sobre Elección de Foro pretende remediar esta situación y, de esta forma, proveer mayor seguridad jurídica en las operaciones transnacionales y establecer un clima más favorable para el comercio y las inversiones internacionales.

3 Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Reseña sobre el Convenio.

4 Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Reseña sobre el Convenio.

Como indica el Memorando Explicativo de la Comisión Europea del 30 de enero de 2014, el Convenio de La Haya está “diseñado para ofrecer mayor certidumbre legal y predictibilidad para las partes involucradas en acuerdos de negocios y litigio internacional al crear un mecanismo opcional mundial para la resolución de disputas internacionales alternativo al sistema de arbitraje actual”.

José Antonio Vásquez y Antonio Gonzalez, “para fortalecer la elección jurisdiccional el convenio fija tres requisitos para los Estados signatarios:

1. Los tribunales de un Estado signatario especificado en el contrato deberán conocer del caso cuando el juicio se promueva ante ellos. Los jueces de los Estados signatarios no podrán declararse incompetentes sobre la base de *forum non conveniens* si esa declaración contradice el acuerdo de las partes.
2. Los tribunales en otros Estados signatarios deberán rehusarse a atender un caso si no han sido seleccionados en un acuerdo de elección de foro válido.
3. La decisión del tribunal seleccionado será reconocida y ejecutada por los tribunales de otros Estados que hayan firmado y ratificado el convenio.

Así también, indican que “el Convenio de La Haya pretende adoptar una presunción interpretativa hacia la exclusividad de una elección de foro específica. En particular, considera exclusivos todos los acuerdos de elección de foro salvo que se declare expresamente como no exclusivo por las partes. Así como la Convención de Nueva York, el Convenio de La Haya tiene como objetivo crear un conjunto de reglas armónicas para gobernar elecciones de foro transfronterizas y la ejecución extraterritorial de sentencias.”

En relación con el ámbito de aplicación del Convenio, debe recordarse que se aplica a los acuerdos de elección de foro “que se celebren en materia civil y comercial” (art. 1). Quedan excluidos del ámbito de aplicación del Convenio los contratos en los que una parte sea un consumidor, los contratos de trabajo y ciertas materias específicas (art. 2). En la mayoría de los casos, estas exclusiones se deben a la existencia de otros instrumentos específicos que establecen una competencia exclusiva en algunas de estas materias, ya sean instrumentos internacionales, nacionales o regionales, o normas internacionales.

El Convenio se aplica a los acuerdos “exclusivos” de elección de foro (art. 1). Un acuerdo que designe uno o más tribunales específicos en un Estado contratante se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario (art. 3). Además, un Estado contratante podrá declarar que reconocerá y ejecutará las resoluciones dictadas por tribunales designados en un acuerdo no exclusivo de elección de foro (art. 22).⁵

En este contexto, cuál debiera ser el modelo a seguir para la ley chilena? Por cierto, el Convenio de La Haya. Sin embargo, hay opciones que debieran considerarse al

⁵ Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Reseña sobre el Convenio.

momento de legislar sobre esta materia. Básicamente, se debiera optar entre las siguientes alternativas:

1. Legislación vigente. No innovar y construir el sistema sobre la base de la legislación actualmente vigente en Chile, apoyada por la jurisprudencia y la práctica.
2. Convenio de La Haya. Incorporar el Convenio de La Haya en nuestro ordenamiento jurídico.
3. Nueva Ley especial o general. Legislar autónomamente y así crear una ley que establezca, reconozca y regule los pactos de elección de foro.

Cada una de estas alternativas tiene luces y sombras.

1. Legislación vigente.

Existe en Chile un número de cuerpos legales que, en su conjunto, pueden levantarse para construir una plataforma de reconocimiento de los pactos de elección de foro, ya superado el debate sobre su validez. En primer lugar, el Decreto Ley de 1978 que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público. También la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. También las convenciones sobre arbitraje internacional. Y también casos de jurisprudencia, como el caso Inverraz. Sin embargo, esta es una plataforma que se construye más con el entusiasmo que con normas jurídicas sólidas.

2. Convenio de La Haya.

La opción de incorporar al ordenamiento jurídico de Chile el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005 pareciera ser, prima facie, la opción adecuada y óptima. En efecto, se trata de un acuerdo dirigido precisamente a establecer, consagrar y regular los acuerdos de elección de foro. Es un acuerdo moderno, razonable, ponderado, dirigido a facilitar las relaciones económicas internacionales y apunta en la dirección de los intereses de Chile. Incorporar el Convenio de La Haya resolvería el problema de vacío e insuficiencia de la legislación nacional en esta materia y pondría a Chile en sintonía con las tendencias más modernas y adecuadas. Sin embargo, hay que tener presente que la incorporación del país a este sistema presenta también algunas incertidumbres. Por ejemplo, hay que observar que solo México, Singapur y la Unión Europea han adoptado el Convenio. Cabe recordar el artículo 3 del Convenio, que señala que “A los efectos del presente Convenio: a) “acuerdo exclusivo de elección de foro” significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que cumple con los requisitos establecidos por el apartado c) y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal.”⁶ Así, los acuerdos de elección de foro son reconocidos en el evento que se entrega jurisdicción a los tribunales de un estado parte, excluyendo la jurisdicción de todo otro tribunal. En la medida que las ratificaciones no prosperen,

6 El apartado c) dispone que un acuerdo exclusivo de elección de foro debe ser celebrado o documentado: i) por escrito; o ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta.

el alcance del Acuerdo quedara severamente limitado a las jurisdicciones señaladas, perdiendo así parte central del sentido y finalidad de la institución de elección de foro.

3. *Nueva Ley. Especial o General.*

La tercera opción es la dictación de una ley en Chile que consagre y regule los pactos de elección de foro. Esta alternativa puede, a su vez, revertir dos formas: una ley especial que se refiera a los pactos de elección de foro o una ley general de derecho internacional privado que comprenda una sección o artículos determinados sobre pactos de elección de foro. La especialidad o generalidad también puede abordarse desde lo sustantivo, esto es, determinar aquellas materias en las que es posible elegir foro y aquellas materias en las que no lo es. El profesor Pablo Cornejo indica que “Una solución unilateral favorable a la validez de estos acuerdos se contempla, por ejemplo, por la LDIP suiza, que en su artículo 5 reconoce los acuerdos de elección de foro en el ámbito de las materias patrimoniales, sin exigir una especial vinculación entre el foro designado y el conflicto que está llamado a resolver, operando solamente una limitación cuando la elección de foro lleve a privar de una manera abusiva a una de las partes de la protección que le asegura un foro previsto por el derecho suizo; y ha sido seguida recientemente en nuestro entorno por el artículo 2605 de la reciente codificación civil y comercial argentina.”

En síntesis, el Convenio de La Haya sobre Elección de Foro muestra el camino a seguir a través de sus instituciones. La forma específica en que proceda Chile es precisamente tarea de todos aquellos que están pensando y trabajando en la futura ley de derecho internacional privado chilena. Muchas gracias.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL ¿CÓMO MODERNIZAR LA NORMATIVA CHILENA?

*INTERNATIONAL JUDICIAL COMPETENCE.
HOW TO MODERNIZE CHILEAN REGULATION?*

PABLO A. CORNEJO AGUILERA¹

RESUMEN

No cabe duda de la relevancia de la determinación del tribunal competente en el ámbito internacional. Sin embargo, la normativa chilena ha demostrado estar rezagada en la materia.

*Lo anterior guarda particular relevancia para la litigación en el contexto internacional, en la cual fenómenos como el *forum shopping* dan cuenta de la consideración que tienen los litigantes al momento de elegir el tribunal competente para el conocimiento de sus controversias.*

Este artículo analiza cómo la Comisión para la elaboración de una Ley de Derecho Internacional Privado en Chile, tomando en cuenta la autonomía de las partes en cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional, ha propuesto una serie de reformas que apuntan a la modernización del derecho chileno en este punto, adentrándose en dichas propuestas.

*Palabras clave: Competencia judicial internacional, pactos de elección de foro, arbitraje, *forum shopping**

ABSTRACT

There is no doubt on the relevance of the determination of the competent tribunal within international relations. However, Chilean regulation has demonstrated to be lagging on this matter.

*This becomes important for international litigation, where phenomena like *forum shopping* demonstrate the relevance that litigators give to the election of the competent tribunal in order to resolve their disputes.*

This article analyzes the way the Commission for the elaboration of a Chilean international private law bill, in consideration of party autonomy regarding the determination of international judicial competence, has proposed a series of reforms that aim to modernize Chilean law in this subject, delving into these proposals.

*Keywords: International judicial competence, forum selection clauses, arbitration, *forum shopping**

En el contexto de los trabajos desarrollados por la Comisión de Técnica conformada en el seno de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado para la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (la “Comisión”), uno de los temas que debió necesariamente ser abordado fue la

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Adolfo Ibáñez. Máster en Derecho Comparado e Internacional en la Universidad de Lausanne, Suiza. Miembro Adipri.

definición de las reglas en materia de competencia judicial internacional. No es necesario tener una amplia práctica en litigios internacionales para advertir que nos encontramos en presencia de una materia cuya definición es clave, pues sus impactos trascienden aquel ámbito que intuitivamente se suele considerar que le es más propio —la contratación internacional entre partes sofisticadas—, para alcanzar toda clase de conflicto en que exista un elemento que lo vincule con más de un ordenamiento, como ocurre por vía ejemplar con la determinación acerca de qué tribunal debe conocer de un divorcio cuando los cónyuges tienen sus residencias en estados diversos, el tribunal ante el cual deberá demandarse la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de un actuar negligente que tuvo lugar en un país diverso a aquel donde se produjo el daño, o con el tribunal que deberá conocer de las acciones de protección de la herencia, en el contexto de una sucesión internacional.

Como bien se puede apreciar, las definiciones generales que se adopten en la materia permitirán definir los alcances de la jurisdicción de los tribunales chilenos² y desde esa perspectiva de carácter público, incidirá en la delimitación de la soberanía nacional. Sin embargo, para efectos de definir el sentido que deben tener estas reglas, una aproximación centrada exclusivamente en la delimitación de los poderes públicos de los tribunales nacionales resulta manifiestamente insuficiente. Lo anterior, sobre todo si se considera que en la definición acerca de qué órgano tiene jurisdicción para conocer de una determinada controversia se encuentran también comprometidas cuestiones de derechos fundamentales, como ocurre con el acceso a la justicia por parte del ciudadano —definición que en términos internacionales resulta relevante, atendido que los costos que implica la litigación en un foro distinto puede implicar en la práctica una denegación de justicia—, o con la garantía del juez natural, que en términos sustantivos implica una limitación en orden a poder ser arrastrado de manera no advertida ante un foro que resulta absolutamente ajeno a la actividad que se está desarrollando.

Precisamente, en parte debido a esas consideraciones fundadas en la protección de los derechos fundamentales, y en parte a las exigencias propias del tráfico internacional, la mirada general sobre la definición de las reglas en materia de competencia judicial internacional ha pasado de estar centradas en la visión estatal —propia de aquella concepción que mira a la jurisdicción como una expresión de la soberanía y se fija en la expresión del poder del Estado³—, para enfocarse en la visión propia de los justiciables, de quienes demandan acceso a la jurisdicción como un medio para resolver sus controversias. De esta forma, nos encontramos actualmente en un contexto donde el énfasis pasa de estar en la determinación por parte de un órgano estatal acerca de su jurisdicción para conocer de una controversia, para centrarse en la mirada de los futuros litigantes y en la claridad con que estos pueden anticipar

2 Reglas que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución, deberán ser aprobadas cumpliendo con el quórum propio de las leyes orgánicas constitucionales, por tratarse de reglas que definen las atribuciones de los tribunales de la república.

3 Virgós, Miguel y Garcimartín, Francisco, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Segunda edición, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, p. 71.

ante qué tribunal podrán reclamar la tutela de sus derechos, donde la jurisdicción pasa a ser concebida como una función y cuyo acento está en la tarea de suministrar tutela judicial efectiva⁴.

Ahora bien, las definiciones que se adopten en torno a estas reglas presentan una importancia especial en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo si consideramos la situación actual, que se caracteriza por un déficit regulatorio. En efecto, si el sistema en Chile ha funcionado hasta la fecha razonablemente bien, ha sido sólo gracias a una jurisprudencia que ha evitado caer en la tentación que supone el *imperialismo* jurisdiccional e interpretó desde mediados del siglo pasado que no cualquier conexión con el foro chileno es suficiente para efectos de que una controversia quede sometida al conocimiento de los tribunales nacionales. Sin embargo, más allá de esa afirmación general, no existe un tratamiento sistemático que nos permita definir con claridad cuándo un conflicto se promueve dentro del territorio de la república —en los amplios términos usados por el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales—, caracterizándose nuestro sistema por la existencia de soluciones fragmentarias⁵, que muchas veces no resultan del todo coherentes pues obedecen a la “internacionalización” de reglas pensadas originalmente para ser aplicadas únicamente en el ámbito interno, entre tribunales que forman parte todos ellos del foro nacional.

Como es fácil advertir, esta situación obliga a efectuar una cuidadosa revisión de la materia, ponderando los diversos intereses que se encuentran comprometidos dentro de la definición —el modelo de soberanía y el modelo de la resolución de conflictos—, de una manera que resulte coherente además con los fines de armonía en las soluciones internacionales que son propios al derecho internacional privado. Finalmente, no podemos obviar en este punto que la definición de las reglas sobre la competencia judicial internacional tiene una incidencia en la litigación, pues el tribunal definirá las reglas sustantivas que rigen una determinada cuestión aplicando su propio derecho, el derecho internacional privado del foro, de manera que una definición excesivamente amplia de aquellas conexiones que permiten la intervención de un foro no sólo atentan en contra de la cooperación y la *comity* internacional, sino que además generan importantes riesgos de *forum shopping*.

En un contexto como el nacional —dado que nuestro país no participa de instancias internacionales que definan por medio de reglas supranacionales la extensión de la competencia judicial⁶— se trata de una materia que queda entregada a la determinación unilateral por parte del foro. En estos términos, el juez chileno fijará su jurisdicción para conocer de una controversia según lo que defina exclusivamente el derecho chileno, por medio de una regla de carácter atributivo. Sin embargo, el que sea una regla de carácter unilateral no justifica que la misma pueda ser arbitraria,

4 *Ibid.*, p. 71.

5 vg. dentro de las reglas que habitualmente se exponen para efectos de afirmar la jurisdicción de los tribunales chilenos, los artículos 134, 142, 148 y 149 del Código Orgánico de Tribunales, y el artículo 16 del Código Civil.

6 Esta situación contrasta con aquella que experimentan los países que experimentaron procesos de integración. Es lo que ocurre paradigmáticamente con los miembros de la Unión Europea, quienes resuelven de manera uniforme las cuestiones en la materia en el Reglamento de Bruselas.

o que confiera al tribunal chileno jurisdicción para conocer de una controversia cuando no exista una conexión suficiente con el foro nacional. Razonar de esa forma atentaría en contra de la necesaria armonía que debe regir las soluciones internacionales e importaría una afectación de la garantía del juez natural. Por ello, es importante tener muy presente las características de las partes que litigarán — especialmente, cuando algunas de ellas requieran de una especial protección por parte del ordenamiento— y la particular naturaleza del conflicto en cuestión.

Todas estas clases de consideraciones fueron tenidas en vista por la Comisión al momento de discutir en concreto cuáles serían las reglas en la materia. Por lo mismo, no resulta extraño que, junto a la afirmación de una regla general, se hayan establecido varias situaciones excepcionales que moderan la rigidez que puede presentar la aplicación de la primera. En estos términos, las versiones que se han trabajado del Anteproyecto reiteran la regla general actualmente dispuesta en el artículo 5 COT, en orden a que corresponde a los tribunales chilenos el conocimiento de los asuntos que se promuevan dentro del territorio de la República, y la complementan, afirmando que esta conexión que dará cuando el demandado tenga su residencia habitual en Chile. Como bien se puede apreciar, el funcionamiento de la regla general viene a consagrar la amplia práctica jurisprudencial, reconociendo como principio del foro del demandado, aunque se considera un elemento simplificado frente a la práctica vigente. En estos términos, la regla en lugar de mirar al *domicilio* del demandado funciona sobre la base de un criterio de carácter fáctico, como es su *residencia habitual*.

Complementando lo anterior, se recoge la solución que está actualmente dispuesta en el artículo 142 COT y se complementa, entendiendo la ley que los tribunales chilenos tendrán jurisdicción para conocer de las acciones que en su contra se interpongan cuando éstas estén constituidas en Chile —criterio de carácter formal, que guarda estrecha vinculación con los principios generales que rigen en materia societaria—, o bien cuando su centro principal de negocios o agencias estuvieren en Chile. Como bien se puede apreciar, a partir de esta última regla se incorpora un criterio de carácter material —mucho más próximo al seguido por legislaciones como la francesa— y acorde con él, se mira como suficiente la conexión entre la persona jurídica y el foro chileno sobre la base del centro efectivo de los negocios.

La regla general se ve complementada con una regla especial, aplicable a los codemandados. De esta manera, para efectos de definir la jurisdicción del tribunal chileno, se considera suficiente que uno de los codemandados tenga su residencia habitual en Chile, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que su acumulación resulte aconsejable. Ciertamente, si bien se trata de una regla que cuenta con un reconocimiento relativamente amplio en el derecho comparado, debe evaluarse si su incorporación a nuestro ordenamiento no trae aparejados problemas prácticos de relevancia, sobre todo si consideramos el insuficiente tratamiento legislativo que ha recibido en nuestro ordenamiento el litisconsorcio pasivo y los problemas que habitualmente importa su aplicación para nuestra jurisprudencia. Esta situación podría finalmente verse agravada por la falta de un correlato que permita definir la extensión hacia otros demandantes, sobre

todo si consideramos que el derecho que el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil confiere a la parte demandada, quedando abierta la cuestión acerca de si puede valerse de esa herramienta para efectos de prevenir una demanda en el extranjero y atraer a un potencial demandante hacia el foro chileno.

Más allá de esto, existen otras reglas que presentan una aproximación mucho más casuística y cuya revisión parece necesaria. De esta forma, se afirma la competencia de los tribunales chilenos en materia patrimonial, cuando las obligaciones contractuales deban ejecutarse en Chile; en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se hubiere producido en Chile, o cuando el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual en Chile; en los contratos de consumo, cuando el consumidor tenga su residencia habitual en Chile y el proveedor ejerciere actividades comerciales en Chile; en los contratos de seguro, cuando el asegurado o beneficiario tuvieran su residencia habitual en Chile; de las sucesiones, cuando el causante tuviere su último domicilio en Chile, o posea bienes en territorio chileno; los contratos de trabajo, cuando el trabajador se hubiere desempeñado habitualmente en Chile; entre otras materias.

Como resulta de su enunciación, la afirmación de la competencia de los tribunales chilenos en estas materias puede resultar compleja, atendido que dicho conflicto presentará adicionalmente una conexión con otro foro —como ocurrirá con aquel donde el demandado tenga su domicilio o residencia habitual— lo que aumenta el riesgo de *forum shopping*, a lo cual se suma el hecho que al menos en tres de los casos descritos —contratos de consumo, contratos de seguro y contratos de trabajo— la regla de afirmación de jurisdicción por parte del foro donde la parte protegida tenga su residencia habitual opera por vía de crear un foro alternativo, que no puede ser excluido por medio de una elección de foro, medida de protección que no resulta clara en la materia. Para peor, una interpretación posible para salvar esta última dificultad, como sería el afirmar que estas reglas de competencia operan incluso en el caso de que exista un acuerdo sobre elección de foro —por operar las mismas “*sin perjuicio de lo previsto en los artículos anteriores*”—, puede terminar por abrir el sistema en término indeseables, lo que ocurriría si se interpreta que no obstante el hecho de existir un acuerdo, siempre podrá recurrirse al tribunal chileno si la obligación contractual será ejecutada en Chile. Por otra parte, parece también que la afirmación en torno a que el tribunal chileno tendrá competencia en materia sucesoria sobre la base de la situación de los bienes del causante resulta completamente desmedida, sobre todo si consideramos la actual regulación contenida en los artículos 148 y 149 del Código Orgánico de Tribunales. Como bien se puede apreciar, se trata de una materia que debe ser revisada.

Finalmente, junto a esta definición general acerca de la competencia del foro chileno, el Anteproyecto reconoce materias en las cuales los tribunales chilenos tendrán una jurisdicción exclusiva⁷, dentro de las cuales se encuentran los litigios

⁷ Cuestión relevante, por cuanto dicha afirmación permitirá por una parte, excluir la procedencia de los acuerdos sobre elección de foro, y por otra, definir la improcedencia del reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal extranjero en sede de exequatur.

que versen sobre (i) derechos reales y posesión sobre inmuebles situados en Chile; (ii) la validez, nulidad o disolución de una persona jurídica constituida en Chile, o que tenga el centro principal de sus negocios en el país; (iii) la validez o nulidad de las inscripciones practicadas en registros públicos chilenos; (iv) y la validez de los derechos de propiedad industrial registrados en Chile; sin perjuicio de aquellas otras materias que se establezcan por la ley. Por otra parte, en materia de familia se afirma que el tribunal chileno será competente para conocer de los asuntos relacionados con la declaración de muerte presunta, cuando el desaparecido sea chileno o haya tenido su residencia habitual en el país; para conocer de las cuestiones que se susciten entre los cónyuges o convivientes civiles, cuando uno de ellos tenga su residencia habitual en el país; de las acciones de filiación, cuando el demandante tenga su residencia habitual en el país al momento de interponerse la acción; y de alimentos, cuando el alimentado tenga su residencia habitual en el país.

Como bien se puede apreciar, el desarrollo efectuado por parte de la Comisión recoge las principales orientaciones desarrolladas en el derecho comparado en materia de competencia judicial internacional y proporciona soluciones que se encuentran en línea con la construcción de un sistema racional, que pondere los elementos propios de la mirada desde la soberanía y desde la solución de controversias que están presentes en la materia. Desde esa perspectiva, se trata de un esfuerzo que constituye un innegable avance en la modernización del derecho internacional privado chileno. Sin embargo, para que la tarea esté completa, es necesario simplificar la aplicación de muchas reglas —sobre todo de aquellas que confieren jurisdicción a los tribunales chilenos por sobre la aplicación de la regla general—, y sobre esa base, evitar por una parte los riesgos que supone el *forum shopping* o la afirmación de un foro *exorbitante*, y por otra conferir una protección más adecuada cuando se trata de partes débiles en el contexto de relaciones internacionales, como ocurre paradigmáticamente en el caso de los consumidores, de los asegurados y de los trabajadores.

DERECHO APLICABLE A LA PERSONA, RELACIONES DE FAMILIA Y SUCESIONES

LAW APPLICABLE TO PERSON, FAMILY RELATIONS AND INHERITANCES

IGNACIO GARCÍA PUJOL¹

RESUMEN

El desarrollo histórico del estatuto personal en el mundo ha generado múltiples concepciones del mismo y una importante variedad de criterios de extensión y determinación de ley aplicable al respecto. Lo anterior lleva a la necesidad de definir qué materias cubre el estatuto personal y qué normas deberían aplicarse.

En cuanto a la ley aplicable, este artículo realiza un análisis crítico de la nacionalidad y el domicilio como factores de conexión del estatuto personal, decantando por una postura en favor de la residencia habitual. Además, se pronuncia sobre los factores de conexión más adecuados para efectos del matrimonio, las relaciones familiares y el derecho societario, dando cuenta de la utilidad del uso de factores de conexión alternativos.

Palabras clave: Estatuto personal, residencia habitual, ley aplicable, factores de conexión

ABSTRACT

The historical development of personal status law has generated multiple conceptions and a broad variety of criteria regarding the extension and the way in which applicable law should be determined. This leads to the need for a definition regarding which subjects are covered by personal status law and which rules should be applied.

Regarding the applicable law, this article criticizes nationality and domicile as connecting factors for personal status law, opting for a position in favor of habitual residence. Further, this article refers to the most adequate connecting factors for marriage, family relations, and corporate law, demonstrating the usefulness of employing alternative connecting factors.

Keywords: Personal status law, habitual residence, applicable law, connecting factors

El propósito de la ponencia de hoy consiste en analizar algunos aspectos seleccionados relativos al derecho aplicable al estatuto personal en su sentido más amplio, en el marco de la discusión acerca del proyecto de ley sobre una reforma integral al derecho internacional privado chileno, con el propósito de proponer alternativas de soluciones a los distintos problemas que plantea esta área de la disciplina.

Como parte del contexto general de este tema, es importante destacar que la discusión más reciente acerca del estatuto personal y su derecho aplicable han sido materia de amplio debate y análisis, en particular alrededor de lo que se ha denominado la “crisis del estatuto personal”. La crisis del estatuto personal es, en parte, un reflejo de la crisis general que afecta a todo el derecho internacional privado, y también una

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de Los Andes. Corresponsal de Chile en UNIDROIT.

crisis de su propia naturaleza. Esta crisis se manifiesta en dos aspectos principales: por una parte, el enfrentamiento entre quienes son partidarios de la ley nacional y quienes lo son del derecho territorial o del domicilio y, más recientemente, de nuevas conexiones como la de la residencia habitual. Por otra parte, la discusión acerca del contenido del estatuto personal, entre quienes promueven una amplitud del concepto, que abarcaría desde la ley personal hasta las relaciones patrimoniales de familia, la capacidad en todas sus dimensiones e incluso la sucesión por causa de muerte y aquellos que abogan por restringir su alcance exclusivamente a la constitución y extinción del estado civil y quizás a algunos aspectos de la capacidad de ejercicio de las personas físicas.

Se vislumbra un nuevo planteamiento del estatuto personal porque hay un nuevo concepto de la persona, más humanizado, cuya relación con el derecho es distinta y en la que se toma en cuenta el contexto de globalización que enfrenta el mundo de hoy. De otro lado, las necesidades del comercio internacional de explorar nuevos enfoques jurídicos que lo faciliten se han visto afectadas, de un lado, por las posturas americanas, acérrimas defensoras de la autonomía de la voluntad, y de otro, por las nuevas concepciones sociales, que buscan proteger a la persona frente a los peligros que representa para ellas la economía de mercado.

Históricamente, la noción del estatuto personal traza su origen hasta los estatutos o leyes particulares de que gozaban las ciudades del norte de Italia en la Edad Media². Los antiguos autores agrupaban estas leyes particulares en las que concurrían elementos personales, entre los cuales los más relevantes son los relativos al estado civil y la capacidad de las personas, bajo el término “estatutos”, y le asignaban un tratamiento distinto al del resto de los factores de conexión, ya que estos “estatutos” seguían a las personas donde quiera que estas fueran, con el propósito de proteger aspectos fundamentales de su individualidad. Sin embargo, los estatutarios diluyeron el sentido original del concepto hasta confundir “estatuto personal” con “estado y capacidad de la persona”. Savigny criticaba la división entre estatutos personales, reales y mixtos pero en definitiva aceptaba la existencia de un estatuto personal relativamente restringido, sujeto a la ley del domicilio. Mancini por su parte es el responsable del desbordamiento del estatuto personal, que incluiría no solo el estado y capacidad de la persona, sino también los efectos personales y patrimoniales de las relaciones de familia y la sucesión por causa de muerte. Story no contemplaba el estatuto personal como tal, pero sujetaba la capacidad a la ley del domicilio. Hay muchos autores para quienes el concepto es considerado anticuado y rebasado y prescinden deliberadamente de él.³

El problema del estatuto personal se complica a partir de la dictación de varias legislaciones civiles europeas durante el siglo XIX. El Código Civil francés de 1804, el del Piamonte de 1865, el español de 1889 y el alemán de 1898 introducen el principio de la nacionalidad en reemplazo del asentado principio de la ley domiciliar,

2 Foelix, Tratado de Derecho Internacional Privado, T.I. Madrid, 1960, p.26.

3 Niboyet, J.P., Principios de Derecho Internacional Privado, Madrid S/F, p. 556; Audinet, E., Principios del derecho Internacional Privado, Madrid, T.I, p. 271

imperante hasta el momento en todo Europa. Sea por razones prácticas o porque exalta el sentimiento nacional, el nuevo principio penetró profundamente en Europa y fue imitado por toda la Europa Continental, a excepción de los países nórdicos, así como por muchos países latinoamericanos, manteniéndose hasta hoy en día en muchos de esos países.

La ley personal, en su formulación básica, supone una oposición a los demás factores de conexión utilizados por la norma de conflicto, en cuanto no implica por principio, una vinculación local.⁴ De ahí proviene su mayor problema, ya que su movilidad, que trae consigo un efecto de extraterritorialidad, le dificulta conciliar los principios con la realidad.

Dos preguntas fundamentales son las que debemos contestar para poder resolver el dilema: la primera, ¿Qué materias debería cubrir el estatuto personal? Y la segunda, ¿Qué ley o que leyes deberían aplicarse al estatuto personal?

Con respecto a la primera interrogante, tal como se ha mencionado, el debate incluye muchas alternativas en relación al contenido o extensión del estatuto personal. Progresivamente, una serie de materias que tradicionalmente habían sido tratadas como parte del estatuto personal han pasado a someterse a otros puntos de conexión, tanto en legislaciones nacionales como en reglamentos de la UE, Convenios de la Conferencia de La Haya, entre otros, los que se han ido inclinando por la residencia habitual de las personas naturales o físicas. Así, los temas relativos al derecho sucesorio han pasado, en muchas legislaciones que usaban la ley nacional como punto de conexión, a regirse por estatutos alternativos como el de la ley del último domicilio del causante o la *lex rei sitae*. Un ejemplo claro es el del Reglamento europeo en materia de sucesiones, que ya no utiliza en esta materia la nacionalidad, sino la última residencia habitual del causante.

En cuanto a la segunda pregunta, acerca de que ley debería aplicarse a los asuntos del estatuto personal, los factores de conexión tradicionales de la nacionalidad y del domicilio ya no satisfacen las necesidades actuales y presentan dificultades crecientes.

La nacionalidad presenta defensores, algunos entusiastas, como Mancini, Bartin y Weiss, y otros moderados, como Savigny y muchos autores alemanes que, en primer término, destacan su estabilidad. Argumentan que la nacionalidad es más difícil de cambiar que el domicilio, que este último depende de la sola voluntad de la persona, en cambio el primero requeriría de un consentimiento del Estado. Frente a este argumento teórico podemos señalar que esa estabilidad se da en ocasiones más respecto del domicilio que de la nacionalidad. Es el caso del concepto de domicilio de origen del common law, que es de una profundidad y exigencia muy lejana al solo concepto de mero ánimo teórico de permanencia o de residencia habitual.

Por otra parte está el argumento manciniano de que la ley nacional se adapta mejor al temperamento de los súbditos, que tendrían un carácter o una manera de ser

⁴ Fernández Flores, J.L., El estatuto personal y su problemática, Anuario español de derecho internacional, Estudios I. Derecho Internacional Privado, Vol. I, Universidad de Navarra, 1974

semejante, argumento que, aparte de no ser demostrable, aparece como chauvinista y desconectado con los tiempos actuales, en los que muchos nacionales se domicilian en otros países y adoptan completamente la manera de ser y las costumbres del país anfitrión, no dejando por eso necesariamente de sentir afecto o apego o inclusive conexiones familiares o patrimoniales concretas con sus países de origen. Queda claro que todos estos argumentos son de índole práctica, pero ninguno tiene un sustento jurídico de peso.

El principio de la ley nacional presenta, por el contrario, numerosos problemas. Frente a quienes sostienen que la nacionalidad es de fácil demostración, se puede también argumentar que esto no siempre es cierto, en particular en los casos de doble nacionalidad o apatridia.

También la nacionalidad como factor de conexión presenta problemas en relación con los conflictos positivos y negativos de nacionalidad, los casos de cambio de nacionalidad o los de sistemas jurídicos multi jurisdiccionales, todos los cuales producen problemas que no tienen soluciones unívocas. Presenta además dificultades con instituciones como el reenvío, la excepción de orden público a la ley extranjera reguladora de la capacidad y la excepción de fraude a la ley en ciertos supuestos, entre otros.

El domicilio, por su parte, tiene también defensores y detractores como factor de conexión del estatuto personal. La tradición del domicilio como punto de conexión principal del estatuto personal es muy antigua, pero no es hasta el siglo XIX que encuentra resistencia entre europeos y anglosajones que apoyan la ley nacional, aún cuando incluso en muchos de esos países se aprecia, a principios del siglo XX, un regreso gradual a la ley domiciliar.

La defensa de la ley domiciliar se basa principalmente en un favorecimiento del interés individual, al tratarse de un factor de conexión que refleja de mejor manera el interés particular de cada individuo, al encontrarse más cerca del centro de sus negocios y actividad económica. También, en el interés familiar, al ser el domicilio el lugar que habitualmente está próximo al centro familiar y al medio en que la persona desarrolla su vida y sus afectos. Y finalmente, en el interés social, al favorecer el crédito público, como dice Battifol, ya que quienes entran en relación con el domiciliado se les asegura un contacto con todos los aspectos de la vida de ese individuo y no solo de un punto esporádico de sus intereses. Se podría inclusive agregar el interés jurídico, porque el domicilio tiende a coincidir más con la *lex fori*, ya que las personas suelen preferir demandar en sus propios domicilios.

En términos prácticos, también es cierto que la elección de la ley domiciliar ha sido preferida por los países de fuerte inmigración, ya que permite una mejor asimilación de la población extranjera, mientras los países de fuerte emigración han preferido la ley nacional, a fin de mantener a sus nacionales bajo su esfera de influencia y eventual conexión para efectos patrimoniales, entre los que destacan los efectos fiscales y sucesorios.

Pero el domicilio también presenta dificultades muy serias y muy difíciles de resolver. El problema de calificación del domicilio es quizás el obstáculo más grande que este concepto debe sortear, al encontrarse con muy distintas definiciones de domicilio que dificultan su aplicación. No hay una regla universal que determine sus elementos constitutivos, ni su extensión, por lo que nos encontramos en algunos casos con definiciones que se confunden derechamente con la residencia habitual, así como otras que incluyen elementos subjetivos como el ánimo de permanencia, noción que también se interpreta de muy distinta manera alrededor del mundo. Solo a manera de ejemplo, cabe mencionar por una parte el artículo 2613 del Código Civil argentino, que define el domicilio como “el Estado en que una persona reside con intención de establecerse en él”, y la residencia habitual, como “el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado”. Por su parte, el artículo 4 del Código de Derecho Internacional Privado belga define el domicilio como “el lugar en donde una persona física está inscrita a título principal”, mientras que residencia habitual sería “el lugar donde una persona física se establece a título principal... para lo cual se tendrá en cuenta las circunstancias de naturaleza personal o profesional que revelen vínculos duraderos en ese lugar o la voluntad de establecer tales vínculos”. Como se podrá apreciar, la definición de residencia habitual belga incluiría tanto la definición de domicilio como la de residencia habitual argentina, lo que evidencia el nivel de confusión que estos términos pueden generar.

Por su parte, el concepto de *domicile* anglosajón es muy distinto del concepto de domicilio continental. Además de una residencia habitual y de un ánimo de permanencia, el *domicile* exige que se excluya la idea de volver al domicilio de origen. La jurisprudencia inglesa exige para que se pierda del domicilio, una integración personal, social y económica en el lugar de residencia habitual, de tal manera que un inglés que viva en Chile, pero no hable castellano, no se relacione con chilenos y que siga con pasión la Premier League inglesa pero no sepa si Chile clasificó o no al próximo Mundial de Fútbol, no se considera integrado y mantiene por tanto su *domicile*. Además el *domicile* se usa también para propósitos fiscales. En un clásico caso, se trataba de si un irlandés mantenía o no su *domicile* en Inglaterra o lo había perdido. Una cláusula de su testamento exigía ser enterrado en Irlanda al morir, por lo que el fisco británico consideró que seguía teniendo *domicile* en el Reino Unido porque seguía mentalmente atado a Irlanda.

El domicilio plantea muchos otros problemas, aparte de su determinación, como los casos de cambio de domicilio, pluralidad o ausencia del mismo, los casos de domicilio de dependencia o el requerimiento de una autoridad habilitante del domicilio, que lo hacen un punto de conexión complejo, que ya no responde a la realidad de los tiempos actuales.

No cabe duda que tanto el sistema de la ley nacional como el de la ley domiciliar se encuentran amenazados. Mientras el de la ley nacional es considerado demasiado rígido por los anglosajones, el de la ley domiciliar es considerado demasiado inestable por los continentales, motivo por el cual prácticamente todas las legislaciones que han modernizado su normativa de derecho internacional privado en los últimos

veinte años han abandonado tanto la ley nacional como la ley domiciliar como punto de conexión principal en lo que respecta al estatuto personal, inclinándose en su gran mayoría por la ley de la residencia habitual. No ahondaré en este concepto en atención a que el Profesor Carlos Villarroel se referirá a él en su comunicación, salvo para expresar que, si bien la residencia habitual como punto de conexión no está exenta de dificultades, presenta características que parecen adecuarse de manera más armónica con nuestra legislación en materia de estatuto personal, lo que amerita su análisis como una verdadera alternativa para determinar la ley aplicable a esta materia.

En cuanto a la ley aplicable a las relaciones de familia, la pregunta que debemos hacernos es si esta materia es parte del estatuto personal en todas sus dimensiones, o solo en una parte. La ley chilena sujeta las relaciones de familia a la ley territorial y en cuanto a los chilenos que no habitan en Chile, a la ley nacional, pero solo en lo que respecta a su cónyuge y parientes chilenos. Sin embargo, irrumpe con fuerza la idea de que estas materias deberían estar sometidas a la residencia habitual y, en subsidio, a la nacionalidad.

En particular en materia de matrimonio, es inevitable mirar con desconfianza las soluciones planteadas por el artículo 80 de nuestra Ley de Matrimonio Civil. Una ley que fue redactada con innegables influencias políticas, por juristas que estaban más preocupados de impulsar una agenda ideológica que de ofrecer soluciones técnicas armónicas con nuestra legislación y con la normativa internacional en la materia, merece una mirada crítica, más aún cuando entra en abierta contradicción con el artículo 15 del Código Civil, que regula el estatuto personal de los chilenos no habitantes de Chile.

Las posibilidades son múltiples. No entraré en detalles acerca de las propuestas específicas que ha analizado la comisión redactora, ya que el profesor Gabriel Villarroel ahondará en ellas, pero baste con mencionar un aspecto que salta a la vista. No cabe mucha duda de que es necesario en esta materia considerar factores de conexión alternativos, que permitan favorecer la validez del matrimonio bajo distintas situaciones, tanto en cuanto a los efectos personales como patrimoniales del matrimonio.

Pero también la ley aplicable a la forma debe ser revisada. La regla *locus regit actum* parece ser razonable como factor principal en materia de forma del matrimonio, pero no parece razonable que en Chile no se reconozca validez a los matrimonios celebrados ante cónsules extranjeros habilitados por su respectiva ley personal para celebrar matrimonios, más aún en consideración de la creciente inmigración de ciudadanos de países como Haití, cuyos cónsules se encuentran habilitados para celebrar matrimonios, pero que dada la estrechez de nuestra ley, los matrimonios celebrados por ciudadanos haitianos ante el Cónsul de su país en Chile es considerado nulo por la ley chilena. Y tampoco parece razonable que los cónsules chilenos carezcan de esa facultad, en circunstancias que hoy una buena parte de los cónsules del mundo cuentan con ella.

En cuanto a los requisitos de fondo, quitando a la capacidad, que debería someterse a las reglas del estatuto personal, la discusión acerca de la ley aplicable a los requisitos de fondo y a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio nos lleva nuevamente a la evidente conveniencia de abandonar el sistema binario de factores de conexión que rige sus efectos según nuestra ley, que limita el reconocimiento de dichos efectos y pone trabas que hoy parecen innecesarias al ejercicio de los mismos. El uso de factores alternativos, a elección del demandante, que incluyan puntos de conexión tales como la residencia habitual común de los cónyuges, la ley nacional común o la residencia habitual del demandante en el caso de los efectos patrimoniales, o la autonomía de la voluntad de la ley más vinculada, junto a otros factores subsidiarios en el caso de los efectos patrimoniales, deberán ser analizados.

Con respecto a ley aplicable al estatuto personal de las sociedades, la doctrina ha transitado entre distintos factores de conexión que abarcan desde el lugar de constitución hasta el lugar donde se encuentre o funcione habitualmente la sede matriz o el órgano decisorio principal de las personas morales. Parece más armónico con nuestra legislación sujetar tanto los requisitos de forma como de fondo de las sociedades a la ley del lugar de su constitución, aunque no cabe duda de que existen circunstancias que podrían justificar la aplicación de otros factores de conexión, tales como la nacionalidad o el domicilio o la residencia habitual común de los socios, entre otros.

La conciliación entre el respeto al derecho del foro, la protección de los nacionales y el reconocimiento a la individualidad y cultura de las comunidades inmigrantes plantean un enorme reto al derecho internacional privado chileno, cuya máxima dificultad se expresa en la determinación de la ley aplicable al estatuto personal de los habitantes de Chile, tanto nacionales como extranjeros. El estatuto personal comprende materias que reflejan la visión de una sociedad frente a las personas y a la familia, en todas sus dimensiones. Chile necesita abocarse al análisis de un sistema que modernice su sistema de estatuto personal a fin de poder responder adecuadamente a los desafíos que presenta el mundo de hoy, compatibilizando el legítimo derecho de consagrar en sus leyes sus valores éticos y principios jurídicos y respetar también los intereses que plantean la globalización, la inmigración, la tecnología y los nuevos tiempos. Estamos seguros de que la Comisión Redactora de la nueva ley tendrá en vista estos desafíos y sabrá plantear alternativas que permitan a Chile dotarse de leyes que le permitan enfrentar el mundo moderno con las herramientas correctas.

BIENES Y DERECHOS REALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO: UNA PROPUESTA DE REFORMA

PROPERTY AND RIGHTS IN REM WITHIN CHILEAN INTERNATIONAL PRIVATE LAW: A REFORM PROPOSAL

DIONE MERUANE OSORIO¹

RESUMEN

*Cuando hablamos de estatuto real en Chile, hablamos esencialmente del principio *lex rei sitae* consagrado en el artículo 16 de nuestro Código Civil. En virtud de aquel principio, rige la ley de la situación del bien. Solo algunas excepciones reciben un tratamiento particular, como es el caso de la propiedad intelectual, la propiedad industrial y las naves y aeronaves.*

Sin embargo, la falta de regulación de ciertos aspectos del derecho de bienes a propósito de los bienes muebles ha sido problemática en materia de derecho internacional privado. Estas dificultades nacen debido a la posibilidad de que, dado que los bienes muebles pueden verse desplazados, la ley de su situación cambia. De este modo, podemos observar vacíos normativos importantes a propósito de los bienes en tránsito, de los bienes del viajero y de los derechos reales de garantía, entre otros temas.

Este artículo tiene por finalidad realizar un análisis de cada uno de estos problemas sobre la ley aplicable a los bienes, explorando distintos criterios y proponiendo finalmente una serie de reformas que apuntan hacia la mayor y mejor determinación del estatuto real en Chile.

Palabras clave: Estatuto real, *lex rei sitae*, bienes muebles, ley aplicable

ABSTRACT

*When referring to the law applicable to property in Chile, we are essentially referring to the *lex rei sitae* principle, consecrated within article 16 of our Civil Code. According to such principle, we must apply the law of the location of the respective good. There are few exceptions with a particular regulation, as in the case of intellectual property, industrial property and ships and aircrafts.*

However, the lack of regulation regarding certain aspects of property law respecting movable objects has been problematic for private international law. These difficulties arise from the possibility that, because movable property can change of place, the law of the location changes. This way, we can observe important legal vacuums regarding goods in transit, the goods of travelers, and rights in rem regarding warranties, among others.

This article pretends to analyze each of these problems regarding the law applicable to property, exploring different criteria, and finally proposing a series of reforms which aims towards a major and better determination of the law applicable to property in Chile.

Keywords: Law applicable to property, *lex rei sitae*, movable goods, applicable law.

¹ Ayudante de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Chile. Tesorera de ADIPRI.

En el marco de las V Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado realizadas el año 2018 en la Universidad de Los Andes, expuse sobre el tema “*Los Bienes y Derecho Reales en el Derecho Internacional Privado Chileno y una propuesta de reforma a la legislación nacional*”. A partir de esa exposición surge este artículo, el que incluye parte de los temas tratados en dichas Jornadas, como también un desarrollo posterior del asunto.

i. El Estatuto Real en Chile y la *lex rei sitae*

En Derecho Internacional Privado se denomina Estatuto Real a aquél que comprende la determinación de la ley aplicable a los bienes². Se trata del conjunto de normas que regulan a los bienes en sí mismos, es decir, sin considerar los actos jurídicos relacionados con aquéllos. Así, por ejemplo, el Estatuto Real responderá a la pregunta sobre la ley aplicable a la adquisición o pérdida del dominio u otro derecho real de un determinado bien, pero no a la ley aplicable a la compraventa u otro acto jurídico que sirvió de título para la adquisición o pérdida del dominio u otro derecho real sobre el bien.

Históricamente en Derecho Internacional Privado a nivel global se ha distinguido en cuanto al Estatuto Real, entre la ley aplicable a los bienes muebles e inmuebles, estando los bienes inmuebles vinculados a la *lex rei sitae* o la ley del lugar en que estuvieren situados y los bienes muebles sujetos a la ley personal de su propietario, como la ley de su domicilio o nacionalidad³.

Nuestro Código Civil, por influencia de Savigny, adopta sin distinciones la regla de la *lex rei sitae*. Efectivamente, la norma fundante en materia de Estatuto Real es el Artículo 16 del Código Civil, el cual señala en su inciso 1° que “*Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile*”. Esta norma somete al imperio de la ley chilena –en vinculación con el Principio de Territorialidad consagrado en el Artículo 14 del mismo código- todos los bienes ubicados en nuestro país, sean cosas corporales e incorpóreas, y dentro de las corporales, bienes muebles e inmuebles, ello con abstracción de la nacionalidad o domicilio del propietario⁴.

La ley de la situación del bien se aplica a la clasificación de los bienes, a los modos de adquirir por actos entre vivos, sean voluntarios (como la tradición) o legales (como la accesión, la ocupación y la prescripción), a la constitución, transferencia y extinción de los derechos reales, a la posesión y tenencia de los bienes, a los otros derechos reales (como la hipoteca, servidumbre, etc.); y, a las acciones reales y posesorias. En consecuencia, todas las materias señaladas y vinculadas a bienes situados en Chile, quedan sujetos a la ley chilena. Sin embargo, se excluyen de la *lex rei sitae* los bienes

2 Ríos de Marimón, Hernán. Derecho Internacional Privado. Segunda Edición. Colección Guías de Clases N° 33 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central. Año 2004, p. 70.

3 Ríos de Marimón, Hernán. Ob. Cit. p. 70

4 Monsálvez Müller, Aldo. Derecho Internacional Privado. 5ª Edición. Editorial Metropolitana. p. 217

hereditarios, cuya ley aplicable es la ley personal del causante, que según nuestro derecho sería la del último domicilio del causante (Artículo 955 del Código Civil).

Ahora bien, el Artículo 16 es una norma unilateral, pues no determina el ordenamiento que registrará los bienes que se encuentren fuera del país. A través de la bilateralización de la norma, los bienes situados fuera de Chile quedan regidos, asimismo, por la ley del país de su situación.

El Código de Derecho Internacional Privado (comúnmente conocido como “Código de Bustamante”) ratificado por Chile en 1928, sigue el mismo sistema en su Artículo 105 al señalar que “[l]os bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación”, y en sus artículos 106 y siguientes complementa al Artículo 16 del Código Civil al establecer normas sobre la situación de bienes incorporeales, empleando otras soluciones⁵.

A propósito del Artículo 16 del Código Civil, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado en ciertos casos que los bienes situados en Chile están sometidos a la *jurisdicción nacional*, puesto que considera que se trata de una norma de orden público, por lo que no podría cumplirse resoluciones de un país extranjero en relación con los bienes situados en Chile. En la práctica esto se ha considerado una negación de la justicia chilena a reconocer y ejecutar sentencias judiciales extranjeras relativas a bienes situados en nuestro país⁶, como por ejemplo, el otorgamiento de una medida precautoria en Chile⁷. Esta opinión ha sido criticada por la doctrina que ha dicho que los tribunales chilenos se transforman en un “verdadero escudo protector” para los deudores de mala fe que no desean cumplir con sus obligaciones, desconociéndose el derecho de prenda general de los acreedores consagrado en el art. 2465 del Código Civil⁸. Por otro lado, es curiosa esta interpretación de la Corte Suprema sobre el Artículo 16 del Código Civil, ya que en realidad dicha norma es una norma de fondo aplicable a los bienes y no una norma de carácter jurisdiccional.

Volviendo al tema, la aplicación de la ley de la situación a los bienes resulta lógica y óptima para los bienes inmuebles que no cambian de situación, sin embargo,

5 Por ejemplo, de conformidad al Código de Bustamante, la situación de los créditos se determina por el lugar en que se hacen efectivos, y si no estuviere precisado, por el domicilio del deudor (Art. 107). La propiedad industrial, se consideran situadas donde se hayan registrado oficialmente (Art. 108). Las concesiones se reputan situadas donde se hayan obtenido legalmente (Artículo 109).

6 Mereminskaya, Elina. Las Paradojas del Derecho Internacional Privado Chileno. Revista de Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. N° 1. Año 2007. P. 150.

7 A modo ejemplar, en causa Ingreso Corte N° 1419-2010, por resolución de fecha 11 de agosto de 2010, la Excma. Corte Suprema conociendo sobre una solicitud de exequátur relativo a un embargo preventivo ordenado por un tribunal argentino sobre unas acciones sociales de un chileno en sociedades chilenas, denegó la solicitud de exequatur en base al siguiente razonamiento: “*Séptimo. Que como lo ha sostenido anteriormente este tribunal, la circunstancia que la decisión disponga respecto de un bien situado en Chile pues la invocada en la especie por la interesada resuelve el embargo preventivo de parte de las acciones de una sociedad comercial chilena, domiciliada en Chile- deja de manifiesto la inconcurrencia de los requisitos referidos, en particular el del numeral segundo, toda vez que aquella transgrede el precepto que regula la condición de dichos derechos por encontrarse en Chile, norma de orden público que resulta vulnerada desde una doble perspectiva, sustantiva y adjetiva, como se destacó en el traslado evacuado a fojas 22. Ello, por cuanto el artículo 16 de Código Civil previene que los bienes situados en Chile están sujetos a la jurisdicción nacional, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en el país, siendo improcedente, entonces, pretender su afectación sobre la base de normativa extraña a la interna. Tal regla también es recogida por el artículo 105 del Código de B., al sujetar el destino del bien de que se trate a la legislación del lugar de situación del mismo”.*

8 Ríos de Marimón, Hernán. Ob. Cit. p. 76

los bienes muebles por su naturaleza pueden cambiar de situación, generándose un cambio en la ley aplicable. ¿Qué pasa con los bienes en tránsito o los bienes del viajero, por ejemplo? Según nuestro ordenamiento, se regirían por la ley de su situación, pero hay casos en que se producirán dudas sobre qué ley aplicar o qué ley es la más apropiada aplicar.

Por otro lado, existen bienes con regulación especial que se apartan de la *lex rei sitae*, adoptando otros criterios para determinar la ley aplicable al bien.

ii. Algunas excepciones a la *lex rei sitae*

No todos los bienes en Chile están regidos por la ley de su situación, existen algunos bienes regulados en normativas especiales que escapan de la regla general, dando el legislador distintas soluciones en atención a su naturaleza.

a) *Propiedad Intelectual*

En materia de propiedad intelectual se ha hecho un esfuerzo de armonización entre los países de derecho continental. A modo ejemplar está el convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, al que Chile adhirió en 1975 y el cual ha sido ratificado por más de 180 países. De conformidad a este tratado, los autores de obras surgidas del intelecto gozan de protección en todos los países de la Unión, no estando subordinado el goce y ejercicio de sus derechos a ninguna formalidad e independientemente de la protección de la obra en el país de origen (Artículo 5 del Convenio de Berna⁹).

A su vez, la Ley de Propiedad Intelectual Chilena N° 17.336 reconoce los derechos de propiedad intelectual por el solo hecho de creación de la obra, a los chilenos y extranjeros domiciliados en Chile, y, respecto de los extranjeros no domiciliados

9 El artículo 5 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de Derechos garantizados, señala en la parte pertinente que:

“1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio.

2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.

3) La protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.

4) Se considera país de origen:

(a) para las obras publicadas por primera vez en alguno de los países de la Unión, este país; sin embargo, cuando se trate de obras publicadas simultáneamente en varios países de la Unión que admitan términos de protección diferentes, aquél de entre ellos que conceda el término de protección más corto;

(b) para las obras publicadas simultáneamente en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión, este último país;

(c) para las obras no publicadas o para las obras publicadas por primera vez en un país que no pertenezca a la Unión, sin publicación simultánea en un país de la Unión, el país de la Unión a que pertenezca el autor; sin embargo,

(i) si se trata de obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o su residencia habitual en un país de la Unión, éste será el país de origen, y

(ii) si se trata de obras arquitectónicas edificadas en un país de la Unión o de obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión, éste será el país de origen”

en el país se les reconoce protección de conformidad a los tratados internacionales (artículo 2¹⁰).

Como podemos ver, en materia de propiedad intelectual nos alejamos de la ley de la situación del bien, puesto que en virtud de tratados internacionales y de los esfuerzos realizados por organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, los derechos de los autores de las obras son protegidos en diversos ordenamientos jurídicos independientemente del lugar de origen de la obra o de la nacionalidad del autor.

b) Propiedad industrial

Los derechos de propiedad industrial se rigen por la ley de su inscripción. Así lo establece la Ley N° 19.039 en su Artículo 2° inciso 2°, al indicar que: *“Los derechos de propiedad industrial que en conformidad a la ley sean objeto de inscripción, adquirirán plena vigencia a partir de su registro, sin perjuicio de los que correspondan al solicitante y de los demás derechos que se establecen en esta ley”*.

Ahora bien, existen excepciones a dicha regla general, como por ejemplo el impedimento a la inscripción de una marca reconocida en el extranjero, siempre que ellas gocen de fama y notoriedad en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos¹¹, lo que constituye una especie de reconocimiento preventivo.

Como podemos ver, la propiedad industrial a diferencia de la propiedad intelectual, tiene vigencia estrictamente territorial. Entonces, si no existe un tratado que permita reconocer un privilegio de un Estado frente a otro Estado, la vigencia del registro sirve únicamente en el país en que está registrado.

c) Naves y aeronaves

En materia de naves y aeronaves, se aplica la ley de la matrícula, según la normativa del Código de Comercio y el Código Aeronáutico, respectivamente.

En cuanto a las naves, el Código de Comercio establece formalidades contractuales, así, la enajenación de naves mayores y la constitución de derechos reales sobre ellas, se debe efectuar por escritura pública cuando ocurran en Chile; y respecto de las naves menores, los actos y contratos deben constar por escrito, debiendo estarse a la Ley de Navegación para distinguir entre naves mayores y menores. Ahora bien, para que opere la transferencia del dominio y la constitución de derechos reales sobre las

10 El artículo 2 de la Ley N° 17.336 establece que: *“La presente ley ampara los derechos de todos los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión chilenos y de los extranjeros domiciliados en Chile. Los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión extranjeros no domiciliados en el país gozarán de la protección que les sea reconocida por las convenciones internacionales que Chile suscriba y ratifique. Para los efectos de esta ley, los autores apátridas o de nacionalidad indeterminada serán considerados como nacionales del país donde tengan establecido su domicilio”*.

11 El Art. 20 letra g) Ley 19.039 estipula que: *“No podrán registrarse como marcas.... g) Las marcas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen, en forma de poder confundirse con otras registradas en el extranjero para distinguir los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales, siempre que ellas gocen de fama y notoriedad en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales, en el país originario del registro”*.

naves, los actos jurídicos deberán constar, a lo menos, en instrumentos escritos cuyas firmas estén autorizadas por un ministro de fe y, además, se inscribirán y anotarán en los registros respectivos en Chile (artículo 832).

En cuanto a las aeronaves, el Código Aeronáutico establece que tienen la nacionalidad del Estado en donde estuvieren matriculadas. Una aeronave inscrita en el Registro Nacional de Aeronaves pierde la nacionalidad chilena al ser matriculada en un Estado extranjero; y, para inscribir una aeronave matriculada en el extranjero, deberá previamente acreditar la cancelación de la matrícula anterior (artículos 35 y 36). También, el mismo código señala que para inscribir el dominio de la aeronave se acompañará copia de la escritura pública o del instrumento privado protocolizado ante notario, que acredite su adquisición, y sin esta inscripción, la transferencia del dominio no producirá efectos respecto de terceros (artículo 49).

Como se aprecia, el Estatuto Real de las naves y aeronaves es la ley de su matrícula o registro, y no la ley de su situación, por lo que no hay problema de conflictos de leyes, pues la ley del registro pasa a resolver un problema de factor de conexión móvil o desplazamiento de la nave o aeronave a un territorio con otro ordenamiento jurídico.

iii. Problemas jurídicos relacionados con el Estatuto Real chileno

Si un bien se encuentra en todo momento situado en el territorio de un Estado, la conexión *lex rei sitae* se aplicará sin dificultad alguna. Sin embargo, pueden surgir problemas de la conexión *lex rei sitae* los que se relacionan con las consecuencias del desplazamiento de bienes muebles que, debido a su naturaleza dinámica pueden entrar en contacto con el tráfico jurídico de distintos Estados.

Entonces, cuando el bien cambia de situación, una o más veces, aparece la duda de qué ley debe ser aplicada ¿la ley del lugar original del bien, la ley del lugar de situación en el momento de presentarse la demanda, la ley del lugar donde se encontraba el bien cuando un tercero adquirió su posesión o trabó su embargo?¹²

En Chile, se da solución a algunos casos de conflictos móviles, como por ejemplo respecto de las naves o aeronaves, las que se rigen por la ley de su matrícula pero ¿qué pasa con los otros bienes muebles? Se presentan ciertos problemas relacionados con bienes en tránsito, los bienes del viajero, los derechos reales de garantía, la reserva de dominio, y la prescripción. Pasemos a analizar.

a) Bienes en tránsito

Que un bien esté en tránsito implica que está siendo transportado, aunque ocasionalmente se encuentre detenido por razones técnicas en algún almacén, puerto o estación ferroviaria¹³.

12 Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, *Sixto. Derecho Internacional Privado* 10ª ed., Madrid, Civitas-Thimson-Reuters, 218, pp. 741 ss

13 Fernández Rozas, José Carlos (coordinador). *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe. Estudios y materiales preparatorios y proyecto de ley modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014*. P. 554.

El lugar de situación del bien no resulta un criterio aceptable para determinar la ley aplicable a los bienes que se hallan en tránsito, pues su situación cambia a medida que se traslada o está próxima a cambiar en el momento en que llegue a su destino. En nuestro país no existe una regulación respecto de estos bienes.

¿Qué criterio ocupar para los bienes en tránsito? En los diversos sistemas de Derecho Internacional Privado se han formulado reglas específicas con respecto a la constitución, transmisión o extinción de derechos reales sobre bienes en tránsito, que tienden a basarse bien en lugar de origen o en el lugar de destino de éstos¹⁴.

Así, en Rumania¹⁵ es aplicable a los bienes en tránsito el derecho del Estado emisor, es decir, el lugar de origen del bien, salvo excepciones. Por otro lado, en Bélgica¹⁶, Hungría¹⁷, Italia¹⁸, Suiza¹⁹, Polonia²⁰, Uruguay²¹ y en la Ley Modelo OHADAC²², se utiliza el criterio de la ley de destino.

Hay ordenamientos en los que no se tratan los bienes en tránsito, pero se ocupan otros criterios generales respecto de los bienes que pueden servir para solucionar el factor móvil. Así por ejemplo Argentina²³, donde se distingue entre bienes muebles de “situación permanente” y aquellos que carecen de ella. En dicho ordenamiento, respecto de los bienes muebles de situación permanente, se aplica la ley de su situación y su desplazamiento no influye en los derechos que hayan sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior. Por el contrario, aquellos bienes que carecen de situación permanente, como aquellos que el propietario siempre lleva consigo o que son de uso personal o aquellos que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, se rigen por la ley del domicilio del dueño. Esta distinción entre bienes muebles de situación permanente y aquellos que carecen de ella, me parece complicada, puesto que los bienes muebles por regla general pueden cambiar de situación, por su propia naturaleza móvil, por lo que no recomendaría replicar en nuestro país dicha distinción.

Podemos ver entonces, que es ampliamente aceptado en derecho comparado que los bienes en tránsito deban regirse por la ley de su destino, lo que recomendaría replicar en Chile, puesto que se trata de la ley donde el bien permanecerá finalmente y generará vínculos más permanentes.

14 Fernández Rozas, José Carlos (coordinador). Ob. Cit. p. 555.

15 Picand Albónico, Eduardo. Derecho Internacional Privado, Legislación Extranjera. Editorial El Jurista. Año 2019. Ley Rumana N° 105 sobre la Reglamentación de las Relaciones del Derecho Internacional Privado, Artículo 53.

16 Picand Albónico, Eduardo. Ob. Cit. Ley que contiene el Código de Derecho Internacional Privado Belga, Art. 88.

17 Picand Albónico, Eduardo. Ob. Cit. Decreto Ley N° 13 sobre Derecho Internacional Privado del Consejo Presidencial Húngaro, artículo 23 N° 2.

18 Picand Albónico, Eduardo. Ob. Cit. Ley Italiana de Derecho Internacional Privado N° 218, Artículo 52.

19 Picand Albónico, Eduardo. Ob. Cit. Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, Artículo 101.

20 Picand Albónico, Eduardo. Ob. Cit. Ley de Derecho Internacional Privado de Polonia, Artículo 43

21 Picand Albónico, Eduardo. Ob. Cit. Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, Artículo 40.

22 <http://www.ohadac.com>. Anteproyecto de la Ley de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe relativa al Derecho Internacional Privado, Artículo 59.

23 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley N° 26.994, Arts. 2669 y 2670.

b) Bienes del viajero

Los bienes de la persona que está de viaje son una categoría especial de bienes móviles, pues se van desplazando junto con el viajero y, a diferencia de los bienes en tránsito, no necesariamente tienen un destino final, puesto que el viajero puede volver al país de origen. Surge la inquietud de qué derecho aplicar a dichos bienes.

En Rumania, se tratan los “efectos personales del viajero” como una excepción a la ley del Estado emisor (lugar de origen de la cosa transportada), sujetando dichos bienes al derecho patrio del viajero²⁴. En Hungría ocurre lo mismo, al someterse los bienes del viajero a ley personal de éste. En Argentina, como vimos, los bienes del viajero (*aquellos que el propietario siempre lleva consigo o que son de su uso personal*, señala el Art. 2670 del Código Civil y de Comercio) se rigen por la ley del domicilio de éste.

Los bienes del viajero tienen una vinculación con la persona que los transporta, por lo que en mi opinión resulta apropiado vincularlo a la ley personal de aquél como la de su domicilio, nacionalidad o residencia habitual.

c) Derechos reales de garantía

Si un bien mueble que está sujeto a un derecho real de garantía como una prenda, cambia de situación, como por ejemplo un automóvil en Chile gravado con prenda se desplaza a Argentina ¿qué ley será aplicable para el ejercicio del derecho real? ¿se le reconocerá valor a la prenda? ¿será la prenda oponible a terceros?

Como bien señala el profesor Meza Barros, los bienes empeñados no escapan a la persecución del acreedor por el hecho de que salgan del patrimonio del deudor, puede perseguir estos bienes en manos de quienquiera que los posea y a cualquier título que los haya adquirido (arts. 2393 y 2428)²⁵. ¿Pero si el bien no se encuentra en Chile, de que normativa deberá valerse el acreedor chileno para perseguirlo? ¿se le reconocerá su derecho?

De conformidad al Artículo 16 del Código Civil, la ley aplicable al bien prendado será la de la nueva situación, en el ejemplo dado más arriba, el derecho argentino. Ahora bien, el cambio de situación del bien no debería afectar los derechos adquiridos conforme a la ley donde existía al tiempo de su adquisición, sin embargo, el titular deberá cumplir con los requisitos legales de forma y fondo para exigir su derecho en el lugar de la nueva situación. La dificultad surge cuando los ordenamientos tienen diferentes requisitos para que el derecho real de garantía produzca efectos, como por ejemplo que el segundo ordenamiento exija la anotación del derecho a un registro y el primero no. En Chile, sabemos que la prenda civil se perfecciona por la entrega del bien al acreedor (Art. 2386), no requiriendo inscripción, y por otro lado, la prenda sin desplazamiento regulada por la Ley N° 20.190 se adquirirá, probará y

24 Picand Albónico, Eduardo. Ob. Cit. Ley Rumana N° 105 sobre la Reglamentación de las Relaciones del Derecho Internacional Privado, Artículo 53.

25 Meza Barros, Ramón. Manual de Derecho Civil, de las fuentes de las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. año 2010 [Recurso electrónico. VLEX]. p. 59

conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (Art. 25).

En algunos derechos comparados se les ha dado un tratamiento especial a los derechos reales de garantía, así por ejemplo en China “*las prendas serán regidas por el derecho del lugar donde hayan sido constituidas*”²⁶. En otros se hace distinción respecto de ciertos bienes muebles como los medios de transporte como el automóvil, ferrocarril, aeronaves o buques, respecto de los cuales los quedan regidos por la ley de su pabellón, matrícula o registro, así se regula en la Ley Modelo OHADAC²⁷.

Ahora bien, vale preguntarse si ¿Este tipo de derecho real de garantía, debe tener un tratamiento especial diverso de los otros derechos reales? Considero que sólo existiría justificación para darle un tratamiento diverso si se trata de derechos reales que deben ser objeto de registro. Entonces, en mi opinión, pasa a ser una tema vinculado a si el derecho real debe registrarse, y no en relación con el tipo de derecho real.

d) *La reserva de dominio*

La de reserva de dominio es una institución jurídica que se utiliza en diversos ordenamientos como garantía, puesto que el tradente mantiene el dominio de la cosa que se transferirá, hasta el cumplimiento de una condición o plazo, que normalmente será el pago del precio.

En Chile esta institución tradicionalmente ha carecido de aplicación práctica, por la contradicción entre los artículos 680 y 1874 del Código Civil. Por su lado, el artículo 680 consagra la reserva de dominio, sin embargo, el Artículo 1874 le quita efecto práctico, norma que primaría sobre la anterior por su especialidad.

El Artículo 680 del Código Civil señala que “*La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición*”. Pero el artículo 1874 indica que “*La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio*”. Esta norma, nos permite colegir que el efecto de la cláusula nos es otro que el derecho alternativo (remedios contractuales frente al incumplimiento de una obligación esencial) de solicitar la pretensión de cumplimiento específico o la resolución del contrato, desconociéndose el efecto suspensivo que entregaría el artículo 680 del Código Civil²⁸.

26 Picand Albónico, Eduardo. Ob. Cit. Ley de la República Popular China sobre las Leyes Aplicables a las Relaciones Civiles con Elementos de Extranjería, Artículo 40.

27 <http://www.ohadac.com>. Anteproyecto de la Ley de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe relativa al Derecho Internacional Privado, Artículo 60.

28 Gormaz, Alejandra. Notas para una reinterpretación del concepto de dominio como garantía atípica desde la cláusula de reserva de dominio. Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Ciencias Sociales y Jurídicas. N° 25. Año 2019. p. 187

Existen otros ordenamientos en los que la reserva de dominio tiene plena validez, resultando entonces que, si se pactó una reserva de dominio sobre un bien mueble, y dicho bien cambia de situación, resultaría injusto para el tradente que se reservó el dominio que se privara de efectos a la reserva en el nuevo lugar de la situación del bien.

La ley de Derecho Internacional Privado de Suiza establece en su art. 102.2 una solución práctica y justa a este problema, otorgando un plazo de validez de tres meses a la reserva de dominio constituida en el extranjero en caso de que ella no reúna los requisitos del derecho suizo, y una vez vencido dicho plazo, la reserva de dominio deberá cumplir con los requisitos legales de dicho país.

Ahora bien, en nuestro país pareciera ser más complejo establecer una norma como la de Suiza, toda vez que ni siquiera a nivel interno se le reconoce eficacia a la reserva de dominio por el choque normativo antes expuesto. Sin embargo, ello no obsta a poder buscar una solución práctica que no deje en indefensión al tradente que adquirió su derecho a reserva válidamente bajo el ordenamiento jurídico anterior.

e) *Prescripción*

Las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos al establecer plazos de posesión necesarios para la adquisición de un bien mueble por prescripción, puede llevar a resultados perjudiciales para el poseedor si se aplica de forma radical la ley de la situación del bien, puesto que el desplazamiento antes de completarse el plazo de prescripción en el lugar de origen puede acarrear la pérdida de la posesión anterior.

Hay ordenamiento como Hungría que, en su Ley de Derecho Internacional Privado, ha otorgado soluciones a esta problemática, al contemplar que *“(1) La usucapión de bienes estará regida por el Derecho del Estado en cuyo territorio se encuentra el bien para el momento en el cual se complete el tiempo necesario para la usucapión. (2) El cambio de la situación del bien no implica, en sí mismo, la interrupción de la usucapión”*.

La regulación húngara pareciera ser adecuada desde el punto de vista de no desconocer el período de posesión del bien en el otro ordenamiento, pero ¿qué pasa si el plazo de prescripción es mayor en el nuevo ordenamiento? Bueno, en dicha situación, la prescripción se regirá por la ley de la nueva situación del bien, por lo cual deberá completarse el plazo para adquirir por prescripción. Ahora bien, puede pasar al revés, que en el nuevo ordenamiento el plazo de posesión sea menor al establecido en el ordenamiento anterior, en dicho caso el adquirente se verá beneficiado.

En mi opinión, en estricto rigor no sería necesario regular el resguardo de la posesión anterior bajo el ordenamiento de la situación antigua del bien, puesto que el cambio de ordenamiento jurídico no afecta la situación de hecho ocurrida y, finalmente, el asunto radicaría en un tema probatorio sobre la posesión.

iv. Propuesta de reforma

De conformidad a algunos problemas jurídicos que surgen a partir del factor móvil de los bienes muebles, analizados previamente, mi propuesta de reforma al Derecho Internacional Privado chileno en cuanto al Estatuto Real es la siguiente:

En primer lugar, regularía los bienes en tránsito. De lo visto más arriba, la mayoría de los ordenamientos jurídicos analizados, ocupan como solución a los bienes en tránsito la ley de su destino. En mi opinión ese derecho resulta el más adecuado para estos bienes, porque se trata del lugar donde el bien quedará vinculado de forma más permanente, perdiendo su vinculación con su lugar de origen, además de dar certeza jurídica, ya que la ley de la situación no responde a las dificultades planteadas en el respectivo apartado.

En segundo lugar, recomendaría tratar los bienes del viajero, vinculándolos con la ley del domicilio, nacionalidad o residencia habitual de la persona que los transporta.

En tercer lugar, no le daría un tratamiento especial a los bienes reales de garantía, puesto que como señalé, lo relativo a este tipo de derechos, en mi opinión, se vincula con el tipo de bien en cuanto a si es sujeto a registro o no, que en lo relativo con el tipo de derecho real. Entonces, los bienes sujetos a registro o matrícula deben seguir vinculados a la ley del lugar donde son registrados o matriculados.

En cuarto lugar, sugeriría buscar el modo de dar protección a la reserva de dominio válidamente constituida en el extranjero, para evitar soluciones injustas que dejen sin garantía a quienes válidamente la constituyeron en función del lugar de origen del bien.

En quinto y último lugar, en cuanto a la prescripción me parece que no sería necesario explicitar que el plazo de posesión para adquirir por prescripción un bien no se pierde por el cambio de situación del bien, puesto que, en mi modo de ver, la posesión anterior pasa más por un tema probatorio que de ley aplicable, ya que al ser la posesión un hecho, podrá y deberá acreditarse la tenencia del bien con ánimo de señor y dueño por el plazo legal correspondiente, siendo indiferente el lugar donde dicho plazo transcurrió.

LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

APPLICABLE LAW TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS

PIA MOSCOSO RESTOVIC¹

RESUMEN

Hablamos de la ley aplicable a las obligaciones civiles no contractuales, para referirnos a las reglas que buscan reducir la discrecionalidad en la determinación de los factores de conexión, otorgando mayor certeza y previsibilidad al vínculo que determine el estatuto normativo aplicable a un conflicto internacional.

La caracterización de los propósitos perseguidos por el Derecho Internacional Privado permiten descubrir el sentido y alcance de un conjunto de disposiciones que se proponen para el Proyecto de Ley chilena de Derecho Internacional Privado.

En base a un estudio de Derecho comparado, la ley aplicable emerge como una síntesis de los criterios propuestos por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y su consagración en diferentes cuerpos normativos internacionales. No se ha querido dejar de lado la experiencia comparada en base a la normativa nacional de los países de la región. Tampoco se han dejado de lado los criterios divergentes seguidos por algunos Estados según la materia que se trata.

Los grandes temas, como la autonomía de la voluntad o la relación entre la ley del foro y la ley aplicable al asunto, siguen siendo el eje conductor de este estudio.

Finalmente, usando una técnica normativa en cascada se formula una regla general a la que le siguen normas especiales y cláusulas de escape. El trabajo concluye con una propuesta de normativa sectorial específica para ciertas materias: Daños por productos defectuosos, Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia, Daño medioambiental y Derechos de propiedad intelectual.

Palabras clave: Obligaciones extracontractuales, daños, ley aplicable, *lex loci damni*

ABSTRACT

Applicable law to civil non-contractual obligations refer rules that seek to reduce discretion in the determination of connection factors, granting greater certainty and predictability in the international applicable statute in an international conflict.

The characterization of the purposes pursued allow us to discover the meaning and scope that are proposed for the Chilean Bill of Private International Law.

Based on a comparative law study, the applicable law emerges as a synthesis of criteria proposed by the Hague Conference of Private International Law and its consecration in different international normative bodies. Comparative experience based on the national regulations of the countries of the region has been studied. The divergent criteria followed by some States have not been left aside either.

¹ Abogada. Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Magister en Derecho de Minería. Profesora de Derecho Privado en Universidad de Atacama. Domicilio Postal: Vallejos 480, Copiapó. Mail: piamoscoso@yahoo.com.

The major issues, such as the autonomy or the relationship between law of the forum and applicable law remain the driving force of this study.

Finally, using a cascade technique, a general rule is formulated followed by special rules and escape clauses. The work concludes with specific sectorial regulation proposal for certain subjects: Damages due to defective products, unfair competition and acts that restrict free competition, environmental damage and intellectual property rights.

Key words: Non-contractual obligations, Torts, applicable law, lex loci damni.

I. Introducción

Se entiende por “daños” todos los efectos del hecho dañoso, siendo el hecho dañoso el verdadero factor de conexión en esta clase de obligaciones. Dentro de los daños deben agregarse aquellos derivados de productos defectuosos, los daños que se deriven de un acto de competencia desleal o que restrinjan la libre competencia, los daños medioambientales y los daños a derechos de la propiedad industrial o intelectual. En el Derecho comparado los daños se extienden al enriquecimiento injusto, la gestión de negocios ajenos y la culpa in contrahendo. Para este artículo, dejaremos por ahora de lado los últimos tres. El modelo de Ley OHADAC no incluye enriquecimiento injusto, la gestión de negocios ajenos ni la culpa in contrahendo, como si lo hace el Reglamento No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)². La Ley modelo OHADAC aplica en estos casos las reglas generales en materia de hecho dañoso. Este estudio, propone la ley aplicable a las obligaciones internacionales extracontractuales para Chile. Para lograr este objetivo sintético se ha tomado como base la Ley Modelo OHADAC y se ha realizado un estudio de Derecho comparado.

II. La *lex fori* y la ley de responsabilidad civil extracontractual.

Por regla general, determinado el tribunal competente, la *lex fori* determinará también la ley aplicable al fondo del asunto. El tribunal competente aplicará, como es normal, la legislación de su Estado. Sin embargo, el juez competente no puede considerar que esta regla es un mandato imperativo o que constituye para él o ella una norma de orden público. Por cierto, el Orden Público es una limitante que siempre deberá tenerse en consideración para determinar los efectos de la ley extranjera en Chile. Pero para resolver conflictos internacionales y dotar de certezas al sistema es necesario que la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, según el Derecho chileno, deje claramente establecidas las hipótesis en las cuales se puede aplicar el Derecho extranjero.

En consistencia con lo anterior, el juicio de exequátur no debiera ser más que un procedimiento encamiado a asegurar la ejecutabilidad de una resolución internacional, en base a un examen formal. De lo contrario, existe un alto riesgo de que el exequátur se convierta en otra instancia, lo que haría ineficiente los procesos

² Ver artículos 10, 11 y 12 del Reglamento No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)

desarrollados en otras jurisdicciones. En materia de obligaciones extracontractuales se reabrirían procesos en Chile, bajo una interpretación nacionalista de la *lex loci delicti*, cuestión que debe evitarse.

En United Kingdom³ y en general en los Estados de la Commonwealth⁴ la ley aplicable es la del lugar donde se han manifestado las consecuencias. Esta es la regla general, la que será desplazada sólo por la ley del lugar donde existen vínculos de conexión más significativos con el asunto, según la calificación que haga el juez de los hechos. En efecto, en UK la calificación de los hechos a efecto de determinar el Derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual es competencia de los tribunales del foro. De esta forma, la competencia judicial internacional será de suma importancia porque de esta forma el juez calificará la ley aplicable al asunto. Esta regla, por tanto, se funda en un factor subjetivo entregado al juez competente, más que a una regla de reenvío internacionalmente estandarizada⁵.

Por otro lado, el moderno Derecho Internacional Privado reconoce la autonomía de la voluntad de las partes de un conflicto para determinar la ley aplicable incluso en materia de obligaciones extracontractuales⁶. De lo anterior resulta la posibilidad cierta de aplicar una ley extranjera en Chile. Si bien esta posibilidad es poco probable, porque en materia de obligaciones extracontractuales las partes no suelen convenir previamente los efectos jurídicos del daño, resulta que si es una probabilidad no remota por ejemplo para daños civiles asociados a delitos penales.

Por otro lado, en materia de delitos penales, se ha defendido que en ilícitos en los cuales se relaciona la responsabilidad civil con la responsabilidad penal existe una importante conexión entre ambos efectos (penales y civiles) por lo que debiera aplicarse la ley del mismo Estado, la que coincidiría en la mayoría de los casos con la ley del foro. Por nuestra parte, consideramos que el reconocimiento y ejecutabilidad procesal de los asuntos civiles no pueden ser homologables a los procedimientos penales. No sólo porque en los procedimientos penales los bienes jurídicos están tipificados por cada Estado en base a una ley de interpretación estricta, sino también porque la ejecutabilidad internacional en materia penal por regla general reclama la captura internacional y la extradición para radicar un juicio en un determinado lugar, con independencia del lugar donde se manifiesten los efectos civiles del delito.

III. Autonomía de la voluntad.

La ley Modelo OHADAC reconoce que la autonomía conflictual en el plano de la responsabilidad extracontractual es coherente con la posibilidad de que las partes eligen el tribunal competente.

3 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act of 1995. Chapter 42. Part III. Choice of Law in tort and Delict.

4 Ley australiana de elección de Derecho Aplicable.

5 UK Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act of 1995. Purpose of Part III "The characterization for the purposes of private international law of issues arising in a claim as issues relating to tort or delict is a matter for the courts of the forum."

6 Ver Artículos 132 y 133 de la Ley DIPr suiza.

Respecto al acuerdo de elección de la ley aplicable, la ley modelo OHADAC se limita a establecer que la elección debe ser expresa o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso.

Sin perjuicio de ello, esta ley modelo admite ciertos límites a la autonomía de la voluntad para ciertas obligaciones extracontractuales. Tal situación ocurre en materia de ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos de competencia desleal, actos que restrinjan la competencia y actos sobre infracción de derechos de propiedad intelectual. En estos casos, la Ley modelo OHADAC ha considerado que se trata de ámbitos en los cuales los criterios de conexión empleados, los efectos en el mercado y la regla *lex loci protectionis* son imperativos, de modo tal que se protege el objeto regulado por existir intereses públicos o colectivos. Por otro lado, la elección de ley en base a la autonomía de la voluntad debe considerar a la parte más débil de la relación internacional, a objeto de asegurar un consentimiento válido.

En el Derecho comparado, la Ley de Derecho Internacional Privado suiza reconoce a las partes la posibilidad de convenir en todo momento la ley aplicable⁷.

El Código Belga de Derecho Internacional Privado, en cambio, no reconoce la autonomía de la voluntad para determinar la ley aplicable al hecho dañoso⁸. En el mismo sentido la Ley italiana de Derecho Internacional Privado⁹. Sin perjuicio de esto, la ley italiana reconoce a la víctima del hecho dañoso la posibilidad de elegir la ley aplicable en el lugar donde se produjo el hecho generador del daño. En el mismo sentido tenemos el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado boliviano¹⁰ y la Ley de Derecho Internacional Privada venezolana¹¹. Por su parte, el Proyecto mexicano de Ley de Derecho Internacional Privado no se pronuncia sobre la posibilidad de que opere la autonomía de la voluntad o la posibilidad de una convención sobre la materia¹².

1. Regla General.

Tanto la Ley modelo OHADAC¹³ como el Reglamento Roma II¹⁴ coinciden en formular una norma general para obligaciones internacionales extracontractuales. Para la ley chilena de Derecho Internacional Privado se propone la *lex loci damni*.

En efecto, la ley aplicable, por regla general, será la del Estado donde se produce el daño directo (*lex loci damni*) con independencia del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño (*lex loci delicti commisi*). De esta forma quedan excluidas las leyes de los Estados en donde se verifican daños indirectos.

7 Artículo 132 de la Ley de DIPr suiza: "Les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir à tout moment de l'application du droit du for".

8 Artículo 99 del Código Belga de Derecho Internacional Privado.

9 Artículo 62 de la Ley italiana de DIPr.

10 Artículo 73 de Proyecto de Ley de DIPr boliviano.

11 Artículo 32 de Ley de DIPr venezolana. Gaceta Oficial No 36.511 de 6 de agosto de 1998.

12 Artículo 100 de Proyecto de Ley de DIPr, sobre obligaciones contractuales y extracontractuales.

13 Artículo 52.2 Ley Modelo OHADAC.

14 Artículo 4 del Reglamento «Roma II».

Este punto de conexión otorga una base objetiva precisando la ley aplicable en los casos en los cuales existe disociación entre el lugar de origen o lugares donde se localiza la conducta o actividad causal, por un lado y por otro lado el lugar donde el daño se manifiesta, especialmente cuando junto al daño directo existan daños indirectos, derivados, colaterales o por repercusión en otros Estados. En todos estos casos la ley aplicable es la del lugar donde se manifiesta el daño directo¹⁵.

El Reglamento Roma II aplica la *lex loci damni*, considerando “un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada, y corresponde también a la concepción moderna del Derecho de responsabilidad civil y al desarrollo de los regímenes de responsabilidad objetiva” (Considerando 16).

Esta regla tiene excepciones; por ejemplo en materia de ley aplicable a daños civiles asociados a daños ambientales o daños asociados a derechos del consumidor, casos en los cuales los daños pueden derivarse de un mismo hecho generador territorialmente deslocalizado. En estos casos especiales la víctima tendrá el derecho a elegir la ley aplicable según el lugar del hecho generador o según el lugar donde se manifestaron los daños directos. Esta regla es una aplicación del principio *favor laesi*¹⁶ en materia de ley aplicable. Resulta interesante constatar que la “regla de ubicuidad” reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para determinar la competencia judicial internacional, pueda aplicarse también a la determinación de la ley aplicable en obligaciones extracontractuales internacionales. Nos encontramos en los albores de un nuevo Derecho global, según el cual la responsabilidad civil internacional y especialmente el daño civil internacional son categorías jurídicas cuyos elementos están disociados territorialmente, no obstante obedezcan a una misma unidad de acción.

En el Derecho comparado La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado¹⁷ opta por la *lex loci damni* otorgando a la víctima la posibilidad de elegir la aplicación del Derecho del Estado donde se localiza la causa generadora del hecho ilícito¹⁸.

Por otro lado en el Reino Unido, la regla general en materia de ley aplicable es la del Estado donde los hechos constitutivos de daño o delito civil han ocurrido¹⁹. Esta regla no distingue entre lugar del hecho generador del daño y lugar de manifestación del daño propiamente tal. Deja abierta la posibilidad a que el juez competente determine dónde se concentran la mayor cantidad de hechos constitutivos de responsabilidad,

15 Considerando 17 del Reglamento «Roma II»: “La legislación aplicable debe determinarse sobre la base del lugar en el que se produzca el daño, independientemente del país o países en los que pudiera haber consecuencias indirectas. En consecuencia, en casos de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño debe ser el país en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad, respectivamente.”

16 Moscoso, Pia, Principio Favor Laesi y “Parte más Débil” en la Competencia Judicial Internacional por daño Ambiental Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, Año XLV, Núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 571-594.

17 En el mismo sentido la Ley italiana de Derecho Internacional Privado (Gaceta Oficial de la República Italiana, de 03-06-1995) artículo 62 y el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado boliviano, artículo 73.

18 Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Artículo 32: “Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito.”

19 UK Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act of 1995. Part III. Num. 11. Choice of applicable law: the general rule. “The general rule is that the applicable law is the law of the country in which the events constituting the tort or delict in question occur.”

de modo tal que la existencia de factores de conexión significativos pueden desplazar la regla general.

Finalmente el Código Civil argentino, en el libro 8 sobre Derecho Internacional Privado sigue una regla diferente. Según este Derecho, la ley aplicable es la del Estado donde el acto dañoso ha sido cometido, de modo que las consecuencias o los efectos del acto no alteran el Derecho aplicable, excepto cuando el comitente “pudo prever” que el resultado dañoso se extendería a otro Estado²⁰.

2. *Residencia habitual.*

La residencia habitual es una conexión específica que constituye una excepción a la regla general. En este supuesto, cuando ambas partes tienen residencia habitual común al momento del hecho dañoso, tal lugar determina la ley aplicable.

La ley Modelo OHADAC introduce un tratamiento diferenciado para los casos en los cuales las partes tengan residencia habitual común al momento del daño.

En la práctica esta posibilidad facilita la aplicación de ley del foro, cuando las partes se encuentran en el mismo lugar.

A objeto concretar una definición de residencia habitual para una sociedad, asociación o persona jurídica será útil el lugar de la administración central²¹. El lugar de la administración central es aquel donde se imputa un centro de administración y coordinación, respecto del cual es posible evidenciar la dirección económica exclusiva de la sociedad o dirección económica esencial si hablamos de grupo de sociedades.

En el Derecho comparado, el Código Civil argentino²² establece dentro de las Disposiciones Generales que, a falta de norma especial, las acciones personales deben interponerse ante los tribunales donde el demandado tiene su residencia habitual. En este caso, el factor de conexión relativo a la residencia habitual sólo sirve para determinar el tribunal competente. En materia de obligaciones extracontractuales, en cambio, la ley aplicable en Argentina es aquella donde ambas partes tienen su “domicilio”, en subsidio la ley aplicable es la del lugar donde el acto dañoso ha sido cometido. Como se observa, el caso argentino es una excepción a la tendencia internacional en materia de vínculos de conexión, favoreciendo la traba de la litis fuera del país, así también como la aplicación del Derecho extranjero. No existe un derecho de opción para la víctima del daño, la que está obligada a recurrir por regla general a un foro extranjero. Sólo se considera la aplicación del Derecho argentino si la acción se comete en dicho país. En el caso de daños internacionales bastaría

20 Artículo 2622 Código Civil argentino: “Responsabilidad civil. Las pretensiones dirigidas a hacer efectiva una responsabilidad civil se rigen por el derecho del Estado donde tanto el presunto responsable del daño como el damnificado tienen su domicilio.

Si no tienen domicilio en un mismo Estado, estas pretensiones se rigen por el derecho del Estado en el cual el acto dañoso ha sido cometido. No obstante, si el daño se produjese en otro Estado, el derecho de este Estado será aplicable si el autor pudo prever que el resultado dañoso se produciría en él.

Después de producido el hecho dañoso y hasta el momento de la traba de la litis, las partes pueden convenir la aplicación del derecho del foro.”

21 Este ha sido el criterio elegido por Reglamento «Roma II», artículo 23.

22 Artículo 2545 Código Civil argentino en relación con artículo 2622 del mismo Código.

acreditar que el daño tuvo un principio de ejecución en otro país para excluir la aplicación de la legislación argentina.

Con una perspectiva similar, el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado mexicano hace aplicable el Derecho del lugar donde aconteció el evento generador de la obligación o responsabilidad extracontractual²³. En relación con este criterio, el proyecto mexicano si opta por referirse a la residencia habitual, en este caso de la persona que causó el daño. En materia de daño internacional el lugar de la causa puede estar localizado en otro Estado, como ocurre por ejemplo en los casos de contaminación transfronteriza. Incluso para este caso, el proyecto de ley mexicano opta por aplicar la ley del lugar donde se produjo el hecho generador²⁴.

Finalmente en otras legislaciones, como la Ley australiana de Derecho Internacional Privado, la referencia a la residencia habitual sólo se aparece en estatutos especiales, en los cuales la residencia se considera importante, como por ejemplo en materia de accidentes de tránsito, en los cuales se toma en cuenta la residencia de las partes involucradas al momento del accidente²⁵.

3. *Claúsula de escape.*

Para la Ley chilena se propone establecer una cláusula de escape o de excepción que otorgue al juez la posibilidad de reconocer vínculos más estrechos con la ley de otro Estado. En este último caso, se advierte coherencia con la ley del foro especialmente en materia de medidas cautelares para protección de la extensión del daño.

Esta cláusula que fue establecida anteriormente por el Reglamento Roma II introduce flexibilidad con base al vínculo de mayor proximidad. Es excepcional y por tanto debe ser de interpretación restrictiva. Exige vínculos “manifiestamente” estrechos, lo que implica que la conexión con otro ordenamiento debe ser evidente y determinado caso a caso.

El mismo Reglamento Roma II otorga un ejemplo de “vínculo manifiestamente más estrecho” como aquél basado en una relación preexistente entre las partes, por ejemplo un contrato, estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión²⁶.

En el Derecho comparado, el caso inglés demuestra que la regla general para determinar la ley aplicable es precisamente que el caso tenga factores de conexión significativos con un Estado. No podríamos hablar en este caso de interpretación restrictiva, sino de cómo la jurisprudencia inglesa ha dotado de contenido a los factores de conexión que se relacionan con las partes y con los hechos que constituyen el delito civil²⁷.

23 Artículo 102 del Proyecto de Ley de DIPr mexicano.

24 Artículo 94 del Proyecto de ley de DIPr mexicano: “En caso de responsabilidad por contaminación ambiental, se aplicará el orden jurídico que resulte más favorable al afectado, de entre el vigente en el lugar donde se generó la misma, o el del lugar donde tal contaminación produjo sus efectos, o el de la residencia de la persona que la causó.”

25 Ley australiana de elección del Derecho aplicable de 1992. Apartado 7.2.a.

26 Ver artículo 4.3 del Reglamento «Roma II».

27 UK Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act of 1995. Part III. Num. 11. Choice of applicable law: the general rule. 12.2: “The factors that may be taken into account as connecting a tort or delict with a country for the purposes of this section include, in particular, factors relating to the parties, to any of the events which constitute the tort

La propuesta para la ley chilena es:

“Art. *Norma general.*

1. *Autonomía de la voluntad.* La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley elegida por el responsable y la víctima. La elección de la ley aplicable deberá ser expresa o resultar de manera evidente de las circunstancias del caso.

2. *Regla general: lex loci damni.* En defecto, se aplicará la ley del lugar donde se produce el daño, independientemente del lugar donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países donde se producen las consecuencias indirectas del hecho dañoso. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan residencia habitual en el mismo Estado en el momento en que se produce el daño, se aplicará la ley de ese Estado.

3. *Cláusula de escape.* Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto del indicado en los apartados precedentes, se aplicará la ley de este otro Estado.”

IV. Estatutos Especiales.

1. *Responsabilidad por daños por productos defectuosos.*

La Ley modelo OHADAC, el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos (2 de octubre de 1973) y el art. 5 del Reglamento Roma II coinciden en incorporar un régimen específico a la responsabilidad por productos defectuosos.

A falta de elección de la ley aplicable por las partes, el art. 53 de la Ley Modelo OHADAC aplica la ley del Estado donde la persona perjudicada tiene su residencia habitual al momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho Estado. En subsidio, se aplica la ley del Estado donde se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho Estado. En defecto de este criterio, se aplica la ley del Estado donde se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho Estado. En subsidio de los criterios anteriores se aplica la ley del Estado donde radica el establecimiento del responsable²⁸. Finalmente si el asunto presenta vínculos más estrechos con otro Estado, se aplica la ley de ese Estado.

La propuesta para la ley chilena es:

“1. *Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.*

1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será:

or delict in question or to any of the circumstances or consequences of those events.”

28 En el mismo sentido ver artículo 5 del Reglamento «Roma II», inspirado en los artículos 4, 5 y 6 de Convenio de la Haya sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos hecho el 2 de octubre de 1973.

- a) la ley del Estado en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho Estado;
 - b) en su defecto, la ley del Estado en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho Estado;
 - c) en su defecto, la ley del Estado en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho Estado;
 - d) en su defecto, la ley del Estado en que radica el establecimiento del responsable.
2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto del indicado en el apartado precedente, se aplicará la ley de este otro Estado.”

2. *Competencia desleal y actos que afectan la libre competencia.*

La propuesta de Ley Modelo OHADAC se aplica a la responsabilidad derivada de actos de competencia, que se suma a normas específicas para prácticas de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia. Esta diferencia respecto de la norma general sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es heredera del art. 6 del Reglamento Roma II. Las disposiciones europeas abarcan prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado, acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o abusos estén prohibidos según los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

La normativa sobre competencia desleal y prácticas restrictivas a la libre competencia cumplen funciones esenciales en la protección de intereses colectivos y generales de los participantes en el mercado y su buen funcionamiento²⁹.

En este sentido, la aplicación de la ley del mercado del lugar donde los competidores actúan se ajusta a las expectativas de los posibles perjudicados, garantizando la igualdad de trato entre los agentes económicos del mercado que resulte o pueda resultar afectado.

Los actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor en particular se regirán por la norma general, esto es *lex loci damni*. De esta forma, no se aplica el criterio de los efectos sino la regla general sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Sin perjuicio de ello, cuando responsable y víctima tienen su residencia en el mismo país la ley aplicable será la del lugar de la residencia habitual común: Finalmente, también puede aplicarse la ley de otro país con el cual el caso tenga manifiestamente más conexiones.

A diferencia del Reglamento Roma II se reconoce a las partes autonomía conflictual respecto a las consecuencias patrimoniales de los actos de competencia desleal.

La propuesta para la ley chilena es:

“2. *Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia.*

²⁹ Artículos 136 y 137 de la Ley DIPr suiza.

1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del Estado en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados.
2. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del Estado en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.
3. Los actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor en particular se registrarán por la norma general, esto es *lex loci damni*.
4. Sólo será posible elegir la ley aplicable según la autonomía de la voluntad de las partes en lo relativo a las consecuencias económicas que se derivan de las obligaciones extracontractuales.”

3. *Daño medioambiental.*

En este punto se ha seguido el modelo de ley aplicable establecido en el Reglamento Roma II para la obligación civil extracontractual derivada de un daño medioambiental y al daño ambiental en sí mismo, en cuanto también tiene naturaleza extracontractual. El nivel de protección ambiental establecido por el legislador comunitario brinda a la víctima el derecho de reclamar el resarcimiento de los daños pudiendo elegir entre aquella conexión y la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño³⁰.

Según el Reglamento Roma II, considerando 24 del preámbulo, el daño ambiental es una definición autónoma que incluye el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural y/o un perjuicio a la biodiversidad.

Por nuestra parte la regla específica otorga a la víctima la facultad de optar por el ordenamiento que le resulte más favorable en este tipo de supuestos, reconociéndose así la regla de ubicuidad para este tipo de daños. Pero además se innova aclarando que los daños que se rigen por esta regla incluyen a los daños ambientales propiamente tales, como a los daños civiles, por cuanto unos y otros derivan de un mismo hecho generador.

Finalmente, la regla hace referencia a los daños presentes y a los daños futuros, haciéndose cargo de los principios preventivo y precautorio, que rigen sobre la materia.

Este criterio es coherente con el *optio fori* que rige en la materia y con el principio *favor laesi* o de protección a la parte más débil.

La propuesta para la ley chilena es:

“3. *Daño medioambiental.*

³⁰ Alto estándar de protección que se recoge también en el Tratado de la Unión Europea, artículo 174 TCE.

La ley aplicable a la responsabilidad por daños medioambientales y por daños civiles asociados a un daño ambiental será, a elección de la víctima, la ley del lugar donde el daño se manifiesta o pudiere manifestarse o la ley del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño.”

4. *Derechos de propiedad intelectual.*

El carácter incorporal de estos bienes hace posible su ejercicio simultáneo en diferentes lugares, de modo que pueden ser infringidos dentro del territorio donde están protegidos o fuera de este, en cuyo caso pueden no tener si quiera reconocimiento.

Los diversos sistemas de DIPr suelen coincidir en que la ley aplicable a la tutela de estos derechos es la del territorio en el que se reclama la protección, especialmente por sistemas que pueden carecer de una regla de conflicto específica sobre la materia.

La ley de protección no coincide necesariamente con la *lex fori*. En efecto, los tribunales competentes pueden conocer de infracciones de derechos de propiedad intelectual extranjeros.

El supuesto de hecho de esta norma es limitado, porque sólo se refiere a la obligación extracontractual asociada a una infracción de un derecho de propiedad intelectual. Deja de lado todos los demás aspectos del régimen de regulación.

El fundamento de la regla *lex loci protectionis* consiste en otorgar al factor de conexión con el Estado que reconoce el derecho intelectual un carácter imperativo, excluyéndose la posibilidad de que las partes elijan como ley aplicable la de otro Estado.

La posibilidad de recurrir a la autonomía de la voluntad está limitada a los efectos patrimoniales por la infracción de esta clase de derechos. El mismo criterio se sigue en los casos de competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia. Todo lo anterior es sin perjuicio de que los contratos sobre derechos de propiedad intelectual, los cuales se rigen por las disposiciones relativas a los contratos³¹.

La propuesta para la ley chilena es:

“4. *Derechos de propiedad intelectual.*

1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de propiedad industrial, será la ley del Estado para el que se reclame la protección.
2. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al principio de la autonomía de la voluntad en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.”

31 En este mismo sentido art. 110 apartado 2 Ley suiza de DIPr de 1987, art. 86 del Código Belga de DIPr.

V. **Ámbito de la ley aplicable para obligaciones extracontractuales.**

Esta norma determina las materias a las que se extiende la ley que rige las obligaciones extracontractuales, según los artículos precedentes.

Esta norma es importante para determinar el alcance de otras normas de conflicto. Así sucede, por ejemplo en materia de propiedad intelectual³².

La enumeración es meramente indicativa.

La propuesta para la ley chilena es:

“Artículo. *Ámbito de la ley aplicable.*

La ley aplicable a la obligación extracontractual regula:

- i) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos;
- ii) las causas de eximición, limitación y reparto de la responsabilidad;
- iii) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños y la indemnización solicitada;
- iv) las medidas para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;
- v) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización;
- vi) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;
- vii) la responsabilidad por actos de terceros;
- viii) el modo de extinción de las obligaciones, prescripción y caducidad de las acciones, inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.”

³² La regulación del ámbito de la ley aplicable a obligaciones extracontractuales ha sido propuesta en distintos cuerpos de normas con el mismo sentido y extensión. Ver: a.) artículo 15 del Reglamento Roma II y b.) artículo 57 de la Ley Modelo OHADAC, e.) artículo 15 del Reglamento Roma II. Asimismo, y en ámbitos sectoriales según sus materias, ver: a.) artículo 8 del Convenio de la Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 4 de mayo de 1971, b.) artículo 8 del Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos de 2 de octubre de 1973.

LA RESIDENCIA HABITUAL COMO FACTOR DE CONEXIÓN DEL ESTATUTO PERSONAL

HABITUAL RESIDENCE AS THE CONNECTING FACTOR REGARDING PERSONAL STATUS LAW

CARLOS VILLARROEL BARRIENTOS¹

RESUMEN

En Chile no existe estatuto personal. Y si bien ha habido múltiples intentos de construirlo a partir de la normativa disponible, todos estos ensayos han sido en vano. Por este y otros motivos, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos junto a la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado sugirieron una Comisión encargada de formular una Ley General de Derecho Internacional Privado

En este artículo se analizan los motivos por los cuales dicha Comisión se decidió por la residencia habitual como el factor de conexión más adecuado para esta materia. Para ello, se explica la superación de la idea de nacionalidad o domicilio para estos efectos, sobre la base de un principio sobre la base de un principio de carácter territorial que no tiene elemento subjetivo, favorece la actualidad de la situación del sujeto y respeta la elección efectuada por las personas.

Palabras clave: Estatuto personal, persona, ley de derecho internacional privado, residencia habitual

ABSTRACT

There is no personal status law in Chile. And even if there have been multiple attempts to build such a law by resorting to the available rules, each of these efforts have been in vain. Because of this and other reasons, the Ministry of Justice and Human Rights in cooperation with the Chilean Association of Private International Law have suggested the creation of a Commission in order to formulate a General Private International Law.

This article discusses the reasons why the Commission decided that habitual residence should be the connecting factor regarding personal status law. To achieve such an objective, the article explains the overcoming of the ideas of nationality and domicile for these matters, on the basis of a territorial principle that has no subjective element, favours the current situation of the subject and respects the choice made by people.

Keywords: Personal status law, person, private international law bill, habitual residence

Quien se dirige a Uds. es miembro de la Comisión que surgió como iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado para formular una Ley General de Derecho Internacional Privado.

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro ADIPRI.

Este es un anhelo muy caro para quienes nos hemos desempeñado por años como profesores de Derecho Internacional Privado. En efecto, en Chile las normas que constituyen esta disciplina se encuentran dispersas en muchos cuerpos normativos, las más importantes de ellas son antiguas –vienen del siglo XIX- y el conjunto de tales normas son insuficientes para cubrir todos los aspectos que exige nuestra disciplina desde una perspectiva moderna.

En Chile la primera pregunta que surge, que en otras partes se da por sentado, es si vamos a tener o no un estatuto personal que se aplique a todas las personas naturales y jurídicas, sean chilenos o extranjeros y se encuentren en Chile o no. En Chile no hay verdadero estatuto personal. Sólo existe un respeto limitado al estatuto personal de los chilenos en el extranjero, fundado en la nacionalidad y al amparo del artículo 15 del Código Civil. Algunos especialistas de nuestra disciplina se han esforzado por construir un estatuto personal a partir de la nacionalidad, del domicilio y aún de la mera habitación. Tales esfuerzos han sido loables, pero no convincentes. La Comisión ha resuelto que la Ley de Derecho Internacional Privado reconozca un verdadero estatuto personal y que éste se estructure sobre la base de la residencia habitual.

En el Derecho Comparado ha existido desde hace muchos años una discusión sobre si debe ser la nacionalidad o el domicilio el factor de conexión que rijan el estatuto personal. El favor sobre la nacionalidad viene del Código Civil francés y se sigue en Europa continental, entre otros países, en la propia Francia, en España, en Alemania y en Italia. El domicilio arranca de una tradición antigua, anterior a la nacionalidad, y se sigue, entre otros, en los países nórdicos de Europa y en el Derecho anglosajón. La ventaja más evidente de la nacionalidad como factor de conexión del estatuto personal es que es de fácil comprobación; también se resalta la estabilidad que presenta y el hecho que evita el fraude porque supone una decisión del Estado –no del individuo- otorgarla o no. Por otro lado, el domicilio tutela mejor el interés individual porque permite –en teoría- a las personas regirse por la ley de su elección. Sin embargo, el domicilio arrastra inevitablemente un problema serio cual es el de determinar si el individuo tiene o no el ánimo de permanecer en el lugar donde reside –*animus manendi*. En el Derecho Comparado se ha tratado de sortear este último inconveniente del domicilio sobre la base de elegir un factor de conexión que no contemple el ánimo como uno de sus elementos; así se arribó a la residencia habitual. Hoy este factor de conexión está ampliamente extendido en leyes y tratados.

La Comisión optó por proponer la residencia habitual como factor de conexión del estatuto personal para Chile. Esto significa un tremendo avance respecto de la solución actual. Por un lado se propone, lisa y llanamente, que nuestro país reconozca un estatuto personal para todas las personas, sean que se encuentren o no en Chile. Por otro se elige como factor de conexión la residencia habitual del sujeto. El primer aspecto tiene gran relevancia porque hasta ahora en Chile se piensa que las personas quedan sujetas en lo que se refiere a su estatuto personal por la ley del lugar donde se encuentren, con excepción de los chilenos en el extranjero en los

casos contemplados en el artículo 15 del Código Civil. Esta solución se construye al amparo del artículo 14 del Código Civil y significa, en la práctica, que no existe en Chile estatuto personal, ya que la ley personal no sigue a las personas donde quiera que se trasladen, “como la sombra al cuerpo”, sino que cuestiones como el nombre, el estado civil y la capacidad pueden variar al cruzar la frontera. Por eso se dice que la actual solución chilena en materia de estatuto personal se remonta a la Baja Edad Media, antes de la glosa de Accursius a la constitución *Cunctus Populus* del *Codex*. La Comisión consideró indispensable que nuestro país saliera de esa postración y tuviera un estatuto personal. Para ello no eligió los factores de conexión clásicos para reglar el estatuto personal, la nacionalidad o el domicilio, sino que optó por uno más moderno el de la residencia habitual. Como se ve el segundo aspecto es tan relevante y novedoso para nuestro derecho como el primero.

Pues bien, para elegir la residencia habitual por sobre el domicilio y la nacionalidad la Comisión tuvo en vista que la residencia habitual es un factor de conexión más territorial que el domicilio y la nacionalidad y, de esta manera, entronca más fácilmente con la tradición jurídica chilena que viene de nuestro Código Civil. Recordemos que la nacionalidad y el domicilio son factores de conexión excepcionales en Chile frente al territorialismo, que es la regla general. La residencia habitual es territorial en la medida que consiste en la vinculación que una persona tiene con un territorio, sin que deba preguntarse si tiene o no el ánimo de permanecer en él. Así, la residencia habitual es la presencia física de una persona en un territorio, pero no de manera accidental o esporádica, como podría serlo la mera habitación como ésta se ha entendido a la luz del artículo 14 del Código Civil. La residencia habitual, como su nombre lo indica, exige una cierta permanencia en el tiempo. Por eso resulta legítimo considerarla como un factor de conexión apto para regir el estatuto personal. Los sujetos quedan regidos por la ley del lugar donde se encuentran, pero donde se encuentran por un tiempo razonable.

Además, la Comisión tuvo en vista que la residencia habitual, al no exigir el *animus manendi*, es fácilmente comprobable de manera objetiva. Una persona que lleve viviendo muchos años en Chile tiene aquí su residencia habitual, cualquiera sea su ánimo. El factor de conexión no tiene el elemento subjetivo que hace complejo de determinar el domicilio. El *animus manendi* es el gran problema del domicilio para sortearlo se establecen reglas que permiten presumir si un sujeto tiene o no el ánimo de permanecer donde reside. La residencia habitual sortea el problema al despojar el factor de conexión del elemento volitivo.

La residencia habitual favorece también la actualidad del factor de conexión. Esto significa que la residencia se ajusta a la realidad de hecho de cada sujeto. En este sentido presenta una importante ventaja frente a la nacionalidad porque esta última puede perder completamente la vinculación con el territorio y por un largo tiempo. La noción de actualidad tiene gran relevancia por cuanto respeta la libertad de las personas, sujetándolas al derecho del lugar donde están arraigadas. En el mundo moderno es normal que las personas se desplacen de un lugar a otro, cruzando las fronteras. No puede ser que los emigrantes sigan sujetos por largo tiempo a la ley

del lugar de donde quisieron salir, como ocurre si se opta por la nacionalidad. La residencia habitual reconoce la libertad y, en este sentido, se asemeja a la ley de la autonomía de la voluntad en los contratos. Optar por lo que es obvio, lo que es más simple, es siempre lo mejor.

Finalmente, la Comisión tuvo en vista que Chile ha pasado en los últimos años a ser un país de inmigración más que uno de emigración. Desde esta perspectiva la residencia habitual resulta preferible porque acoge mejor a los extranjeros al sujetarlos a la ley del lugar donde quieren estar y, por otra parte, unifica las leyes aplicables a los individuos que residen en Chile por un tiempo, cualquiera que sea su procedencia.

Vale la pena apuntar que la residencia habitual es un factor de conexión que se emplea ordinariamente en el Derecho Comparado. A veces como conexión subsidiaria cuando no se puede aplicar la principal. Algunos ejemplos. En Alemania y Austria se usa como conexión subsidiaria de la nacionalidad para sujetos apátridas. En Argentina se emplea como conexión subsidiaria del domicilio. También se usa como factor de conexión preferido por los convenios surgidos en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Creemos que tener un estatuto personal es un paso muy relevante para Chile. Estructurarlo sobre la base de la residencia habitual parece lo más prudente y aconsejable. Sin perjuicio de lo anterior debiera contemplarse también factores de conexión alternativos o subsidiarios para regir la capacidad para celebrar ciertos actos en beneficio de la validez de ellos. Tal podría ser el caso del matrimonio en el cual la capacidad de los contrayentes para celebrarlo podría regirse alternativamente por la ley nacional o por la ley del lugar de la celebración. Este sería un paso importante en nuestra legislación, poco acostumbrada a los factores de conexión alternativos. Como se ve, no se propone la residencia habitual como el único factor de conexión, sino como el preponderante.

LEY APLICABLE A LA CELEBRACIÓN Y EFECTOS DEL MATRIMONIO

LAW APPLICABLE TO MARRIAGE AND ITS EFFECTS

GABRIEL VILLARROEL BARRIENTOS¹

RESUMEN

Los procesos migratorios han favorecido el surgimiento de preguntas sobre el derecho aplicable al matrimonio. En este contexto, y atendida la necesidad de generar una regulación del matrimonio que logre armonía con el estatuto personal, se propone la aplicación del principio locus regit actum para regir la forma del matrimonio, con excepciones en favor de la ley nacional de ambos contrayentes; en cuanto a la capacidad de los contrayentes se sugiere la ley de la residencia habitual y la ley nacional.

Además, se propone el empleo de factores de conexión alternativos, con el fin de favorecer la validez del acto del matrimonio.

Palabras clave: Matrimonio, locus regis actum, residencia habitual, factores de conexión alternativos

ABSTRACT

The migration processes have favored the emergence of questions regarding the law applicable to marriage. In this context and considering the need for generating a regulation for marriage that works in harmony with the personal status law, the application of the locus regit actum principle is proposed to govern the formalities of marriage, with exceptions in favour of the law of the nationality of both and each parties; regarding the capacity of the parties, the law of habitual residence and the law of the nationality are suggested.

In addition, the article proposes the use of alternative connecting factors, in order to favour marriage.

Keywords: Marriage, locus regis actum, habitual residence, alternative connecting factors

Como han señalado quienes me han precedido en el uso de la palabra, se encuentra en funcionamiento una Comisión que surgió como iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado para formular el proyecto de una Ley General de Derecho Internacional Privado.

En el marco del trabajo de la Comisión es necesario incluir una proposición acerca de la ley que debiera ser aplicable a la celebración y a los efectos del matrimonio. Como todos sabemos, esta materia ha ido ganando importancia a medida que, en el mundo entero, las personas se trasladan con más facilidad de un país a otro y se establecen fuera de sus fronteras. Esto hace frecuentes los matrimonios que se

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro ADIPRI.

vinculan con más de un ordenamiento jurídico. Chile no es ajeno a esta realidad, más aún ahora que es un país de creciente inmigración.

La ley que rija la celebración y efectos del matrimonio debe guardar armonía con la ley que rija el estatuto personal. Por ello el factor de conexión que rija el estatuto personal cobra gran relevancia a la hora de decidir sobre el matrimonio. Ya hemos visto que para regir el estatuto personal en la Comisión se ha propuesto como factor de conexión principal la residencia habitual del sujeto. También ya hemos visto que las otras opciones son la ley de la nacionalidad, la del domicilio y, en el caso del matrimonio, debemos agregar la ley del lugar de la celebración del acto. Con estas leyes debemos jugar para proponer un sistema coherente de Derecho Internacional Privado aplicable a la celebración y efectos del matrimonio.

En lo que se refiere a la celebración del matrimonio habrá que distinguir los requisitos de forma y fondo del acto.

En cuanto a los primeros resulta lógico, como en cualquier acto jurídico, emplear como criterio la ley del lugar de la celebración. Esto no es otra cosa que el viejo principio *locus regit actum* que favorece la validez del contrato.

Conviene eso sí, para ponerse a tono con la modernidad y favorecer aún más la validez, hacer dos modificaciones importantes que tienden a hacer que el principio *locus regit actum* opere en forma facultativa y no obligatoria. En primer lugar, en lo que respecta a los matrimonios que se celebren en Chile, debieran reputarse como válidos, además de los matrimonios celebrados conforme a la ley chilena, al menos aquellos celebrados conforme a la ley nacional común de los contrayentes. Es un caso frecuente que dos nacionales de un mismo Estado se casen ante el Cónsul de su país donde quiera que se encuentren. No se ve por qué un matrimonio celebrado en Chile en esas circunstancias debiera considerarse nulo. Aceptar la aplicación de la ley nacional común como conexión alternativa a *lex loci celebrationis* es aceptar la realidad. Los que deseen casarse en un lugar que están visitando o al cual han viajado para establecerse debiera permitírseles que contraigan matrimonio conforme a su ley nacional. Esta última ley es la que conocen y con la que están familiarizados. No se ve por qué deba imponerse, a ultranza, para tal caso la ley del lugar de la celebración del acto. En segundo lugar, la ley chilena debiera facultar para que, en el extranjero, los contrayentes chilenos se puedan casar conforme a la ley chilena, ante un Cónsul de nuestro país en ese lugar. Parece razonable, nuevamente, favorecer la validez del acto. Si pueden otorgarse escrituras públicas ante cónsules chilenos en el extranjero no se advierte por qué esos mismos cónsules chilenos no podrían intervenir en matrimonios entre chilenos.

En cuanto a los requisitos de fondo del acto, esto es, la capacidad de los contrayentes, parece razonable sujetarlos a la ley personal de tales contrayentes. Ya hemos visto que la Comisión se ha inclinado por proponer la residencia habitual como el primer factor de conexión del estatuto personal. Lo lógico es mantener el mismo criterio para el matrimonio. Para favorecer la validez del acto resultaría, al parecer, adecuado emplear también, como factores de conexión alternativos, la ley nacional

de cada contrayente y la ley del lugar de la celebración del acto. Así, parece del todo razonable que se considere como capaces para celebrar matrimonio a quienes lo sean conforme a su ley nacional. Es más discutible en doctrina aceptar la validez del matrimonio de dos contrayentes que sólo sean capaces conforme a la ley del lugar de la celebración del acto porque se podría prestar para fraude. Sin embargo, admitir esta posibilidad no es más que seguir con la tradición legislativa chilena de muchos años. No parece razonable que con la nueva ley pasen a ser considerados nulos matrimonios celebrados conforme a la ley del lugar de la celebración del acto, los que antes se consideraban los únicos válidos.

Más relevante quizás que el factor de conexión que en definitiva se emplee como alternativo a la ley de la residencia habitual es la circunstancia misma de tener uno o más factores de conexión alternativos. Esta sería una gran novedad en nuestro Derecho, en el que hasta el día de hoy es una técnica legislativa que se emplea en muy pocos casos. Introducir factores de conexión alternativos tratándose del propio matrimonio sería, además, paradójal, ya que actualmente se imponen requisitos copulativos en vez de alternativos, circunstancia que, por su naturaleza, hace más difícil la validez del acto.

Corresponde ahora decir algunas palabras sobre la posible ley aplicable a los efectos del matrimonio.

En cuanto a la persona de los contrayentes parece lo más apropiado y coherente, atendido que no se puede aceptar la ley de la autonomía de la voluntad, considerar como primer factor de conexión a la residencia habitual común. En subsidio de tal factor podría proponerse la ley nacional común de los contrayentes. A falta de ambas habrá que considerar otras alternativas de manera que no queden casos sin resolver. Podría pensarse en la ley de la residencia habitual del demandado o demandante o la ley de sus respectivas nacionalidades. En fin, esta es una materia abierta que habrá que discutir en profundidad.

En cuanto a los efectos patrimoniales del matrimonio la solución es claramente distinta. En nuestra opinión debiera abrirse paso a la autonomía de la voluntad, lo que es coherente con el régimen aplicable a los contratos. Obviamente, el campo de elección de la ley será más limitado en el caso del matrimonio. Podría pensarse en aceptar la elección, pero sólo entre ciertas leyes que aparezcan objetivamente conectadas. Este criterio se empleó hace unos años en Francia, siguiendo a Batiffol y Lagarde, para elegir la ley aplicable a los contratos. Así, en el caso del matrimonio podría ser adecuado permitir la elección entre la ley de la residencia habitual común y la ley nacional común. Obviamente, en los casos en que los cónyuges elijan la ley deberán exigirse requisitos de publicidad para resguardar a los terceros. No hay que olvidar que la ley aplicable, la *lex caussae*, cualquiera que ésta sea, determinará el régimen patrimonial del matrimonio, comunidad de bienes, comunidad de ganancias, separación de bienes u otro.

A falta de elección de ley, por razones de certeza, no puede aceptarse una voluntad tácita por lo que la propia ley deberá establecer cuál será la ley aplicable. En este

caso resulta coherente con el sistema que hemos propuesto atender a la ley de la residencia habitual común, en subsidio de ésta a la ley nacional común y, en subsidio de ambas, a la ley del lugar de la celebración del matrimonio. Inevitablemente, como hemos dicho, deberán establecerse mecanismos que protejan adecuadamente a los terceros que contraten con los cónyuges.

Como se aprecia de lo expuesto en esta breve síntesis de lo que se está discutiendo, proponemos ser consistentes en aceptar la ley de la residencia habitual de los contrayentes y la ley nacional común, en ese orden, como los factores más relevantes, sin excluir la *lex loci celebrationis*. El uso de factores de conexión alternativos permite ese juego que favorece a los contrayentes.

También debe agregarse que hay otros temas vinculados al matrimonio que no se alcanzarán a tocar ahora por razones de tiempo. Por ejemplo, la ley aplicable a la nulidad, que no presenta dificultades porque debe ser la misma ley que gobierna la validez. Distinto es el caso de otras materias como el divorcio y el de los acuerdos de vida en común, que deben ser objeto de un tratamiento especial.

Finalmente, imperioso es señalar que en materias como el matrimonio la calificación del acto como tal y el orden público internacional del Estado tendrán un papel relevante. Ambos temas son complejos y permiten anticipar interesantes discusiones jurídicas en las que lo que se resuelva sobre las materias generales de Derecho Internacional Privado tendrá importancia capital.

AUTORES NÓVELES

INFLUENCIA DE OCCIDENTE EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN CHINA

THE WESTERN INFLUENCE ON THE EVOLUTION OF LAW IN CHINA

GLORIA CAMPOS JIMÉNEZ¹

RESUMEN

La cultura China durante mucho tiempo se desarrolló en completo separatismo con el exterior, lo que tuvo como consecuencia que su derecho se apartara del desarrollo científico llevado a cabo en occidente. Recientemente, su política ha tomado un giro drástico y se ha propuesto la meta de ser potencia mundial, adoptando leyes e instituciones foráneas como modelo, sin olvidar sus tradiciones, lo que será objeto de análisis en el presente trabajo.

Palabras clave: China, Código Civil, Propiedad, Confucianismo, Occidentalización.

ABSTRACT

Chinese culture for a long time develop in complete separatism with the outside, in consequence, its law turned apart from the scientific development carried out in the West. Recently, its politics has taken a drastic change and go in for the aim of being a great power, adopting foreign laws and institutions as a model, without forgetting its traditions, which will be analyze in this work.

Key Words: China, Civil Code, Property, Confucianism, Occidentalization.

1.- ¿Cuál es la percepción que Occidente tiene de China?

Las respuestas pueden ser muchas. Para un historiador, hablar de China significa volver siglos atrás, para entender una cultura milenaria que se ha mantenido vigente a través del tiempo, mientras que, para un empresario o un político, es el mejor socio comercial que puede existir. Su lengua y su cultura no dejan de ser llamativas para cualquiera que las conoce. Son un misterio, de aquellos que queremos resolver, pero rara vez damos el primer paso.

Hablar sobre China es complejo, aunque alguien podría decir que lo realmente difícil es hablar chino.

Sin embargo, también podemos plantear la situación a la inversa, e imaginar que desde el otro lado del mundo somos objeto de estudio e intriga. Suponer que occidente es un modelo a seguir para ellos, o incluso ser más ambiciosos y creer que Chile puede inspirar al gigante asiático. Quizás no es tan ridículo, si pensamos que nuestros países están cada vez más cerca, gracias a sus estrechas relaciones comerciales.

¹ Ayudante de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Concepción.

El objetivo de esta presentación es darle fundamento a esa idea, haciendo un recorrido a través de la historia del derecho privado chino, desde la antigüedad hasta los recientes esfuerzos legislativos, analizando las características de su sistema y cómo las dos grandes familias jurídicas de Occidente han ejercido influencia sobre éste, hasta moldearlo en su totalidad, de acuerdo a las necesidades particulares del país asiático, tanto políticas como económicas.

2.- El Reino del Medio

China se hace llamar a sí mismo *Zhōngguó*, lo que quiere decir, Reino del Medio. Esto, responde a la creencia tradicional que entiende que su lugar se encuentra en el “centro”.²

Durante el período imperial, la concepción político filosófica concebía al mundo como algo cuadrado, mientras que el cielo era redondo. La proyección del cielo (circular) se inscribía sobre la tierra (cuadrada), de modo que las cuatro secciones que quedaban excluidas estaban bajo el dominio de los bárbaros, siendo el Imperio chino, que se encontraba en el centro, el único beneficiado de los efluvios celestiales. De modo que, por principio, los jefes políticos de estos pueblos exteriores (bárbaros), no podían entablar relaciones con el emperador (Hijo del Cielo), en un plano de igualdad.³

Por lo tanto, en la concepción clásica, el cosmos se configura a través de la armonía entre el Cielo, la Tierra, y el Hombre. El Emperador es el encargado de mantener ese equilibrio, por medio del Mandato del Cielo.⁴

Por lo tanto, luego del “siglo de la humillación” iniciado con la Guerra del Opio en 1841 y finalizado en 1949, con el surgimiento de la República Popular China, en la actualidad se estaría viviendo un proceso de “retorno a la normalidad histórica”, o sea, el regreso al lugar central en la economía mundial que le corresponde, lo que ha sido llamado “el sueño chino”,⁵ lo que se desarrollará más adelante.

3.- Grandes Escuelas de Pensamiento.

La Edad de Oro de la Filosofía China comienza en el período de Primaveras y Otoños y termina durante los Reinos Combatientes, una época de caos y anarquía, de modo que no es extraño que proliferaran las ideas sobre la organización del estado y la administración del poder.⁶

Nuestro análisis se va a centrar solo en dos corrientes filosóficas, sin perjuicio que existen muchas otras.

2 Rosales, Osvaldo. (2019). El conflicto US-China: nueva fase de la globalización. Estudios internacionales (Santiago), 51(192). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-3769.2019.52820>

3 Chesneaux, J.; Bastid, M., De las guerras del opio a las guerras franco-chinas, Editorial Vicens-Vives, Colección de Historia Contemporánea, Barcelona, 1972, Primera Edición, p. 23-25.

4 Rosales, Osvaldo. (2019). El conflicto US-China: nueva fase de la globalización. Estudios internacionales (Santiago), 51(192). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-3769.2019.52820>

5 Ibid.

6 Bauer, Wolfgang, Historia de la Filosofía China, Editorial Herder, Barcelona, 2009, 34-35.

En primer lugar, el confucianismo, promovido por Confucio, quien es visto como un reformador en cuanto busca rescatar las tradiciones del pasado, el culto a los ancestros y los ritos. Éstos últimos, entendidos como sinónimo de costumbre, reemplazaban a la ley, promoviendo un estado poco versado en derecho. La jerarquía, y el amor filial eran la base de la civilización, ya que vuelve análogas la relación entre el soberano y sus súbditos con la del padre y los hijos. Esto es lo que se conoce como las cinco relaciones cardinales básicas, las cuales son: padre-hijo, hermano mayor-hermano menor, esposo-esposa, soberano-súbdito, amigo-amigo.⁷

Esta estructura se manifiesta en el postulado de la “rectificación de los nombres”. Quiere decir que el hijo debe comportarse como hijo, pero para esto no basta con que un individuo sea engendrado de otro, sino que es necesario cumplir con cada uno de los elementos que componen la relación filial.⁸ Así, Confucio cree que un hijo honrado es el que encubría el delito del padre.⁹

En las ideas de Confucio se reconoce la existencia de un ser superior, el Cielo (Tian), bajo el cual se establece la sociedad. De modo que el orden del Cielo también ha sido entendido como la Ley Natural.¹⁰

El sistema legal propuesto encuentra su base en el *Li*, un concepto cuya traducción no es unánime, en un primer momento fue interpretado como Ritual por los religiosos del siglo XIX, sin embargo, esto implica una concepción eclesiástica que se aleja del objetivo político-social del pensamiento confuciano, por lo que una traducción más acertada vendría siendo “costumbre”, o “normas sociales”.¹¹ Por su parte, el *Fa*, denota la normativa penal y administrativa, la cual impone los castigos¹².

El contrapeso se encuentra en la escuela de los legistas. Su máximo exponente fue Han Feizi, quien ponía el énfasis en el soberano, más que en la naturaleza buena o mala de la humanidad. Esta idea contrastaba con las enseñanzas de su maestro, Xunzi, y a lo que podría llamarse el legalismo “clásico”, que condenaba, sobre todo, la maldad del ser humano, mediante castigos ejemplares.

Han Feizi era contrario al apego al pasado, y creía que el ritual no era suficiente para mantener el control de los súbditos, sino que era necesaria la presión de la ley.¹³ El hijo que encubría el castigo de su padre (honrado para Confucio) debía ser castigado, incluso por generaciones.

Sus ideas prevalecieron durante el corto mandato de Qin Shi Huang, cuyo corto mandato significó la unificación del Imperio, con su magna obra, la Gran Muralla.

7 David, René; Jauffret-Spinozi, Camille, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, 11° ed. Actualizada, 380.

8 Maillard, Chantal, La sabiduría como estética, Editorial Akal, España, 1995, 26.

9 Bauer, Wolfgang, Historia de la Filosofía China, Editorial Herder, Barcelona, 2009, 41.

10 Bueno, André, “La Comprensión del “nuevo confucianismo”: La reinención del Confucianismo y el futuro de China”, *ÁmbitoS: Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2015, N° 33, 122.

11 *Ibid.* 122.

12 Zhang, Lihong, “Comparative Law in China” en: Cheng, Tong Io; Mancuso, Salvatore (eds.), *New Frontiers of Comparative Law*, LexisNexis, China, 2013, 89.

13 Bauer, Wolfgang, Historia de la Filosofía China, Editorial Herder, Barcelona, 2009, 84-85.

No obstante, finalmente, el confucianismo fue el que se impuso en la historia, durante la dinastía Han (206 a. C.-220 d. C.), lo que acabó siendo determinante hasta el día de hoy.

4.- Período Imperial.

La dinastía Tang (618 – 907 dc), sin duda, constituyó uno de los reinados de mayor esplendor del imperialismo chino, por lo que no es extraño que fueran quienes dieron inicio a la historia de la codificación en China, a través del código *Mingli*, revisado entre los años 627 y 637. Pese a que contiene el primer registro de una norma dedicada al derecho internacional privado chino, al establecer la aplicabilidad de la ley cuando el conflicto se suscita entre dos tribus distintas, principalmente estaba destinado a regular casos penales y administrativos.¹⁴

El código de la dinastía Tang se mantuvo vigente durante la dinastía Song, y aunque desapareció con la llegada de los mongoles, sirvió de influencia para posteriores gobiernos.¹⁵

Para cuando los Manchúes (dinastía Qing) alcanzaron el poder, China era una nación autosuficiente, completamente cerrada al exterior. La sociedad se encuentra diferenciada en una jerarquía cuatripartita, compuesta por letrados, campesinos, los artesanos y finalmente, mercaderes. Pese a la importante actividad que despliegan éstos últimos, se encuentran relegados debido a la primacía de la agricultura en los principios confucianos¹⁶.

Todavía nos encontramos frente a un derecho primordialmente consuetudinario, como describimos al comienzo, que se manifiesta en la falta de un aparato judicial diferenciado. Por ejemplo, los litigios suelen resolverse por las autoridades locales, y cada vez que surge un conflicto entre particulares, la prioridad es restaurar la armonía social antes que conceder o no la razón a una de las partes.¹⁷ Esta economía agraria no conoce los conceptos de derecho civil ni privado en general.¹⁸

El gobierno manchú se da cuenta de las carencias de su propio derecho por la fuerza, luego de rotundas derrotas durante las Guerras del Opio. Su fracaso significó que se vieran obligados a firmar tratados desiguales con las naciones vencedoras, con tratos preferentes hacia sus nacionales y el deber de abrir nuevos puertos para el comercio, obligándose a conocer lo que es una economía capitalista. La dinastía llega a la conclusión de que el éxito de sus adversarios, en parte, se debía a un desarrollado sistema legal, frente a su anticuado y feudal ordenamiento jurídico¹⁹.

14 Soto Von Armin, Laura, “La historia del derecho internacional privado en China y sus fuentes”, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2013, vol 6, 138.

15 Ruiz Morato, Natalia, “El pasado para entender el futuro del Estado de Derecho chino: The past for understanding the future of the chinese rule of law”. Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36717/39505>

16 Chesneaux, J.; Bastid, M., De las guerras del opio a las guerras franco-chinas, Editorial Vicens-Vives, Colección de Historia Contemporánea, Barcelona, 1972, Primera Edición, 23-25.

17 *Ibid.* 7.

18 Zhang, Xianxu, “The New Round of Civil Law Codification in China”, University of Bologna Law Review, 2016, Vol 1, 110.

19 Chen, Lei, “The historical development of the Civil Law tradition in China: A private Law perspective”, Martinus Nijhoff

Luego del regreso de la Emperatriz Viuda a Pekín, se inicia un período de reforma y apertura sin precedentes. La dinastía comienza a echar abajo las instituciones obsoletas a través de revolucionarias reformas, como por ejemplo, levantar la prohibición de celebrar matrimonios entre personas de la etnia manchú, quienes constituían la minoría gobernante, y los han, la mayoría subordinada.²⁰ Asimismo, en 1902 se ordenó una revisión general de todas las leyes existentes, con referencia a las leyes de otras naciones, con el fin de que el sistema legal chino fuera compatible con el de los demás países.²¹

En un último intento por salvar el Imperio, la dinastía se dio cuenta de los beneficios que podía traer una “monarquía constitucional” y siguiendo el modelo extranjero, redactó una constitución que establecía derechos nunca antes vistos, como el sufragio.²²

Hasta ese momento, el derecho chino había prestado mayor atención al ámbito público por sobre el privado, sin embargo la modernización de su ordenamiento jurídico implicó que por primera vez ambas ramas se separaran, con la redacción de su primer código civil.²³

El código contó con la notable influencia de juristas germánicos y japoneses. Los chinos encontraron en el sistema romanista un ejemplo a seguir, a fin de cuentas el ejercicio consistía en tomar la experiencia de otro gran Imperio para replicarla en el suyo. Incluso sus instituciones eran atractivas, pues el concepto de *pater-familias*, se adaptaba a su sociedad patriarcal, jerárquica, y orientada hacia la familia.²⁴

Pero pese a los esfuerzos, nunca tuvo vigencia, debido a la crisis del imperio y la resistencia de los sectores más conservadores de la población. Al final, el gobierno manchú cayó en el año 1911.²⁵

5.- Kuomintang y República Popular China.

De este modo nace la República, a manos del Partido Nacionalista Chino.

Se desarrolla el “sistema de seis áreas del derecho”, compuesto por el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho penal, procedimiento penal, procedimiento civil y procedimiento administrativo.²⁶

En el ámbito privado, el proceso se desarrolla a través de la dictación de una serie de leyes individuales entre 1928 y 1931, las cuales fueron recogidas en un solo código.

Publishers, 2010, Vol 78, 162.

20 Chang, Jung, “Empress Dowager Cixi: the concubine who launched modern China”, Editorial Knof, Londres, 2013, 301.

21 Chang, Jung, “Empress Dowager Cixi: the concubine who launched modern China”, Editorial Knof, Londres, 2013, 305.

22 *Ibid.* 314-317.

23 Chen, Lei, “The historical development of the Civil Law tradition in China: A private Law perspective”, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, Vol 78, 167.

24 *Ibid.* 164-165.

25 Schipani, Sandro, “Derecho romano en China”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, 2011, N° 229-230, 106.

26 Lin, Li, “Historia del derecho chino y su sistema jurídico contemporáneo”, en: Fix Fierro, H., Oropeza García, A. (eds.), México-China. Cultura y sistemas jurídicos comparados, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico, 2009. 53.

Dicho cuerpo legal fue llevado hasta Taiwán con la expulsión de los nacionalistas, durante el ascenso del partido Comunista en 1949, donde todavía se encuentra vigente, aunque con modificaciones.²⁷

Pero el nuevo régimen no se contentó con desterrar al Kuomintang (Partido Nacionalista Chino) sino que también derogó todas las normas vigentes y con ello, cualquier influencia de occidente contenida en ellas y se reemplazaron los ideales confucianos de lealtad a la familia por los de lealtad al partido.²⁸ China se convirtió en un país sin ley, en el sentido más literal, y por lo tanto, era prioritario llenar ese vacío.

El gobierno de Mao Zedong comenzó una nueva política de cierre con el exterior, especialmente con occidente. La producción jurídica necesitaba un nuevo modelo a seguir, y lo encontró en la Unión Soviética, pese a la contradicción de tolerar como derecho extranjero el estudio del derecho romano bajo la óptica rusa.²⁹

No obstante, bajo un régimen de estas características, el derecho civil estaba abocado a cumplir con los objetivos del partido, así, los contratos servían para llevar a cabo la planificación estatal, no existía libertad contractual como la entendemos en occidente.

De todos modos, la codificación continuó siendo una idea atractiva, como lo demuestran los dos intentos de código civil, en 1954 y 1962, los cuales no pudieron concretarse debido al surgimiento de algunos movimientos políticos y el fortalecimiento del llamado *nihilismo jurídico*³⁰, que proclamaba la inaccesibilidad del derecho.³¹

En general, la revolución cultural, constituyó un período de cierre y bajo desarrollo jurídico, la profesión de jurista y la investigación jurídica cayó en el olvido, incluso se clausuraron las escuelas de derecho, y los profesores fueron enviados a trabajar a los campos.³²

6.- ¿De qué color es el gato de Deng Xiaoping?

Con la muerte de Mao en 1976 y la llegada al poder de Deng Xiaoping en 1978 se inicia una nueva era para el pueblo chino, no solo por el despegue económico o las renovadas relaciones con el extranjero; sino también, en cuanto a la producción jurídica. Deng deposita toda su confianza en una única frase: *No importa si el gato es*

27 Schipani, Sandro, "Derecho romano en China", Revista de Derecho Universidad de Concepción, 2011, N° 229-230, 107-109.

28 Marín Fuentes, José Luis, "El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia", Anuario Mexicano de derecho internacional, vol. 18, 2018, 523.

29 Schipani, Sandro, "Derecho romano en China", Revista de Derecho Universidad de Concepción, 2011, N° 229-230, 110 - 111.

30 Zhang, Lihong, "Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino", Revista chilena de derecho, vol. 36, n. 3, 2009, 469.

31 Barcellona, Mario, "El Nihilismo jurídico, la forma del derecho moderno y el nuevo soberano". Disponible en: <https://derechocritico.com/el-nihilismo-juridico-la-forma-del-derecho-moderno-y-el-nuevo-soberano/>.

32 Marín Fuentes, José Luis, "El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia", Anuario Mexicano de derecho internacional, vol. 18, 2018, 523

blanco o negro, lo que importa es que atrape ratones, lo que deja de manifiesto el sentido pragmático de su pensamiento. El foco principal se desarrolla en torno a cuatro modernizaciones, a saber: agricultura, industria, defensa, y ciencia y tecnología. Su modelo marca un paso fundamental, que deja de lado la extrema ideologización”.³³

Por supuesto, para cumplir con sus objetivos había que llenar el vacío legislativo y asentar las nuevas directrices en el ordenamiento positivo. Para esto, se parte por la base, es decir, la Constitución de 1982 que recoge esta orientación en su articulado, a modo ilustrativo, ratifica la rectoría del Estado (artículo 1), a la vez que reconoce la economía individual de los trabajadores, como complemento del sector social de la economía socialista (artículo 11). Agrega que, el Estado protege el derecho de propiedad de los ciudadanos sobre sus ingresos legítimos, ahorros, casas de vivienda, y otros bienes legítimos (artículo 13) e incorpora el reconocimiento de empresas y otras organizaciones económicas o de individuos extranjeros a realizar distintas formas de cooperación con empresas u organizaciones chinas (artículo 18).

Estas disposiciones grafican lo que se ha denominado el sistema libre mercado con “características chinas” o “socialismo de libre mercado”, el cual continúa acentuándose en sucesivas reformas constituciones. Así, en la enmienda de 1988 por primera vez se reconoce la existencia de la propiedad privada³⁴, o, la más significativa en 1999, en que incorpora la noción de “país socialista de leyes”, siguiendo el modelo ya trazado en el año 1997, cuando el Congreso incorpora al “Estado de Derecho” entre sus principios básicos.³⁵

De este modo, el objetivo que se estableció a finales del siglo XX fue “formar un sistema jurídico socialista con características chinas para el 2010”,³⁶ sin embargo el camino sería mucho más largo de lo previsto.

7.- Ley de principios generales (1986)

Los principios generales del derecho civil fueron el gran hito de la legislación civil durante el siglo pasado, y durante mucho tiempo constituyeron una norma civil fundamental, lo que implicaba que cualquier otra disposición que pugnara con esta ley era considerada inválida,³⁷ en cuanto su ubicación jerárquica era bajo la Constitución y sobre el resto de las leyes comunes.³⁸

33 Biblioteca del Congreso Nacional, “De Los Andes a la Gran Muralla: 40 años de relaciones entre Chile y China”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/22973/3/LibroEspanol.pdf>

34 Oropeza García, Arturo, “Modernización del derecho chino en el último siglo”, XXXIX Curso de Derecho Internacional: El Derecho y las Relaciones Internacionales Actuales. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIX_curso_derecho_internacional_2012_Arturo_Oropeza_Garcia.pdf.

35 Lin, Li, “Historia del derecho chino y su sistema jurídico contemporáneo”, en: Fix Fierro, H., Oropeza García, A. (eds.), México-China. Cultura y sistemas jurídicos comparados, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico, 2009, 53.

36 *Ibíd.* 55.

37 Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino”, *Revista chilena de derecho*, vol. 36, n. 3, 2009, 470.

38 Spósito Contreras, Emilio, “La persona natural y la libertad en las disposiciones generales del código civil de la República Popular China”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, N°10, 716.

Los principios generales se fundaron en base a la noción de derechos civiles, que son el derecho de propiedad, el derecho de las obligaciones, el derecho de propiedad intelectual y los derechos de la persona, y el concepto de responsabilidad.³⁹ En el caso de la propiedad, se siguió una clasificación influenciada por la escuela pandectística y el derecho soviético. Así, se estableció que la propiedad del Estado es “sagrada y no se puede anular”, la propiedad colectiva se encuentra “protegida por la ley”, y solo la propiedad privada “legal” puede ser protegida.⁴⁰ Este último tratamiento refleja la incomodidad que provocaba la privatización en la sociedad china, lo que fue cambiando con el devenir del tiempo.

Pero, además, la ley de 1986 constituyó un nuevo acercamiento al derecho privado internacional, al contener normas de conflicto en materias tales como la nacionalidad, residencia, capacidad, propiedad, divorcio, entre otras.⁴¹

Sin embargo, China todavía no contaba con la suficiente experiencia y preparación, por lo que el resultado no fue el esperado. No hay que olvidar que el objetivo es convertirse en potencial mundial y, entre otras falencias, se comprimió en una sola legislación, materias civiles y comerciales, lo que resultó ineficaz debido al vertiginoso crecimiento de su economía.⁴²

Para subsanar estos vacíos y defectos fue necesaria la interpretación judicial.

Esto constituye una peculiaridad del derecho chino, frente a nuestras fuentes del derecho, ya que mientras para nosotros las sentencias judiciales solo tienen fuerza obligatoria respecto a las causas en que actualmente se pronunciaren, y aunque en la práctica el precedente judicial sí se utilice como parámetro para predecir (o adivinar) posibles veredictos; en el país asiático, las interpretaciones de la Corte Popular Suprema de China sí son fuente del derecho. De modo que, para dictar sus veredictos, se basan tanto en la experiencia práctica como en los informes consultivos entregados por profesores de derecho, transformándose en reglas jurisprudenciales más cercanas al common law.⁴³

Se destaca el carácter limitado, pues solo se considera fuente las interpretaciones del tribunal superior, cuando determina el sentido de la norma en discusión, ya que su análisis no solo servirá para el caso concreto, sino también análogos. No obstante, el rol del tribunal supremo no se agota en la función jurisdiccional, en cuanto puede presentar propuestas legislativas al Congreso Popular Nacional o ser consultada por

39 David, René; Jauffret-Spinozi, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, 11° ed. Actualizada, 392.

40 Chen, Lei, “The historical development of the Civil Law tradition in China: A private Law perspective”, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2010, Vol 78, 176.

41 Marín Fuentes, José Luis, “El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia”, *Anuario Mexicano de derecho internacional*, vol. 18, 2018, 524.

42 Zhang, Xianxu, “The New Round of Civil Law Codification in China”, *University of Bologna Law Review*, 2016, Vol 1, 124.

43 Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino”, *Revista chilena de derecho*, vol. 36, n. 3, 2009, 474.

la Comisión de Asuntos Legislativos del Congreso,⁴⁴ lo que difumina los límites existentes entre los poderes de Estado.

8.- Entre el Civil Law y el Common Law.

Hemos puesto en evidencia el bajo desarrollo científico de China, y también sabemos que el mundo exterior se ha convertido en objeto de análisis y estudio para superar sus propias carencias. Siguiendo esa línea, existen dos familias o sistemas jurídicos que predominan en la actualidad y que se han presentado como dos posibles vías a seguir: civil law o common law, por lo tanto, el país asiático debía decidir a cuál adscribirse.

Existieron proyectos de código civil en 1938, 1948, y 1951, todos inspirados en el sistema soviético, pero ninguno con resultados exitosos.⁴⁵ La civilización también fue consciente del fenómeno de la decodificación, y por lo tanto, también existieron dudas en torno a si realmente éste era el camino a seguir.⁴⁶ Sin embargo, la codificación es un proceso inevitable cuando el fin es la autonomía de un pueblo y el control del mercado.

Ofrecer “seguridad jurídica” a los inversores extranjeros se convirtió en prioridad, por lo que a partir de 1993 China redefine sus lineamientos y se aboca en la construcción de una “economía de mercado socialista”, implementando una serie de medidas, reglamentos y las llamadas “zonas especiales de desarrollo” en catorce ciudades costeras.⁴⁷

Siguiendo esa lógica, 1994 China volteó la cara hacia los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, con el fin de adoptar una nueva ley contractual, la cual se concretó en la Chinese Contract Law (CCL), o Ley de Contratos China, en 1999. El objetivo del análisis respondía netamente al deseo de modernizar su legislación contractual, acorde a los estándares internacionales⁴⁸. Por esta razón, entre sus principios generales, encontramos instituciones que conocemos, tales como la autonomía de las partes (artículo 4), buena fe (artículo 6), o *pacta sunt servanda* (artículo 8).⁴⁹

Así, el sueño chino se concretó luego de quince años de arduo trabajo, cuando se adhirió a la Organización Mundial de Comercio, a fines de 2001, lo que marca no solo su ingreso al mercado internacional, sino que significó nuevas necesidades legislativas. Bajo esa línea, fue que, en 1998 el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional adoptó un plan para lograr la codificación del derecho civil chino

44 Garot, Marie-José, “El poder judicial en China: ¿independiente y eficaz?”, Revista para el análisis del derecho, 2009, p. 7

45 SCHIPANI, Sandro, “Fundamentos romanísticos y derecho chino”, Revista de Derecho Privado, 2018, N° 35, p. 25

46 Zhang, Xianxu, “The New Round of Civil Law Codification in China”, University of Bologna Law Review, 2016, Vol 1, 126.

47 Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino”, Revista chilena de derecho, vol. 36, n. 3, 2009, 475.

48 Janssen, André; CHAU, Samuel C. K., “The Impact of the UNIDROT Principles of International Commercial Contracts of Chinese Contract Law: Past, Present and Future”, en: DIMATTEO, Larry A.; CHEN, Lei (eds.), Chinese Contract Law: Civil and Common Law Perspectives, Cambridge University Press, United Kingdom, 2018, 449.

49 Ibid. 452.

el año 2010 y se promulgó un gran número de leyes importantes, entre ellas los Principios Generales del Código Civil de 1986, como ya comentamos, y que, por cierto, inspiraron todo el proceso legislativo en adelante.⁵⁰

Se promovió, por tanto, una serie de congresos, reformas a las mallas curriculares e intercambio de estudiantes con el extranjero. Por ejemplo, se desarrolló en Pequín el “Congreso de Derecho romano, derecho chino y codificación del derecho civil, derechos reales y obligaciones de 1999”,⁵¹ lo que desde ya demuestra el interés de ponerse en contacto con occidente, pero no solo con su sistema jurídico vigente, sino también, sus orígenes.

La discusión en ese entonces versaba en torno a qué modelo de código civil sería el indicado para satisfacer las necesidades del pueblo chino, la opinión que prevaleció, contradictoriamente, se basó en el *common law*, de la mano del profesor Jiang Ping, quien postulaba que el modelo románico era demasiado rígido para su sociedad, por lo que sugería la formulación pequeño código que regulase los principios e instituciones más relevantes de manera abstracta y general, dejando el resto a las leyes especiales y a la interpretación judicial, es decir, un sistema de precedentes. De este modo nació el proyecto del año 2002, el cual fue duramente criticado, entre otras razones, por la ausencia de una sección dedicada a las Obligaciones y, nuevamente, la escasa técnica legislativa.⁵²

En conclusión, si China quería un código, debía aprender derecho. La pregunta es cómo, y la respuesta es simple si recordamos quienes nos enseñaron a nosotros. En otras palabras, China tenía que repasar sus apuntes de Derecho Romano.

Para 1979 las Facultades de derecho habían reiniciado sus cátedras de Derecho Romano, y también se habían dado a conocer diversas obras doctrinarias, por mencionar algunas, en 1982 se publicó el libro “Las Bases del Derecho Romano” del profesor Ping Jiang, en 1994 se publicaron dos tomos bajo el título de “Los principios de Derecho Romano” por Nan Zhou, pero era necesario ir mucho más allá, analizando incluso los textos originales, de ser necesario.⁵³ De este modo, se tomó el *corpus iuris civilis*, y se realizó su traducción en distintos volúmenes que la editorial de la Universidad de Ciencias Políticas de China imprimió desde 1995, en adelante. En 2006 se publicó la traducción comentada sobre la “Ley de las XII tablas” por C. Chaobi, y en 2010 se embarcaron en la traducción de la obra “Sistema Actual del derecho romano” de Friedrich Karl von Savigny, extendiendo cada vez más sus fuentes de estudio.⁵⁴

50 Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino”, *Revista chilena de derecho*, vol. 36, n. 3, 2009, 475.

51 Schipani, Sandro, “Derecho romano en China”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2011, N° 229-230, 116.

52 Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino”, *Revista chilena de derecho*, vol. 36, n. 3, 2009, 475-476.

53 Zhang, Lihon, “Estudio del derecho romano en China”, en: *Associazione internazionale per la ricerca storico-giuridica e comparatistica*; Vacca, Letizia (eds.), *Nel mondo del diritto romano*, Napoli : Jovene, 2017, Roma, 2014, 317-318.

54 *Ibid.* 321-324

Este es el tiempo de los juristas para el gran gigante asiático. China, hasta entonces, era un puzzle entre *commom law* y *civil law*, con poca experiencia y bajo desarrollo científico, pero el paradigma comienza a cambiar, y esto se refleja en su legislación.

9.- Noción de propiedad.

Incluso después de las primeras modificaciones, el concepto “privado” fue evitado y reemplazado por otros eufemismos, por ejemplo, la reforma constitucional de 1999, establece que “los particulares y las otras *economías no públicas* que existen, bajo los límites legales, son los mayores componentes de la economía socialista de mercado”.⁵⁵ No obstante, en 2004 reconoce que la propiedad privada, los derechos sucesorios y los derechos humanos se protegerán constitucionalmente.⁵⁶

En parte el cambio de mentalidad se explica por el rápido crecimiento económico, y la paridad del poder adquisitivo (PPA). Para el 2005, el PIB había alcanzado las 7,198 USD, gracias a las políticas iniciadas por Deng Xiaoping en los años 70's, que continuaban en desarrollo. Cada vez más chinos podían comprar casas, autos y entonces, la propiedad privada dejó de parecer una mala idea.⁵⁷

Es indiscutible que la economía ha sido la gran motivación china para establecer un sistema jurídico más depurado y ordenado, pese a los intermitentes períodos de cierre y apertura. En el último tiempo, los desafíos que imponen su crecimiento interno y la incorporación a la Organización Mundial de Comercio en 2001 exigen que la transformación de su carta fundamental se refleje también en el resto de su legislación.

Y bajo ese contexto fue recibida la ley de propiedad privada en 2007, luego de trece años de polémico debate. Sin embargo, el legislador chino mantiene su postura al establecer que “*la propiedad pública es la base de la economía de mercado*”, la necesidad de “*proteger el sistema económico socialista*” y estipula que “*el sistema chino de propiedad es en esencia diferente al capitalista*”. Es decir, la modernización del derecho, no significaba que el país fuera a cambiarse al bando capitalista.⁵⁸

La apertura internacional no era el único objetivo del legislador chino de 2007, sino también controlar el estallido social vivido en las zonas rurales del país, debido a las frecuentes y resistidas expropiaciones.⁵⁹

55 Chen, Lei “The new chinese property code: A gigant step foward?”, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, Vol 11, N° 2, 13.

56 Zhang, Lihong, “Comparative Law in China” en: Cheng, Tong Io; Mancuso, Salvatore (eds.), *New Frontiers of Comparative Law*, LexisNexis, China, 2013, 97.

57 Chen, Lei “The new chinese property code: A gigant step foward?”, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, Vol 11, N° 2, 4.

58 Foncillas, Adrián “China decide proteger por ley la propiedad privada”. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20070312/china-decide-proteger-por-ley-la-propiedad-privada-5433487>.

59 Tejada Canobbio, Enrique “Marco general de la propiedad privada en China”, en: Oropeza García, A. (eds.), *China-Latinoamérica: una visión sobre el nuevo papel de China en la región*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, p. 496.

De este modo, se coloca la protección de la propiedad individual a un nivel parejo con el resguardo otorgado a la protección de la propiedad estatal,⁶⁰ estableciendo que todo tipo de propiedad, desde la estatal a la colectiva, individual o de otro tipo, está protegida por la ley y nadie puede atentar contra ella. Nos volvemos a encontrar con los conceptos de propiedad estatal, colectiva y privada, que ya recogían los principios generales de 1986, pero esta vez en una declaración concreta, que establece un marco normativo mucho más seguro.⁶¹

También se distingue una clara influencia romanista en su organización, dividida en cinco secciones de diecinueve capítulos, que comienza con la enunciación de sus principios generales.⁶²

Para solucionar el estallido social, toma el concepto de expropiación, siguiendo el modelo romanista,⁶³ de modo que establece garantías y el derecho a compensación. A su vez, reconoce la renovación automática del derecho de uso del suelo residencial, en los mejores casos hasta por un máximo de 70 años, aliviando la incertidumbre de miles de chinos que vivían bajo concesiones, poseyendo apenas un derecho de usufructo, sin ser dueños del terreno en que habían construido sus hogares.⁶⁴

En cuanto a la inscripción conservatoria, mejora sustancialmente, estableciendo un sistema unificado de registro, que incluye los derechos de uso y garantía, y unifica la autoridad encargada de realizar este registro (con anterioridad existían cinco funcionarios competentes para la labor), sin embargo también se aleja de nuestro derecho, al preferir la doctrina germánica. Reconoce los derechos reales, incorpora la hipoteca, como un derecho real, accesorio y preferencial,⁶⁵ la prenda sobre derechos de crédito, o las llamadas floating mortgages (hipotecas flotantes). Reconoce a las servidumbres, sin embargo no distingue entre servidumbres personales y reales, pues no hace ninguna referencia a las primeras, lo cual ha sido duramente criticado.⁶⁶

10. Ley de la República Popular China sobre las leyes aplicables a las Relaciones civiles relacionadas a extranjeros (2010)

Tal como su nombre lo indica, esta ley, promulgada en octubre del año 2010, está dirigida a la determinación de la ley aplicable en materia civil para las relaciones entre los ciudadanos chinos con ciudadanos de terceros estados (Artículo 1), lo que

60 Chen, Lei “The new chinese property code: A gigant step foward?”, Electronic Journal of Comparative Law, 2007, Vol 11, N° 2, 5.

61 De Suso, Begoña, “La nueva ley sobre el derecho de propiedad en China”. Disponible en: https://www.casaasia.es/iberoasia/garrigues/ley_propiedad_Cn_may07.pdf

62 Chen, Lei “The new chinese property code: A gigant step foward?”, Electronic Journal of Comparative Law, 2007, Vol 11, N° 2, 2.

63 *Ibíd.* 11.

64 De Suso, Begoña, “La nueva ley sobre el derecho de propiedad en China”. Disponible en: https://www.casaasia.es/iberoasia/garrigues/ley_propiedad_Cn_may07.pdf

65 Chen, Lei “The new chinese property code: A gigant step foward?”, Electronic Journal of Comparative Law, 2007, Vol 11, N° 2, 21.

66 *Ibíd.* 20.

marca un nuevo intento de China, no solo por perfeccionar su sistema legislativo, sino en abrir las puertas al exterior.

Al respecto, hay que hacer un alcance en cuanto a su ámbito de aplicación, pues si bien Hong Kong, Macao, y discutiblemente Taiwán, hacen parte de la República Popular de China, por lo que sus relaciones podrían considerarse “internas”, poseen un sistema legislativo y judicial propios. En el caso de Taiwán, continúa rigiendo el código civil del antiguo régimen, Macao heredó la legislación portuguesa después de haber sido ocupada por Portugal, y en el caso de Hong Kong, su sistema jurídico es más afín con el *common law*, después de haberse sometido durante años al control inglés.⁶⁷

De modo que, la ley de 2010 no solo se aplica a las relaciones de China con terceros estados, sino que también soluciona los conflictos civiles que eventualmente podrían presentarse con aquellas regiones que son “internas”, en cierto sentido, de lo que deriva su doble importancia.

Es imposible no mirar esta ley como uno de los más grandes avances de China, con miras a la apertura internacional, pues está dispuesta, no solo a tolerar dentro de su sistema la aplicación de derecho extranjero, sino que también hacer propios principios e instituciones foráneas, principalmente de parte de Alemania, Austria, Japón y algunos reglamentos europeos en la materia, los cuales sirvieron de base en el proceso legislativo.⁶⁸

En su articulado podemos encontrar similitudes con el tratamiento latinoamericano en la materia. Por ejemplo, se destaca la admisión de la aplicación de una ley extranjera a situaciones jurídicas que deban ser conocidas por tribunales chinos, solución que fue promovida en 1928, por el Código de Bustamante (artículo 408),⁶⁹ tratado que se encuentra vigente en Chile. Sin embargo, en China resulta una novedad debido al celoso hermetismo de antaño.

Por supuesto que no se trata de una aceptación sin condiciones, aunque éstas también ya son conocidas en nuestra legislación, en cuanto el derecho extranjero debe probarse (artículo 10) y se excluirá la aplicación de una ley extranjera, si resulta contraria al orden público (artículo 5).

Misma lógica sigue el artículo 411 del código procesal civil chileno, respecto a la prueba del derecho extranjero, más allá de todas las discusiones doctrinarias que puedan surgir al respecto.

A su vez, el orden público se encuentra reconocido como reserva tácita en nuestro derecho, con ejemplos como el artículo 83 de la ley de matrimonio civil.

67 Soto Von Armin, Laura, “La historia del derecho internacional privado en China y sus fuentes”, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2013, vol 6, 134.

68 *Ibid.* 149.

69 Marín Fuentes, José Luis, “El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia”, Anuario Mexicano de derecho internacional, vol. 18, 2018, 530-531.

A nivel internacional, el código de Bustamante, en su artículo 3 alude al orden público interno y orden público internacional. Y legislaciones como el código civil español, la ley italiana de derecho internacional privado lo reconocen expresamente como una limitación.

Volviendo a la ley china, se destacan los cuatro ejes centrales que son: la residencia habitual, la libertad de elección, la ley del país que presentan vínculos más estrechos y la protección de la parte más indefensa del contrato, todos de inspiración occidental.⁷⁰

En cuanto a la residencia habitual, se constituye como factor de conexión, siendo un criterio mucho más amplio que los tradicionales nacionalidad o domicilio, ya que tratándose de las personas naturales, se adquiere con la permanencia de al menos un año en determinado lugar y para las personas jurídicas, se tiene en consideración nada más que el lugar de su registro.⁷¹ La noción de residencia habitual fue tomada de las convenciones de la Haya, sobre materias relacionadas con el estatuto familiar, así como lo son el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias (1977) o el Convenio sobre Ley Aplicable a los regímenes matrimoniales. En el ámbito latinoamericano, no encontramos referencias en el Código de Bustamante, que solo da la opción para utilizar tanto la ley nacional como la del domicilio.⁷²

Sobre la protección de la parte más indefensa, se refiere expresamente a las relaciones padres-hijos (artículo 25), acreedor de alimentos (artículo 29), la persona bajo tutela del Estado (artículo 30), el consumidor (artículo 42), el trabajador (artículo 43), entre otros. Es interesante analizar el primer caso mencionado, puesto que constituye una de las cinco relaciones básicas del pensamiento confuciano, conforme las cuales se ordena la jerarquía social. Se trata de una concepción filosófica que impone deberes de obediencia y respeto, la cual, en este caso se contraponen con normas inspiradas en la sistematización del derecho internacional, que pueden o no ser compatibles con la tradición confuciana. Esta regla se ha enlazado con la idea de residencia habitual, puesto que, mientras el Código de Bustamante opta por la Ley Nacional del Alimentado, en la ley China se prefiere la ley que “favorezca al menor” en caso de no existir residencia habitual en común (artículo 25).⁷³

Respecto a la libertad de elección, por primera vez la “autonomía de la voluntad” se desarrolla a nivel legal en China, no limitándose únicamente a las obligaciones contractuales, sino también a todas las relaciones civiles, al permitir que sean las partes quienes decidan la normativa que estimen más conveniente (artículo 3), siguiendo el modelo generado por el Convenio de Roma de 1980 y la Convención Interamericana desarrollada en México en 1994.⁷⁴

70 Soto Von Armin, Laura, “La historia del derecho internacional privado en China y sus fuentes”, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2013, vol 6, 148-149.

71 Marín Fuentes, José Luis, “El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia”, Anuario Mexicano de derecho internacional, vol. 18, 2018, 532.

72 *Ibid.* 541.

73 Marín Fuentes, José Luis, “El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia”, Anuario Mexicano de derecho internacional, vol. 18, 2018, 544-545.

74 *Ibid.* 532.

11.- Nuevos intentos de codificación

Todavía queda algo pendiente, y es la máxima aspiración del gigante asiático: un código. Y no cualquier código, sino que, como en cualquier otra sociedad, es necesario que sus normas jurídicas sean conformes a su realidad, que no pugne con sus tradiciones, y además, debe encontrarse en armonía con el resto de su sistema, con su constitución, y la gran variedad de leyes especiales que se han dictado sobre la materia.

El camino hacia la codificación ha sido largo, se han presentado numerosos proyectos, y se ha discutido mucho sobre la mejor manera de llevarlo a cabo, sin resultados.

No es tan fácil, basta solo con mirar nuestra propia legislación para darnos cuenta que un sistema jurídico perfecto, sin contradicciones; o es más, sin discusiones doctrinarias, es una utopía.

Sin embargo, los estudios, el intercambio de juristas, la modernización de mallas curriculares, y la traducción de las fuentes romanas comienzan a dar nuevos frutos.

China quiere un código y ya hay fecha para lo que podría ser uno de los acontecimientos más importantes no solo de su historia, sino que también para el derecho internacional.

El proceso se basa en dos etapas. Primero, la adopción de las Disposiciones Generales, que establecen los principios básicos para regular las actividades civiles. Luego, la compilación de los cinco libros individuales que se centran en propiedades, contratos, responsabilidad civil, matrimonio y herencia.⁷⁵

12.- General Provisions (2017)

La primera etapa se completó en octubre de 2017, cuando entraron en vigencia las Reglas Generales del Derecho, inspiradas en la antigua ley de 1986.⁷⁶ Son 206 artículos divididos en once capítulos, que llevan por título Disposiciones Preliminares; La Persona Natural; La Persona Jurídica; Las Organizaciones sin personalidad jurídica; Los Derechos Civiles; Los Actos Jurídicos Civiles; La representación; La responsabilidad civil; El cálculo de los tiempos; y disposiciones complementarias.⁷⁷

Dentro de las Disposiciones Preliminares, encontramos con varios principios familiares, tales como: igualdad entre las partes (artículos 2 y 4), equidad o justicia, según imponga la razón (artículo 6), buena fe (artículo 7). Se establece la supremacía de la ley (artículo 3), pero también se admite la costumbre en silencio de ésta, salvo que sea contraria al orden público y las buenas costumbres (artículo 10).⁷⁸

75 Xinhua Español, "China adopta Disposiciones Generales del Código Civil". Disponible en: http://spanish.xinhuanet.com/2017-03/15/c_136130246.htm.

76 *Ibid.*

77 Spósito Contreras, Emilio, "La persona natural y la libertad en las disposiciones generales del código civil de la República Popular China", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, N°10, 716

78 *Ibid.* 721.

En este título encontramos el innovador “principio verde”, que obliga a las partes, dentro de sus relaciones privadas, en el ejercicio de actividades civiles (que incluyen el ejercicio de derechos, el cumplimiento de obligaciones y en el ámbito de la responsabilidad), deben contribuir a la conservación de los recursos y a la protección del medio ambiente (artículo 9).

Es primera vez que el derecho privado chino regula la interacción de los particulares con el medio ambiente,⁷⁹ pero no es una invención de ellos, sino que toma nuevamente el ejemplo internacional.⁸⁰ Lo cual, por cierto, es sumamente importante a nivel global, ya que sabemos que es uno de los países donde más contaminación se genera.

Por cierto, al establecer el principio solo en términos generales, es de esperar que se dicte una ley especial que le otorgue mayor contenido.⁸¹

Siguiendo la tradición instaurada por el emperador Justiniano, otorga protección concebido en vientre materno (artículo 16),⁸² en términos muy similares al de nuestro artículo 77 en cuanto puede recibir herencias y donaciones, a través de la presunción de personalidad, pero en caso de que el feto nazca muerto, se considera que esos derechos no le fueron deferidos jamás.⁸³

La nueva ley también clasifica a los menores entre los que tienen una capacidad limitada y los que simplemente no tienen capacidad. Así, las personas de ocho años o más pueden realizar *transacciones apropiadas para su edad e intelecto*. De modo que, si el niño compra un reloj avaluado en un millón de pesos, no está acorde a su edad e intelecto, por lo tanto los padres deben ratificar, o en su caso, extinguir el contrato. En cambio, si se compra un dulce o un lápiz, estaría obrando conforme a los requisitos legales. A los menores de ocho años no se les reconoce capacidad. En ley de 1986, se hacía la misma distinción, pero la división se hacía a los diez.⁸⁴

En el caso de las tutelas, se apega a la filosofía confuciana al preferir relaciones paterno-filiales, pero permite que en último caso, la labor sea asumida por las organizaciones que establece la ley.⁸⁵ Los Principios Generales de 1986 solo contemplaban los tutores para los menores o enfermos mentales sin capacidad de obrar o con limitaciones a la misma, situación que se amplía en la nueva ley, permitiendo que un adulto sin capacidad de obrar o con limitaciones a la misma pueda serle designado un tutor.⁸⁶ También admite la posibilidad de que, previa

79 Zhai, Tiantian; CHANG, Yen-Chiang, “The Contribution of China’s Civil Law to Sustainable Development: Progress and Prospects”, *Sustainability Open Access Journal*, 2019, Vol. 11, no. 1: 294, 4-5.

80 *Ibid.* 9.

81 Li, Mr Guang; Cui Yang, Wessing, Taylor, “Book One Of The Chinese Civil Code: China’s General Provisions Of Civil Law Promulgated”, Disponible en: <http://vlex.com/vid/book-one-of-the-672690337>

82 Spósito Contreras, Emilio, “La persona natural y la libertad en las disposiciones generales del código civil de la República Popular China”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, N°10, 722.

83 Raja & Tann Asia, “China passes the General Provisions of its civil law”. Disponible en: <https://coasis.rajahtann.com/coasis/lu/pdf/2017-04-China-Passes.pdf>

84 Wen, Dr Wei, *China’s New General Provisions of Civil Law: Changes and Advancements for the Better*, *LAWASIA Journal*, 2018, 14-15.

85 Spósito Contreras, Emilio, “La persona natural y la libertad en las disposiciones generales del código civil de la República Popular China”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, N°10, 723.

86 XINHUA Español, “China adopta Disposiciones Generales del Código Civil”, <http://spanish.xinhuanet.com/2017->

consulta con sus parientes y demás involucrados, puedan estipular por escrito la designación de su eventual tutor.⁸⁷

Destaca la protección a los datos personales, los activos virtuales en línea y la protección explícita a la información personal, en cualquier individuo que necesite obtener información personal de otra persona debe hacerlo a través de los medios legales y garantizar su seguridad, de manera que se prohíbe la venta, compra o adquisición ilegal de información personal. El Tribunal Popular Supremo de la República ejerciendo su facultad interpretativa ha establecido en qué escenarios estas infracciones se consideran graves, amplió su definición y extendió la prohibición a la publicación de información personal sin consentimiento, aunque haya sido adquirida por medios legales.

Por otro lado, las disposiciones generales se hacen cargo de un problema que ha estado en la conciencia pública durante mucho tiempo, la que ha sido llamada como la de los “buenos samaritanos”. En antaño, estas personas podían verse expuestas a multas y juicios producto de su buena voluntad.⁸⁸

En esa línea, algunas provincias ya habían adoptado medidas para proteger a las personas que ofrecían, de manera voluntaria, asistencia de emergencia a los heridos, enfermos o en peligro de cualquier otra forma, no enfrentarían responsabilidad civil en caso de lastimar a las víctimas.⁸⁹

No obstante, en paralelo con las nuevas soluciones, tomadas a partir de la experiencia extranjera, también existen ideas que parecen sacadas directamente de la mente de Confucio, quien mantiene su influencia, regulando situaciones como la de los “nidos vacíos”, ordenando que, los hijos de trabajadores jubilados deben apoyar, cuidar y proteger a sus padres cuando se muden de casa,⁹⁰ y sancionando civilmente a aquellos que mancillen el nombre, la imagen, la reputación y honor de los héroes y mártires, lo que constituye un menoscabo del interés público.⁹¹

Por último, el legislador tampoco olvida la primacía de la agricultura dentro de los principios confucianos, de modo que si bien en la actualidad, la expansión y la apertura son la prioridad, el campesinado ha ejercido su influencia en la economía y la legislación desde mucho antes. Cabe mencionar que existe un gran contraste entre las zonas rurales y urbanas, la migración es un problema en la actual China y

03/15/c_136130246.htm,

87 Spósito Contreras, Emilio, “La persona natural y la libertad en las disposiciones generales del código civil de la República Popular China”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, N°10, 724.

88 Chon, Ik Wei; Yang, Samuel, “The General Provisions of Civil Law 2017 – a milestone in China’s legal history”. Disponible en: <https://www.clydeco.com/insight/article/the-general-provisions-of-civil-law-2017-a-milestone-in-chinas-legal-histor>

89 Hong Kong Free Press. China acts to protect Good Samaritans, in a move that could help tackle ‘bystander effect’. Disponible en: <https://www.hongkongfp.com/2017/03/16/china-acts-protect-good-samaritans-move-help-tackle-bystander-effect/>

90 Sheperd, Christian; HOLMES, Sam, “Factbox: Legal issues addressed in China’s new civil code”, <https://www.reuters.com/article/us-china-parliament-civilliberties-factb/factbox-legal-issues-addressed-in-chinas-new-civil-code-idUSKBN16E1DC>, 5 de mayo de 2019.

91 XINHUA Español, “China adopta Disposiciones Generales del Código Civil”. Disponible en: http://spanish.xinhuanet.com/2017-03/15/c_136130246.htm

las revueltas campesinas fueron un importante antecedente en su ley de propiedad privada. Uniformar ambas realidades es una necesidad, y la deuda es más grande con las primeras, de modo que las Disposiciones Generales asumen el desafío de reclasificar a las personas jurídicas en tres categorías: Personas Jurídicas con fines de lucro, Personas Jurídicas sin fines de lucro y además, crea un nuevo status, el de “personas jurídicas especiales”, facilitando la protección de los derechos e intereses de los colectivos económicos rurales, comités de aldeanos, entre otras organizaciones afines.⁹²

13.- Proyecto 2020

La segunda etapa del proceso de codificación consiste en la promulgación de su código civil durante la tercera sesión del 13° Congreso Nacional del Pueblo, que se celebrará en marzo del 2020.⁹³ El proyecto, que posee cinco libros centrados, en la propiedad, los contratos, la responsabilidad civil, el matrimonio y las herencias,⁹⁴ fue puesto a disposición del público el 5 de septiembre de 2018, con el fin de recopilar las observaciones de la población.⁹⁵ En dos meses ya había recibido 437.986 comentarios de más de 100.000 personas.⁹⁶

El proyecto ha sido muy comentado por la prensa internacional, en cuanto elimina la planificación familiar, es decir, China se despide del control de natalidad y los últimos vestigios de la ley del hijo único, principalmente por los negativos efectos psicológicos que producía en las familias y en los menores, conocidos como “pequeños emperadores”, y también el envejecimiento de su población, que no arroja buenas proyecciones para el futuro, según la OMS.⁹⁷

En esa línea, tampoco hay que olvidar la incómoda verdad que esconde la planificación familiar, en cuanto las familias chinas solían tomar medidas para lograr que ese único hijo fuese varón.⁹⁸

Asimismo, los movimientos sociales feministas, y en específico la campaña *MeToo*, han destacado la incorporación de una definición de acoso sexual, principalmente orientada al ámbito laboral, lo que abre una nueva puerta hacia la protección de los derechos. Así, el artículo 790, señala que acoso es un comportamiento no deseado

92 Wen, Dr Wei, China's New General Provisions of Civil Law: Changes and Advancements for the Better, LAWASIA Journal, 2018, 11

93 Zhai, Tiantian; CHANG, Yen-Chiang, “The Contribution of China's Civil Law to Sustainable Development: Progress and Prospects”, Sustainability Open Access Journal, 2019, Vol. 11, no. 1: 294, 3.

94 XINHUA Español, “Disposiciones generales del código civil de China entran en vigor”. Disponible en: http://spanish.xinhuanet.com/2017-10/01/c_136652986.htm

95 Yang, Grace, “China Sexual Harassment Protections and Employer Obligations”. Disponible en: <https://www.chinalawblog.com/2018/11/china-sexual-harassment-protections-and-employer-obligations.html>

96 XINHUA, “Over 100,000 people advise on China's draft civil code”, Disponible en: <http://www.chinadaily.com.cn/a/201812/23/WS5c1ec82ba3107d4c3a002473.html>

97 Zhicheng, Wang, “El Nuevo Código Civil chino apunta a terminar con el control de la natalidad”. Disponible en: <http://www.asianews.it/noticias-es/El-Nuevo-C%C3%B3digo-Civil-chino-apunta-a-terminar-con-el-control-de-la-natalidad--44795.html>

98 Una lectura recomendada para entender este tema es “Nacer Mujer en China”, de Xinran Xue.

hacia otra persona por medio lenguaje o acciones sexuales o por avances sexuales contra un subordinado.⁹⁹

14.- Conclusiones

Llama la atención que el proceso legislativo en China se esté llevando de una manera que podríamos catalogar “a la inversa”, puesto que mientras las aspiraciones napoleónicas fueron en un comienzo, contener todo el sistema jurídico en un mismo código y solo con el fenómeno de la decodificación se llegó a la conclusión de que esto sería imposible, los chinos comenzaron su proceso de codificación a través de leyes dispersas, leyes especiales, para luego intentar elaborar un código que armonizara todo el sistema.

Nosotros somos un buen ejemplo de lo primero. No somos herederos de una tradición tan milenaria, pero contamos con una tradición jurídica que despegó en 1855, con la promulgación de nuestro actual código civil, que fue una inspiración para nuestros vecinos.

En el caso de China, es indiscutible que ha experimentado un cambio dramático, desde su concepción inicial del derecho hasta la actualidad: El sueño de la codificación de la República Popular China.

A pesar de las críticas por su inexperiencia que recibió en el pasado, hoy en día el gigante asiático se encuentra más preparado que nunca. Ha examinado cada una de las instituciones presentes en las legislaciones foráneas, de modo que, aunque quizás el código chino no se destaque por su innovación o creatividad, es de esperarse que recogerá todos los avances internacionales que se han desarrollado hasta el momento.

El derecho romano, sin duda, ha promovido la discusión legislativa y ha dado las herramientas para la modernización, junto con los estudios de derecho comparado.

Atrás quedaron los tiempos en que China era un territorio aislado y autosuficiente, con su apertura, se marca un hito en el derecho contemporáneo, que una cultura tan lejana y distinta como la oriental esté mirando al sistema romanista como un modelo a seguir nos indica que la ambición de un derecho común no es un mero sueño del pasado o una ambición imposible, sino una necesidad de la globalización.

Como contrapunto, solo señalar que su apertura, por supuesto, no ha sido enteramente pacífica, puesto que ha desencadenado una guerra comercial con Estados Unidos cuyas consecuencias ya se están sintiendo a nivel económico y político.

⁹⁹ Yang, Grace, “China Sexual Harassment Protections and Employer Obligations”. Disponible en: <https://www.chinalawblog.com/2018/11/china-sexual-harassment-protections-and-employer-obligations.html>

CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE UNA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS CON UN INCOTERM MODIFICADO

INTERPRETATIVE CRITERIA FOR THE DETERMINATION OF THE CONTENT OF A CONTRACT OF INTERNATIONAL SALE OF GOODS WITH A MODIFIED INCOTERM

RICARDO VERGARA OLMOS¹

RESUMEN

Los Incoterms® buscan dar certeza sobre la repartición de los costos, riesgos, derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes de una compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, dado que la autonomía privada rige la contratación internacional y, de hecho, funda el valor normativo de los Incoterms®, dicha distribución puede ser modificada por las partes, llevando a una derogación parcial del contenido del Incoterm en cuestión. Este trabajo busca abordar los criterios empleados por la doctrina y la jurisprudencia en la interpretación de contratos donde un Incoterm ha sido modificado. Además, propondremos algunos otros criterios para entender cuándo se ha procedido a tal cambio, cuál es su verdadero alcance y cómo debe ponderarse la seguridad jurídica que otorgan los Incoterms® frente a la autonomía de las partes contratantes.

Palabras clave: Incoterms® – Modificación – Autonomía privada – Compraventa internacional de mercaderías

ABSTRACT

The Incoterms® aim to provide legal certainty about the distribution of costs, risks, rights and duties under an international sale of goods. However, given that party autonomy rules international contracting and, in fact, gives rise to the normative value of Incoterms®, such distribution may be modified by the parties, leading to a partial derogation of the chosen Incoterm's content. This article intends to analyze the criteria used both by doctrine and case law for the interpretation of contracts with a modified Incoterm. Further, we will propose some other criteria to determine when can we affirm that there is a modification, what is its scope and how should we weigh the legal certainty provided by Incoterms® against party autonomy.

Keywords: Incoterms® – Modification – Party autonomy – International sale of goods

1. Introducción

La compraventa internacional de mercaderías presenta una serie de obstáculos. No solo existe una barrera idiomática y una considerable dificultad logística, sino que también la forma en que las partes entienden la distribución de los costos, riesgos,

¹ Ayudante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

derechos y obligaciones varía según el contexto jurídico propio de cada uno de los contratantes².

Debido a estas múltiples y diversas regulaciones sobre la compraventa, se han hecho variados intentos de facilitar el entendimiento de las partes por medio de regulación internacional uniforme y otros mecanismos para proporcionar claridad en la materia.

Las principales herramientas jurídicas en este sentido son la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”), y junto a ella, los *International Commercial Terms* (“Incoterms®”) de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”)³.

A través de estas herramientas, se ha logrado catalizar los procesos del comercio internacional al proporcionar un lenguaje jurídico común por medio del cual sortear gran parte de los obstáculos de las transacciones de carácter internacional. Sin embargo, dada la prevalencia de la autonomía de la voluntad como pilar informativo fundamental de la contratación internacional privada, el alcance de estas herramientas se ve mermado en mayor o menor medida. Así, por ejemplo, sucede con el artículo 6° de la CISG, que permite a las partes excluir su aplicación o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos⁴; o bien, con los Incoterms®, en la medida en que las partes no quedarían del todo sometidas a su contenido cuando decidieran modificar su alcance.

En este artículo nos centraremos en los Incoterms®. Para ello, comenzaremos por revisar cuál es el concepto, la finalidad y las funciones de los Incoterms® en el comercio internacional. Luego, procederemos a analizar el eventual conflicto entre la autonomía privada y los Incoterms®, centrándonos en el choque entre certeza jurídica y libertad de contratación cuando estamos frente a un contrato poco claro y que presenta dificultades interpretativas con respecto a su contenido. A continuación, revisaremos los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que se han propuesto para entender las posibilidades de derogación parcial de un Incoterm por las partes y el modo por el cual debe ser realizado. En esta parte nos dispondremos a analizar críticamente dichos criterios y a proponer algunos otros, los cuales serán explicados principalmente por medio de ejemplos. Finalmente, terminaremos con unas breves conclusiones.

2. El rol de los Incoterms® en el comercio internacional

Los Incoterms® son términos comerciales estándar que permiten a las partes de un contrato de compraventa internacional o doméstica de mercaderías distribuir costos, riesgos, derechos y obligaciones a partir de alguna de las estructuras jurídicas

2 Coetzee, Juana, “Incoterms as a form of standardisation in international sales law: an analysis of the interplay between mercantile custom and substantive sales law with specific reference to the passing of risk”, Tesis de doctorado en Derecho, Universidad de Stellenbosch, Sudáfrica, no publicada, 2010, p. 2; Chuliá, Eduardo; Beltrán, Teresa, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, T. 2, p. 16.

3 Esplugues, Carlos; Palao, Guillermo; Espinosa, Rosario; Fernández, Enrique, *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 2ª edición, p. 207.

4 Bridge, Michael, *The International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 3ª edición, p. 516.

ofrecidas por dichas reglas, además de determinar quién estará a cargo del transporte de los bienes y de los trámites de aduana, así como de los posibles seguros a contratar por las partes⁵.

Los Incoterms[®] cumplen, al menos, tres funciones⁶. En primer lugar, una función armonizadora, ya que otorgan un lenguaje común a los participantes del tráfico comercial con el cual superar las barreras de la diversidad jurídica. En segundo lugar, una función de eficiencia, al agilizar las negociaciones de las partes por medio del otorgamiento de estructuras preconcebidas de repartición de costos, riesgos, derechos y obligaciones contractuales. Finalmente, los Incoterms[®] cumplen la función de otorgar certeza jurídica a las partes contratantes. Esta es la que más nos interesa, puesto que marca el punto de partida para la solución a problemas interpretativos en un contrato con un Incoterm modificado.

En efecto, al proveer una distribución preconcebida de derechos y obligaciones, los Incoterms[®] evitan la multiplicidad de interpretaciones y encauzan el entendimiento sobre la relación contractual de manera uniforme. En este sentido, señala O'Connor que, en esencia, los Incoterms[®] son una forma de dejar saber al comprador qué viene incluido en el precio de venta del contrato⁷.

Sin embargo, esta función de certeza de los Incoterms[®] encuentra sus límites en la posibilidad de modificación de su contenido por las partes en virtud de la autonomía privada. Así, su función clarificadora entra en conflicto con su fuente de poder normativo: la voluntad de los contratantes.

3. La autonomía privada y su eventual conflicto con los Incoterms[®]

En principio, la posibilidad de que las partes modifiquen un Incoterm en virtud de la autonomía privada no debiera parecer problemático. Es más, debido a la naturaleza facultativa y al carácter no mandatario de los Incoterms[®], resulta lógico que las partes puedan definir con mayor precisión cuál desean que sea el contenido del contrato. Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en esto⁸. Al fin y al cabo, al menos desde una perspectiva económica, el contrato constituye una operación donde se busca que los riesgos y costos sean distribuidos de manera eficiente entre las partes contratantes⁹.

5 O'Connor, Emily, *Incoterms 2010 Q & A. Questions and expert ICC guidance on the Incoterms 2010 rules*, ICC Publication, 2013, p. 4; Ramberg, Jan, *ICC Guide to the Incoterms 2010*, ICC Publication, 2011, p. 16.

6 Contreras Strauch, Osvaldo, *Instituciones de derecho comercial*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, 4^o edición, T. 2, p. 1078.

7 O'Connor, cit. (n. 4), p. 4.

8 Magnus, Ulrich; Piltz, Burghard, "Trade Terms and INCOTERMS", en: DiMatteo, Larry; Janssen, André; Magnus, Ulrich; Schulze, Reiner (eds.), *International Sales Law*, C.H.Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2016, p. 269; Boyeras Schumann, Daniel, "La compraventa internacional de mercaderías la modalidad FOB", Tesis de doctorado en Derecho, Universitat Autònoma de Barcelona, España, no publicada, 2013, p. 123; Ramberg, cit. (n. 4), p. 41; Corte del distrito Este de Virginia, 11 de agosto de 1969, "Minex v. International Trading Company of Virginia", 303 F. Supp. 205 (E.D. Va. 1969), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/303/205/1623668/>; Corte Federal de Nueva York, 26 de marzo de 2002, "St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.", <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>.

9 Coetzee, cit. (n. 1), p. 4; Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1998, pp. 11 – 13.

No obstante, y como ha sabido identificar Coetzee, el uso de Incoterms® modificados conlleva más incerteza que precisión jurídica¹⁰. En este sentido, podemos encontrar dos grandes grupos de casos que traen menores o mayores dificultades.

Un primer grupo, menos complejo, se encuentra compuesto por aquellas variaciones de Incoterms® que, si bien suponen un alejamiento de las estructuras propuestas por la CCI, son de uso común y terminan ocupando un lugar usual en la compraventa de mercaderías. Este es el caso, por ejemplo, de las adiciones *Free On Board "Stowed"* (FOBS) o de *Ex Works "Loaded"* (EXWL), que, si bien buscan determinar con mayor precisión las obligaciones de las partes, no terminan por solucionar el problema de la falta de claridad¹¹. Nos referiremos a este grupo como "variaciones generalizadas".

Si bien en este primer grupo de casos existe incertidumbre, las variaciones generalizadas se distinguen por ser un lugar común para distintos comerciantes y, por tanto, por crear una práctica comercial paralela a los Incoterms®. De hecho, no solo hay que considerar que los ejemplos mencionados son tratados en distintas publicaciones de la CCI¹², sino que además algunas de estas prácticas pueden terminar por posicionarse como nuevos Incoterms® en las versiones posteriores del documento oficial de dicha institución, el cual se va actualizando aproximadamente cada diez años para recoger las nuevas formas contratación que crea el comercio internacional^{13 14}. Un ejemplo de esto es la eliminación en los Incoterms® 2010 de los términos *Delivered at Frontier* ("DAF"), *Delivered Ex Quay* ("DEQ"), *Delivered Duty Unpaid* ("DDU") y *Delivered Ex Ship* ("DES"), debido a su poca utilización en la práctica comercial, y su reemplazo por los términos *Delivered at Terminal* ("DAT") y *Delivered at Place* ("DAP"), que logran modernizar y estar en línea con la práctica comercial internacional imperante¹⁵.

De ahí que pueda afirmarse que, en este primer grupo de casos, el mismo comercio internacional genera ciertas expectativas de interpretación y un entendimiento común con respecto al funcionamiento de estas variaciones, que tienden a uniformarse hasta un punto de certeza suficiente y tolerable. Es decir, el alejamiento de la función clarificadora de los Incoterms® en las variaciones generalizadas es relativo y no resulta problemático en profundidad.

Sin embargo, hay algunos ejemplos más complejos. Así, en un segundo grupo, podemos aglomerar todos los casos donde si bien las partes han pretendido modificar el contenido de un Incoterm, no queda completamente clara una voluntad

10 Coetzee, Juana, "Incoterms® variants: greater precision or more uncertainty?", *De Jure*, 2013, vol. 46 n. 2, p. 583.

11 Coetzee, cit. (n. 9), p. 584.

12 Ramberg, cit. (n. 4), p. 42; O'Connor, cit. (n. 4), pp. 51 y 100.

13 Lazar, Anca, "The INCOTERMS rules and their importance", *Juridical Tribune*, 2011, vol. 1 N° 1, p. 144; Delacollette, Jean, *Les contrats de commerce internationaux*, Éditions Universitaires, Paris, 1991, 2ª edición, p. 15.

14 La primera versión de los Incoterms® fue publicada el año 1936 y su última actualización data del año 2010. Los Incoterms® 2020 serán publicados a fines del presente año (Cámara de Comercio Internacional, "ICC prepares to launch Incoterms® 2020", <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-incoterms-2020/>, 13 de mayo de 2019).

15 Pérez Correa Camarena, Fernando, "Análisis comparativo de los Incoterms 2010 frente a los Incoterms 2000", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2011, vol. 61 N° 256, p. 225.

expresada en dicho sentido. Esto sucede, por ejemplo, cuando el lenguaje es vago o insuficientemente claro, cuando no se han hecho adiciones como las que pueden observarse en el primer conjunto o cuando los cambios son tales que, en principio, pareciera que el Incoterm ha devenido en una mera etiqueta vacía, sin el contenido que de ordinario se espera de él. Lo anterior deriva en que en estas situaciones ni siquiera es posible observar una práctica, ya sea emergente o consolidada, que tenga un carácter paralelo a los Incoterms®. Esto ocurre porque no hay punto de comparación suficiente, sino solo casos particulares y autónomos que no se relacionan entre ellos de forma tal que podamos hablar de una práctica común de los comerciantes. Nos referiremos a este grupo como “variaciones particulares”.

Aquí la incertidumbre es patente y difícil de superar. Si bien las partes pueden creer saber exactamente lo que quisieron decir, este grupo es un nicho de malos entendidos. No existe un marco comparativo como en el primer grupo de casos, dado que las regulaciones de los contratos de este segundo grupo son muy específicas y hallan su sentido en la operación económica misma emprendida por las partes. De ahí que el análisis de estos casos supone echar mano menos sobre la práctica generalizada y más sobre el acuerdo mismo de los contratantes.

En ambos grupos antes mencionados surgen problemas tales como la falta de determinación exhaustiva de los costos para cada una de las partes, la difusa o nula distribución de riesgos entre las partes, la falta de coordinación para la contratación de seguros, entre otras. Con todo, es en particular en el segundo grupo de casos donde vemos una situación más crítica, con mayores probabilidades de dar lugar a litigios complejos y difusos con resultados poco predecibles.

Por ello, resulta evidente la necesidad de explorar criterios que permitan el libre desarrollo de la autonomía privada sin pasar a llevar la función de certidumbre de los Incoterms® que, en principio, las mismas partes pretenden aprovechar al incluirlos en sus contratos de compraventa internacional de mercaderías.

4. Criterios interpretativos para la determinación del contenido de un contrato con un Incoterm modificado

Como ya señalamos, las partes pueden acordar un Incoterm y decidir, al mismo tiempo, regular de forma distinta alguno de los aspectos que dicho Incoterm en principio ya contempla. Dijimos, además, que la doctrina es conteste en cuanto a la facultad de las partes para realizar dichos cambios.

Sin embargo, la doctrina poco y nada se ha referido a los efectos de tales acuerdos y su alcance con respecto al ámbito regulatorio de los Incoterms®. Así, por ejemplo, Chuliá y Beltrán hablan de la “anulación”¹⁶ de las reglas de un Incoterm cuando las partes introducen cláusulas especiales, sin profundizar en el tema¹⁷. También

¹⁶ Discrepamos de la precisión de la palabra “anulación” para referirse a las modificaciones realizadas por las partes, dado que la falta de eficacia de los efectos del Incoterm introducido por las partes se debe a la autonomía de los contratantes, no a un problema de validez.

¹⁷ Chuliá/Beltrán, cit. (n. 1), p. 16.

podemos ver que Magnus y Piltz simplemente mencionan la facultad de las partes para modificar el Incoterm introducido en el contrato, agregando luego que es un problema de construcción interpretativa si hay o no inconsistencia entre los términos del contrato, sin otorgar mayores pautas al respecto¹⁸.

Una buena razón por la que probablemente la doctrina no ha profundizado en la forma en que interactúan dichos acuerdos particulares y la elección de un Incoterm es que, lógicamente, para saber cuál es el alcance de la derogación realizada por las partes es necesario interpretar el contrato específico como un todo y ponderar la voluntad de las partes¹⁹. Esta necesidad se sobrepone irónicamente con la meta interpretativa propia de los Incoterms®, como ya fuera anunciado en su introducción oficial hace ya varias décadas. En efecto, y como señala Eisemann, uno de los principales objetivos de los Incoterms® es proveer reglas facultativas para la interpretación de los términos utilizados por las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías²⁰.

De este modo, cuando nos preguntamos por el alcance de la derogación de un Incoterm por las partes de una compraventa internacional de mercaderías, podemos afirmar que estamos ante un problema de interpretación jurídica, y más específicamente, de interpretación contractual.

En relación a este problema de interpretación, la doctrina y la jurisprudencia han presentado algunas posturas y recomendaciones que han pretendido orientar dicha tarea pero que no han terminado por clarificar el panorama.

En lo que resta del trabajo nos dedicaremos a analizar los diversos aspectos interpretativos que han sido tratados en la literatura y jurisprudencia pertinente de forma crítica, tales como la interpretación objetiva de los Incoterms® y el respeto de la esencia de estos.

Además, propondremos algunos otros criterios que permiten determinar el contenido del contrato con respeto de la autonomía de las partes, tales como la consideración del precio en la interpretación del reparto de derechos y obligaciones, y el uso de las negociaciones precontractuales. En este último punto, trataremos el momento en que se introduce el Incoterm y sus modificaciones al contrato, lo relativo a aquello que ilustra sobre la finalidad y las circunstancias subjetivas de las partes y la importancia de los acuerdos orales o las declaraciones no escritas de las partes para la determinación del Incoterm aplicable.

i. Interpretación objetiva de los Incoterms®

Si bien los Incoterms® tienen una naturaleza facultativa y eminentemente contractual, se ha entendido por la doctrina que su interpretación debe seguir una lógica de carácter objetivo. De este modo, Magnus y Piltz han señalado que los

18 Magnus/Piltz, cit. (n. 7), p. 281.

19 López Santa María, Jorge; Elorriaga De Bonis, Fabián, *Los contratos parte general*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, 6° edición, p. 500.

20 Eisemann, Frédéric, *Incoterms*, Banco Exterior de España, Madrid, 1985, 2° edición, p. 23.

Incoterms® deben ser interpretados más bien como si fueran disposiciones legales que como si fueran términos contractuales ordinarios²¹.

Pero ¿por qué los Incoterms® suponen un análisis objetivo? Esto se debe a su función clarificadora, a través de la cual se persigue la certidumbre y la seguridad jurídica en el tráfico comercial internacional. Al otorgar una estructura preconcebida de distribución de costos, riesgos, derechos y obligaciones, cuando las partes incluyen un Incoterm proveen al contrato de una base interpretativa sobre la cual puede o no haber modificaciones. De ahí que, a menos que logremos concluir que las partes efectivamente realizaron un cambio al contenido de un Incoterm, por el mero hecho de incluirlo correctamente al contrato las partes han proporcionado una regulación estandarizada del contenido del mismo²².

Esto es relevante porque permite concluir que todo lo no regulado expresamente por las partes será cubierto por el Incoterm incluido, en la medida en que dicha materia se encuentre dentro del ámbito de aplicación de los Incoterms®: entrega, trámites aduaneros, etcétera. Llamaremos a esto el “efecto de piscina normativa”, por medio del cual se integra lo no regulado expresamente por las partes a través del contenido presupuesto por el Incoterm ya incluido en el contrato.

A su vez, el efecto de piscina normativa es importante porque es la manera en que eventualmente un juez o un árbitro debiera interpretar un contrato en el cual las partes hayan introducido un Incoterm. En este sentido, Johnson explica que lo ideal es que las partes logren repartir riesgos y responsabilidades de una forma en que sea objetivamente determinable por cada una de ellas y, por supuesto, también por terceros²³.

Por último, el efecto de piscina normativa resulta relevante porque desde un punto de vista lógico incluso si hay varias modificaciones a la estructura del Incoterm introducido por las partes, debiera concluirse que al menos alguna porción de la regulación de dicho Incoterm debiera gobernar el contrato. De lo contrario, al menos en principio, no tiene sentido que haya sido incluido. Esto es, en definitiva, una manifestación de la fuerza de objetivación de los Incoterms®, alimentada por la voluntad de los contratantes.

Cabe advertir, en todo caso, que esta interpretación objetiva en ningún caso puede significar una limitación a la libertad de contratación de las partes. La voluntad de los contratantes sigue siendo el pilar informativo fundamental sobre cómo debemos entender el contrato. Por ello, debemos tomar con precaución la idea de interpretación objetiva de los Incoterms®, porque su alcance solo se limita al Incoterm en sí, no al contrato. La regla de interpretación contractual no deja de ser subjetiva (a menos que el derecho aplicable diga lo contrario), sino que la aproximación al Incoterm en sí debe ser realizada de forma objetiva.

21 Magnus/Piltz, cit. (n. 7), p. 280.

22 Magnus/Piltz, cit. (n. 7), p. 280.

23 Johnson, William, “Analysis of Incoterms as Usage Under Article 9 of the CISG”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2014, vol. 35 N° 2, p. 388.

Esta necesidad de ponderar la objetividad del Incoterm introducido frente a la verdadera intención de las partes (la cual puede ser encontrada en los más diversos lugares del contrato, como veremos más adelante) es el centro del problema al que nos enfrentamos cuando estamos ante un contrato con dificultades interpretativas mayores, como ocurre en los casos de variaciones particulares antes descritos.

Profundizaremos y discutiremos más sobre este aspecto en el punto siguiente, sobre la esencia de los Incoterms®.

ii. Interpretación a favor de la esencia del Incoterm

Un segundo criterio se relaciona con el límite de la modificación o derogación que las partes pueden hacer del Incoterm que ya incluyeron en un contrato. En múltiples casos se ha tomado en cuenta lo que se ha identificado como la esencia de un Incoterm específico para interpretar qué fue exactamente lo que las partes acordaron o cómo operan las cláusulas incluidas en el contrato²⁴. En dichos casos, la esencia del Incoterm devino en aquello que no podía ser modificado ni derogado por las partes, o al menos, aquello que la interpretación del contrato debe proteger en aras de la seguridad jurídica.

Pero ¿por qué resulta relevante desde un punto de vista interpretativo que tomemos en cuenta la esencia de un Incoterm? ¿No pueden acaso las partes simplemente abandonar todo el contenido del Incoterm incluido por medio de acuerdos voluntarios expresados en el contrato? Y, en todo caso, ¿cómo determinamos la esencia de un Incoterm?

Para empezar, debemos tener presente que la esencia es relevante por una exigencia de coherencia y no contradicción en las declaraciones de las partes, propias de toda interpretación contractual que pretenda llegar a una conclusión con respecto al contenido efectivo del contrato. En efecto, cuando las partes incluyen un Incoterm, como hemos visto, agregan toda una distribución de costos, riesgos, derechos y obligaciones al contrato. Cada modificación es una derogación parcial de dicha disposición contractual. Si las modificaciones, en tanto declaraciones de voluntad, pasaran a llevar el núcleo mismo de aquello que también han declarado como voluntad propia, esto es, el contenido del Incoterm incluido en el contrato, entonces estaríamos ante dos declaraciones contradictorias que no permiten una lectura conclusiva y coherente del contrato y que, por tanto, no pueden ser toleradas bajo una práctica interpretativa eficaz.

¿Significa esto que las partes no pueden modificar todo cuanto quieran? No. Como ya advertíamos en el punto anterior, debemos recordar que estamos trabajando con criterios interpretativos para situaciones de poca claridad con respecto al contenido del contrato, como ocurre en los casos de variaciones particulares. Si las modificaciones son expresas y claras, deben primar por sobre el Incoterm en

²⁴ Yeo, Tae Shig, "A Study on the Interpretation of Permutated CIF Contract", *SungKyunKwan Law Review*, 2007, vol. 19 N° 2, p. 529; "Denbigh Cowan & Co v Atcherley" (1921) 90 LJKB 836; "Soon Hua Heng Co Ltd v Glencore" (1996) 1 Lloyd's Rep 398.

todo lo que sean incompatibles²⁵, incluso si eso significa que el Incoterm se vuelva una mera etiqueta vacía. Tanto el Incoterm como sus modificaciones expresan la voluntad de las partes, es cierto, pero elegir un Incoterm supone traer toda una estructura ya preparada dentro del contrato, una base para interpretar su contenido (el efecto de piscina normativa), y hacer una declaración en contrario es accidental, excepcional y, por tanto, la única justificación lógica para que una cláusula contraria a lo dispuesto en el Incoterm esté ahí es porque viene a romper la regla base del contrato, que podemos encontrar en el Incoterm introducido por las partes. Por esto es por lo que podemos afirmar que incluso si las partes modifican profundamente el Incoterm, su nombramiento no resulta irrelevante, dado que es en sí una importante guía para determinar el contenido del contrato, a pesar de que no tenga un carácter conclusivo²⁶.

Ahora bien, dado que la esencia de un Incoterm muestra de todas formas cierta utilidad interpretativa cuando estamos ante un contrato con modificaciones poco claras, debemos hacernos una pregunta evidente: ¿cómo determinamos la esencia de un Incoterm?

Algunos autores se han referido a la esencia de algunos de ellos. Así, por ejemplo, Alsterberg ha identificado los elementos esenciales de un contrato *Free on Board* (“FOB”) y de un *Cost Insurance and Freight* (“CIF”)²⁷. Sin embargo, no existe un consenso claro con respecto a cuál es el elemento esencial de cada Incoterm en particular. No hemos podido encontrar ninguna obra en este sentido. Por lo demás, las publicaciones de la CCI tampoco han pretendido dar respuesta a esta pregunta, sino que en su mayoría se remiten a profundizar en todo el contenido de cada Incoterm sin poner una jerarquía entre los distintos elementos²⁸.

Si bien no pretendemos profundizar en este punto ya que la respuesta a esta interrogante podría ser objeto de un extenso trabajo especialmente dedicado a responderla, consideramos necesario tener presentes algunas cuestiones sobre la búsqueda de la esencia de cada Incoterm.

Primero, no debemos caer en el error de creer que la esencia de cada Incoterm debe estar definida por su diferencia con cualquier otro que hubieran tenido disponible o en mente las partes al momento de contratar. La comparación no debe ser realizada solo con respecto al siguiente de la lista, sino con todos los demás. Es decir, no basta ver qué tienen de diferente dos o más Incoterms®, sino que resulta necesario determinar qué es lo que hace a cada Incoterm único frente a todos los demás. Esto es, su “esencia objetiva”.

Segundo, aunque no existiera algo así como la esencia objetiva de cada Incoterm, podemos hablar de una “esencia subjetiva” determinable por medio de la finalidad que

25 Magnus/Piltz, cit. (n. 7), p. 81.

26 McKendrick, Ewan, *Sale of Goods*, LLP Professional Publications, London, 2000, p. 649.

27 Alsterberg, Andreas, “Transfer of risk in sale of goods on shipment terms”, Tesis de magister en Derecho, Lunds Universitet, Suecia, no publicada, 2006/2007, pp. 9 y siguientes.

28 Véase, por ejemplo, Ramberg, cit. (n. 4) y O'Connor, cit. (n. 4).

perseguían las partes al incluir el Incoterm específico que finalmente introdujeron al contrato, o a través de las razones que hayan explicitado para elegir el Incoterm en cuestión. Ello, dado que la razón de introducción del Incoterm confluye con el aspecto del mismo que las partes persiguen incluir en su contrato, y por tanto, aquello que les resulta esencial y necesario para la recta ejecución de su voluntad dentro de la operación económica.

Por último, no debemos olvidar que todo el sentido de la determinación del Incoterm es, como hemos reiterado con anterioridad, buscar un criterio para orientar la interpretación del contenido del contrato. No debe ser en absoluto una limitación a las modificaciones realizadas por las partes si estas han sido claras. Como hemos expuesto, la esencia busca proteger la seguridad jurídica a través de una interpretación conservadora de las modificaciones realizadas por las partes pero no pretende extirpar el rol de la autonomía de la voluntad.

iii. Interpretación del alcance de las modificaciones a través del precio

El precio no solo corresponde al centro obligacional de los deberes del comprador, en cuanto a su pago, sino que también desempeña una labor informativa desde el punto de vista de cuánto vale el producto adquirido. Sin embargo, cuando el precio es definido también en función de la inclusión de un Incoterm al contrato, se vuelve más evidente otra de las informaciones que refleja su valor: cuánto está pagando el comprador por los riesgos y obligaciones que quedan en manos del vendedor. En efecto, y como ya señalamos más arriba, en esencia, los Incoterms[®] son una forma de dejar saber al comprador qué viene incluido en el precio de venta del contrato²⁹.

Debido a lo anterior, es posible considerar la variación del precio como un indicador del alcance de las modificaciones realizadas por las partes, en la medida en que dicho precio se calcula no solo en base al costo de producción del bien que se compra sino también en función de las obligaciones que toma el vendedor en el contrato respectivo³⁰.

De este modo, y tomando en cuenta los usos y valores empleados en el mercado respectivo, podríamos concluir, por ejemplo, que si el comprador pagó un precio muy alto por un contrato *Ex Works* (“EXW”) y al mismo tiempo existen señales o indicios sobre la existencia de mayores obligaciones por parte del vendedor, debería realizarse una interpretación que justifique el mayor valor pagado por parte del comprador.

Asimismo, si las partes acuerdan un *Delivered Duty Paid* (“DDP”) y realizan modificaciones que tienden a disminuir la carga de riesgos y obligaciones para el vendedor, dicha disminución relativa puede en parte definirse tomando en consideración cuánto ha aumentado el precio de venta y si cubre efectivamente tanto los costos como los riesgos de un DDP en el mercado respectivo.

29 O'Connor, cit. (n. 4), p. 4.

30 Butler, Petra; Harindranath, Arjun, “Article 53”, en: *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2018, 2ª edición, p. 772.

Desde ya podemos observar y advertir que este criterio por sí solo no resulta muy útil, porque más bien funciona como un criterio de prudencia y equilibrio que debe ser complementado o que al menos sirve para reafirmar o corroborar una conclusión ya alcanzada con respecto al alcance de las modificaciones que intentamos interpretar. En el fondo, nos ayuda a resolver la pregunta, ¿pagó el comprador un monto suficiente que justifique lo que pide al vendedor? O bien, desde el otro lado de la vereda, ¿se ha hecho cargo el vendedor de los riesgos y obligaciones del contrato en conformidad con el monto pagado por el comprador?

iv. La relevancia de las negociaciones precontractuales en la interpretación de los Incoterms®

El proceso de formación de contratos complejos supone una serie de comunicaciones e intercambios de propuestas y borradores de contrato. Dicho proceso toma tiempo y las más de las veces se define no solo por lo que finalmente se decidió, sino también por cómo se llegó a ese acuerdo, tomando en consideración lo que se dijo durante las negociaciones del contrato. La interpretación de la voluntad de los contratantes no se acaba en el sentido literal de lo que han suscrito: se encuentra en todas las circunstancias que envuelven al contrato³¹. Esto incluye las negociaciones.

Esta idea cobra particular importancia en el ámbito donde se suelen encontrar los Incoterms®, es decir, en la compraventa internacional de mercaderías. Ello se debe a que en estos casos suele aplicar la CISG, que en su artículo 8° reconoce expresamente la importancia de las negociaciones para determinar la intención de las partes³². Lo mismo sucede bajo la aplicación de otros instrumentos de derecho uniforme que suelen acompañar a los contratos que incluyen Incoterms®, como es el caso de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (“UPICC”), que en su artículo 4.3(a) recoge la misma regla interpretativa. Por tanto, el cómo, cuándo y por qué de la introducción de un Incoterm pasan a ser tan relevantes como su contenido mismo en caso de controversia.

Con esto en mente, existen algunos aspectos de la contratación que nos parece interesante explorar en el presente trabajo y que están relacionados con la relevancia de las negociaciones precontractuales para la interpretación de los Incoterms®. A continuación, procederemos a revisarlos.

a. El momento en que se introduce el Incoterm y sus modificaciones

Como dijimos, las negociaciones toman tiempo. En ese tiempo se puede ir y venir entre distintas propuestas. Entre dichas propuestas puede haber un Incoterm, el cual puede tanto ser acordado al principio como al final de la negociación. La pregunta al respecto es, ¿resulta relevante cuándo se incluye dicho Incoterm cuando coexiste con ciertas cláusulas que implican una regulación distinta de su contenido? O, visto de

31 López Santa María, cit. (n. 18), p. 479.

32 Schmidt-Kessel, Martin, “Article 8”, en: Schwenzler, Ingeborg, *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 4° edición, p. 158.

otra forma, ¿importa si el Incoterm fue introducido antes o después de las cláusulas que modifican su alcance?

Cuando las cláusulas modificatorias del Incoterm son introducidas con posterioridad a la inclusión del Incoterm en cuestión dentro del contrato, parece bastante claro que dichas modificaciones prevalecen, en la medida en que su alcance sea claro.

Sin embargo, podría suceder que en un contrato específico el Incoterm sea introducido luego de que las partes hayan alcanzado otros acuerdos relativos al ámbito regulatorio del Incoterm y, por tanto, se argumente que el nuevo acuerdo viene a derogar los alcanzados con anterioridad aunque éstos no hayan sido eliminados del borrador final.

A nuestro parecer, la interpretación correcta dejaría en pie las cláusulas ya existentes aunque contradijeran al Incoterm introducido con posterioridad, siempre que estas fueran claras. Sostenemos esto por dos razones. Primero, porque las partes no han eliminado dichas disposiciones pudiendo hacerlo y, por tanto, en principio el Incoterm viene a regular solo aquello que corresponde a su ámbito de aplicación y que las partes todavía no han podido zanjar. Y es que, de hecho, las regulaciones anteriores al Incoterm que versan sobre temas del ámbito de aplicación de este último constituyen acuerdos cristalizados que se mantienen hasta que sean derogados. Segundo, porque existe tanto un conocimiento como una muy posible expectativa de que lo acordado no ha sido derogado ya que no existió ni expresa mención de ello ni eliminación de las disposiciones en conflicto.

De este modo, no importa si el Incoterm fue introducido antes o después de las cláusulas que modifican su alcance. La diferencia temporal de introducción en las cláusulas respectivas no afecta el hecho de que los acuerdos específicos diversos al Incoterm priman por sobre su contenido predeterminado.

b. Relevancia de la finalidad y las circunstancias subjetivas de las partes

Para el análisis de esta sección seguiremos lo pertinente del caso diseñado por el Dr. Stefan Kröll para el *26th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*³³ (“Vis Moot 2019”)³⁴, dado que nos permite ilustrar de manera concreta cuál

33 En palabras de Jocelyn-Holt, “Los *moot court* son procedimientos judiciales simulados practicados en muchas facultades de Derecho del *Common Law*. En ellas se lleva a cabo un juicio, algunos alumnos cumpliendo el rol de demandantes, otros de demandados” (Jocelyn-Holt Correa, Emilia, *Del caos al imperio del derecho. La Búsqueda de la Justicia en Shakespeare*, Rubicón Editores, Santiago, 2018, p. 38). De acuerdo a las Reglas del Vis Moot, “*The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (the “Moot”)* is an annual competition of teams representing law schools throughout the world (...) *The Moot is intended to stimulate the study of international commercial law, especially the legal texts prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), and the use of international commercial arbitration to resolve international commercial disputes. The international nature of the Moot is intended to lead participants to interpret the texts of international commercial law in the light of different legal systems and to develop an expertise in advocating a position before an arbitral panel composed of arbitrators from different legal systems (...) The Moot consists of the preparation of a memorandum for claimant, a memorandum for respondent and the oral hearings*” (Association for the Organisation and Promotion of the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, “The Rules”, <https://vismoot.pace.edu/media/site/26th-vis-moot/the-rules/rules.pdf>, 13 de mayo de 2019).

34 Nos dispusimos a citar el caso del Vis Moot 2019 por referirse exactamente al tema que tratamos en la presente investigación y por constituir el Vis Moot un referente pedagógico importante en cuanto a compraventa internacional de mercaderías. El caso en cuestión puede encontrarse en <https://vismoot.pace.edu/>.

puede ser el alcance de la finalidad y las circunstancias subjetivas de las partes en la interpretación de un Incoterm modificado.

El caso es el siguiente. *Phar Lap Allevamento* (“la vendedora”), empresa dedicada a los deportes ecuestres y la crianza de caballos, vende a *Black Beauty Equestrian* (“la compradora”), empresa participante del mismo rubro, cien dosis de semen congelado de uno de sus caballos de carrera más famosos, Nijinsky III, con fines reproductivos. Para ello, celebran una compraventa internacional de mercaderías que, entre otras cosas, incluía en su cláusula octava una mención al Incoterm DDP, algunas modificaciones expresas a dicho Incoterm en otras cláusulas y una referencia sobre *hardship*³⁵ en la cláusula doceava del contrato.

La entrega debía hacerse en tres cargamentos diferidos: los primeros dos de 25 dosis y el último de 50. Los primeros dos no tuvieron problema alguno. Sin embargo, antes del envío del tercer cargamento el gobierno del país de la compradora aumentó sorpresivamente en un 30% las tarifas de importación de los productos agrícolas (incluyéndose el semen de caballo, curiosamente), lo que generó que el costo de ejecución del contrato aumentara considerablemente.

La vendedora contactó a la compradora con el fin de adaptar el precio. Finalmente, decidió cumplir con la entrega a pesar de no haber alcanzado un acuerdo final, dado que tuvo la impresión de que las negociaciones llegarían a buen puerto. Sin embargo, tras hacer la entrega, la compradora se negó a seguir negociando y a pagar la variación del precio causada por el imprevisto cambio de las tarifas. Por ello, la vendedora demandó la adaptación del contrato a un tribunal arbitral, en línea con la cláusula quinceava del contrato sobre solución de controversias.

Una primera lectura tanto de los hechos como del acuerdo de las partes llevaría a la conclusión de que, dado que estamos ante un contrato DDP y no hay cambios expresos con respecto a la distribución de riesgos, la vendedora debería cargar con la variación del precio.

Sin embargo, el caso estaba diseñado para que los participantes de la competencia acudieran a las negociaciones en busca del alcance de ciertos elementos del contrato, para demostrar que sí existían modificaciones al Incoterm introducido de común acuerdo y que dichas modificaciones limitaban la responsabilidad de la vendedora. Para alcanzar dichas conclusiones se debía recurrir a las ideas de “finalidad del contrato” y de “circunstancias subjetivas de las partes”.

Para los efectos de analizar estas dos ideas, resultan fundamentales nuevamente los artículos 4.3 de los UPICC y 8° de la CISG, no solo porque eran aplicables al

35 En palabras de Huber y Mullis, “*hardship means that performance may still be objectively possible but that the obligor (seller) faces serious obstacles that he would have to overcome in order to make performance. The law will then have to decide under which conditions these obstacles should be regarded as so important that it is justified to exempt the seller from his duty to perform*” (Huber, Peter; Mullis, Alastair, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, Sellier European Law Publishers, München, 2007, p. 193). En nuestro medio, resulta asimilable mas no idéntico a la teoría de la imprevisión, que también puede compararse con el principio *rebus sic stantibus*, la *eccesiva onerosità sopravvenuta* italiana o el *Wegfall der Geschäftsgrundlage* alemán. Todas estas teorías tratan el tema del cambio de circunstancias en el derecho contractual (Girsberger, Daniel; Zapoulskis, Paulius, “Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption”, *Jurisprudence*, 2012, 19(1), p. 122).

caso del Vis Moot 2019, sino porque tienen amplia aplicación^{36 37} en las disputas del comercio internacional.

El artículo 4.3 de los UPICC menciona expresamente en sus letras (a) y (d) que tanto las negociaciones como la naturaleza y la finalidad del contrato son relevantes para determinar la intención de las partes.

En cuanto al artículo 8° de la CISG, si bien a diferencia de las negociaciones que están expresamente mencionadas no incluye en su lista la finalidad del contrato como uno de sus criterios, es aceptado por la doctrina que este artículo no es exhaustivo³⁸ y, por tanto, en la medida en que la finalidad del contrato pertenece a las circunstancias que rodean al acuerdo y permite interpretar la intención de las partes, en nuestra opinión resulta incluido.

Ahora bien, en las negociaciones del contrato se podían encontrar al menos tres circunstancias que permitían concluir que el DDP introducido por las partes había sido modificado considerablemente.

En primer lugar, con respecto a la finalidad de la elección de un contrato DDP, la compradora declaró expresamente vía correo electrónico que, dada la urgencia del envío y la considerablemente mayor experiencia de la vendedora en el transporte de semen congelado, incluyendo la documentación de exportación e importación, resultaba preferible que se introdujera una cláusula DDP³⁹.

La expresión por parte de la compradora de la finalidad pretendida con la inclusión de un Incoterm es orientadora por dos razones.

Primero, permite determinar qué aspecto del Incoterm en cuestión es aquel que lo vuelve imprescindible para el contrato, y por tanto, sirve en cierto modo para delinear aquella difusa “esencia” de la cual hablábamos con anterioridad. Si bien pudiera no ser una esencia objetiva, a lo menos es lo esencial del Incoterm para las

36 Schwenzer, Ingeborg; Hachem, Pascal, “The CISG—Successes and Pitfalls”, *The American Journal of Comparative Law*, 2009, vol. 57 N° 2, p. 457; Mascareño, Aldo; Mereminskaya, Elina, “The making of world society through private commercial law: the case of the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review*, 2013, pp. 24-26.

37 Debemos advertir, de todos modos, que un dato no menor a tener en cuenta es que de acuerdo a las 2017 ICC Dispute Resolution Statistics, “In 87% of the disputes referred to ICC Arbitration in 2017, parties included a choice-of-law clause in their contracts. In 99% of cases the parties chose national laws, and their choices covered the laws of 104 different nations (...) Only 1% of contracts provided for the application of rules or instruments other than national laws. These included the UN Convention on contracts for the International Sale of Goods (five contracts), the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (one contract), *lex mercatoria* (one contract), customary international law (one contract), UNCITRAL Law (one contract) and the ICC Incoterms (one contract)” (Cámara de Comercio Internacional, “2017 ICC Dispute Resolution Statistics”, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>, 13 de mayo de 2019). A pesar de que esto podría llevar a la conclusión de que la CISG y los UPICC no son relevantes, es importante considerar que la CISG es parte de la legislación de la mayoría de los países mencionados en las estadísticas y por tanto suele tener amplia aplicación. Además, los UPICC suelen apoyar la interpretación y uso de la CISG de forma constante. De ahí que mantengan su relevancia para el presente análisis.

38 Zuppi, Alberto, “Article 8”, en: Kröll, Stefan; Mistelis, Loukas; Perales Viscasillas, Pilar (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2018, 2ª edición, p. 157.

39 Específicamente, declaró: “given the urgency of the delivery and your much greater experience in the shipment of frozen semen including the necessary export and import documentation we would insist for this contract on a delivery on the basis of DDP” (Kröll, Stefan, “The 26th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Problem”, <https://vismoot.pace.edu/media/site/26th-vis-moot/the-problem/po2.pdf>, 10 de abril de 2019).

partes, lo que resulta igual o incluso más importante, pudiendo ser calificada como la esencia subjetiva de la que hablábamos un poco más arriba.

Segundo, conocer la finalidad nos permite interpretar con mayor información si es que las modificaciones alegadas por una de las partes son coherentes con la intención de los contratantes, permitiéndonos satisfacer la necesidad de no contradicción entre las declaraciones de las partes de forma más integral. Ello justifica echar mano sobre las negociaciones precontractuales para terminar de definir el contenido del contrato.

De este modo, podemos ver que lo esencial del DDP que buscaba la compradora era que la vendedora estuviera a cargo del transporte, la exportación y la importación. Sin embargo, a esta altura seguimos en las negociaciones, y la vendedora respondió al correo mencionado poniendo algunos límites al Incoterm propuesto.

En efecto, y pasando a la segunda circunstancia relevante de las negociaciones del caso, encontramos una declaración expresa de la vendedora vía correo electrónico donde señala que no está dispuesta a correr con los riesgos asociados a un DDP, en particular aquellos relacionados con regulación aduanera y restricciones a la importación. Es por ello que la vendedora propone la inclusión de una cláusula *hardship* que se refiera a dichos riesgos⁴⁰.

Dicha solicitud se justificaba en gran medida en que, dada la mala situación financiera de la vendedora, ésta no tenía intenciones de correr mayores riesgos por la inclusión de un Incoterm donde la principal razón de su introducción era obtener un mejor transporte y trato aduanero⁴¹.

Aquí entonces vemos aplicados ambos criterios: finalidad y circunstancias subjetivas de las partes. La finalidad se observa en la razón de limitar el DDP, esto es, para disminuir los riesgos de la vendedora. Por su parte, las circunstancias subjetivas sirven al intérprete porque permiten entender la actitud sumamente conservadora de la vendedora frente al contrato, tomando en cuenta que además había pedido un aumento del precio⁴², y ayuda con respecto a la interpretación de la cláusula *hardship*, como veremos a continuación.

Finalmente, la tercera circunstancia guarda relación con el alcance de la cláusula *hardship* en tanto derogación parcial de las reglas contenidas en el DDP introducido por las partes. En el caso de referencia, podemos observar que dicha cláusula libraba de responsabilidad al vendedor por *hardship* causado por requerimientos adicionales de salud y seguridad o por eventos comparables imprevistos que hicieran el contrato más oneroso⁴³.

40 Kröll, cit. (n. 38), p. 12

41 Kröll, cit. (n. 38), p. 59.

42 Kröll, cit. (n. 38), p. 12.

43 Específicamente, la cláusula doceava del contrato señala en su parte relevante: “*Seller shall not be responsible for (...) hardship, caused by additional health and safety requirements or comparable unforeseen events making the contract more onerous*” (Kröll, cit. (n. 38), p. 14).

La discusión en esta parte se centraba en el alcance del término “comparables” y si es que acaso un cambio de tarifas era realmente comparable a una variación de los requerimientos de salud y seguridad mencionados por la cláusula. En efecto, podía optarse entre una interpretación literal o autónoma, o una interpretación que tomara en cuenta las negociaciones del contrato. Una y otra llevaban a conclusiones distintas.

Si se seguía la primera (cuestión que usualmente hacían los equipos que actuaban en representación de la demandada en la competencia), se podía llegar a la conclusión de que una tarifa difiere de un requerimiento adicional de salud y seguridad ya sea por su finalidad o por su naturaleza. Por tanto, la cláusula *hardship* no cubría las circunstancias sobrevinientes y la adaptación del precio no procedía.

Si se seguía la segunda, en cambio, se podía desprender de las negociaciones que las partes acordaron cubrir todos los riesgos mencionados en el correo de la vendedora en que solicita la cláusula *hardship*, es decir, tanto regulación aduanera como restricciones a la importación y requerimientos adicionales de salud y seguridad. De este modo, la cláusula *hardship* sí cubría las circunstancias sobrevinientes alegadas por la vendedora.

Consideramos que la respuesta correcta es esta última. No solo porque la CISG y los UPICC permiten acudir a las negociaciones, sino porque dicho recurso permite superar el obstáculo interpretativo que supone el término “comparables”, que soporta más de una interpretación posible en el contexto del contrato.

Dado que la autonomía y el acuerdo de las partes debe primar, es del todo lógico que en casos como el propuesto por el Dr. Kröll hagamos uso de las negociaciones aplicando los criterios de finalidad y circunstancias subjetivas de las partes para determinar la existencia y alcance de las modificaciones de un Incoterm que las partes aleguen en juicio. La certeza jurídica no se ve transgredida por ir más allá del texto literal del contrato, sino todo lo contrario: la certeza jurídica se perfecciona cuando interpretamos cabalmente la voluntad de los contratantes.

c. La modificación escriturada y la modificación oral de un Incoterm

De manera constante la literatura referida a los Incoterms® recomienda a quienes los utilicen el llevar a cabo una inclusión expresa o escriturada sobre la variación de su significado o con respecto a las modificaciones que las partes pretendan realizar⁴⁴.

Concordamos en que esta es una muy buena recomendación porque, en definitiva, permite prevenir los problemas interpretativos que, de hecho, nos han llevado a realizar esta investigación. Sin embargo, por ser solo una recomendación y no un requisito de eficacia, no evita que se produzcan de todos modos problemas interpretativos por falta de claridad en las modificaciones de los Incoterms®.

⁴⁴ Lightburn, J.J.; Nienaber, G.M., “Out-turn clauses in cif contracts in the oil trade”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1987, N° 177, p. 179; Ramberg, cit. (n. 4), pp. 41-43; Alsterberg, cit. (n. 26), p. 10; Coetzee, Juana, “The Interplay Between Incoterms® and the CISG”, *Journal of Law & Commerce*, 2013, vol. 32 N° 1, p. 5.

Lo anterior nos deja sin orientación sobre qué hacer ante la falta de derogación expresa. Y aunque de vez en cuando podamos sortear dichas dificultades apelando a una derogación lógica por incompatibilidad entre algunas cláusulas y el Incoterm introducido, debemos tener presente que, como hemos explicado más arriba, muchas veces es en las negociaciones donde podremos encontrar ciertos acuerdos o posturas que terminan por informar e incluso conformar el contrato y que afectan los efectos del contenido del Incoterm respectivo. Por tanto, ante la pregunta “¿dónde podemos encontrar la modificación del Incoterm que alega una de las partes?”, consideramos posible responder que su hallazgo puede ocurrir tanto en lo expresamente dispuesto en el acuerdo escriturado así como en los acuerdos de palabra que, dependiendo del derecho aplicable, podrían llegar a ser considerados también al momento de interpretar el contrato.

En efecto, mencionamos el derecho aplicable porque no todos los ordenamientos jurídicos reconocen la posibilidad de recurrir a las negociaciones desde un principio. Podría ocurrir que las partes elijan un derecho aplicable cuya tónica difiera de un análisis con tinte más bien subjetivo.

Así, por ejemplo, si se elige el derecho de algún país anglosajón donde prime la llamada “*four corners rule*”, el contrato deberá ser interpretado conforme a lo que efectivamente contenga, sin tomar en cuenta ninguna evidencia extraña ni externa a él⁴⁵. Si ello no fuera posible dada la ambigüedad de sus términos, el tribunal podría pasar a determinar la verdadera intención de las partes yendo más allá de las cuatro esquinas del contrato, haciendo uso de evidencia extrínseca al mismo⁴⁶.

Dado que el problema que estamos analizando supone en gran parte la ambigüedad y falta de claridad de lo estipulado expresamente en el contrato, creemos que perspectivas como la de la *four corners rule* no serían un mayor problema cuando la ambigüedad sea superlativa. Sin embargo, es positivo advertir que esta es una cuestión de grado y corresponderá al tribunal respectivo determinar si procede o no la revisión excepcional, bajo ese tipo de derecho aplicable, de lo que las partes se comunicaron entre sí durante las negociaciones del contrato o de lo que han expresado de forma oral en algún otro momento de la contratación, sin dejar constancia de ello en instrumento alguno.

Desde luego, una vez que nos enfocamos en las negociaciones o en conversaciones entre las partes, el problema se torna sobre todo en principio uno de tipo probatorio, correspondiendo a quien alega la modificación no escriturada del Incoterm la prueba de dicha circunstancia. Una vez probado el hecho que puede ser interpretado como modificación, pasamos a la temática de la presente investigación.

Ahora bien, otra dificultad con que podemos encontrarnos en la práctica es que algunos cambios hayan sido realizados expresamente y otros no. En rigor, ello no

45 Corte Suprema de Mississippi, 28 de febrero de 1990, “Pursue Energy Corp. v. Perkins” 558 So. 2d 349; Corte Suprema de Mississippi, 18 de Agosto de 1975, “Pfisterer v. Noble” 320 So. 2d 383.

46 Rowley, Keith, “Contract Construction and Interpretation: From the “Four Corners” to Parol Evidence (and Everything in Between)”, *Scholarly Works*, 1999, Paper 554, p. 99.

cambia la metodología: todavía podrá alegarse la existencia de otra modificación oral, y si logra probarse, aplicaremos los criterios interpretativos con los que venimos trabajando hasta ahora.

Sin embargo, el hecho de que ya existan modificaciones escrituradas da para interpretar o al menos sospechar que las partes finalmente solo decidieron incorporar dichos cambios y no los otros que se discutieron durante las negociaciones. Ello dejaría, muy probablemente, a la modificación oral cual si fuera meramente una discusión que no terminó por zanjarse durante el curso de la negociación, en especial bajo culturas jurídicas o derecho aplicable donde se enfatice el resultado final por sobre el proceso de acuerdo de las partes. Esto no es concluyente, desde luego, pero el peligro de interpretación desfavorable está presente.

Todos estos puntos nos permiten reafirmar la importancia de la recomendación sobre la manifestación expresa de las modificaciones a los Incoterms[®], ya que es la forma más segura de prevenir los problemas interpretativos que luego pueden surgir durante la ejecución del contrato. Una negociación transparente y directa que lleve a un producto contractual exhaustivo y riguroso es la mejor manera de evitar malos entendidos en la interpretación del acuerdo de las partes.

5. Conclusiones

La relevancia y la profusa utilización de los Incoterms[®] en el comercio internacional descansa en su capacidad para proveer de un lenguaje y de una interpretación común sobre la distribución de los costos, riesgos, derechos y obligaciones del contrato de compraventa internacional de mercaderías celebrado por las partes.

Si se pierde la claridad, se pierde el principal beneficio de los Incoterms[®]: la certeza interpretativa acerca del contenido del contrato.

La principal razón por la que la claridad se ve afectada es por las modificaciones a los Incoterms[®] que realizan las partes. Si bien existen variaciones generalizadas cuyo apuro interpretativo es menor, también existen variaciones particulares en donde se hace necesario emplear criterios que permitan abstraer el contenido efectivo del acuerdo de las partes. Para ello, resulta necesario atender a todas las circunstancias relevantes que envuelven la contratación, como bien sostienen los artículos 8° y 4.3 de la CISG y los UPICC, respectivamente.

Como pudimos ver en este trabajo, dichas circunstancias incluyen cuestiones tales como i) el efecto de piscina normativa de la interpretación objetiva de los Incoterms[®], ii) la determinación de la esencia objetiva o subjetiva del Incoterm pertinente, iii) la información contractual reflejada en el precio, y iv) las negociaciones precontractuales, con especial recurso a la finalidad y las circunstancias subjetivas de las partes, tomando también en cuenta los acuerdos escritos y orales de las partes y priorizando la verdadera intención de los contratantes.

Bajo una correcta guía interpretativa y el uso de los criterios ya descritos, es posible determinar un contenido contractual que funcione de forma efectiva como un conjunto coherente de declaraciones de voluntad realizadas por las partes. No hay

que olvidar que tanto el Incoterm como las modificaciones que hayan elegido las partes constituyen manifestaciones de la libertad contractual de que gozan como participantes del comercio internacional. La autonomía que informa dicha libertad es el núcleo que todo intérprete debe proteger al querer determinar el contenido del contrato.

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS

CHRISTIAN POULSEN PINOCHET¹

Tribunal: Excma. Corte Suprema de Justicia.

Rol: 26.706-2018

Partes: Hernandez Maritza (Cerda Hernandez Yasna).

Tipo Recurso: Exequatur.

Tipo Resultado: Acogido.

Fecha Sentencia: 13/02/2019.

La Corte Suprema se pronunció sobre la solicitud de exequatur recaída sobre sentencia que acogió la petición de la solicitante, consistente en la supresión del apellido paterno de esta.

Con fecha 13 de febrero del presente año, la Primera Sala (Civil) de la Corte en Autos Rol 26.706-2018, acogió la solicitud de exequatur de la peticionaria doña Yasna Maritza Angelica Cerda Hernandez, de nacionalidad chilena y domiciliada en la República Argentina, en que solicitaba se tuviera por reconocida la sentencia dictada con fecha 07/05/2018 emanada del Juzgado de Familia Numero Once de General Roca, localidad de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Rio Negro, República Argentina, que dispuso la supresión del nombre de la solicitante, doña Yasna Maritza Angelica Cerda Hernandez, declarando que, en adelante, comenzara a llamarse Maritza Angelica Hernandez.

Antecedentes

El Juzgado de Familia Número Once de General Roca, localidad de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Rio Negro, República Argentina, por medio de sentencia dictada con fecha 07/05/2018, acogió la petición de la solicitante de suprimir el apellido paterno de esta, siendo dicha decisión reconocida como válida por la Primera Sala (Civil) de la Corte Suprema por sentencia de 13/02/2019.

Argumentos de la Corte Suprema.

En particular, el razonamiento de la Corte Suprema, se sustentó en base a los siguientes argumentos de derecho para conceder el exequatur de la sentencia en cuestión, los cuales pasamos a exponer a continuación:

¹ Ayudante de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Chile. Miembro ADIPRI.

En primer lugar, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, a partir del hecho de que tanto los Estados de Chile como Argentina son partes del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y las Repúblicas de Chile y Bolivia. Sobre esta base, se establece en los artículos 18 a 24 de dicho Acuerdo los requisitos de forma y de fondo que permiten solicitar el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes. En este sentido, el artículo 19 de dicho convenio establece las modalidades que permiten gozar del reconocimiento y ejecutabilidad de las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados Partes².

En segundo lugar, la Corte Suprema consideró que se dio pleno cumplimiento a los requisitos contemplados en el artículo 20 del Acuerdo ya mencionado, los cuales consisten en requisitos de forma y de fondo respecto al contenido de la sentencia³.

En tercer lugar, la Corte Suprema considero que de los antecedentes que motivaron la dictación de la sentencia cuyo reconocimiento y ejecución se solicita por la peticionaria fluye que esta consistió en una petición deducida dentro de un procedimiento de carácter voluntario, el cual tuvo por objeto o finalidad desligarse de situaciones de carácter perjudicial acaecidas durante la infancia de la peticionaria. Adicionalmente, la Corte aduce que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Civil y de Comercio de la Nación de Argentina, en base a la prueba testimonial incorporada por la solicitante, existiría un amplio margen de discrecionalidad judicial que permite evaluar los motivos aducidos por la solicitante y la suficiencia o no de estos⁴.

En cuarto lugar, se estima que el contenido de la sentencia no es contrario a las leyes de la república, en atención a que cumpliría con las disposiciones pertinentes de la ley 17.344, particularmente en su artículo 1° letra a), en base al cual cualquier persona podría solicitar, por una sola vez, que se autorice para cambiar sus nombres

2 Considerando 1° de la sentencia en cuestión, la cual se refiere a la letra del artículo 19 del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y las Repúblicas de Chile y Bolivia: *“El reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales solicitados por las autoridades jurisdiccionales podrá tramitarse por vía de exhortos y transmitirse por intermedio de la Autoridad Central o por conducto diplomático o consular; conforme al Derecho Interno. No obstante, lo señalado en el párrafo anterior, la parte interesada podrá tramitar directamente el reconocimiento o ejecución de la sentencia. En tal caso, la sentencia deberá estar legalizada de acuerdo con la legislación del estado en que se pretenda su eficacia, salvo que entre el estado de origen del fallo y el estado donde es invocado, se hubiere suprimido el requisito de la legalización o se hubiere reemplazado por otra formalidad.”*

3 *Artículo 20 del Acuerdo de Cooperación ya citado, el cual contempla los siguientes requisitos de forma y de fondo respecto de la solicitud por medio del cual se pide el reconocimiento y ejecución en alguno de los Estados Parte del Acuerdo: “a) Que vengan revestidas de las formalidades externas necesarias para que sean consideradas auténticas en el Estado de donde proceden; b) que estos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución; c) que estos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del estado requerido sobre jurisdicción internacional; d) que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada; f) que no contrarié manifiestamente los principios de orden público del Estado en que se solicitare el reconocimiento y/o ejecución”.*

4 En la parte pertinente del Considerando 3° de la sentencia analizada, se estima que: *“Concluye, en base a la prueba testifical, que existen “justos motivos” para acoger la petición, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Civil y de Comercio de la Nación Argentina, que deja supeditado al criterio judicial la evaluación sobre los motivos que justifican el cambio o supresión de alguno de los elementos del nombre.”*

y apellidos, o ambos a la vez, cuando unos u otros sean ridículos, risibles, o la menoscaben moral o materialmente⁵.

Argumentos voto disidente.

La presente decisión conto con el voto en contra de doña Gloria Ana Chevesich, quien estuvo por acoger la solicitud de exequatur, solo en cuanto la sentencia que se pretende cumplir dispuso el cambio de nombre de la solicitante, atendido que del análisis de la Ley 17.344 no se desprendería la autorización de supresión de los apellidos, por lo que a este respecto la sentencia no resultaría homologable al derecho interno de Chile y, por ende, no dándose cumplimiento al requisito establecido en el artículo 245 N°1 del Código de Procedimiento Civil.

Comentario.

Consideramos que el análisis argumental de la Corte permite sostener coherentemente la procedencia del reconocimiento de la sentencia dictada por el tribunal argentino, toda vez que de la lectura de las disposiciones presentes en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil⁶, se sigue como consecuencia lógica la configuración de un sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones emanados de otros estados en base al denominado “sistema de cascadas”⁷, esto es, bajo una lógica consecencial o sucesiva, por lo que las disposiciones de “regularidad internacional”⁸, dispuestas en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, serán únicamente aplicables en la medida que no exista un tratado o convención internacional, o no se cumplan los requisitos contemplados en los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, esto es, se aplicaran subsidiariamente en la forma y orden establecida en este Código.

En este sentido, bajo la aplicación preferente del artículo 242 del CPC, toda vez que se verifica la existencia del referido Acuerdo, el cual tiene como Estados Parte a Chile y Argentina, así como también el cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 19 y 20 de este convenio internacional para la procedencia de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la sentencia incoada por la peticionaria.

Ahora bien, consideramos pertinente analizar el alcance argumental del voto disidente emitido por doña Gloria Ana Chevesich, con el fin de concluir si la presente sentencia infringe o no las leyes de la republica de Chile. Primeramente, habrá de tenerse en cuenta, que, en la actualidad, se entenderán infringidas las leyes de Chile, en la medida que se verifique una vulneración de los principios mas esenciales del ordenamiento jurídico chileno, conocido doctrinariamente como

5 Artículo 1° letra a) Ley 17.344, la cual modifica la Ley 4.808 sobre Registro Civil e Identificación.

6 RIOS DE MARIMON, Hernán. 2004. Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho Universidad Central, Colección Guías de Clase N°33, 2° Edición, Santiago, Chile, Pp.177-179.

7 ESPLUGUES MOTA, Carlos. 2014. Aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma. Revista de Derecho la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLIII, Valparaíso, Chile, pp. 316.

8 Ibid.

orden público internacional⁹, diferenciándose claramente del orden público interno o nacional, el cual contempla el conjunto de normas de carácter imperativo dentro del ordenamiento jurídico nacional respectivo.

Bajo esta premisa, del análisis literal de la norma contenida en el artículo 1° letra a) de la Ley 17.344, se puede apreciar claramente que no se contempla la posibilidad de solicitar la supresión de los apellidos, sino que únicamente se refiere al cambio del nombre o apellidos, por una sola vez, por parte del solicitante. En este sentido, al no contemplarse expresamente dicha posibilidad, podría entenderse eventualmente infringido el orden jurídico interno de Chile.

No obstante lo anterior, habrá de tener en cuenta que este caso no corresponde en lo absoluto a una relación privada de carácter interno, sino que jurídicamente consiste en una relación privada de carácter internacional, bajo el entendido que intervienen los denominados factores de conexión¹⁰, vinculándose a esta misma relación privada los ordenamientos jurídicos de Argentina y de Chile, los cuales se ven materializados en el domicilio que detenta la solicitante en la República de Argentina y la nacionalidad de esta, que corresponde a la de Chile.

Por ende, a partir de la calificación de una relación privada como internacional, permitirá la aplicabilidad del estándar normativo contenido en el orden público internacional del estado en que se solicite el reconocimiento y/o ejecución de la decisión, de carácter más restrictivo que el orden público interno de cada Estado.

Por otro lado, desde la óptica de los factores de conexión, la doctrina mayoritaria sostiene que la ordenación actual del Derecho Internacional Privado, reconoce como principal factor de conexión a la autonomía de la voluntad de los particulares, por medio de la cual puede entenderse que las partes gozaran de la facultad de modificar el contenido de atributos tan esenciales de la persona, como sería el nombre y/o sus apellidos, siempre que se de debido cumplimiento a los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico del país en que este haya sido solicitado, tal como acontece en este caso.

De lo anteriormente mencionado, puede colegirse que bajo la lógica regulatoria iusprivatista, sería del todo improcedente denegar los efectos y derechos válidamente adquiridos bajo el ordenamiento jurídico argentino, respecto a la modificación del nombre de esta, la cual consistió en la supresión de uno de sus apellidos, aun cuando pueda entenderse que infringe las disposiciones internas de Chile, al no encontrarse expresamente autorizado por el ordenamiento jurídico nacional.

Consideramos que la posición sostenida dentro del voto de disidencia de esta sentencia que declara la procedencia de la solicitud de exequatur, no toma debidamente en cuenta dentro de su análisis, la calificación previa que ha de realizarse acerca de la relación jurídica analizada, la cual consiste en una relación privada internacional o

9 FERNÁNDEZ ROZAS, Jose Carlos, SANCHEZ LORENZO, Sixto y CONCEPCION, Nathaniel. 2017. Derecho Internacional Privado de la República Dominicana. Editorial Funglode, Santo Domingo, República Dominicana, p. 256.

10 ROMERO SEGUÉL, Alejandro. 2009. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, Chile, p. 12.

con elementos de extranjería, divergiendo de aquellas de carácter puramente interno o nacional.

De ahí que, el voto de disidencia haya sostenido que, bajo su interpretación particular, al no encontrarse expresamente autorizada la posibilidad de suprimir los apellidos, bajo el imperio de la Ley 17.344, se habría verificado una infracción a las leyes de la república de Chile y, por ende, entendiéndose infringido el artículo 245 N°1 del Código de Procedimiento Civil.

Conclusión

A modo de concluir el presente análisis, consideramos que el criterio sostenido por la Corte Suprema respecto de la aplicación del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones ha sido coherente con la tendencia seguida desde ya largo tiempo, al otorgar primacía a las disposiciones pertinentes del Acuerdo de Cooperación Jurisdiccional ya ampliamente comentado en este trabajo, del cual es parte Chile y Argentina, en virtud del mandato dispuesto por el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, el cual ordena aplicar las disposiciones de los tratados o convenciones internacionales que sean aplicables a la regulación de la relación privada internacional.

De ahí que, la interpretación de la Corte Suprema respecto del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones contemplado en la legislación chilena, permite resguardar debidamente los intereses de los particulares inmersos en relaciones privadas internacionales, así como también la tutela y respeto de los derechos fundamentales y de los atributos de la personalidad de cada individuo, dentro de los cuales se encuentra el derecho al nombre, reconocido expresamente por el artículo 18 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹¹, derecho que habrá de ser respetado y garantizado por cada uno de los Estados que suscriban el Convenio, por medio de la dictación de leyes internas.

De la lectura atenta de la disposición en cuestión, se desprende que la Convención, efectivamente autoriza que cada Estado garantice el cumplimiento del derecho al nombre, el considerando el derecho al nombre propio y a contar con los apellidos de ambos padres o solo de uno de ellos, por medio de la dictación de leyes internas.

A nuestro juicio, dado que la potestad legislativa estatal reconoce como límites los Derechos Humanos de todo individuo, el ejercicio de esta será legítimo siempre bajo el entendido de no restringir el alcance de la respectiva Convención, la cual como puede leerse claramente establece como parte del contenido de dicho derecho contar con el apellido de uno de sus padres, sin distinguir al respecto si dicha situación es causada o motivada por la autonomía privada del sujeto, o si se debió a una situación familiar preexistente.

11 Artículo 18 de la Pacto Interamericano de Derechos Humanos de San Jose de Costa Rica, estableciendo que: “*Toda persona tiene derecho a un nombre propio y al apellido de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentara la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.*”

En el mundo actual, dados los crecientes lazos de interdependencia económica y procesos de permeabilidad de las culturas nacionales bajo la influencia extranjera, es inadmisibile la aplicación del orden jurídico interno o nacional respecto de la regulación de relaciones privadas internacionales, teniendo estas como límite, en cuanto a la regulación de su contenido, el orden público internacional.

Así, permitir la aplicación del derecho extranjero respecto de la regulación de las relaciones privadas internacionales, permite generar las condiciones de seguridad jurídica en el tráfico internacional y cautelar los intereses de la esfera más íntima e interna de cada individuo dentro del concierto internacional, a partir de una intervención excepcional del orden público respecto de la cautela de los intereses públicos, privilegiando así garantizar el respeto a los derechos fundamentales y libertades individuales, por sobre la soberanía estatal¹².

12 SANCHEZ LORENZO, Sixto. 2010. Estado democrático, postmodernismo y Derecho Internacional Privado. Revista de Estudios Jurídicos N°10, Universidad de Jaén, España, p.6.

Tribunal: I. Corte de Apelaciones de Santiago

Rol: 613-2019

Materia: Arbitraje comercial internacional.

Tipo Recurso: Recurso de queja.

Tipo Resultado: Inadmisibile

Fecha Sentencia: 28/01/2019.

Las sociedad GyM Chile SpA -compradora- y la sociedad VyV SpA -vendedora-, celebraron Contrato de Compraventa el 12 de mayo de 2016, mediante el cual VyV SpA vendió a GyM Chile SpA, 12.825.278 acciones de la sociedad Vial y Vives - DSD S.A. En dicho contrato se pactó cláusula arbitral (cláusula duodécima), otorgándole competencia para resolver las posibles disputas a un árbitro mixto acordado por las partes o, a falta de acuerdo entre ellas, designado por la Cámara de Comercio de Santiago, A.G., con sede del arbitraje en la ciudad de Santiago y en idioma castellano.

Las acciones de la sociedad Vial y Vives -DSD S.A. se vendieron divididas en dos paquetes. El precio del primer paquete se pagó en su totalidad. El segundo paquete se vendió sujeto a un plazo suspensivo pero, llegada la fecha del plazo, GyM no cumplió con el pago. En atención a lo anterior, con fecha 25 de mayo de 2017, las partes suscribieron una modificación del Contrato de Compraventa descrito, en la que se dejó constancia que GyM adeudaba un monto de USD \$6.406.240,67, que comprendía el capital adeudado más los intereses devengados hasta la fecha, y se acordó, además, que dicho monto sería pagado en 8 cuotas mensuales y sucesivas, la primera de las cuales se pagó con anterioridad a la suscripción del pacto. Por lo tanto, quedaban 7 cuotas pendientes.

En este contexto, VyV SpA demandó a GyM Chile SpA, sociedad chilena y a GyM S.A, sociedad peruana, fiadora y codeudora solidaria de la primera, por el pago de las 7 cuotas pendientes, por un total de USD \$5.690.312,88, más los intereses moratorios desde la fecha de vencimiento de la primera cuota.

Con fecha 4 de enero de 2019 el árbitro mixto, don Felipe Ossa Guzmán, acogió la demanda intentada por VyV SpA, condenando a las demandadas a pagarle la cantidad adeudada.

Ante esto, GyM Chile SpA y GyM S.A interpusieron recurso de queja en contra del juez árbitro por las graves faltas y abusos que supuestamente habría cometido en su fallo.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de fecha 28 de enero del presente año, señaló:

¹ Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Concepción. Miembro ADIPRI.

“1°) Que, conforme los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, para recurrir de queja, es necesario que se trate de una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación, no siendo estas susceptibles de algún otro recurso.

2°) Que, en este caso, la resolución recurrida se refiere al laudo arbitral, debiendo estarse, en materia recursiva, a las bases del arbitraje y cuyo título referente a los Recursos señala que, respecto de la sentencia definitiva, ha de estarse a lo establecido en la cláusula duodécima del Contrato de Compraventa, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley N° 19.971.

3°) Que, la anterior norma legal citada está referida al Arbitraje Comercial Internacional y el artículo del caso apunta a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, es decir, en este caso, existe un recurso ordinario que prevalece por sobre el recurso de queja y que lleva consigo la declaración de inadmisibilidad del mismo”.

En base a estas consideraciones el Ilustrísimo Tribunal de alzada declaró inadmisibile el recurso interpuesto.

La norma que prima en esta materia, por su especialidad, es el artículo 34 de la Ley 19.971, que establece expresamente que en contra del laudo procede el recurso de nulidad, por lo que no se cumple el requisito de admisibilidad contenido en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, razón por la cual el recurso interpuesto no puede ser admitido a tramitación.

Tribunal: Excma. Corte Suprema de Justicia.

Rol: 47.947-2016

Materia: Laudo arbitral extranjero

Tipo Recurso: Exequatur.

Tipo Resultado: Acogido.

Fecha Sentencia: 06/06/2019.

La sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema sobre solicitud de exequátur, de fecha 06 de junio del año 2019, Rol N° 47.947-2016, acoge por votación unánime una solicitud de exequátur y autoriza el cumplimiento en Chile de un laudo arbitral dictado en el Estado de California, Estados Unidos, y confirmado por una Corte Superior del Estado de California.

De ella se desprende que no se requiere o no configura un requisito el acompañar el acuerdo arbitral en una solicitud de exequátur, para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en el extranjero, si es que este emana de un arbitraje que no constituye un caso de arbitraje comercial internacional.

Dicho requisito se encuentra considerado en la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante “Convención de Nueva York de 1958”), tratado internacional vigente y ratificado por Chile en su totalidad y sin efectuar reserva alguna.

En el caso, la demandante, Diamond Ridge Corporation, persona jurídica de derecho privado constituida según las leyes del Estado de California, solicita el reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, que condena a Esther Schwartzstein al pago de un total de US\$260.636 por concepto de daños, honorarios de abogados y costas legales, emanados del incumplimiento del contrato “right-to-sell agreement” sobre obligación de pagar una comisión correspondiente al 5% del precio de venta de un inmueble de destino comercial.

No existe un tratado internacional que regule los exequátur con Estados Unidos y la Corte Suprema, como ha hecho de forma reiterada, determinó que no es posible recurrir a la reciprocidad, motivo por el que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, que ordena que concurren los siguientes requisitos

- 1) Que no contengan nada contrario a las leyes de la República;
- 2) Que no se opongan a la jurisdicción nacional;
- 3) Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción y;

¹ Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile.

4) Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

Luego de ser debidamente notificada a través de un exhorto internacional, la demandada solicitó que se declare el abandono del procedimiento, en los términos contemplados en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil.

Luego, para el caso de que no se declare el abandono, se opone a la solicitud de exequátur, considerando que no se cumplen los supuestos del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre lo anterior, esgrime una serie de argumentos centrados en la aplicación en el caso de disposiciones contenidas en la Convención de Nueva York de 1958 y en la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante “Ley de Arbitraje Comercial Internacional”), suponiendo que ambas resultaban aplicables a la materia.

Al respecto alega, entre otros:

1. Incumplimiento de los requisitos formales de la solicitud de reconocimiento;
2. Que el laudo contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje;
3. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile y;
4. Que la demandada no compareció ni tuvo oportunidad de defenderse.

Con fecha 14 de febrero de 2019 la Corte Suprema resuelve no dar lugar a solicitud de abandono del procedimiento, interpuesta por la demandada.

En dicha resolución, se aportan elementos relativos a la naturaleza jurídica del exequátur, al señalarse que *“No constituye instancia ni permite revisar lo resuelto en dicho pronunciamiento, y tampoco puede reconocérsele unidad procesal con el pronunciamiento del que deviene la sentencia materia de la petición. Se trata, en consecuencia, de un procedimiento autónomo e independiente (...)”*.

En relación a la alegación de que se configuran incumplimientos de los requisitos formales de la solicitud de reconocimiento, esta se funda en lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional y en el artículo IV de la Convención de Nueva York de 1958, al no acompañar el acuerdo arbitral. Por este motivo, se incurriría en una omisión formal no subsanable con posterioridad.

Por otro lado, sobre que el laudo contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje, se argumenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 iii) de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, la ejecución del laudo puede ser denegada por extenderse a una controversia no contemplada en el acuerdo de arbitraje o contener decisiones que excedan los términos del acuerdo arbitral, lo que a su juicio ocurriría, dado que la demandada nunca firmó el acuerdo arbitral.

En cualquier caso, esto último podría entenderse igualmente en relación con la letra c) del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958.

En relación a que el reconocimiento y ejecución del laudo serían contrarios al orden público, sostiene que, entre otros, se vulneraría el artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.

Finalmente, señala la demandada que no compareció ni tuvo oportunidad de defenderse, dado que ni la cláusula arbitral ni el contrato de corretaje la mencionan y el laudo no hace referencia a ella.

En consecuencia, la demandada sostiene que nunca tuvo conciencia real de estar siendo sujeto de un arbitraje.

Al abordar estos asuntos, sobre los cuales funda su oposición, la Corte Suprema ha determinado que no son aplicables al caso aquellas disposiciones mencionadas que se encuentran contenidas en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional ni la Convención de Nueva York de 1958.

Sin perjuicio de lo anterior, el fallo añade que “(...) *la acción se interpuso en contra de Esther Liberman no solo como persona natural, sino también en su calidad de administradora del fideicomiso de la Familia Liberman al que pertenece el inmueble objeto del contrato de corretaje, cuestión que no fue controvertida en autos (...)*”.

En el caso de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, funda su decisión, al igual que en el informe de la Fiscalía Judicial, en que no se trataría de un caso de arbitraje comercial internacional.

Por otro lado, no se atiende en momento alguno el motivo que llevaría a la no aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, ni en el informe de la Fiscalía Judicial ni en la sentencia de la Corte Suprema.

Sobre la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, efectivamente no resultaría adecuada, al no cumplirse con lo dispuesto en el artículo 1 que señala que la ley “(...) *se aplicará al arbitraje comercial internacional (...)*”.

Luego, al indicar cuándo un arbitraje es internacional, hace referencia a criterios de establecimiento, lugar del arbitraje, lugar del cumplimiento o si se ha convenido expresamente que se relaciona con más de un Estado. Evidentemente no se cumple con ninguna de estas condiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta curioso que se considere que la Convención de Nueva York de 1958 no aplique al caso, por no tratarse de un arbitraje comercial internacional, en circunstancias de que la misma señala, en su artículo I que “*1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias (...)*”.

Adicionalmente, tal y como señala la demandada, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido con anterioridad, en la sentencia de exequátur Rol 2087-1999, el deber de acompañar el acuerdo de arbitraje, como consecuencia de la norma contenida en el numeral 1° del artículo IV de la Convención de Nueva York de 1958.

Se trata, por lo demás, de un asunto absolutamente independiente y no relacionado con la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional al caso, especialmente si se considera que el mencionado fallo es anterior a la promulgación de la misma.

Por lo tanto, en circunstancias de que el trato que se les otorgó a ambas regulaciones fue conjunto, este debió al menos haber atendido de forma independiente y fundamentada ambos cuerpos normativos, tanto en el informe de la Fiscalía Judicial como en el fallo.

Y, en cualquier caso, y sin perjuicio de que existan otros elementos que pudieran llevar a concluir que la solicitud de exequátur debe ser igualmente concedida, parece ser del todo razonable que, para resolver controversias que se puedan suscitar en relación con un acuerdo arbitral, se exija que el mismo sea acompañado en el expediente, incluso si es que se sostuviera el criterio de que el mismo no constituye un requisito para la solicitud de exequátur.

Considerando los elementos mencionados, junto con otros que no han sido tratados en este comentario, tras efectuar un análisis de las exigencias del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia concluye que no hay obstáculo para reconocer eficacia al fallo, acogiendo el exequátur solicitado y autorizando que la sentencia se cumpla en Chile.

Tribunal: Excma. Corte Suprema de Justicia.

Rol: 45.110-2017

Materia: Divorcio extranjero de mutuo acuerdo.

Tipo Recurso: Exequatur.

Tipo Resultado: Acogido.

Fecha Sentencia: 09/07/2018.

1.- Antecedentes del caso.

El caso gira en torno a una solicitud de exequatur con el fin de cumplir en Chile una sentencia de divorcio que pone fin al matrimonio entre don Carlos Henríquez y doña María Virginia Merino con fecha 12 de septiembre de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia N°51 de Barcelona, España.

Los hechos que se tuvieron por acreditados se encuentran en el considerando tercero y son los siguientes:

1° Doña María Merino y Don Carlos Henríquez contrajeron matrimonio en Chile el 23 de diciembre de 1995, en la Circunscripción de La Florida del Servicio de Registro Civil e Identificación el año 1995.

2° El Juzgado de Primera Instancia N°51 de Barcelona, España, con fecha 12 de septiembre de 2012, en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo N°899/11 Sección 5ª, dictó sentencia declarando disuelto el matrimonio de los referidos cónyuges, y aprobó el convenio regulador de los efectos de divorcio aportado con fecha 13 de junio de 2012, cuyos pactos y contenido íntegro se incorporaron a la sentencia y formaron parte de ella. Entre sus fundamentos señala que la cónyuge formuló la demanda con el consentimiento del marido, que han transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio, y que acompañaron un convenio regulador de los efectos del divorcio, respecto a sus relaciones mutuas y de su hijo Benjamín, nacido el 20 de abril de 1997; por lo que se dieron por cumplidas las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Código Civil español, y el artículo 233-2 de la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya.

3° La sentencia se encuentra firme, según consta del estampado suscrito por la secretaria del tribunal.

2.- Norma eje de la sentencia.

De la narración de los hechos es importante destacar que la solicitud de divorcio fue de común acuerdo de las partes, sin embargo, nada se indica respecto a si se cumple o no el plazo procesal que contiene nuestra legislación en relación a los divorcios de

¹ Ayudante de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Chile.

mutuo acuerdo por cese de convivencia, en el primer inciso del artículo 55 de la ley 19.947.

Artículo 55.- Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

3.- Razonamiento de la Corte Suprema.

Como primera cuestión a resolver, la cuarta sala de la Corte Suprema, en su primer considerando indica que entre la República de Chile y el Reino de España no existe tratado bilateral o multilateral sobre cumplimiento de resoluciones judiciales pronunciadas en los respectivos países, y tampoco antecedentes de reciprocidad sobre el trato otorgado a los fallos nacionales en dicho país, en consecuencia, se aplica el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil.

Nos interesa el primer requisito del artículo anteriormente mencionado, el cual se refiere a que las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales nacionales si no contienen nada contrario a las leyes de la República, pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio, ya que a raíz de éste la Corte concluye que se debe acoger la solicitud de exequatur al existir efectivamente en nuestra legislación la institución del divorcio por mutuo acuerdo en la ley 19.947.

Como segunda cuestión entonces, nos detenemos en los requisitos que introduce el artículo 55 de la LMC ya enunciado, estos son la solicitud de común acuerdo de parte de los cónyuges y la acreditación que su cese de convivencia ha sido superior a un año.

En el presente caso se da de manifiesto que ambas partes solicitan el divorcio, cumpliendo el primer requisito, sin embargo, solo se hace mención que había transcurrido 3 meses luego de la celebración del matrimonio, pero no existe información respecto de plazos referidos al cese de convivencia.

Frente al escenario descrito, la Corte resuelve que el plazo indicado en el artículo 55 sería entonces una arista procesal, mas no sustancial, por lo que aceptar el cumplimiento de la sentencia española no contravendría el orden publico nacional, siendo facultad de cada país contemplar este requisito en mayor o menor extensión o incluso llegar a omitirlo.

En consecuencia, la Corte razona que el requisito de acreditar más de un año de cese de convivencia no es aplicable a las sentencias extranjeras.

Se concluye que el fallo extranjero se ha dictado con plena sujeción a las normas sustantivas internas que rigen la materia, por lo tanto, se acoge la solicitud de exequatur.

4.- Principio de igualdad.

En virtud de lo que ha indicado la Corte en el presente fallo, cabe la posibilidad de cuestionarse respecto al principio de la igualdad.

Podemos hacer el siguiente ejercicio, hoy en Chile, los cónyuges están obligados a esperar un año para ponerle fin a un matrimonio de mutuo acuerdo, y además esta el deber de acreditar cese de convivencia. Probablemente en abstracto un año sea un tiempo razonable e incluso acotado, sin embargo, no podemos olvidar la perspectiva y las vicisitudes que giran en torno al derecho de familia, en algunos casos ese plazo puede volverse sumamente complejo, si pensamos además que el matrimonio involucra relaciones con los hijos y familiares.

En contraposición encontramos esta nueva forma de pensar de la Corte, a la cual adherimos, en donde el plazo simplemente queda relegado a cuestiones procesales, sin intervenir en el fondo del asunto, que es precisamente entender que dos personas están de acuerdo con terminar con el matrimonio, y que por lo tanto, si ya existe un acuerdo de voluntades no habría motivo para retrasar mas el divorcio, así lo ha entendido la Corte, en el fallo revisado, al indicar que incluso este requisito formal podría ser omitido por ciertos países.

Por lo tanto, podemos preguntarnos por qué seguimos manteniendo en nuestra legislación el deber de dejar transcurrir un tiempo mayor a un año para recién poder solicitar el divorcio de mutuo acuerdo, si, en consecuencia, en Chile se han ejecutado sentencias entendiendo que este requisito nada tiene que ver con la materia sustancial del divorcio, y que incluso podría no existir.

Siguiendo en esta lógica cabría preguntarnos si quizás se estaría vulnerado el principio de igualdad en el momento que a un grupo de personas se les exige ciertos requisitos formales para lograr un fin, y a otro grupo de personas no se les está exigiendo todos los requisitos formales para lograr el mismo fin.

5.- Conclusiones.

A través de este fallo y el razonamiento que hemos seguido de la Corte, se logra vislumbrar en primer lugar, la clara intención de apertura de los requisitos formales en relación con el divorcio de mutuo acuerdo, lo que, en consecuencia, permitirá acoger un mayor número de solicitudes de exequatur sobre esta materia.

En segundo lugar, podemos entender que el plazo de un año en este tipo de divorcios debería quedar obsoleto en nuestra legislación, al constatarse que pertenece a una arista bifurcada del fondo del asunto, y que este podría constituir un punto de partida para una modificación a la actual ley 19.947.

SENTENCIAS DESTACADAS

a) Matrimonios de extranjeros en situación migratoria irregular

SCS, Rol 3462-2018, de 06 de agosto de 2018 (rechaza recurso de protección. Votos disidentes).

Hechos:

Servicio de Registro Civil e Identificación se alza contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que hizo lugar al recurso de protección impetrado por ciudadana dominicana contra la negativa a conceder hora para contraer matrimonio, por no contar ella con cédula de identidad para extranjeros al haber ingresado ilegalmente al país. La Corte Suprema revoca, con votos de disidencia, la resolución impugnada y rechaza la acción constitucional deducida

Sumarios:

1.- En la especie, el Servicio de Registro Civil e Identificación ha impedido a la ciudadana extranjera recurrente contraer matrimonio con ciudadano chileno, justificando su actuar el órgano recurrido en la circunstancia que la mujer ha ingresado en forma ilegal al país, sin contar con alguno de los documentos identificatorios que lo habiliten para contraer válidamente matrimonio en Chile. Sin embargo, la conducta del Servicio recurrido no resulta arbitraria, toda vez que por mandato legal éste se encuentra obligado a denegar la solicitud de celebrar el contrato de matrimonio en relación con solicitantes que no comprueben su residencia legal y, en cambio, sí es posible acceder respecto de quienes cumplen ese presupuesto. Al respecto, el artículo 76 de la Ley de Extranjería -norma respecto de la cual no se solicitó su inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional- dispone que “los servicios y organismos del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato”; y el artículo 5° del Reglamento de Extranjería establece que “Los extranjeros estarán obligados a presentar a las autoridades correspondientes, cuando lo requieran, sus documentos de identidad o de extranjería para acreditar su condición de residencia en Chile” (considerandos 2° a 5° y 7° de la sentencia de la Corte Suprema)

2.- (Voto disidente) Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla y, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho. Por su parte, el artículo 76 de la Ley de Extranjería, indirectamente y por vía interpretativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al ciudadano extranjero por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile. Por tales razonamientos se concluye que el referido artículo 76 se encuentra derogado por las diferentes

disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de un extranjero que habita en Chile. Por tanto, careciendo de sustento legal que la respalde, el proceder de la autoridad del Registro Civil e Identificación es contraria a las normas constitucionales referidas y actualmente vigentes (considerandos 4° y 5° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema) (Voto disidente).

La Ley de matrimonio Civil actualmente vigente, que es la norma especial aplicable que, de conformidad al artículo 1° de la Ley 19.947 “regula los requisitos para contraer matrimonio,

la forma de su celebración ...”. En consecuencia, las normas previstas en la Ley de Matrimonio Civil priman por sobre cualquier obligación legal o reglamentaria que imponga al Servicio de Registro Civil o a otro órgano del Estado, requisitos adicionales o limitaciones para contraer matrimonio, como podría desprenderse de lo dispuesto en el artículo 76 del DL N° 1.094, que establece Normas sobre Extranjeros en Chile, al prevenir que los servicios del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, “que previamente comprueben su residencia legal en el país (...)” (considerando 2° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).

Texto Completo:

Santiago, seis de agosto de dos mil dieciocho.

Al escrito folio N° 21.321 2018: estése a lo que se resolverá.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos tercero a séptimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que ha recurrido en estos autos Julio César Hinojosa Rojas a favor de Elba Marleni Pérez en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, exponiendo que Elba Marleni Pérez Peña, de nacionalidad dominicana, ha mantenido una relación de convivencia desde aproximadamente 2 años con César Antonio Quilodrán y que el día 9 de enero de 2018 concurrieron a la oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación ubicada en Vicuña Mackenna N° 1789, San Ramón a solicitar hora para celebrar matrimonio, petición que les fue denegada debido a que, según se les informó, sólo pueden contraer matrimonio las personas que poseen cédula de identidad chilena y no los extranjeros con situación migratoria irregular. Aduce que dicho acto es arbitrario e ilegal y que conculca la garantía de igualdad ante la ley prevista en el número 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide ordenar al Servicio recurrido que permita la celebración del matrimonio de Elba Pérez y César Quilodrán, o bien se disponga cualquier otra medida que se estime pertinente para dar debida protección a los afectados, con costas.

Segundo: Que al informar el recurso el Servicio recurrido, reconoce que Elba Pérez se presentó el día 9 de enero junto a su pareja a solicitar hora para celebración de matrimonio, trámite que le fue denegado porque sólo pueden contraer matrimonio las personas que poseen cédula de identidad chilena y no los extranjeros que tienen situación migratoria irregular, toda vez que doña Elba Pérez no portaba cédula de identidad para extranjeros o visa vigente, documentos que le fueron solicitados para realizar el trámite. Añade que en la base de datos computacional del Servicio recurrido no se registra persona con los nombres de Elba Marleni Pérez Peña, ni inscripción de su nacimiento, matrimonio ni se asocia a dicha persona nacimiento de hijos en Chile, y que su actuar se ajusta plenamente a lo que disponen los artículos 52, 53, 69 y 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975 del Ministerio del Interior, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, los artículos 5 y 108 del Decreto Supremo N° 597 de 1984, de la misma Cartera, que aprueba el Nuevo Reglamento de Extranjería, los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 80 y 81 de la Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil y los artículos 14 y 102 y siguientes del Código Civil. Por último, expresa que no ha negado a ésta el derecho a contraer matrimonio, sino que sólo le ha exigido que previamente cumpla con la legislación interna aplicable a los extranjeros, no vulnerando con ello el principio de igualdad ante la ley por cuanto tal exigencia se aplica a todas las personas que se encuentran en igual situación. Asimismo, indica que al ser el matrimonio un contrato solemne, el Oficial Civil en su calidad de ministro de fe, debe velar por que los contrayentes acrediten su identidad y el hecho de carecer de impedimentos, y que en todo caso la recurrente no ha promovido ante el tribunal competente la inaplicabilidad del artículo 76 del Decreto Ley N° 1094; por todo lo cual pide el rechazo del recurso.

Tercero: Que, de esta manera, para resolver el presente recurso viene al caso considerar, en primer lugar, que según se desprende del informe del Servicio recurrido, Elba Marleni Pérez Peña, ciudadana dominicana, permanece en territorio nacional de manera irregular.

Cuarto: Que el artículo 76 del Decreto Ley N° 1094 de 1975 dispone que “Los servicios y organismos del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato”, disposición que, entre otras, fundamenta la actuación del Servicio recurrido.

Quinto: Que atendida la situación migratoria de la señora Pérez Peña y lo preceptuado por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 597, Reglamento de Extranjería, que establece: “Los extranjeros estarán obligados a presentar a las autoridades correspondientes, cuando lo requieran, sus documentos de identidad o de extranjería para acreditar su condición de residencia en Chile”, la actuación del Servicio de Registro Civil e Identificación no es ilegal ni arbitraria al conformarse a la normativa vigente sobre la materia.

Sexto: Que el artículo 93 de la Constitución Política de la República otorga al Tribunal Constitucional la atribución de “6°. Resolver, por la mayoría de sus

miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”, indicando al efecto que “En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. En estos autos no consta que el recurrente haya planteado ante el Tribunal la inaplicabilidad del artículo 76 del D.L. N° 1.094, cuestión que tampoco integró el análisis de la Corte de Apelaciones ni de esta Corte.

Séptimo: Que, aduciendo la recurrente que ha sido víctima de una discriminación arbitraria e ilegal que la ha situado en un escenario de desigualdad frente al resto de las personas que, por tener una situación migratoria o de residencia distinta, pueden contraer matrimonio, invoca como garantía constitucional vulnerada la consagrada en el numeral 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Al respecto cabe señalar que la circunstancia invocada para configurar la arbitrariedad no es tal.

En efecto, por mandato legal el Servicio recurrido se encuentra obligado a denegar la solicitud de celebrar contrato de matrimonio respecto de solicitantes que no comprueben su residencia legal y, en cambio, sí le es posible acceder respecto de quienes cumplen ese presupuesto.

Como la recurrente, atendida la situación migratoria que le aqueja, se encuentra en el primer caso, esto es, no cumple con el requisito precedentemente enunciado, no es posible sostener que el Servicio requerido haya obrado arbitrariamente en la especie, como así tampoco de manera ilegal, al haber ajustado su actuar a la normativa transcrita precedentemente.

Octavo: Que, de esta manera, no concurriendo la antijuridicidad que se reprocha al Servicio recurrido, la presente acción cautelar no se encuentra en condiciones de prosperar.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el precitado artículo 20 de la Carta Fundamental y en el Auto Acordado de esta Corte sobre Tramitación del Recurso de Protección, se revoca la sentencia apelada de dieciséis de febrero de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel y, en su lugar, se dispone que se rechaza la acción de protección deducida por Julio César Hinojosa Rojas contra el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz y de la abogada integrante Sra. Etcheberry, quienes estuvieron por confirmar la sentencia apelada. El Ministro Sr. Muñoz tuvo en consideración para ello los siguientes fundamentos:

1° Que ya esta Corte Suprema ha sostenido antes la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. Ello se deduce del texto del artículo 1° de la Constitución Política de la República y del reconocimiento expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.

2° Que, en relación a la validez actual del Decreto Ley N° 1094, los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, puesto que tratándose de una norma constitucional posterior pueden recurrir al criterio temporal para resolverlo, conforme al principio que ante una antinomia o contradicción entre normas jurídicas “ley posterior deroga ley priori”, circunstancia que los tratadistas refuerzan en el caso de las normas constitucionales posteriores, pues se conjugan, además, los principios jerárquico, supremacía constitucional y aplicación directa de la constitución al caso.

La doctrina, la ley y la jurisprudencia han entendido que el análisis de la vigencia y de la constitucionalidad de una norma legal se encuentra en diferentes planos e intensidad de estudio.

Lo ha dicho de manera reiterada la Corte Suprema y la Sala Penal en particular, que la constitucionalidad está referida a un examen de compatibilidad entre una norma legal y una norma constitucional, en que la primera es la controlada y esta última actúa como patrón de control. La tensión que se advierte entre inconstitucionalidad y derogación en el evento de estar frente a una norma legal que es contraria a una norma constitucional posterior, ha sido sostenida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. De esta forma “si se ha alterado no sólo la letra sino que la sustancia de la normativa constitucional entre la época de promulgación del precepto legal en examen y la de su aplicación a un caso específico, el problema se transforma en una cuestión de subsistencia o derogación del precepto legal cuya determinación no se contrapone en la competencia exclusiva de la Corte Suprema y, puede, por tanto, ser examinado y decidido en todos los grados de jurisdicción por los diversos tribunales competentes”.

De este modo, no tiene que ver con un problema de aplicabilidad la facultad que permite a todo juez considerar derogada una norma legal por ser contraria a la Constitución.

La Corte Suprema ha hecho uso de las facultades de estimar derogada una norma legal por una disposición constitucional posterior, labor que, incluso, admitió expresamente el Tribunal Constitucional cuando analizó el caso del artículo 116 del Código Tributario, expresando que en cuanto el control de la legalidad “le corresponde privativamente a los tribunales que están conociendo de los respectivos procesos, todo esto en el marco de los principios de juridicidad, competencia y distribución de funciones establecidos por los artículos 6° y 7° de la Constitución”. En otras palabras, los tribunales ordinarios pueden, bajo la aplicación de preceptos constitucionales, establecer la vigencia de la norma legal anterior que contradice la

norma constitucional, que se le puede llamar cesación de eficacia, decaimiento o nulidad, pero lo definitivo es que se priva a una ley anterior de fuerza obligatoria y eso es derogación por estar en contraposición con la norma constitucional. 3° Que, aplicando lo anterior en relación a la circunstancia específica de autos, esto es que una ciudadana dominicana, doña Elba Marleni Pérez, desea contraer matrimonio con un ciudadano chileno, César Antonio Quilodrán Valdivia y que un Oficial del Registro Civil e Identificación le niega esa posibilidad en atención a lo dispuesto por el artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975, resulta necesario clarificar que la razón por la cual se le niega poder contraer matrimonio a los solicitantes es por no contar la recurrente con cédula de identidad para extranjeros, de la que carece por cuanto el mismo Servicio de Registro Civil e Identificación no está en condiciones de otorgarla, en atención a su irregular residencia en nuestro país.

4° Que la disposición legal en referencia permite a las autoridades estatales, requeridas en actos de su competencia, exigir a los extranjeros que comprueben la legalidad de su residencia.

Las citadas normas constitucionales reconocen la posibilidad de contraer matrimonio como un derecho que emana de la naturaleza humana, por lo tanto que no puede estar sometido a exigencias formales previas.

Surge así una antinomia, contradicción o falta de armonía que deber resolverse en favor de la salvaguarda de la igualdad de derechos e igualdad ante la ley y la justicia de todas las personas que habitan nuestro país, incluidos los extranjeros, por lo cual resulta injustificadamente discriminatoria la exigencia efectuada a quienes no son nacionales chilenos que se encuentran irregularmente en nuestro país que presenten su Cédula de Identidad para contraer matrimonio, la cual el mismo Servicio se niega otorgar. Esto, sin perjuicio de cumplir las demás determinaciones que la autoridad administrativa haya dispuesto a su respecto. Conclusión que adquiere mayor fundamento si se tiene en consideración el hecho que la Contraloría General de la República dispuso que esa exigencia ya no es exigible a los extranjeros que se encuentran irregularmente en nuestro país, para inscribir el nacimiento de sus hijos. Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho. Por su parte la norma legal, indirectamente y por vía interpretativa la autoridad administrativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio a la ciudadana extranjera por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile. Por tales razonamientos es posible concluir que la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975 se encuentra derogada por las diferentes disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de una extranjera que habita en Chile.

5° Que en atención a lo razonado, careciendo de sustento legal, el proceder de la autoridad del Registro Civil e Identificación es, en concepto de este disidente, contrario a las normas constitucionales referidas y actualmente vigentes.

Por su parte, la Abogada Integrante señora Etcheberry tuvo en consideración para disentir del voto de mayoría, además de los fundamentos expresados en la sentencia apelada, las siguientes consideraciones: 1° Que, en cuanto a los requisitos para contraer matrimonio establecidos en la Ley N° 19.947, es menester consignar la regla prevista en el artículo 4°, que exige que, ambos contrayentes sean legalmente capaces, hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo y se hayan cumplido las formalidades que exige la ley. Como se sabe, la capacidad en la materia está dada por la ausencia de los llamados impedimentos dirimentes contemplados en los artículos 5, 6 y 7 de la ley de matrimonio civil e impedientes, regidos por el Código Civil; en tanto que los vicios que pueden afectar el consentimiento están regulados en el artículo 8° del mismo cuerpo legal. En lo tocante a las formalidades, la celebración del matrimonio, de carácter solemne, debe ser precedida por dos etapas destinadas a comprobar que concurren los requisitos establecidos en la ley, conocidas como la información y la manifestación, cuya regulación se detalla en el párrafo 2° del Capítulo II de la citada ley.

De dicho párrafo, interesa destacar lo que dispone el artículo 9°, que establece que quienes

Quisieren contraer matrimonio “lo comunicarán por escrito, oralmente o por lenguaje de señas, ante cualquier oficial del Registro Civil, indicando sus nombres y apellidos; el lugar y la fecha de su nacimiento; su estado de solteros, viudos o divorciados y, en estos dos últimos casos, el nombre del cónyuge fallecido o de aquel con quien contrajo matrimonio anterior, y el lugar o la fecha de la muerte o sentencia de divorcio, respectivamente; su profesión u oficio; los nombres y apellidos de los padres, si fueren conocidos; los de las personas cuyo consentimiento fuere necesario, y el hecho de no tener incapacidad o prohibición legal para contraer matrimonio. Si la manifestación no fuere escrita, el Oficial del Registro Civil levantará acta completa de ella, la que será firmada por él y por los interesados, si supieren y pudieren hacerlo, y autorizada por dos testigos”. Los artículos 10 y 11 consignan, por su parte, la obligación del Oficial del Registro Civil de proporcionar información a los interesados sobre la finalidad del matrimonio, los derechos y deberes recíprocos y los regímenes matrimoniales, así como todo lo relativo a los cursos de preparación para el matrimonio incorporados por la nueva ley. Luego, hay disposiciones que se ocupan de la forma en que se prestará el “asentimiento” para contraer matrimonio, cuando proceda y facilidades para quienes provengan de alguna etnia o fueren sordomudos y requieren hacerlo en su lengua materna o a través del lenguaje de señas, respectivamente (artículos 12 y 13).

El artículo 14 prevé, por su parte, la información sumaria de testigos que deben rendir los interesados al hacer la “manifestación”, sobre el hecho de no tener impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio; las últimas dos disposiciones de este párrafo, en tanto, regulan el plazo para celebrar el matrimonio a partir de la realización de las diligencias anteriores y las inhabilidades de los testigos, sea para realizar dichos trámites, como para la celebración del matrimonio.

Todas estas etapas y actividades están minuciosamente reglamentadas en el Decreto 673 de octubre de 2004, entre los artículos 2 y 15, que a continuación aborda la celebración misma del matrimonio.

2° Que, como es posible observar, las reglas antes descritas constituyen un sistema completo y cerrado, previsto por la ley de matrimonio civil actualmente vigente, que es la norma especial aplicable en la materia, según prevé el artículo 1° antes aludido, que declara conviene reiterar “La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración...” La afirmación anterior no es nueva, por lo demás, ya que como se recordará, la completitud del sistema matrimonial dio lugar, nada menos, que a la discusión sobre la inexistencia de los actos jurídicos, atendido que entre los requisitos de validez no se contemplaban elementos de la esencia de la institución.

En consecuencia, las normas previstas en la ley de matrimonio civil priman por sobre cualquier obligación legal o reglamentaria que imponga al Servicio de Registro Civil o a otro órgano del Estado, requisitos adicionales o limitaciones para contraer matrimonio, como podría desprenderse de lo dispuesto en el artículo 76 del DL N° 1.094, que establece Normas sobre Extranjeros en Chile, al prevenir que los servicios del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, “que previamente comprueben su residencia legal en el país (...)” Por otra parte, tratándose de un derecho esencial a la naturaleza humana, la interpretación que se haga en relación a una normativa como la descrita, debe ser necesariamente restrictiva, en la medida que compromete una obligación internacional contraída por el Estado de Chile; razones por todas las cuales esta disidente estuvo por confirmar la sentencia apelada. Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Prado y de la disidencia sus autores.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Arturo Prado P. y los Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y Sr. Diego Munita L. Rol N° 3462 2018.

SCS, Rol 6111-2018, de 18 de abril de 2018 (concede recurso de protección).

Santiago, dieciocho de abril de dos mil dieciocho.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada.

Y se tiene además presente:

Primero: Que ha recurrido en estos autos Ladis Sawyer Mondragón Zamora en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, exponiendo en síntesis ser de nacionalidad colombiana y haber ingresado a nuestro país en el mes de septiembre del año 2013 de manera irregular, tras lo cual con fecha 8 de enero de 2018 concurrió a las dependencias de la Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación de la comuna de Recoleta a fin de solicitar una hora para celebrar matrimonio con su pareja Emilio Meneses, accediendo éste a dicha petición pero sujetándola a la condición de presentar documentación vigente tarjeta de ingreso con fecha vigencia correspondiente; acto que la recurrente considera arbitrario e ilegal y que atenta contra sus garantías constitucionales previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide que se acoja su recurso y se restablezca el imperio del Derecho ordenando al Servicio de Registro Civil e Identificación que permita la celebración de su matrimonio.

Segundo: Que al informar el recurso el Servicio recurrido, señala que la recurrente no registra inscripción de nacimiento, matrimonio, ni se asocia a ella nacimiento de hijos en Chile, y que conforme los artículos 52, 53, 69 y 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975 del Ministerio del Interior, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, los artículos 5 y 108 del Decreto Supremo N° 597 de 1984, de la misma Cartera, que aprueba el Nuevo Reglamento de Extranjería, los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 80 y 81 de la Ley 19.947, de Matrimonio Civil y los artículos 14 y 102 y siguientes del Código Civil; el Servicio recurrido no ha incurrido en un actuar arbitrario o ilegal puesto que se limitó a exigir para celebrar el matrimonio solicitado por la recurrente, el cumplimiento de la legislación interna aplicable a los extranjeros en nuestro país, esto es, que regularicen su situación migratoria u obtengan documento identificatorio para extranjeros, sin que se hubiese tampoco vulnerado el principio de igualdad ante la ley al aplicar las normas vigentes sobre identificación y matrimonio a todas aquellas personas que se encuentren en igual condición.

Tercero: Que esta Corte Suprema ha sostenido de manera reiterada que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”.

Cuarto: Que el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias ha empleado como método de comparación para resolver la legitimidad de la legislación interna, la

normativa internacional, en la medida que establezca disposiciones fundamentales a favor de las personas. De esta forma la norma de la Convención Americana de Derechos Humanos resulta aplicable en cuanto su artículo 17 contempla la protección de la familia, pues constituye “el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, idea que contempla igualmente el artículo 1° de la Constitución Política de la República, en cuanto dispone: “Es deber del Estado ..., dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación ...”. Luego reconoce la Convención “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio”.

De todo lo expuesto se colige la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. De la misma forma, pero de manera expresa, se consagra la igualdad en dignidad y derecho de todas las personas, la igualdad ante la ley y la justicia, como en la tutela judicial de todas estas garantías.

Quinto: Que los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, puesto que tratándose de una norma constitucional posterior pueden recurrir al criterio temporal para resolverlo, conforme al principio que ante una antinomia o contradicción entre normas jurídicas “ley posterior deroga ley priori”, circunstancia que los tratadistas refuerzan en el caso de las normas constitucionales posteriores, pues se conjugan, además, los principios jerárquico, suprema constitucional y aplicación directa de la constitución al caso.

La doctrina, la ley y la jurisprudencia han entendido que el análisis de la vigencia y de la constitucionalidad de una norma legal se encuentra en diferentes planos e intensidad de estudio. Lo ha dicho de manera reiterada la Corte Suprema y la Sala Penal en particular, que la constitucionalidad está referida a un examen de compatibilidad entre una norma legal y una norma constitucional, en que la primera es la controlada y esta última actúa como patrón de control. Existiendo correspondencia en que ambas puedan ser aplicadas a un caso sin que de ellas se desprendan soluciones contrapuestas, la labor se habrá cumplido favorablemente. Por el contrario, si de su comparación surge una antinomia, que no permita su llamado conjunto y en un mismo sentido en la decisión de un conflicto, puesto que se desprenden decisiones que no llegan a una misma determinación, corresponde resolver sobre las consecuencias de tal determinación.

La tarea del tribunal ordinario, en lo que respecta al derecho aplicable importa múltiples cometidos, entre ellos se encuentra el determinar el derecho aplicable al caso; derecho que corresponde analizar a la luz de todo el ordenamiento jurídico, al no tener restringido el ámbito a considerar. En segundo lugar, ante una divergencia incompatible entre distintas normas que integren el ordenamiento jurídico, le corresponde atender la forma en que tendrá aplicación cada una de las disposiciones en relación con los hechos del pleito, examinando en detalle la posible compatibilidad de los preceptos y ante la eventualidad de una falta de congruencia, de la que se desprenden soluciones disímiles y contrapuestas, da un paso más, escalando un nuevo

escalón en el análisis, puesto que le corresponde resolver sobre las consecuencias que esa determinación origina a las normas en conflicto, la que estará determinada por un reproche negativo y de falta de legitimidad, que impone una privación de efectos, que en cuanto a la aplicación de las leyes en el tiempo, implica que la norma posterior, deroga a la norma anterior.

La tensión que se advierte entre inconstitucionalidad y derogación en el evento de estar frente a una norma legal que es contraria a una norma constitucional posterior, ha sido sostenida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. De esta forma “si se ha alterado no sólo la letra sino que la sustancia de la normativa constitucional entre la época de promulgación del precepto legal en examen y la de su aplicación a un caso específico, el problema se transforma en una cuestión de subsistencia o derogación del precepto legal cuya determinación no se contrapone en la competencia exclusiva de la Corte Suprema y, puede, por tanto, ser examinado y decidido en todos los grados de jurisdicción por los diversos tribunales competentes”.

Sostiene Precht Pizarro que “inconstitucionalidad y derogación son figuras distintas con diversos efectos, ambas, en el caso en estudio, reconocen la premisa inicial y única la de un conflicto entre la Constitución y la ley anterior, pues sólo una vez comprobada dicha incompatibilidad puede considerarse que la norma legal habría sido derogada”.

Don Enrique Silva Cimma sostiene el efecto derogatorio de la norma constitucional posterior a la ley, cuando entre ambas existe contradicción, por la vigencia in actum de la norma fundamental. También señala idéntica conclusión, sobre la base de una justificación diversa, son José Luis Cea, al hacer aplicables al Derecho Constitucional las normas generales de vigencia contempladas en el Código Civil. En igual sentido se pronuncia la profesora Luz Bulnes, quien ante la contradicción entre la Constitución y la aplicación de una ley a un caso concreto, expresa que hay opiniones que sostienen que el juez estaría siempre vinculado a la ley y no puede interpretar la Ley Fundamental, responde que “por el artículo 6° de las Bases de la Institucionalidad los jueces, tanto unipersonales como colegiados, como órganos del Estado y frente a la certeza que la norma legal es inconstitucional, puede hacer valer la fuerza normativa de la Constitución y aplicarla directamente”. Queda así diferenciada la facultad que permite a todo juez considerar derogada una norma legal por ser contraria a la Constitución y la que se radica en el Tribunal Constitucional que le otorga competencia para declarar su inaplicabilidad o inconstitucionalidad.

La Corte Suprema ha hecho uso de las facultades de derogación de una norma legal por una disposición constitucional posterior, labor que, incluso, expresamente 3 Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional. Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo N° 13, página 97 el Tribunal Constitucional analizó, como es el caso del artículo 116 del Código Tributario, expresando que en cuanto el control de la legalidad “le corresponde privativamente a los tribunales que están conociendo de los respectivos procesos, todo esto en el marco de los principios de juridicidad, competencia y distribución de funciones establecidos por los artículos 6° y 7° de la Constitución”. En otras palabras, los tribunales

ordinarios pueden, bajo la aplicación de preceptos constitucionales, establecer la vigencia de la norma legal anterior que contradice la norma constitucional, que se le puede llamar cesación de eficacia, decaimiento o nulidad, pero lo definitivo es que se priva a una ley anterior de fuerza obligatoria y eso es derogación por estar en contraposición con la norma constitucional.

Sexto: Que en tales circunstancias es preciso determinar si existe antinomia en las disposiciones constitucionales y legales, sobre la base específica de los supuestos fácticos de este recurso.

Es así que corresponde precisar si la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975, antes transcrita, en este caso guarda armonía con las disposiciones constitucionales que disponen que las “personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; que es “deber del Estado ... dar protección ... a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación ...” (artículo 1°, inciso primero y final); que la “Constitución asegura a todas las personas: 2°. La igualdad ante la ley.

En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”, agregando: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias; 3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Debiendo tenerse, además en consideración, la norma del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Política y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual ya ha sido transcrita.

Séptimo: Que, como se ha expuesto, el análisis procede efectuarlo en relación a la circunstancia específica de autos, esto es que una ciudadana colombiana, Ladis Sawyer Mondragón Zamora, desea contraer matrimonio con un ciudadano chileno, y que una funcionaria del Registro Civil e Identificación a fin de cuentas le niega la posibilidad de contraer matrimonio en atención a lo dispuesto por el artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975.

De la misma forma es pertinente clarificar que la razón por la cual se le niega la posibilidad de contraer matrimonio a los solicitantes, es por no contar la recurrente con cédula de identidad para extranjeros, de la que carece por cuanto el mismo Servicio de Registro Civil e Identificación no está en condiciones de otorgarla, en atención a su irregular residencia en nuestro país.

Octavo: Que la disposición legal en referencia permite a las autoridades estatales, requeridas en actos de su competencia, exigir a los extranjeros que comprueben la legalidad de su residencia.

Las citadas normas constitucionales reconocen la posibilidad de contraer matrimonio como un derecho que emana de la naturaleza humana, por lo tanto que no puede estar sometido a exigencias formales previas. Surge una antinomia, contradicción o falta de armonía que es necesario resolver.

Noveno: Que al estar determinado por la referencia expresa que se efectuó, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, al redactar el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que el derecho a contraer

matrimonio es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, el cual ya se encontraba reconocido de igual forma en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyéndose en una de las formas en que se puede fundar una familia, la cual el Estado tiene el deber de proteger y fortalecer, sin que pueda realizar legítimamente ninguna conducta que pretenda desconocerlo, no obstante, las acciones llevadas adelante por la autoridad administrativa ciertamente, en los hechos, desconocen esta garantía.

A lo anterior se agrega la igualdad de derechos e igualdad ante la ley y la justicia de todas las personas que habitan nuestro país, incluidos los extranjeros, por lo cual resulta injustificadamente discriminatoria la exigencia efectuada a quienes no son nacionales chilenos que se encuentran irregularmente en nuestro país que presenten su Cédula de Identidad para contraer matrimonio, la cual el mismo Servicio se niega otorgar. Esto, sin perjuicio de cumplir las demás determinaciones que la autoridad administrativa haya dispuesto a su respecto.

Conclusión que adquiere mayor fundamento si se tiene en consideración el hecho que la Contraloría General de la República dispuso que esa exigencia ya no es exigible a los extranjeros que se encuentran irregularmente en nuestro país, para inscribir el nacimiento de sus hijos.

Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho. Por su parte la norma legal, indirectamente y por vía interpretativa la autoridad administrativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al ciudadano extranjero por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile.

Por tales razonamientos es posible concluir que la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975 se encuentra derogada por las diferentes disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de una extranjera que habita en Chile.

Décimo: Que en atención a lo razonado, careciendo de sustento legal, el proceder de la autoridad del Registro Civil e Identificación es contrario a las normas constitucionales referidas y actualmente vigentes y justifica acoger el recurso de protección, por lo que se confirmará la sentencia en alzada. **Se confirma** la sentencia apelada de veinte de marzo de dos mil dieciocho.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra señora Sandoval y del Ministro señor Prado, quienes fueron de parecer de revocar la sentencia apelada y, en su lugar, rechazar el recurso de protección, teniendo para ello presente las siguientes consideraciones:

1º. Que, según informa el Servicio recurrido, la recurrente Ladis Sawyer Mondragón Zamora, ciudadana colombiana, permanece en territorio nacional de manera irregular.

2º. Que el artículo 76 del Decreto Ley N° 1094 de 1975 dispone que “Los servicios y organismos del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato”, disposición que, entre otras, fundamenta la actuación del Servicio recurrido.

3º. Que atendida la situación migratoria de la recurrente y lo preceptuado por el artículo 5º del Decreto Supremo N° 597, Reglamento de Extranjería, que establece: “Los extranjeros estarán obligados a presentar a las autoridades correspondientes, cuando lo requieran, sus documentos de identidad o de extranjería para acreditar su condición de residencia en Chile”, la actuación del Servicio de Registro Civil e Identificación no es ilegal ni arbitraria al conformarse a la normativa vigente sobre la materia.

4º. Que el artículo 93 de la Constitución Política de la República otorga al Tribunal Constitucional la atribución de “6º. Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”, indicando al efecto que “En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto.

Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

En estos autos no consta que el recurrente haya planteado ante el Tribunal la inaplicabilidad del artículo 76 del D.L. N° 1.094.

5º. Que, aduciendo el recurrente que ha sido víctima de una discriminación arbitraria e ilegal que ha desprotegido su vida privada y la familia y la ha situado en un escenario de desigualdad frente al resto de las personas que, por tener una situación migratoria o de residencia distinta, pueden contraer matrimonio, invoca como garantías constitucionales vulneradas las contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Al respecto cabe señalar que la circunstancia invocada para configurar la arbitrariedad no es tal.

En efecto, por mandato legal el Servicio recurrido se encuentra obligado a denegar la solicitud de celebrar contrato de matrimonio respecto de solicitantes que no comprueben su residencia legal y, en cambio, sí le es posible acceder respecto de quienes cumplen ese presupuesto.

Como la recurrente, atendida la situación migratoria que le aqueja, se encuentra en el primer caso, esto es, no cumple con el requisito precedentemente enunciado, no es posible sostener que el Servicio requerido haya obrado arbitrariamente en la especie, como así tampoco de manera ilegal, al haber ajustado su actuar a la normativa transcrita precedentemente, razones por las cuales los disidentes consideran que el recurso ha debido ser desestimado.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 6111-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sr. Arturo Prado P. y el Abogado Integrante Sr. Rafael Gómez B. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar en comisión de servicios.

Santiago, 18 de abril de 2018.

b) Exequátur de sentencia extranjera que regula relación directa y regular de niño menor de edad, residente en Chile.

SCS, Rol 7771-2019, de 28 de agosto de 2019 (acoge exequátur).

Hechos:

Ciudadano cubano nacionalizado en Francia solicita se conceda el exequátur necesario para cumplir en Chile la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de París, Francia, que regula relación directa y regular con su hijo menor de edad, residente en Chile. La Corte Suprema concede el exequátur solicitado.

Sumarios:

1. Cuando entre Chile y el país en el cual se dictó la sentencia de divorcio cuyo exequátur se solicita no existe tratado sobre cumplimiento de resoluciones pronunciadas en los respectivos Estados, ni hay constancia sobre una posible situación de reciprocidad, se concluye que no corresponde dar aplicación a los artículos 242 a 244 del Código de Procedimiento Civil, sino al artículo 245 del mismo texto legal, que regula los trámites judiciales que han de cumplirse en Chile para que las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros puedan tener fuerza, ejecutarse o cumplirse en nuestro país. El referido artículo 245 confiere a las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, con tal que: a) no contengan nada contrario a las leyes de la República; b) no se opongan a la jurisdicción nacional; c) que la parte contra la cual se invoca la sentencia haya sido notificada de la acción; y d) que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas (considerandos 1° y 2° de la sentencia de la Corte Suprema).

2. Respecto a la relación directa y regular ordenada a favor del padre, no se advierte contravención a la ley chilena, desde que ha de entenderse que, para los efectos de salidas del niño fuera del territorio nacional, deberá cumplirse con las formalidades dispuestas por la legislación chilena, particularmente con lo prescrito por el artículo 49 de la Ley N° 16.618. En relación a la suspensión de la obligación de alimentos en favor del niño, la Corte no comparte la interpretación de la requerida, atendido que se accedió a lo que ella solicitó con el objeto que el padre pueda encargarse de los gastos del viaje, cuyo costo era equivalente o inferior a la determinada en la sentencia. Tal circunstancia no impide, desde luego, que aquélla pueda ejercer las acciones pertinentes para revertir tal decisión, si lo estima necesario. En lo concerniente a que la sentencia del tribunal francés se opondría a la jurisdicción nacional, cabe señalar que de los antecedentes presentados aparece que al momento de interponer la acción tanto los padres como el niño tenían su domicilio en Francia, habiéndose hecho parte en ese juicio, formulando diversas pretensiones, dentro de ellas, mudar la residencia del niño a este país, lo que materializó, por lo que tal objeción debe ser desestimada. En consecuencia, procede hacer lugar al exequátur solicitado por cuanto la sentencia cuyo cumplimiento se pretende no es contraria a las leyes de la República ni contraviene la jurisdicción nacional (considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

Texto Completo:

Santiago, veintiocho de agosto de dos mil diecinueve.

Vistos: En estos autos compareció doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, abogada, en representación de don xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, cubano nacionalizado en Francia, solicitando se conceda el exequatur para cumplir en Chile la sentencia dictada con fecha 5 de diciembre de 2017 por el Tribunal de Apelación de París, Francia.

Acompañó a su solicitud copias autorizadas de sentencia de primera instancia y de la definitiva de segunda instancia, y certificado de ejecutoria de la misma, debidamente traducidas y apostilladas. Acompaña, también, certificado de nacimiento del niño, y mandato judicial. Se dispuso poner los antecedentes en conocimiento de la requerida, quien compareció, por intermedio de su abogado don xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, oponiéndose a la solicitud, porque la sentencia no reúne las circunstancias previstas en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, ya que sería contraria a las leyes de la República, y porque, además, fue dictada por el tribunal que, a la fecha de su dictación, ya no tenía jurisdicción, porque tanto el niño como su madre tenían domicilio en Chile.

Asimismo, manifestó que la sentencia otorga autorización para que en el cumplimiento de las visitas, el padre pueda desplazarse libremente con el niño, incluyendo la posibilidad de sacarlo del país, sin la autorización de la madre, que tiene el cuidado personal, o de un tribunal chileno, lo que contraviene lo dispuesto en la Ley de Menores. Agrega, que al haber establecido el cese de la obligación de alimentos en favor del niño, la sentencia también contraviene las normas del Código Civil chileno. La Fiscalía Judicial de esta Corte informó solicitando que se autorice

el cumplimiento parcial de la sentencia cuyo exequátur se solicita, denegándolo respecto a la facultad entregada al solicitante para que en el ejercicio de la relación directa y regular del niño, pueda sacarlo

libremente fuera del país sin requerir de autorización de la madre.

Se ordenó traer los autos en relación. Considerando: Primero: Que entre las Repúblicas de Chile y de Francia no existe un tratado bilateral o multilateral sobre cumplimiento de resoluciones pronunciadas en los respectivos países y no existen antecedentes de reciprocidad sobre el trato otorgado a los fallos en dicho país, por lo que deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil. La legislación nacional regula las materias vertidas en juicio en la Ley de Menores N°16.618, de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias N°14.908, también en aquella que crea los tribunales de familia N°19.968 y, finalmente, en las normas contenidas en el Libro I del Código Civil.

Segundo: Que, el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil dispone que las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales nacionales, con tal que se reúnan las siguientes circunstancias:

1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; 2a. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional; 3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa; 4a. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que se hayan sido pronunciadas”.

Tercero: Que la Fiscalía Judicial de esta Corte informó solicitando se autorice el cumplimiento parcial de la sentencia cuya ejecución se pretende, denegando el exequatur sólo respecto a la facultad entregada al solicitante para que en el ejercicio de la relación directa y regular del niño, pueda ser sacado libremente del país sin requerir de la autorización alguna. Sostiene que respecto del cuidado personal del niño, no se advierte contravención a la ley nacional, ya que él vive con su madre en Chile y es ella quien detenta esta facultad, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil. Tampoco advierte transgresión en la relación directa y regular ordenada en favor del padre, respecto al régimen dictaminado. En cuanto a la suspensión de la obligación de alimentos en favor del niño, consideró que no existe infracción a las normas internas puesto que fue la madre quien solicitó tal suspensión y porque, conforme la interpretación que realiza de los artículos 230 y 323 del Código Civil, deben ser solicitados, y la forma en que puede ejercer la acción para revertir lo ofrecido y posteriormente decretado por el tribunal exhortante está previsto por la legislación. Tampoco advierte vulneración al segundo reclamo presentado por la contraparte, en cuanto a que la sentencia del tribunal francés se opondría a jurisdicción nacional, ya que de los antecedentes presentados, se

desprende que al interponerse la acción tanto los padres como el niño tenían su domicilio en Francia y la reclamante se hizo parte en dicho juicio.

Sin embargo, advirtió que la forma en que la sentencia autoriza el ejercicio del régimen de relación directa y regular, en cuanto el padre puede sacar al niño del país durante los períodos de tiempo estipulados, prescindiendo de la autorización de la madre, quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño y de la judicial, contraviene legislación nacional, en los términos que expone, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N°16.618.

Cuarto: Que, de los antecedentes acompañados, es posible establecer lo siguiente: 1. El niño M.F.P.G. nació en París, Francia, el 13 de abril de 2008, del matrimonio celebrado entre don xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y fue inscrito en el registro de nacimientos de la Circunscripción de Santiago del Servicio de Registro Civil e Identificación, bajo el N° 5.951 del Registro X correspondiente al año 2015. 2. El matrimonio fue disuelto por sentencia definitiva de 17 de mayo de xxxxx, por el Juez de Asuntos Familiares del Tribunal de Gran Instancia de París, que, además, estableció que la autoridad parental la ejercería la madre, con quien también residiría el niño, fijó una pensión de alimentos que debía pagarle el padre, y estableció una relación directa y regular en su favor.

3. Con posterioridad, en el año 2015, la madre requirió al juez competente la autorización para residir con el niño en territorio chileno, además del establecimiento de un régimen comunicacional respecto del padre con pernoctación libre, y no solicitó contribución económica, ni pensión de alimentos, atendido a que el padre debía costear los viajes para poder visitar a su hijo.

4. Por sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Bobigny, el 5 de mayo de 2015, se accedió a tales peticiones, señalando que la autoridad parental será ejercida conjuntamente por ambos padres, que el niño mantiene residencia en el domicilio de su madre, y que, en consecuencia, se la autoriza para que se mude a Chile, se dispone el cese de la obligación alimenticia y que el padre mantendría un régimen de relación directa y regular, libre, con derecho a alojamiento, siendo los gastos del viaje de su cargo.

5. Dicha sentencia fue ejecutada provisoriamente y el niño mudó su residencia con su madre a Chile.

6. Don xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia antes mencionada y el Tribunal de Apelación de París, Francia, por resolución dictada con fecha 5 de diciembre de 2017, la revocó parcialmente, ya que modificó el régimen libre de relación directa y regular, estableciendo un derecho de visita y alojamiento para cada año, y señaló que el padre al ejercerlo puede, libremente, desplazarse con el niño, en particular a Cuba, donde reside la familia paterna y, para esto, debe de hacerse entrega del pasaporte francés del niño, confirmándose en todo lo demás.

7. La sentencia se encuentra ejecutoriada, según consta en certificado de fecha 19 de julio de 2018.

Quinto: Que la requerida se opuso al cumplimiento de la sentencia, porque, en su concepto, contraviene los numerales 1 y 2 del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el primer capítulo de oposición, esto es, respecto a la relación directa y regular ordenada a favor del padre, no se advierte contravención a la ley chilena, desde que ha de entenderse que, para los efectos de salidas del niño fuera del territorio nacional, deberá cumplirse con las formalidades dispuestas por la legislación chilena, particularmente con lo prescrito por el artículo 49 de la Ley N° 16.618. En relación a la suspensión de la obligación de alimentos en favor del niño, esta Corte no comparte la interpretación de la requerida, atendido que se accedió a lo que ella solicitó con el objeto que el padre pueda encargarse de los gastos del viaje, cuyo costo era equivalente o inferior a la determinada en la sentencia. Tal circunstancia no impide, desde luego, que aquélla pueda ejercer las acciones pertinentes para revertir tal decisión, si lo estima necesario. En lo concerniente al segundo reclamo presentado por la requerida, en cuanto a que la sentencia del tribunal francés se opondría a la jurisdicción nacional, cabe señalar que de los antecedentes presentados aparece que al momento de interponer la acción tanto los padres como el niño tenían su domicilio en Francia, habiéndose hecho parte en ese juicio, formulando diversas pretensiones, dentro de ellas, mudar la residencia del niño a este país, lo que materializó, por lo que tal objeción debe ser desestimada.

Sexto: Que, de esta forma, procede hacer lugar al exequátur solicitado por cuanto la sentencia cuyo cumplimiento se pretende no es contraria a las leyes de la República ni contraviene la jurisdicción nacional. Y de conformidad, con lo expuesto, las disposiciones legales citadas y lo informado por la Fiscalía Judicial, se acoge el exequátur solicitado por doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, abogada, en representación de don xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, para cumplir en Chile la sentencia dictada con fecha 5 de diciembre de 2017 por el Tribunal de Apelación de París, Francia, entendiéndose que, para los efectos de salidas del país del niño, deberá cumplirse con las formalidades dispuesta por la legislación nacional, particularmente con lo prescrito por el artículo 49 de la Ley N° 16.618.

El cumplimiento se pedirá al tribunal de familia correspondiente.

Regístrese, dése copia autorizada y, hecho lo anterior, archívese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Rosa Egnem S., Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., y ministro suplente señor Hernán González G. Rol N° 7771 2019.

c) Exequátur parcial de sentencia extranjera que decreta la conversión de la separación de cuerpos en divorcio.

SCS, Rol 16855-2018, de 20 de mayo de 2019 (acoge exequátur).

Hechos:

Se solicita exequátur de la sentencia, que decretó la conversión en divorcio, de la separación y lo concerniente al régimen de convivencia familiar establecido en la sentencia. Analizado lo expuesto, la Corte Suprema acoge el exequátur solicitado.

Sumarios:

1. Entre las República de Chile y de Venezuela no existe tratado bilateral o multilateral sobre cumplimiento de resoluciones judiciales pronunciadas en los respectivos países, y no existen antecedentes de reciprocidad sobre el trato otorgado a los fallos nacionales en dicho país, de manera que corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil. A su vez, la norma citada dispone que las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales nacionales, con tal que se reúnan las siguientes circunstancias: “1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República.

Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; 2a. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional; 3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa; 4a. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que se hayan sido pronunciadas” (considerandos 1° y 2° de la sentencia de la Corte Suprema).

2. El fallo que se trata de cumplir en Chile aprueba el régimen de convivencia familiar, estableciendo el derecho del padre a mantener con sus hijos xxxxxxxx, de 5 años de edad, y xxxxxx, 3 años de edad, una relación directa y regular, que ejercerá con entera libertad, con la frecuencia y en la forma que se señala en la sentencia.

Lo resuelto se ajusta plenamente a lo dispuesto en el artículo 229 del Código Civil, de modo que la sentencia cumple con el requisito 1° del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil. También se cumple con el requisito del número 2°, porque los niños y sus padres estaban domiciliados en Venezuela, de modo que la causa no se encontraba sujeta a la jurisdicción nacional. Asimismo, los progenitores comparecieron en el proceso, y la sentencia se encuentra ejecutoriada, por lo que se cumplen también las exigencias de los números 3° y 4° del artículo 245 (considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte Suprema)

“1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;

2a. Que tampoco se opongán a la jurisdicción nacional;

3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa;

4a. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que se hayan sido pronunciadas”.

Tercero: Que de los antecedentes acompañados es posible establecer los siguientes hechos: 1. Doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y don xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxx contrajeron matrimonio con fecha 5 de octubre de 2011, ante el Registro Civil de la Parroquia Cacucaguita del Municipio Sucre, Estado de Miranda, Venezuela, que fue inscrito bajo el N° 78, tomo 1, del año 2011, y no se registró en Chile; del matrimonio nacieron dos hijos, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, nacida en Caracas el 6 de abril de 2011, y xxxxxxxxxxxxxxxx, nacido en Caracas el 22 de julio de 2012, de 5 y 3 años de edad, respectivamente.

2. Por sentencia dictada el 17 de junio de 2016, el Juzgado Décimo Quinto de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de protección de niños, niñas y adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, de Venezuela, declaró la conversión en divorcio de la separación de cuerpos y bienes decretada por el mismo tribunal por resolución de 11 de febrero de 2015, y disuelto el matrimonio de las partes. Además, respecto de las instituciones familiares declaró que la patria potestad y responsabilidad de crianza sería compartida entre ambos padres; que la custodia sería ejercida por la madre; estableció la obligación del padre de pagar una pensión alimenticia en favor de los hijos. En cuanto al régimen de convivencia familiar, de la lectura de las cláusulas pertinentes del acuerdo transcrito en la sentencia que se solicita cumplir, se desprende que las partes acordaron que la madre y los hijos se trasladarían a vivir a la ciudad de Chillán, en Chile, otorgando el padre su autorización por el lapso de un año, no prorrogable; sin perjuicio de lo cual, pactaron un régimen comunicacional amplio, conforme al cual el padre podría estar con ellos en cualquier tiempo y lugar, y la forma de compartir los tiempos de vacaciones y fiestas familiares.

3. La referida sentencia se encuentra firme y ejecutoriada.

Cuarto: Que al no encontrarse inscrito en este país el matrimonio celebrado entre las partes, y conforme a lo solicitado por el compareciente, la petición debe restringirse únicamente a la decisión contenida en la sentencia, referente las instituciones familiares y al régimen de convivencia familiar, sin que exista obstáculo para dividir, a estos efectos, la sentencia en cuestión y otorgar un exequátur parcial.

Quinto: Que, como se indicó, el fallo que se trata de cumplir en Chile aprueba el régimen de convivencia familiar, estableciendo el derecho del padre a mantener con sus hijos xxxxxxxxxxxx, de 5 años de edad, y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxx, 3 años de edad, una relación directa y regular, que ejercerá con entera libertad, con la frecuencia y en la forma que se señala en la sentencia. Lo resuelto se ajusta plenamente a lo dispuesto en el artículo 229 del Código Civil, de modo que la sentencia cumple con el requisito 1° del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil. También se cumple con el requisito del número 2°, porque los niños y sus padres estaban domiciliados en Venezuela, de modo que la causa no se encontraba sujeta a la jurisdicción nacional. Asimismo, los progenitores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx comparecieron en el proceso, y la sentencia se encuentra ejecutoriada, por lo que se cumplen también las exigencias de los números 3° y 4° del artículo 245.

Sexto: Que la requerida reconoce el acuerdo sobre las instituciones familiares a favor de sus hijos xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pero solicita el rechazo del exequátur, porque sólo tenía vigencia por un año, no prorrogable, a contar de su aprobación por el tribunal el día 17 de junio de 2016, de modo que venció el 17 de junio de 2017, encontrándose caducado; sin embargo, dicha oposición no dice relación con los requisitos que debe reunir la sentencia para conceder el exequatur, cuya concurrencia no discute, sino con la forma de ejecutar en Chile lo decidido en ella, aspecto que, una vez acogida la solicitud, podrá ser discutido ante la judicatura de familia.

Por estas consideraciones y de conformidad con las disposiciones legales citadas, se acoge el exequátur solicitado para que se lleve a efecto en Chile la sentencia dictada el 17 de junio de 2016, por el Juzgado Décimo Quinto de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de protección de niños, niñas y adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, de Venezuela, en lo que se refiere a las relaciones familiares y régimen de convivencia familiar de los progenitores doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, respecto de sus hijos menores de edad...”

El cumplimiento se pedirá al tribunal de familia correspondiente.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Ricardo Blanco H., Gloria Chevesich R., Andrea Maria Muñoz S. y los Abogados (as) Integrantes Leonor Etcheberry C., Maria Gajardo H. Santiago, veinte de mayo de dos mil diecinueve.

d) Exequátur de transacción judicial en proceso de familia.

SCS, Rol 3171-2013, de 10 de enero de 2019 (acoge exequátur).

Hechos:

Ciudadana brasileña solicita se conceda el exequátur necesario para cumplir en Chile la sentencia dictada por el Juzgado de Derecho de la Quinta Jurisdicción Civil de la Comarca de Aracaju, que dictó y homologó una transacción celebrada sobre separación judicial entre los cónyuges, declaración de bien, guarda, y pensión de alimentos de sus hijos. La Corte Suprema concede el exequátur solicitado para cumplir en Chile la sentencia dictada en el extranjero.

Sumarios:

1. Las Repúblicas de Chile y de Brasil son Estados partes del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y Chile. Dicho acuerdo en el capítulo V, y en particular los artículos 18 a 24, trata sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes. La solicitud de exequatur se encuentra inserta en el artículo 19 inciso 2°, señalando que es la parte interesada quien debe solicitar y tramitar directamente el reconocimiento de la sentencia, que debe cumplir con los requisitos que el artículo 20 del mismo convenio señala, que son, a saber: a) que venga revestida de las formalidades externas necesarias para que sea considerada auténtica en el Estado de donde proceden; b) que esto y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución; c) que todos los documentos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional; d) que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada; f) que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución. Indicándose que los requisitos de los literales a), c), d), e) y f) deben surgir del testimonio de la sentencia o del laudo arbitral (considerando 1° de la sentencia de la Corte Suprema).

2. En la especie, la sentencia cuyo cumplimiento se solicita, no contiene nada contrario a las leyes de la República y guarda perfecta armonía con las disposiciones nacionales sobre la materia, toda vez que declara la obligación del padre de cumplir la prestación alimenticia que establecen los artículos 321 N° 2 y 323 del Código Civil, a favor de sus hijos menores de edad, ni se opone a la jurisdicción nacional, pues la solicitud de aprobación del Convenio -sobre guarda, tenencia, visitas y pensión de

Cuarto: Que con fecha 16 de octubre de 2018, el señor xxxxxxxx fue notificado personalmente de la solicitud de exequatur y de las demás resoluciones dictadas en este procedimiento, certificándose el día 14 de noviembre de este año, que no se registra ninguna presentación de éste y el término para hacerlo se encuentra vencido.

Quinto: Que del mérito de los antecedentes, se establece que la sentencia en cuestión, no contiene nada contrario a las leyes de la República y guarda perfecta armonía con las disposiciones nacionales sobre la materia, toda vez que declara la obligación del padre de cumplir la prestación alimenticia que establecen los artículos 321 N° 2 y 323 del Código Civil, a favor de sus hijos menores de edad, ni se opone a la jurisdicción nacional, pues la solicitud de aprobación del Convenio fue tramitada por las partes en Brasil, por estar domiciliados ambos a esa época en ese país. Por estas consideraciones y de conformidad con las disposiciones legales citadas, se acoge el exequátur solicitado para que se lleve a efecto en Chile la sentencia dictada el 19 de marzo 19 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de Derecho de la Quinta Jurisdicción Civil de la Comarca de Aracaju, que homologó la transacción suscrita por las partes sobre guarda, tenencia, visitas y pensión de alimentos de los hijos.

El cumplimiento se pedirá al tribunal de familia correspondiente.

Regístrese, dése copia autorizada y, hecho lo anterior, archívese. Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., Ministro Suplente señor Eduardo Meins O., y los Abogados Integrantes señora Leonor Etcheberry C., y señor Diego Munita L.

Rol N° 3171 2013

e) Arbitraje comercial internacional

SCS, Rol 12.710-2018, de 09 de julio de 2019 (concede exequátur de laudo arbitral extranjero).

En estos autos Rol 12.710 2018 compareció el abogado Ricardo Reveco Urzúa, en representación de Bose Corporation, solicitando se conceda autorización para cumplir en Chile el laudo arbitral dictado en el Estado de Massachusetts, Estados Unidos de América, el 9 de febrero de 2018 por el juez árbitro Jonathan W. Fitch, que condenó a MusicWorld Audiovisión Ltda. al pago de las sumas que indica y a la prohibición de utilizar el logo o marca de la solicitante.

Fundamentando su pretensión señala, en síntesis, que la relación contractual entre las partes se remonta al año 2007 y que el 1 de febrero de 2016 celebraron un contrato de distribución en cuya virtud MusicWorld se constituyó en distribuidor no exclusivo de ciertos productos de la solicitante dentro del territorio de Chile y sólo para usuarios finales o consumidores de aquellos, para lo cual MusicWorld emitía órdenes de compra a Bose para que le vendiera sus productos a los precios acordados y se los enviara a Chile. Se convino en este contrato una cláusula arbitral

en la cual las partes se sometían a las reglas de arbitraje comercial de la Asociación de Arbitraje, con sede en la ciudad de Boston, Estado de Massachusetts, Estados Unidos de América, para la resolución de cualquier controversia que pudiera suscitarse entre ellas.

Afirma que Musicworld incumplió gravemente el mencionado contrato al vender en otros países productos adquiridos de Bose y que en razón de ello su parte lo dio por terminado, requiriendo la restitución de los productos que estuvieran en poder de la contraparte, quien quedó adeudándole la suma de US\$158.291,95, por productos vendidos y debidamente facturados. Como se negó a pagar extrajudicialmente, con fecha 8 de septiembre de 2017 Bose presentó un requerimiento de arbitraje y la demanda respectiva ante la asociación de Arbitraje, entidad que el 11 de septiembre del mismo año comunicó a MusicWorld, a través de correo electrónico y físico, la interposición de la demanda y del requerimiento, sin perjuicio de que además Bose efectuó una notificación personal al representante de la demandada el 13 de septiembre de 2017 mediante ministro de fe.

El 9 de febrero de 2018 el árbitro Jonathan á W. Fitch dictó el laudo arbitral cuyo exequatur ahora solicita, que condenó a MusicWorld al pago de la suma total de USD\$196.765,21 por concepto de indemnización e intereses; USD\$18.065 por concepto de costas del juicio; y a la prohibición de utilizar el logo y/o marca de Bose de cualquier modo, incluyendo, pero no limitado, su uso en la página web de MusicWorld, laudo que fue notificado a las partes el mismo día de su dictación y que se encuentra firme y ejecutoriado, afirmando la solicitante, por último, que el exequatur requerido cumple los requisitos exigidos por la ley chilena para que esta Corte dé reconocimiento al fallo y ordene su cumplimiento en Chile, con costas.

La solicitud fue notificada el 9 de julio de 2018 a Enzo López Ramírez, en representación de la demandada, en virtud de lo preceptuado en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil y mediante presentación de 31 de ese mismo mes y año compareció el abogado Flavio Herrera Pizarro, en representación de la sociedad Music World Audiovisión Limitada, oponiéndose al exequátur.

Como cuestión previa alegó la falta de emplazamiento, exponiendo que quienes ostentan la representación de la sociedad desde el año 2010 – Oscar Manuel y Evelyn Christie, ambos Conejeros Bustamante- no fueron debidamente notificados de la designación del árbitro, del procedimiento de arbitraje ni de la demanda que dio origen al juicio en el que se libró la sentencia que se trata de hacer cumplir en contra de Music World Audivisión Limitada, notificación que además debió practicarse de alguna de las formas establecidas en los artículos 40, 44 ó 54 del Código de Procedimiento Civil, normas de orden público indisponibles para las partes, añadiendo que, de acuerdo a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, la notificación debió además practicarse mediante el envío de una carta rogatoria, afirmando que la inobservancia de tales formalidades infringe sus garantías de derecho a defensa y a ser informado de la acción deducida en su contra, consagradas en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y en la Constitución Política de la República, también reconocidas en la Convención

de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, argumentos que hizo extensivos en una segunda alegación relativa a la falta de notificación de la sentencia.

En tercer término afirmó que el tribunal sentenciador es incompetente tanto por el lugar del arbitraje –pues si bien la cláusula compromisoria otorgaba competencia a un tribunal arbitral para tramitar el juicio en la ciudad de Boston, Estado de Massachusetts, en ese lugar solo se verificaron las audiencias de prueba, ya que la etapa de discusión del juicio se llevó a cabo en la ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, lo que deviene en la falta de jurisdicción del tribunal arbitral que resolvió la controversia como por la materia discutida –habida consideración a que la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre “Music World Ltda.” Y “Bose Corporation”, de 1 de febrero de 2016, determina que dicho tribunal arbitral solamente podía conocer de hechos ocurridos con posterioridad a esa fecha, siendo que el fallo se refiere a cuestiones acaecidas en el año 2014, declarando el incumplimiento de un contrato que en esa época no existía y por hechos a cuyo respecto el árbitro carecía de toda jurisdicción y competencia- invocando como fundamento de derecho de tales alegaciones lo prevenido en las letras d) y c) del artículo V N° 1 de la referida Convención de Nueva York.

Se opuso al exequátur, en cuarto lugar, por la falta de claridad de la sentencia sobre el demandado, pues el fallo hace referencia a “Music World Ltda.”, sin precisar a cuál de las siete sociedades que en el Conservador de Comercio de Santiago se relacionan con esa denominación se refiere. De ellas, solo Music World Comercio Internacional Limitada –que es la que emite la factura que se encuentra mencionada en el N°37 de la sentencia cuyo reconocimiento se pide- aparece administrada por Enzo López, a quien se habría notificado el proceso. Afirma, en consecuencia, que ni la sentencia ni los otros antecedentes acompañados a esta gestión permite aclarar cuál es la sociedad condenada.

En quinto término, opone una excepción de falta de personería del representante de “Bose Corporation”, cuestionando en este punto el mérito y naturaleza del instrumento invocado con tal finalidad por el abogado que dice representar a la solicitante, al tenor de lo previsto en los artículos 17 y 18 del Código Civil y 6, incisos primero y segundo, del Código de Procedimiento Civil.

Opone, en seguida, la excepción de falta de capacidad de Enzo López para representar y ser emplazado por Music World Audivisión Limitada, arguyendo, en el supuesto de que es dicha sociedad la vencida en la sentencia materia de este procedimiento, que esa persona natural no ha ostentado ninguna representación de su parte, por lo que sus actos le son inoponibles.

En séptimo lugar afirma que la sentencia que se trata de cumplir carece de autenticidad oficial, pues de los instrumentos acompañados por la peticionaria no aparece que algún tribunal ordinario, ya sea de la Suprema Corte del Estado de Massachusetts o la del Estado de Nueva York, haya dado reconocimiento oficial al fallo cuyo cumplimiento se pretende en la República de Chile, lo que a su juicio da

cuenta de que carece de autoridad oficial, omisión que obsta a su reconocimiento y ejecución en Chile por no cumplirse el requisito previsto en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, en relación a lo prevenido en el artículo 242 del dicho Código y el artículo IV de la Convención de Nueva York.

Como octava excepción opone la “Injusticia Notoria de la Sentencia”, aseverando que aún en la indeterminación del condenado y sea quien sea el contratante vencido, el fallo da cuenta que la peticionaria puso término al “Contrato de Comercialización Internacional Chile” celebrado el 1 de febrero de 2016 entre Bose Corporation y Music World Limitada, mediante carta de fecha 14 de octubre de esa anualidad, invocando lo previsto en la sección 15 (d)(ii) del acuerdo, que autorizaba a dicha terminación anticipada en caso que “se cancele, termine, suspenda o revoque cualquier propuesta, licencia, permiso, autorización consentimiento u otro documento requisito (gubernamental u otro) necesario para que el Comercializador realice negocios de manera legal de acuerdo con este contrato...”, y el fallo arbitral expresa, entre las razones para acoger la demanda, el hecho de que en la audiencia de arbitraje el demandante había entregado “una factura emitida por Music World a Pro-Tech de fecha 12 de febrero de 2014”. Aclara la compareciente que esa factura fue emitida por la sociedad “Music World Comercio Internacional Limitada” y no por su parte. No obstante, el sentenciador ha estimado que la emisión de factura emitida por Music World Comercio Internacional Limitada el 12 de febrero de 2014 constituye una violación del contrato celebrado dos años después, el 1 de febrero de 2016, con Music World Audivision Limitada. Además, la sentencia omite toda consideración acerca de la causal de terminación invocada por Bose Corporation en su carta de 14 octubre de 2016, inobservancia relevante porque la ley aplicable al caso era la de la República de Chile, de acuerdo a la cual no existe ningún impedimento para que Music World Audivision Limitada o cualquiera de las sociedades que comparten esa denominación, pueda comercializar productos Bose, de acuerdo al tenor del Contrato de Comercialización.

Con todo, estima la compareciente que no puede configurarse la causal invocada en la carta de 14 de octubre de 2016 para dar por terminado el Contrato de Comercialización de 1 de febrero de 2016, pues ya se encontraba terminado al momento de iniciarse la tramitación del pretendido arbitraje, siendo improcedente que se lo declarara terminado por una segunda vez, más aún por incumplimientos anteriores a su existencia.

Por lo demás, la causal del N°15 (d)(ii) del contrato no da derecho a indemnización de perjuicios, porque opera sin culpa y no se basa en un incumplimiento del comercializador sino en un acto de autoridad, lo que constituye un caso de fuerza mayor al tenor del artículo 45 del Código Civil, o una condición resolutoria ordinaria casual, si es el acto de un individuo particular, al tenor del artículo 1477 del mismo Código Civil, y en ambos casos no existe culpa y no procede indemnizar perjuicios.

Manifiesta, en otras palabras, que lo ocurrido en el año 2014 debe evaluarse bajo el estatuto de responsabilidad extracontractual y no respecto del contrato de 1 de febrero de 2016, pues no se encuentra comprendido dentro de lo establecido en el

N°28 del Contrato de Comercialización, que constituye una cláusula compromisoria del mismo, por lo que al pronunciarse al respecto el árbitro comete una exacción irreparable, prevista en la causal de denegación establecida en el Art. V N°1 letra c) de la Convención de Nueva York.

En su presentación de 28 de agosto de 2018 la solicitante hizo observaciones a las defensas opuestas por la requerida, y en fecha 16 de enero de 2019 la Fiscalía Judicial evacuó el informe que prevé el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que toda sentencia pronunciada por tribunales extranjeros, incluyendo las arbitrales, requieren de exequátur para poder ser cumplidas en territorio nacional. La solicitud que en tal sentido impetere el interesado debe ser resuelta según lo dispuesto en el párrafo II del Título XIX del Libro I, artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y, especialmente, conforme lo estatuido en la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional y las normas que se han establecido en la Convención de las Naciones Unidas, de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras –Convención de Nueva York–, promulgada como ley por el D.S. N° 664 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 30 de octubre de 1975.

SEGUNDO: Que el artículo 1° de la Ley 19.971 precisa que el arbitraje es internacional en las siguientes situaciones: 1) si las partes, al momento de la celebración del compromiso tienen sus establecimientos en diversos Estados; 2) si el lugar del arbitraje, habiéndose éste determinado en el compromiso o con arreglo al mismo, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos; 3) si el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos, o 4) si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Con el objeto de determinar el carácter internacional del arbitraje, indica el precepto citado que: “4) A los efectos del numeral 3) de este artículo: a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. 5) Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje nicamente ú de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.”

TERCERO: Que, en el caso en estudio, se está en presencia de un contrato mercantil internacional en el que sus otorgantes -dos sociedades de distinta nacionalidad y residencia- se han sometido a una legislación extranjera, según se lee de su cláusula 28 letras f) y g), sin que la parte requerida haya alegado –más allá de la indefinición

que a su juicio se contiene respecto de la parte demandada- algún impedimento para negar eficacia a las estipulaciones por las cuales las partes adscriben a la competencia de un tribunal extranjero, en tanto tal acuerdo constituye una ley para los contratantes, posibilidad que por lo demás se encuentra recogida no solo en la mencionada Ley N° 19.971 sino que también en el artículo 318 del Código Internacional Privado.

CUARTO: Que, a su turno, los artículos 35 y 36 de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional que rigen el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero, son normas especiales que priman respecto de las generales y cuyos preceptos son similares a los establecidos en las disposiciones de la Convención de Nueva York y en la que la primera, por lo demás, se inspiró para su dictación, tanto, que son el reflejo del artículo IV y V de esta Convención, respectivamente.

Los aludidos artículos estatuyen lo siguiente:

Artículo 35: Reconocimiento y ejecución. 1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36. 2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos. Artículo 36: Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución. 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, ó cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo, o ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, o v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, o b) Cuando el tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto

de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile. 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) de este artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

QUINTO: Que, de lo que se viene señalando, se concluye que solo es posible rehusar el reconocimiento y ejecución de la sentencia cualquiera sea el país en que se haya dictado, a instancia de la parte contra la cual se invoca, si ésta prueba ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución alguna de las situaciones que el citado artículo 36 refiere, de modo que a esta Corte corresponde, de acuerdo a los antecedentes allegados al proceso, examinar el cumplimiento de los requisitos previstos para que sea reconocido y ejecutado en Chile el laudo arbitral, según la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en relación con las normas pertinentes de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Cabe advertir, sin embargo, que este procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver materias propias del mérito y de los hechos o del derecho ventiladas en la causa en que se dictó la sentencia arbitral extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir defensas o excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente del fallo y ante el tribunal que ha de conocerlas. Ello es así porque la finalidad del procedimiento de exequátur, de acuerdo con el principio de la “regularidad internacional de los fallos”, es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que no constituye un medio destinado a la revisión de lo allí resuelto.

SEXTO: Que, como fuera enunciado, la parte requerida invocó ocho causales para justificar su oposición a la solicitud de reconocimiento y ejecución del fallo arbitral.

Como cuestión previa, valga aclarar que de la presentación efectuada por el oponente es posible entender que no se ha referido al reconocimiento del fallo, sino más bien se ha impugnado su fuerza ejecutiva.

Corresponde definir, pues, la pertinencia de tales alegaciones a la luz de las normas precedentemente indicadas, examinando en cada caso si las cuestiones alegadas se vinculan con los presupuestos de procedencia que permiten reconocer fuerza obligatoria en Chile al dictamen extranjero contenidos en el artículo 35 de la Ley N° 19.971, y si los motivos de oposición se avienen con aquellos previstos en el artículo 36 del mismo estatuto normativo.

SÉPTIMO: Que emprendiendo el análisis de tales asuntos, incumbe en primer término referirse al alegato de la oponente por cuyo intermedio cuestiona el reconocimiento del fallo arbitral por la circunstancia de carecer de autenticidad

oficial, reprobando que ning ún tribunal ordinario le dio reconocimiento, lo que a su juicio impide, al tenor de lo previsto en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, en relación a los artículos 242 de mismo código y IV de la Convención de Nueva York, que en Chile pueda ser reconocido y ejecutado.

Empero, el numeral 2 del artículo 35 de la Ley N° 19.971 no hace exigible el trámite de reconocimiento oficial previsto en el artículo 246 del código adjetivo. Como aquella es norma especial en materia de arbitraje internacional, prevalece sobre las generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil, de modo que únicamente requiere que se presente el original debidamente autenticado del laudo o copia correctamente certificada del mismo. Y en autos consta la copia autorizada del laudo arbitral de la especie con su correspondiente traducción, apareciendo que la firma del árbitro fue autenticada por un ministro de fe y el documento posteriormente fue apostillado. La peticionaria también acompañó el contrato de comercialización internacional suscrito entre las partes con fecha 1 de febrero de 2016, apostillado y protocolizado, en cuya cláusula 28.g consta el acuerdo de arbitraje.

OCTAVO: Que el numeral 2 del artículo 35 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional obliga únicamente a lo que en él se consigna y, como se vio, requiere, además del original del laudo o copia autorizada de éste y original o copia certificada del acuerdo de arbitraje, acompañar la traducción debidamente certificada de dichos documentos. Con ello el precepto distingue entre el laudo y el acuerdo de arbitraje, como el hecho de estar redactados en el idioma oficial de Chile. Son exigencias mínimas previstas por la ley justamente para no entorpecer el cumplimiento de los laudos arbitrales.

En la situación que se revisa ambos requisitos fueron cumplidos por el solicitante, pues tanto el laudo como el contrato que contiene la cláusula de arbitraje fueron aparejados con su traducción al idioma español, que es lengua oficial en Chile, y consta además la certificación de ejecutoria de la sentencia, lo que supone su notificación a ambas partes. En consecuencia, resulta suficiente acompañar el laudo y los acuerdos de arbitraje para cumplir con las exigencias propias en la materia, sin poder soslayar, por último, que siendo por naturaleza el laudo arbitral ú cuyo exequátur se impetra un instrumento público, su autenticidad, de acuerdo con lo que se previene en el artículo 17 del Código Civil, debe entenderse referida al hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tal instrumento se expresa, aspectos que no fueron impugnados en esta sede.

NOVENO: Que sobre la falta del necesario emplazamiento que alega la oponente, presupuesto a que se refiere el artículo V N°1 letra b) de la Convención de Nueva York y el artículo 36 N°1 letra a) ii) de la Ley N°19.971, corresponde advertir que el reproche relacionado con la falta de carta rogatoria o la infracción de los artículos 40, 44 ó 54 del Código de Procedimiento Civil no se condice con el acuerdo adoptado por las partes en la convención para practicar las notificaciones. En lo demás, las alegaciones no apuntan a la invalidez de las notificaciones practicadas en el procedimiento arbitral por incumplimiento de las formalidades que han debido observarse sino al hecho de haberse efectuado a un tercero y no a los representantes

de Music World Audiovision Ltda., únicos que podían ser emplazados por esa sociedad, cuestionamientos que en tanto se vinculan con materias de fondo, deben ser discutidos y probados en la etapa de cumplimiento de la sentencia.

Lo propio cabe colegir sobre la oposición fundada en falta de notificación de la sentencia a que se refiere el artículo V N°1 letra e) de la Convención de Nueva York y 36 N°1 letra a) v) de la Ley N° 19.971, pues del certificado de ejecutoria expedido por el árbitro el 27 de abril de 2018 se colige el hecho de haberse notificado el fallo a las partes. La discusión relativa al efecto de esa actuación en razón de la persona que fue notificada en representación de la demandada, también ha de ser conocida y resuelta en la etapa de cumplimiento del dictamen arbitral.

DÉCIMO: Que tocante a la incompetencia del tribunal sentenciador en razón del territorio y la materia, que el oponente relaciona con las letras d) y c) del artículo V N° 1 de la referida Convención de Nueva York y que corresponden a los requisitos previstos en artículo 36 N°1 letra a) iv) y iii), respectivamente, de la Ley N° 19.971, cabe señalar que los antecedentes de autos permiten colegir que el procedimiento arbitral se realizó en el lugar que las partes convinieron (Boston, Massachussets). En cuanto al reproche de haberse referido el fallo arbitral a hechos ocurridos con anterioridad al acuerdo de arbitraje, tal alegación está referida a los razonamientos del juez arbitral y la ponderación de los hechos de la causa, análisis que excede las materias que corresponde conocer a esta Corte en el procedimiento de autos.

UNDÉCIMO: Que sobre la oposición denominada “Injusticia notoria de la sentencia” que la interesada vincula a la exigencia contenida en el artículo V N° 1 c) de la Convención de Nueva York y cuyos argumentos permiten encasillarlos en el presupuesto previsto en el artículo 36 N°1 letra a) iii) de la Ley N° 19.971, valgan las mismas reflexiones recién expresadas, pues la recriminación está referida a los razonamientos expresados por el juez árbitro, excediendo así los aspectos que esta Corte puede y debe analizar en esta etapa procesal.

DUODÉCIMO: Que, por último, las alegaciones relativas a la falta de claridad en la sentencia sobre el demandado, la falta de personería del representante de “Bose Corporation” y la falta de capacidad de Enzo López para representar y ser emplazado por Music World Audiovisión Limitada, no encuentran su correlato en ninguna de las causales o motivos de oposición contemplados en el artículo 36 N° 1, letra a) de la Ley N° 19.971 y, desde esa perspectiva, todas se fundan en cuestiones ajenas a las que corresponde conocer en este procedimiento; sin perjuicio que como aspectos de fondo deban ser planteados, probados y resueltos en la instancia de ejecución correspondiente.

DÉCIMO TERCERO: Que todas estas argumentaciones llevan a aceptar la eficacia del fallo cuya autorización para su cumplimiento se solicita, lo que se dispondrá accediendo a lo pedido por el representante de la sociedad Bose Corporation.

Y de conformidad a lo expuesto y disposiciones citadas, se acoge el exequátur solicitado en estos autos y, en consecuencia, se autoriza que se cumpla en Chile la sentencia pronunciada el 9 de febrero de 2018 por el juez árbitro Jonathan W. Fitch,

que condenó a MusicWorld al pago de: 1. USD\$158.291,95 (ciento cincuenta y ocho mil doscientos noventa y un coma noventa y cinco dólares estadounidenses), ó por concepto de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato; 2. USD\$35.283,83 (treinta y cinco mil doscientos ochenta y tres coma ochenta y tres dólares estadounidenses) por concepto de intereses; 3. USD\$18.065 (dieciocho mil sesenta y cinco dólares estadounidenses), por concepto de costas del juicio arbitral; y a (4) La prohibición de utilizar de cualquier modo el logo o marca de Bose Corporation, incluyendo, pero no limitado, su exhibición en el sitio web de MusicWorld, cuyo cumplimiento deberá solicitarse ante el tribunal civil que corresponda.

Regístrese y archívese.

Redacción a cargo de la ministra señora Muñoz S.

N° 12.710-2018.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa Maggi D., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., Sra. Gloria Ana Chevesich R. y Sra. Andrea Muñoz S.

No firman las Ministras Sra. Maggi y Sra. Muñoz, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ambas con feriado legal.

SCA Santiago, Rol 613-2019, de 28 de enero de 2019 (declara inadmisibile recurso de queja).

C.A. de Santiago

Santiago, veintiocho de enero de dos mil diecinueve.

Al folio N° 3, por cumplido lo ordenado.

Resolviendo el folio N° 1, a lo principal, segundo, tercer y cuarto otrosí: estese a lo que se resolverá. Al primer otrosí, a sus antecedentes. Al quinto otrosí, téngase presente.

Vistos y teniendo presente:

1°) Que, conforme los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, para recurrir de queja, es necesario que se trate de una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación, no siendo estas susceptibles de algún otro recurso.

2°) Que, en este caso, la resolución recurrida se refiere al laudo arbitral, debiendo estarse, en materia recursiva, a las bases del arbitraje y cuyo título referente a los *Recursos* señala que, respecto de la sentencia definitiva, ha de estarse a lo establecido en la cláusula duodécima del Contrato de Compraventa, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley N° 19.971.

3°) Que, la anterior norma legal citada está referida al Arbitraje Comercial Internacional y el artículo del caso apunta a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, es decir, en este caso, existe un recurso ordinario que prevalece por sobre el recurso de queja y que lleva consigo la declaración de inadmisibilidad del mismo.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales se declara inadmisibile el interpuesto en lo principal del escrito de folio N° 1, por la abogad, don Gonzalo Cisternas Sobarzo.

Archívese.

N°Civil-613-2019.

SCS, Rol 47.947-2016, de 06 de junio de 2019 (concede exequátur de laudo arbitral dictado en los Estados Unidos de América).

Santiago, seis de junio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En estos autos, Rol N° 47947-16, los abogados Juan Miguel Rodríguez y Matías Ignacio Rivadeneira Castro, en representación de Diamond Ridge Corporation, persona jurídica de derecho privado constituida bajo las leyes del Estado de California, Estados Unidos de América, solicitan se conceda el exequátur, declarando que puede cumplirse en Chile la sentencia dictada con fecha 28 de enero de 2014 por el Juez Árbitro Sherman W. Smith, confirmada el 22 de junio de 2015 por la Corte Superior del Estado de California, Distrito Este del Condado de Los Ángeles, Estados Unidos de América, en caso N° KC065823, que condenó a los demandados George y Esther Liberman a pagar a la empresa demandante la suma de USD \$ 225.000, más costas por USD \$ 7.333,65, y USD \$ 28.302,50 por concepto de honorarios de abogados.

Sostienen que su representada interpuso demanda en contra de George y Esther Liberman, individualmente y como administradores del fideicomiso de la familia Liberman, precisando que Esther Liberman nació en Chile y figura inscrita en nuestro país como Esther Patricia Schwartzstein Schapiro. Añaden que el fundamento de la acción consistió en el incumplimiento respecto de la obligación de pagar a Diamond Ridge Corporation una comisión correspondiente al 5% del precio de venta de un inmueble perteneciente al fideicomiso, conforme a las condiciones estipuladas en el contrato de comisión suscrito por las partes.

Señalan que, emplazados legalmente los demandados, se dictó sentencia, decisión que fue confirmada por la Corte Superior del Estado de California, la que se encuentra ejecutoriada, de manera que en la especie se cumple con las exigencias previstas en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil.

Por último, manifiestan que si bien la demandada no reside en Chile, posee activos, derechos en sociedades y bienes en el territorio nacional, respecto de los cuales se puede hacer cumplir la sentencia arbitral antes reseñada.

Las sentencias respectivas presentadas por los solicitantes en copias debidamente legalizadas, junto con sus respectivas traducciones, se tuvieron por acompañadas con citación. Igualmente se ordenó poner en conocimiento de la petición de exequátur a la demandada, siendo notificada el 21 de agosto de 2018.

Evacuando el traslado conferido respecto de la petición de exequátur, comparece Jaime Puyol Crespo, abogado en representación de Esther Schwartzstein Schapiro, y solicita el rechazo de esta gestión, por los siguientes fundamentos:

Acusa respecto de la presentación del exequátur la falta de uno de los requisitos básicos de toda demanda, esto es, un mandato judicial, argumentando que el supuesto poder privado que se exhibe no permite identificar el nombre del apoderado que actúa en representación de Diamond Ridge Corporation.

En seguida expone que el reconocimiento del laudo arbitral debe denegarse de plano por no haberse acompañado el documento en el que conste el acuerdo de arbitraje, recalando que no existe cláusula arbitral, ni contrato alguno, en el que Esther Schwartzstein haya otorgado competencia al señor Sherman W. Smith para someterla a proceso y dictar sentencia en su contra. Precisa que el artículo 35 numeral 2° de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional exige la presentación del acuerdo de arbitraje, así como también lo requiere el artículo IV de la Convención de Nueva York, tratado internacional vigente y ratificado por Chile.

A continuación, expresa que el laudo contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje, por cuanto Esther Schwartzstein jamás firmó el referido documento, el que sólo fue suscrito por su cónyuge, George Liberman. En tal contexto, afirma que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile, al no existir un consentimiento expreso de su representada en orden a consentir en el contrato de corretaje y someterse a la competencia arbitral, quien no figura en el contrato, de manera que aceptar la ejecución del laudo implicaría avalar el juzgamiento por una comisión especial en abierta vulneración a las normas del debido proceso contenidas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Por último, arguye que su representada no compareció al juicio arbitral ni tuvo la oportunidad de defenderse, dado que no existe constancia en autos que haya sido debidamente emplazada de la demanda en su domicilio.

El señor Fiscal Judicial (S) de esta Corte, en su dictamen, informó favorablemente la referida solicitud.

El señor Fiscal Judicial (S) de esta Corte, en su dictamen, informó favorablemente la referida solicitud.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, antes de entrar al fondo de la cuestión sub lite, considera esta Corte necesario analizar los principios doctrinarios que gobiernan el exequátur, que materialmente consiste, en nuestro país, en la decisión de la Corte Suprema que, luego de sustanciar el procedimiento contradictorio respectivo, procede a revisar las exigencias legales y sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida y materia del fallo que se pide cumplir, otorga autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que lo resuelve, con el objeto de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitirá se la pueda cumplir mediante el procedimiento y ante el tribunal competente.

SEGUNDO: Que, para reconocer en Chile las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros, los artículos 242 a 251 del Código de Procedimiento Civil disponen atender en primer término a la existencia de Tratados (entre Chile y el país de donde proviene la sentencia cuyo reconocimiento se solicita); en subsidio, a la reciprocidad (legal o de hecho); y en ausencia de esos elementos entra a aplicarse la denominada regularidad internacional, para lo cual esta Corte debe escrutar en la sentencia extranjera si ella cumple con los requisitos dispuestos en el artículo 245 del citado cuerpo legal.

TERCERO: Que, entre Chile y los Estados Unidos de América no existen tratados que regulen la fuerza que debe darse en este país a las sentencias pronunciadas por tribunales de ese Estado.

Tampoco es posible recurrir a la reciprocidad, de manera que en la especie tiene aplicación lo dispuesto por el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil. Esta norma ordena que, para que las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros tengan la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, deben reunir los siguientes requisitos: 1.- no contengan nada contrario a las leyes de la República; 2.- no se opongan a la jurisdicción nacional; 3.- la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción; y 4.- estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

Corresponde entonces verificar si la sentencia materia del presente exequátur cumple con los requisitos previstos, a fin de poder conferir la pretendida autorización para ser cumplida en Chile.

CUARTO: Que, en cuanto a la exigencia del N° 1 del citado artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que la sentencia no contenga elementos contrarios a las leyes de la República, en principio no se observa en ella alguna contrariedad con la normativa nacional, pues se trata de una acción de cumplimiento de contrato basada en la contravención de la demandada respecto del pago de una comisión pactada con ocasión de un contrato de corretaje, cuya procedencia fue declarada en virtud de los antecedentes aportados al juez legislación nacional.

QUINTO: Que, en cuanto a la exigencia del N° 2 del citado artículo 245, también aparece cumplida.

En efecto, el referido requisito se ha entendido en el sentido de que la sentencia de que se trate no verse sobre un conflicto que debió ser conocido y resuelto por un tribunal chileno; es decir, que no se trate de un conflicto para cuya resolución era un tribunal chileno el competente. Al efecto, en el proceso no consta ningún antecedente con el que pudiere concluirse la competencia exclusiva de un tribunal nacional, toda vez que la demanda se funda en una convención suscrita entre particulares, residentes en los Estados Unidos de América, cuyo incumplimiento corresponde ser conocida en dicho país.

SEXTO: Que, además, conforme a los antecedentes acompañados y tal como da cuenta el señor Fiscal en su informe, la exigencia consignada en el N° 3 del precepto mencionado, de la notificación de la acción a la parte en contra de la cual se invoca la sentencia, aparece cumplida. No obstante los reproches que sobre este punto hace valer la defensa de Esther Schwartzstein, del análisis de los antecedentes acompañados se constata que la demandada fue debidamente notificada de la acción, compareció durante el procedimiento representada por el abogado James T. Jackson, a quien se le notificó el laudo dictado. Más aún, el fallo arbitral fue ratificado por el Tribunal Superior del Estado de California, en audiencia de 22 de junio de 2015, a la que concurrió personalmente Esther Liberman, quien no dedujo recurso de apelación en contra de esta última decisión.

Otro tanto acontece con la del N° 4 de ese texto, su ejecutoriedad, la que se acredita el certificado debidamente traducido que se acompañó a la solicitud de exequátur, en el que consta que no hubo apelación del fallo dictado por el Tribunal Superior del Estado de California, Condado de Los Ángeles, Distrito Este, en el Caso N° KC 065823.

SÉPTIMO: Que el oponente también basa su defensa en supuestos defectos formales del exequátur, argumentando la inobservancia de requisitos legales para comparecer en juicio. Sobre este punto, tal como lo observa el señor Fiscal, se acompañó el respectivo mandato debidamente protocolizado, que acredita a los solicitantes como representantes de Diamond Ridge Corporation.

Por último, se acusa el incumplimiento de requisitos formales de la solicitud de reconocimiento, al no haberse acompañado el acuerdo de arbitraje como lo exige la Ley N° 19.971 y la Convención de Nueva York.

Sin embargo, esta Corte comparte lo informado por el señor Fiscal en el sentido de que la Ley antes señalada es inaplicable en la especie, toda vez que no se está en presencia de un arbitraje comercial internacional y, a mayor abundamiento, la acción se interpuso en contra de Esther Liberman no sólo como persona natural, sino también en su calidad de administradora del fideicomiso de la Familia Liberman al que pertenece el inmueble objeto del contrato de corretaje, cuestión que no fue controvertida en estos autos.

OCTAVO: Que los antecedentes y racionios expuestos permiten concluir que no hay obstáculo para reconocer eficacia al fallo cuya autorización para su

cumplimiento se solicita, lo que será dispuesto, accediendo a lo pedido por los abogados comparecientes, en representación de Diamond Ridge Corporation.

De conformidad a lo manifestado, disposiciones citadas y artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que se acoge el exequátur solicitado en autos y, en consecuencia, se autoriza a que se cumpla en Chile la sentencia de 22 de junio de 2015, por el juez árbitro Sherman W. Smith, en los autos arbitrales “Arbitraje Jams N° 1220046101”, que condenó a Esther Liberman (Esther Patricia Schwartzstein Schapiro) al pago de la suma total de USD \$ 260.636,15.

El cumplimiento de la sentencia extranjera deberá Tribunal Civil que corresponda.

Regístrese y archívese.

Redacción a cargo del Ministro señor Juan Eduardo Fuentes B.

Rol N° 47.947 - 2016. –

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sr. Juan Eduardo Fuentes B., Sr. Arturo Prado P., Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sra. María Cristina Gajardo H., y Sr. Antonio Barra R. No firman los Abogados Integrantes Sra. Gajardo y Sr. Barra, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por encontrarse ausentes. Santiago, seis de junio de dos mil diecinueve.

f) Competencia judicial internacional de los tribunales de familia en procedimiento de divorcio unilateral encontrándose la demandada en el extranjero. Rechaza excepción de incompetencia.

SCA Santiago, Rol 3971-2018, de 17 de julio de 2019.

Santiago, diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS, TENIENDO EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que se substancia, causa RIT C-3502-2018, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, caratulada “xxxxx con xxxxx”, juicio de divorcio unilateral en que por resolución de once de diciembre de dos mil dieciocho, el tribunal acoge excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, planteada por la parte demandada, en virtud del artículo 303 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, artículo 27 de la ley 19.968, y lo dispuesto en los artículos 7 y 134 del Código Orgánico de Tribunales.

En contra de esa resolución, apela el demandante, solicitando sea revocada y se establezca la competencia del tribunal, atendido que el artículo 147 del Código Orgánico de Tribunales precisamente se encuentra en la lógica que implica que los tribunales chilenos no pueden ejercer jurisdicción y competencia en el extranjero,

puesto que no se podría entablar la demanda de divorcio de un matrimonio celebrado en Chile, encontrándose el demandante, que es chileno, dentro del territorio nacional.

SEGUNDO: Que consta de los antecedentes, lo siguiente:

1° Que la causa se inicia por demanda de divorcio unilateral interpuesta por el recurrente don xxxxxxxxxxxx, chileno, domiciliado en xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en contra de doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, peruana, domiciliada en calle xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, señalando que contrajeron matrimonio el 14 de febrero de 2003, habiendo cesado la convivencia en abril de 2015.

2° Que los cónyuges tuvieron tres hijos comunes quienes viven con su madre en xxxxx, detentando ella el cuidado personal regulado en causa xxxxxxxx del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, habiéndose autorizado en la misma causa la salida definitiva del país de los niños, y regulado régimen comunicacional y alimentos en causa xxxxxxxx se reguló ante el mismo tribunal citado. Solicita se declare el divorcio solicitado por cumplirse en la especie con los requisitos del artículo 55 de la Ley 19947.

3° Que por el otrosí de dicha demanda, y en virtud del domicilio de la demandada ubicado en xxxxx, se pidió autorización al Tribunal para notificarla personalmente en Chile ya que se encontraba citada para una audiencia de juicio entre las partes en causa Rit xxxx ante el mismo tribunal, que se celebraría el jueves 24 de mayo de 2018; en subsidio solicitó notificación personal por receptor particular en el recinto del tribunal, y en caso de no acogerse cualquiera de las opciones planteadas, oficiar a Policía Internacional a fin de notificarla a su ingreso al territorio nacional. Resolviendo el tribunal acoger a tramitación la demanda, citó a audiencia y en cuanto a la notificación, dispuso estar al mérito del estado procesal de la causa recién citada y a lo que se resolviera en audiencia del día 24 de mayo.

4° Que se presentó por la demandada excepción de incompetencia del tribunal, y señaló haber sido notificada en xxxxx.

TERCERO: Que, el artículo 7° del Código Orgánico de Tribunales establece que: *“Los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro del territorio que la ley les hubiere respectivamente asignado. Lo cual no impide que en los negocios de que conocen puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio.”*

A su turno, el 134 del mismo Código señala: *“En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en los artículos siguientes y de las demás excepciones legales.”*

Por su parte el artículo 147 del mismo texto, establece que: *“Será juez competente para conocer de las demandas de alimentos el del domicilio del alimentante o alimentario, a elección de este último. Asimismo, ello se aplicará a las solicitudes de aumento de pensiones alimenticias decretadas.*

De las solicitudes de cese o rebaja de la pensión decretada conocerá el tribunal del domicilio del alimentario. Asimismo, será juez competente para conocer de las acciones de reclamación

de filiación contempladas en el Párrafo 2° del Título. VIII del Libro I del Código Civil el del domicilio del demandado o demandante, a elección de este último.”

CUARTO: Que tal como aparece de las normas citadas, es claro que los tribunales chilenos son competentes para resolver los conflictos que se susciten dentro de su territorio, y como regla general, es competente el tribunal del domicilio del demandado, con excepciones, como el caso de las demandas de alimentos, en que se estará al domicilio que el alimentario elija, y en el caso de la reclamación de filiación, en que la elección corresponde al demandante.

QUINTO: Que para el caso de marras, la ley de Matrimonio Civil, en su Capítulo VIII, titulado *“De la ley aplicable y del reconocimiento de las sentencias extranjeras”*, contempla expresamente la regla aplicable, estableciendo en el artículo 81, que *“Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile”*, manteniendo de este modo, plena vigencia, el artículo 87 de la misma ley, al establecer la regla general en materia de competencia, en términos que *“Será competente para conocer de las acciones de separación, nulidad o divorcio, el juzgado con competencia en materias de familia, del domicilio del demandado.”*

SEXTO: Que, por su parte, el artículo 15 del Código Civil, dispone: *“A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.”*

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

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

SEPTIMO: Que, en esta línea de razonamiento se pronuncia la Excma. Corte Suprema, en causa Rol xxxxxxx, señalando en lo pertinente que:

“Que tratándose –como sucede en el caso sub– lite– de un matrimonio celebrado en Chile, éste debe disolverse con arreglo a la ley chilena, no pudiendo, impedirse o limitarse el derecho del cónyuge con residencia en el territorio nacional, a impetrar la correspondiente acción de nulidad o divorcio ante los tribunales de familia, por la circunstancia que el otro no tenga domicilio en el país, debiendo procederse, tal como se solicita en el libelo, a la notificación de la demanda mediante exhorto internacional.

Sexto: Que lo anterior encuentra plena justificación, tanto en el principio de inexcusabilidad recogido en el artículo 76 de la Constitución Política de la República de acuerdo al cual, solicitada la intervención de un tribunal, éste no puede desconocerla ni aun a pretexto de no haber ley que resuelva el asunto, como en el de territorialidad de la ley consagrado en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, por lo que no resulta procedente que el tribunal nacional requerido para el conocimiento de un asunto que debe someterse y decidirse conforme la legislación nacional deniegue el ejercicio de la acción que la propia legislación exige para la declaración y consiguiente reconocimiento de los efectos del divorcio, nulidad o separación en el país.

Séptimo: Que la decisión del tribunal que no da curso a tramitar la demanda, en una hipótesis que no se ajusta a lo dispuesto por la normativa legal, desconoce el legítimo derecho a ejercer la acción que el ordenamiento jurídico contempla y a demostrar la procedencia de la pretensión que ésta sustenta, independientemente, de cual sea la decisión que, en definitiva, recaiga sobre la misma, todo lo cual afecta el debido curso del proceso.”

OCTAVO: Que tal como se viene argumentando, resulta entonces que la competencia para conocer del divorcio unilateral incoado en autos, no puede sino corresponder a tribunales de familia chilenos, por lo que conforme las citas legales y lo dispuesto en el artículo 27 y 67 de la ley 19.968 y 186 del Código de Procedimiento Civil, **SE REVOCA** la resolución en alzada de 11 de diciembre de 2018, dictada por el 4° Juzgado de Familia de esta ciudad, en los autos RIT xxxxxx y, en su lugar se declara, que se rechaza la excepción de incompetencia del tribunal, debiendo, juez no inhabilitado, dar curso progresivo a los autos citando a las partes a la audiencia respectiva.

Devuélvase.

Redacción de Ministra (S) señora Negroni, quien no firma por ausencia.

Rol Corte N° 3971-2018.

g) Sustracción internacional de niña con residencia habitual en México.

SCA Santiago, Rol 3724-2017, de 16 de noviembre de 2018.

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho.

Proveyendo el escrito folio 335071: estése al mérito de autos.

Vistos:

En estos autos RIT xxxx del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de veinte de noviembre de dos mil diecisiete y complementaria de veintidós de noviembre de dos mil diecisiete, dictadas por la juez titular señora Denise Sepúlveda Apse se acogió la solicitud de restitución internacional deducida por el padre de la menor xxxxxxxx quien está siendo retenida ilícitamente en Chile por su madre xxxxxxxx.

En contra de este fallo la madre demandada dedujo recurso de casación en la forma y apelación. Con fecha 7 de diciembre de 2017, se declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la abogado xxxxxx en representación de xxxxxxxx.

Se ordenó traer los autos en relación para conocer del recurso de apelación.

Y teniendo, además, presente:

Primero: Que, el artículo 4 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, señala: “El Convenio se aplicará a todo

menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita”.

Segundo: Que, sobre la restitución inmediata de la menor, cabe señalar que el objetivo principal del Convenio es lograr la devolución inmediata del menor ilícitamente sustraído a su residencia habitual y tal finalidad se logrará, entre otras, limitando el ámbito de competencia material de los jueces del Estado en el que el sustractor del menor ha buscado refugio, al disponer que ninguna decisión, adoptada en el marco del Convenio sobre la restitución del menor, afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia, conforme lo dispuesto en el artículo 19. letra b) del Convenio.

Tercero: Que, sobre los derechos de custodia y visita, el retorno inmediato del menor responde al propósito del Convenio de restablecer la situación fáctica y unilateral provocada por el secuestrador, y el respeto de los derechos referidos como herramienta preventiva del traslado indebido.

En otras palabras, al ser devuelto el menor de manera inmediata al lugar de su residencia habitual, la custodia y otros derechos atingentes deben ser resueltos, atendido el objetivo que persigue el Convenio, por los Tribunales de Justicia que más antecedentes o información significativa tengan respecto del menor afectado, de manera que esta Corte no puede pronunciarse sobre ninguna materia de fondo, toda vez, que no ha sido el lugar de residencia habitual del menor de autos.

De lo expuesto, se desprende que la competencia de esta Corte se limita a determinar si se cumplen los requisitos convencionales para que el menor sea devuelto a su Estado de residencia habitual, y en caso que sea así, ordenar su retorno para que el Juez competente del lugar de residencia del menor, pronuncie lo que en derecho corresponda, conforme a las solicitudes de las partes sometidas a su conocimiento.

Cuarto: Que, en el caso de marras, la juez del fondo ha llegado a la conclusión de que concurren los supuestos de retención ilegal conforme a las letras a) y b) del artículo 3º de la Convención, a saber “a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.

Quinto: Que, en el motivo décimo y undécimo de la sentencia apelada el a quo se hace cargo del concepto “Residencia Habitual” referido en el Convenio, respecto del cual, tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes que se trata de una cuestión de hecho y que difiere del concepto de domicilio, definición legal; estableciendo que por residencia habitual, se debe entender por su centro de vida, pues allí se centra la atención en el niño, no en los padres, en el caso de autos, aquella

se encontraba en Ciudad de México, hasta que salió de México la menor con su madre en septiembre del año 2015.

Sexto: Que, seguidamente en el motivo décimo segundo la sentencia impugnada se hace cargo, a juicio de esta Corte, correctamente, sobre la ilicitud del traslado de la menor de autos por la madre; las razones por las cuales estima la sentenciadora que en la especie concurre el requisito de la letra b) del artículo 13 de la Convención, esto es, "la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probare: b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable" concluyendo que no existen antecedentes al respecto.

Séptimo: Que, la apelante ha impugnado la sentencia por considerar que: i) la residencia Habitual de la menor es la actual (en Chile) pues aquí vive junto a su madre y familia materna, y a ellos reconoce como familia. Sobre este punto no existen en autos indicios al respecto. En todo caso, la familia está conformada por los padres de la menor de autos, incluida ésta, y que debido a la conducta de la madre se le impide al progenitor ejercer los derechos de custodia y visita del Estado al cual pertenece (México) con lo cual no se cumple con el objetivo de la Convención; y alega que:

ii) la restitución de la menor a México la expone a un daño de parte de su padre, agregando que esto último está acreditado con las declaraciones de testigos.

Respecto de esta última cuestión, cabe tener presente que la prueba en este procedimiento se pondera conforme a la sana crítica, que los testigos a que alude no son directos, sino que sus dichos son de oídas sobre comentarios realizados por la propia menor de autos.

Octavo: Que, por último, atendida la edad de la menor a esta fecha, 14 años, debe resolverse a la brevedad la restitución, pues ella se encuentra en la pre adolescencia, etapa de la vida de suyo difícil y marcada por fuertes cambios emocionales, que condicionaran bastante su manera de ser y su carácter, en consecuencia, entre más demora exista en su restitución al país del otro Estado contratante es ir en contra del interés superior de la niña, por ende, si se resuelve prontamente esta controversia, se le otorgará estabilidad emocional necesaria, que la ayudará a enfrentar de mejor manera la vida.

Por estas consideraciones y visto lo previsto en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños;

Convención de los Derechos del Niño, Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema N° 205-2015 y su corrección en Acta 235-2013 artículos 60 y 67 de la Ley N° 19.968, se confirma la sentencia de veinte de noviembre de dos mil diecisiete y complementaria de veintidós de noviembre de dos mil diecisiete, dictadas por el

Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, en causa RIT N° 7167-2015. Cada parte pagará sus costas.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción la Abogada Integrante señora Herrera.

Familia N°3724-2017

SCS (4ta Sala), Rol 5857-2019, de 03 de septiembre de 2019 (recurso de queja acogido. Revoca resolución de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso y concede entrega de niño a España).

Santiago, tres de septiembre de dos mil diecinueve

Vistos y teniendo presente

Primero: Que el Abogado don xxxxxxx, actuando en representación del demandante don xxxxxxx, en los autos sobre restitución internacional de menores, caratulados “xxxx con xxxxx”, ingreso xxxxx del Juzgado de Familia de Viña del Mar, dedujo recurso de queja en contra de los integrantes de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones del Valparaíso ministros señores Patricio Hernán Martínez Sandoval, Mario René Gómez Montoya y señora María Inés Letelier Ferrada, por haber dictado con falta o abuso grave la sentencia de cinco de marzo último, por medio de la cual confirmaron la decisión de primera instancia que rechazó la demanda y ordenó mantener al niño en el país junto a sus madre

Segundo: Que el fundamento del arbitrio deducido se hace consistir en la comisión de faltas y abusos al momento de dictar la decisión impugnada, por cuanto, confirmó la de primera instancia que desconoció y mal aplicó las normas pertinentes, siendo pronunciada luego de un procedimiento que no respetó las reglas sustantivas y adjetivas establecidas en el ordenamiento, llevando a que el Estado de Chile infrinja los convenios suscritos sobre la materia y quede expuesto a responsabilidad internacional derivada de tal incumplimiento, además de vulnerar el deber de fundamentar la sentencia.

Señala que la decisión no es susceptible de ser impugnada por otros medios y precisa que la falta o abuso se produjo en relación a la interpretación que se dio al convenio que regla la materia al sostener que no regula la custodia del niño sino sólo su restitución, y que, en consecuencia no procedía que se analizara su situación actual para decidir con qué progenitor debe vivir, pues las materias referidas a su custodia y patria potestad son de competencia de los tribunales de residencia habitual del menor de edad, por lo que debía establecerse si el trabajo y/o la retención resultaban

lícitos o ilícitos, a fin de evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas.

En cuanto al procedimiento que condujo a la decisión, destaca que la demanda no fue proveída dentro de las 48 horas que ordena el Acta N° 205-2015, que modifica y refunde texto del Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas, que se citó a las partes a audiencia única para el día 28 de septiembre de 2018 y no para el quinto día hábil desde la notificación de la demanda; que se obligó a viajar desde España a fin de comparecer, no obstante estar eximido de hacerlo conforme el artículo 6 del citado auto acordado; que la audiencia única se desarrolló en once sesiones, vulnerando sus derechos en tanto parte, así como el espíritu y texto expreso de la ley, en beneficio de la demandada, que pudo sumar tiempo a su decisión de no regresar al niño a su lugar de residencia habitual y a quien se le permitió rendir una cantidad excesiva de prueba documental impertinente; y porque la sentencia fue dictada transcurridos once días del término de la audiencia, excedido el plazo de cinco días que impone el artículo 11 del auto acordado antes referido.

Afirma que mediante el procedimiento adoptado y la decisión emitida se infringieron las obligaciones que el Estado de Chile asumió al aprobar el Convenio de la Haya, de 1980, Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, mediante Decreto N° 386, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que constituye Ley de la República, por lo que sus normas son de aplicación obligatoria tanto para las partes, como para el Estado y sus órganos administrativos y judiciales.

A continuación, analiza la sentencia del grado, que los jueces recurridos confirmaron en virtud de sus propios fundamentos, cuestionando la determinación de las convenciones probatoria y de los hechos controvertidos; la prueba que se admitió a la demandada, que excedió del objeto del juicio e impidió que se desarrollara de manera expedita y eficiente; y la opinión de la consejera técnica actuante, quien manifiesta una clara simpatía con la causa de la madre y confunde el concepto de residencia habitual con el de domicilio. Además, respecto a sus conclusiones fácticas, destaca que se dio por establecido que el niño nació en Chile, donde residió junto a sus padres hasta que debido al trabajo del actor, a mediados del año 2016, debieron cambiar su domicilio a otro continente, sosteniendo que también en este punto se confunden los conceptos de domicilio y residencia, sin considerar que la llegada de la familia a Chile estuvo motivada por las labores del padre, por lo que no tuvo ánimo de permanencia, y que el niño tenía sólo seis meses de edad cuando salió de Chile, regresando en un viaje de vacaciones en agosto de 2017, tras diez meses viviendo en España, sin que pueda considerarse el tiempo posterior atendido el carácter ilícito de la estadía; por otra parte, en cuanto a la enfermedad del niño se esgrime como razón para mantenerlo en Chile, se trata de una condición diagnosticada en España, donde existen centros especializados en su tratamiento, por lo que tampoco se puede sostener que la madre haya viajado en busca del tratamiento. Concluye sosteniendo

que las motivaciones contenidas en el fallo permiten colegir que, para los jueces recurridos, la circunstancia que el niño requiere de los cuidados de la madre y padezca de una enfermedad que requiere un largo tratamiento, hacen inaplicable el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Por lo expuesto, solicita se invalide la sentencia impugnada dictando una de reemplazo que acoja la demanda e imponga a los ministros recurridos las sanciones disciplinarias que corresponda.

Tercero: Que los jueces recurrido informan que confirmaron la resolución apelada por compartir sus razonamientos, puesto que los hechos acreditados no permiten establecer la sustracción del niño a un lugar distinto de aquel en que mantenía su residencia habitual, toda vez que la demandada contó con el consentimiento del actor para viajar y permanecer en el país, donde residió desde su nacimiento; agregando que la decisión se revela conforme al interés superior del niño, quien padece de un trastorno del espectro autista que hace desaconsejable alterar en forma drástica y repentina su rutina, por lo que estiman no haber incurrido en falta o abuso grave.

Cuarto: Que, conforme fluye del mérito de los antecedentes, aparece que el recurso en análisis se deduce en el contexto del rechazo del de apelación que se interpuso en contra de la sentencia que desestimó la demanda de restitución internacional del niño formulada por el recurrente.

Quinto: Que, como se observa, el fallo reprochado hizo suyos los fundamentos de la decisión de primer grado, por la cual el Juzgado de Familia de Viña del Mar rechazó la demanda, señalando que el Estado de Chile no está obligado a ordenar la restitución del niño porque la demandada acreditó hechos que configuran la causal prevista en el artículo 13 letra a) de la convención, esto es, que “la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención”, puesto que de la conducta del padre durante el periodo en que la madre se mantuvo con el hijo en Chile, se coligió que consintió tanto su traslado como la decisión de quedarse en el país, mismo que le sirvió de residencia habitual desde que nació, por lo que mal podría haberse infringido el cuidado personal que alega favorecerle, dado que el artículo 156 del Código Civil español dispone que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad; decisión que se ajusta al interés superior del niño, cuya condición de salud hace desaconsejable alterar de manera drástica y repentina su normalidad.

Conclusiones que, a su vez, se sustentan en los siguientes hechos que se dieron por acreditados:

1.- Las partes contrajeron matrimonio en Chile, que luego inscribieron en España y son progenitores del niño xxxxxxx, nacido el 4 de enero de 2016, en Chile; actualmente el padre tiene domicilio en la ciudad de xxxxx, España, y la madre se mantiene junto al niño en la ciudad de xxxx, Chile.

2.- Tras contraer matrimonio y del nacimiento del hijo, las partes permanecieron en el país hasta mediados del año 2016, cuando debieron trasladarse dadas las obligaciones laborales del padre, periodo en que concurrieron al Consulado General de España, en Santiago de Chile, para obtener la nacionalidad española del niño. Para esos efectos, con fecha 9 de mayo de 2016, el padre extendió una autorización amplia para que el niño saliera de Chile en compañía de su madre, permitiendo que viajara a cualquier país, por la vía que estimare más conveniente, cuantas veces lo deseara, incluida la posibilidad de radicarse en el extranjero; documento que no fue utilizado, dado que ambos salieron junto al niño hacia España, pasando un periodo en Israel y regresando a España.

3.- En julio de 2017, cuando la familia se encontraba en España, el padre otorgó una nueva autorización, para que el niño viajara junto a la madre a Chile, entre el 9 de agosto y el 7 de septiembre de ese año. Concretándose la salida del país, pero no así el regreso, dado que la madre se mantuvo en el país y desplegó diversas acciones que daban cuenta de su decisión de hacerlo por un periodo extenso. Al matricular al niño en un jardín infantil y adquirir un automóvil, entre otras, lapso en que se comunicó con el demandante, quien envió dinero para cubrir la educación y demás necesidades del niño, y autorizó el uso de su tarjeta de crédito, sin perjuicio que, con fecha 5 de septiembre de 2018, interpuso la presente demanda.

4.- Antes de salir de España al niño le fue diagnosticado un trastorno del espectro autista, condición conocida por el padre y por el que fue tratado en ese país entre mayo y agosto de 2017; lo que luego continuó en Chile, financiado por el padre. Quien también envió dinero para satisfacer sus restantes necesidades y viajó a visitarlo, reuniéndose con las profesionales encargadas de la atención de su hijo e interiorizándose acerca de la condición que lo afecta.

5.- A la fecha, el niño se ha integrado a su nuevo medio, tiene rutinas diarias, asiste regularmente a un jardín infantil y a un centro terapéutico, y reconoce a la madre como figura significativa y de apego, manteniendo escaso contacto con el padre.

6.- La madre no probó sus alegaciones relativas a que el padre fuera adicto al ciber sexo, ni que incurriera en conductas de riesgo que expusieran al niño.

Sexto: Que el recurso de queja, contemplado en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, conforme lo dispone el artículo 545 de ese cuerpo legal, procede cuando en la resolución que lo motiva haya incurrido en falta o abuso constituidos por errores u omisiones, manifiestos y graves.

Séptimo: Que, al respecto, cabe tener presente que la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, suscrita en La Haya el 25 de octubre

de 1980, según se estatuye en su artículo primero, tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de tuición y de visita vigentes en uno de estos se respeten en los demás, estableciendo en su artículo 3° los casos en que el traslado o la retención de un niño tendría este carácter. Salvo que se configure alguna de las situaciones que facultan a la autoridad judicial del Estado requerido para desestimar la petición del requirente o de un particular, consistente en ordenar el regreso del niño, según se aprecia del artículo 13 del referido tratado.

Octavo: Que, en la especie, por medio de la decisión impugnada, y como producto de una errada interpretación de los hechos y de las normas pertinentes, se impidió al recurrente acceder al amparo que le otorga el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, al denegar la restitución de su hijo a España y validar el actuar ilícito de la madre, quien pese a contar con una autorización para traerlo a Chile por un periodo determinado, lo mantuvo con ánimo de permanencia, infringiendo el derecho de custodia del padre, no obstante no concurrir ninguna de las situaciones descritas en el artículo 13 del tratado en cuestión.

Lo anterior, se debió a que los jueces recurridos dieron por acreditado un consentimiento paterno para trasladarse al país y permanecer en él, que no fue tal, únicamente a partir del actual del padre, quien no dejó a la madre y al hijo abandonados a su suerte, sino que siguió cumpliendo con su deber de otorgarle alimentos, manifestando preocupación por su crianza y estado de salud, sin perjuicio de lo cual, una vez constatado que la madre no tenía planeado regresar a España, país en que los tres residían cuando viajó con el niño, inició las gestiones administrativas necesarias para accionar judicialmente en Chile.

Noveno: Que una correcta aplicación de lo previsto en los artículos 3 letra a) y 13 letra a) de la convención, debió llevar a concluir que la retención del niño en Chile resultó ilícita por infringir el derecho de custodia que la legislación española, país en que residía la familia al momento de la salida de la madre junto al hijo y del cual también es nacional, otorga a los dos progenitores en forma conjunta, dado que el padre sólo autorizó el viaje por un periodo específico y determinado; y luego, una vez que la madre hizo patente su decisión de no retornar, pese a seguir cumpliendo con sus obligaciones para con el hijo, no manifestó en momento alguno su acuerdo expreso con la situación, que no sólo afectó su derecho a participar de la crianza y educación del niño, sino también a relacionarse en forma directa y regular con él, lo que lo motivó a requerir la intervención del Estado para obtener su regreso. Además, la madre tampoco acreditó la existencia de ningún riesgo grave que se derivare de la restitución solicitada.

Décimo: Que tal error configura sin duda una falta grave, desde que impidió al demandante obtener la restitución de su hijo, ilícitamente retenido por la madre en un país en que no tenía su residencia habitual, no obstante concurrir los

presupuestos conforme a los cuales el citado Convenio^{9o}, suscrito y ratificado por Chile, le garantizan tal derecho, decisión que aparece despojada de la razonabilidad atinente a la materia. De este modo resulta procedente corregir por esta especial vía al abuso descrito de entidad suficiente para acoger el presente recurso.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, se acoge el recurso de queja y se deja sin efecto la sentencia de cinco de marzo último, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en cuanto confirmó la decisión por la cual el tribunal de primer grado rechazó la demanda de restitución internacional de un niño, la que también se deja sin efecto, y se decide que se hace lugar a la demanda y se ordena la inmediata restitución del niño xxxxxxxx a España, que deberá cumplirse dentro del décimo quinto día desde que la presente sentencia quede ejecutoriada.

No se dispone la remisión de estos antecedentes al tribunal pleno, por tratarse de un asunto en que la inobservancia constatada no puede ser estimada como una falta o abuso que amerite disponer tal medida.

Acordada contra el voto del ministro Sr. Silva, quien estuvo por rechazar el recurso por estimar que el mérito de los antecedentes no permite concluir que los jueces recurrido – al decidir como lo hicieron – hayan incurrido en alguna de las conductas que la ley reprueba y que sea necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio del as atribuciones disciplinarias de esta Corte, dado que en el recurso se impugna la interpretación que hicieron de la normas contempladas en la Convención sobre los aspectos Civiles del Secuestro Internacional de niños, en particular su artículo 13, y la Convención Internacional de los derechos del Niño, cuestión no susceptible de ser atacada a través de esta vía, puesto que, como ha dicho reiteradamente este tribunal, el proceso de interpretación de la ley que llevan a cabo los juzgadores del fondo en cumplimiento de su cometido, no es susceptible de ser revisado por la vía del recurso de queja.

Agréguese copia autorizada de esta resolución, a los autos en que incide.

Regístrese, comuníquese y archívese

N° 5.857-19

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Mauricio Silva C., y los abogados integrantes señora Leonor Etcheberry C., y el señor Antonio Barra R. No firma el Ministro señor Blanco, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal. Santiago, tres de septiembre de dos mil diecinueve.

h) Competencia judicial internacional en juicio sucesorio. Último domicilio del causante. Rechaza excepción dilatoria (caso “Tomkins”)

Juzgado de Letras de Puerto Varas, Rol C-2261-2017, de 31 de octubre de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante este Primer Juzgado de Letras de Puerto Varas, doña Summer Tompinks deduce demanda de nulidad de testamento y en subsidio de reforma de testamento; acción de petición de herencia, acción de inoponibilidad por abuso del derecho y de la personalidad jurídica y acción de indemnización de perjuicios.

SEGUNDO: Que con fecha 20 de febrero de 2018, la parte demandada opuso las siguientes excepciones en carácter de dilatorias:

I.- Que funda su primera excepción en la Incompetencia del Tribunal consagrada en el artículo 303 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, en contra de todas las acciones deducidas por la demandante. Indica que en virtud del artículo 955 del Código Civil y el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil es esencial para determinar la competencia y para establecer la ley aplicable a su sucesión la cuestión del último domicilio del causante.

Que al respecto, señala al contrario de lo que sostiene la actora y lo que parece un hecho general, Douglas Tompkins no tuvo su último domicilio en Chile, dado que jamás constituyó domicilio en este país y jamás perdió su domicilio en California, E.E.U.U.

Indica, que en la especie ha operado la sumisión o prórroga de competencia internacional, dado que ha sido la propia demandante quien ha reconocido la competencia de los tribunales norteamericanos, lo que deviene en la incompetencia de este tribunal, incluso para conocer de la demanda de indemnización de perjuicios opuesta por la actora, al no existir ningún factor o

elemento que vincule los supuestos delitos o cuasidelitos civiles con Chile, contrariándose igualmente lo dispuesto en el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales.

Expone, además, consideraciones sobre el concepto de domicilio en general y la distinción entre domicilio político y civil en particular, citando el artículo 59 del Código Civil y haciendo presente la conjunción esencial para configurarse un domicilio, del elemento objetivo de residencia y uno inmaterial, sobre el ánimo de permanecer en esa residencia. Que conforme la distinción del artículo 61 del Código Civil, para determinar si una persona domiciliada en Chile hay que atender al concepto de domicilio político, último que se regula por el Derecho Internacional, siendo el instrumento más conocido a este respecto el Código de Bustamante, el cual endosa a la ley chilena la regulación del domicilio político. Y que debido a

que el Código Civil no contiene normas específicas para el domicilio político se ha sostenido que a éstas debieran aplicarse las reglas establecidas para el domicilio civil, lo cual señala que es un error ya que no se deja sin aplicación la distinción referida.

Añade, que constituye un principio generalmente aceptado en Derecho Internacional Privado, que una persona sólo puede tener un domicilio político a

diferencia de lo que ocurre con el civil, que el domicilio político es unitario y se pierde solo al adquirirse uno nuevo, por lo que el mero traslado de una persona de un lugar a otro por un periodo de tiempo más o menos prolongado no es suficiente para hacerlo perder su domicilio y adquirir uno nuevo, conclusión aceptada en Chile y E.E.U.U.Y que por lo anterior no se aplican las presunciones de domicilio que contienen los artículos 63 a 70 del Código Civil

Añade, que Douglas Tompkins nunca tuvo el ánimo de domiciliarse en Chile, lo cual se vería corroborado por variados antecedentes que indica y que comprueban, además, que el causante nunca quiso perder su domicilio en California. Que si esa fuera su intención habría renunciado a su nacionalidad, habría dejado de votar, pagar impuestos federales. Licencias de conducir etc. relatando que su misión era continuar su vida de nómades por el mundo, difundiendo sus ideas de preservar y proteger la naturaleza. Advierte contradicciones en la demanda de autos, al pretender la actora la existencia de conductas de D. Tompkins que no se conciliarían con su intención de domiciliarse en Chile.

Por todas estas consideraciones, sostiene que el Tribunal es Incompetente conforme a la norma del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales pues el causante nunca se domicilió en Chile y jamás abandonó su domicilio de California, por lo que no resulta aplicable el artículo 955 del Código Civil.

Indica, por último, que el tribunal es incompetente por configurarse sumisión o prórroga de la competencia internacional, al haber optado la actora por demandar inicialmente en E.E.U.U., institución reconocida en el Código de Bustamante en el artículo 318 y que si bien dicho Código se aplica ante los Tribunales signatarios, la doctrina ha estimado que sus reglas se aplican en carácter de principios generales del derecho y que en caso de autos ha operado

en carácter de tácita.

II.- Que en cuanto a su segunda excepción, opone la de litispendencia, consagrada en el artículo 303 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, respecto de todas las acciones deducidas por la actora en su demanda.

Que al efecto, en forma previa enuncia los requisitos de esta excepción, en el cuerpo legal aludido e indica que para que para su configuración debe existir triple identidad de partes, causa de pedir y objeto pedido, entra la presente acción y aquella deducida por la actora ante los tribunales norteamericanos, sin ser exigible una identidad perfecta entre estos, a la luz de los principios que justifican esta institución, estimando que en ambas acciones se trata de las mismas personas, se persigue el mismo beneficio jurídico y se invoca la misma causa de pedir. Que esta institución

procede sea que ambos juicios se sustancien en un mismo país o países distintos, conforme principios de derecho internacional.

Analiza la concurrencia de cada uno de los elementos de la excepción en comento, respecto de todas las demandas interpuestas por la actora, incluso las de inoponibilidad e indemnización de perjuicios, concluyendo en definitiva que tanto en E.E.U.U como en Chile, la actora ha pretendido lo mismo, esto es, la aplicación del derecho sucesorio chileno, buscando que se le otorgue una mayor porción de la herencia de su padre.

Agrega que de haberse presentado esta demanda en E.E.U.U., los tribunales de dicho país la habrían desestimado, citando legislación de California.

Cita igualmente informes en Derecho, sosteniendo que la actora ha venido a Chile a intentar hacer aquello que su propia conducta le impide hacer en E.E.U.U.

III.- Que funda su tercera y última excepción dilatoria, en la corrección del procedimiento, consagrada en el artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, respecto de todas las acciones deducidas por la actora en su demanda.

Indica que la actora ha violado una serie de principios y normas fundamentales del derecho procesal, todos derivados al principio de buena fe, lo cual impediría que se de tramitación a un procedimiento vicioso. Presenta consideraciones sobre la buena fe procesal, citando doctrina y jurisprudencia al efecto, señalando que la actora ha incurrido en “fórum shopping” y violado la teoría de los actos propios o “estoppel”.

Define la primera como aquella conducta destinada a manipular los factores atributivos de jurisdicción para intentar obtener, en un Estado determinado, una sentencia favorable que pueda ser invocada en otro Estado donde el resultado del juicio sobre la misma controversia sería negativo, constituyendo un fraude procesal.

Explica como la conducta de la actora configura la institución comentada, al demandar en Chile después de haber perdido en primera instancia en California, invocando un supuesto domicilio chileno de su padre.

Añade que la conducta de la actora contraviene sus conductas anteriores, lo cual se conoce como la teoría de los actos propios o “estoppel”. Cita jurisprudencia y doctrina al efecto, presentando los requisitos para que se configure una violación a este principio, los cuales estima cumplidos en este caso, por haberse demandado en E.E.U.U. para determinar la aplicación de la ley chilena a la sucesión del padre de la actora, luego, una vez desestimada su demanda, decidirse que eran los tribunales chilenos los competentes para determinar la aplicación de la ley chilena a la sucesión, decisiones que perjudican a las demandadas por los gastos incurridos y al haber amenazada la eficacia de la sentencia dictada en California.

Manifiesta que, conforme jurisprudencia que cita, la sanción procesal ante el ejercicio de una acción que violenta el principio de buena fe, es la inadmisibilidad de la acción, resultando en consideraciones de forma que no se

refieren al fondo de las acciones formuladas por la actora, siendo procedente acoger la excepción.

Indica que no se garantizan los derechos de las personas por la vía de admitir a tramitación cualquier demanda, que el principio de inexcusabilidad no ampara abusos o violaciones al principio y deber de actuar de buena fe.

Sostiene que la demanda de autos es un deliberado y flagrante aviso que no debe generar un proceso, agregando que de haberse interpuesto esta demanda en E.E.U.U., no habría prosperado por contradecir sus actos propios.

Concluye solicitando se tenga por interpuestas las excepciones dilatorias que indica, se acojan a tramitación, y se acojan todas o algunas de ellas, con costas.

SEGUNDO: Que con fecha 27 de febrero de 2018, la parte demandante evacuó el traslado conferido, solicitando el rechazo de todas las excepciones interpuestas, con costas, fundado en las consideraciones que indica.

En cuanto a la excepción de incompetencia del tribunal, señala que lo realmente alegado es la falta de jurisdicción de todos los tribunales chilenos para conocer la demanda de autos, además de ser un hecho público y notorio que el Sr. Tompkins tenía su domicilio en Chile al momento de su fallecimiento, situación que se arrastraba hace más de 20 años.

Manifiesta que lo realmente alegado por la contraria es que ningún tribunal chileno podría conocer de las acciones interpuestas, sin ser lo mismo alegar la incompetencia de un tribunal en particular, que la falta de jurisdicción de los tribunales de toda una República, dado que la primera es una excepción dilatoria que busca la corrección del procedimiento, en tanto la segunda, es una excepción perentoria o de fondo, que busca impedir que la pretensión sea resuelta.

Añade que la contraria tampoco ha señalado el domicilio específico que el Sr. Tompkins tendría en E.E.U.U., limitándose a señalar al Estado de California, sin señalarse qué tribunal sería competente, situación que por sí sola amerita el rechazo de la excepción.

Manifiestan que aun en el evento de estimarse estar en presencia de una excepción de incompetencia, el domicilio del Sr. Tompkins fue en Chile, resultando aplicable la regla del artículo 955 del Código Civil y 148 del Código Orgánico de Tribunales. Que no existe duda que su último domicilio fue Klenner 299 de la comuna de Puerto Varas, lo cual se corrobora con sus propias declaraciones efectuadas en vida junto a su cónyuge, además de declaración jurada emitida por su abogado personal y las propias demandadas en el proceso de “probate” seguido en E.E.U.U., evidenciando que han sido las propias demandadas quienes han incurrido en conductas contrarias a la teoría de los actos propios y la buena fe.

Relata afirmaciones expuestas por la demandada que demuestran sus contradicciones, estimando que han confundido los conceptos de domicilio, nacionalidad, ciudadanía y estatus migratorio, dado que las tres últimas requieren del cumplimiento de ciertos

requisitos fijados por cada Estado, a diferencia del domicilio que solo requiere la concurrencia de los elementos que lo componen.

En cuanto a la relación entre domicilio y estatus migratorio determinado, señala que no puede confundirse el término residencia, como elemento del domicilio, con el de residencia permanente o temporal, como estatus migratorio, siendo perfectamente posible ingresar al país con visa de turista y tener domicilio en Chile, tal como lo hizo el Sr. Tompkins y muchos inmigrantes.

Añade que la sola condición de estadounidense del Sr. Tompkins y las demandadas, no las sustrae de la aplicación de la ley chilena, conforme los artículo 14 y 955 del Código Civil.

En cuanto a la distinción entre domicilio político y civil efectuada por la parte demandada, expresan que no existe una explicación para entender que el artículo 955 se refiere al domicilio político, que dicho artículo perdería su utilidad si exclusivamente se refiriera a tal domicilio ya que sólo se podría determinar la ley aplicable y no así la competencia específica del tribunal, teoría que también haría inaplicable al artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, como norma de determinación de la competencia territorial, citando doctrina al efecto, resultando en definitiva una teoría circular por parte de la demandada, al declarar que los requisitos de ambos domicilios son los mismos.

Sostienen que en relación a la sumisión o prórroga de competencia internacional alegada por la contraria, se está reconociendo que este tribunal es naturalmente competente. Cita jurisprudencia y doctrina, relatando que la sumisión tácita requiere que se trate de la misma demanda, sumado a que tal institución no tiene aplicación en autos, dado que E.E.U.U. no es un país signatario del Código de Bustamante, y que su aplicación como principio general de derecho internacional no implica que todas las normas contenidas en el código sean aplicables a países no signatarios.

Agregan que la sumisión tampoco podría ser aplicada, desde que el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales vincula a un tribunal con determinadas materias, lo que determina la competencia absoluta del tribunal, la cual es improrrogable.

En cuanto a la demanda de indemnización de perjuicios, declara que también es competente este tribunal ya que la demandada Kristine McDivitt tiene su domicilio en Chile, además que importa una alegación de falta de jurisdicción y no una excepción dilatoria de incompetencia. Que resultan aplicable los artículos 134 y 141 del Código Orgánico de Tribunales, mostrando antecedentes del proceso seguido en E.E.U.U. que demuestran el domicilio de la Sra. McDivitt en Chile.

En cuanto a la segunda excepción, esto es, la litispendencia, sostiene que la regla del Código de Bustamante no es aplicable al caso dado que E.E.U.U. no es un país contratante, debiendo recurrirse a las reglas generales. Que el reconocimiento de esta institución significa la abdicación a favor de tribunales extranjeros, de una serie de obligaciones del Poder Judicial consagradas constitucionalmente.

Indica que tampoco se cumplen los requisitos de procedencia de esta excepción, evidenciándose contradicciones en las alegaciones de la contraria.

Que no basta que en ambos juicios litiguen las mismas partes y se persigan las mismas cosas, sino que debe concurrir estrictamente la triple identidad requerida por el Código de Procedimiento Civil, debiendo ser aún más riguroso al tratarse de casos internacionales, atendido el análisis que debe realizarse del derecho extranjero y que se trata de una renuncia a la soberanía de Chile.

Refiere que conforme las demandadas, la existencia de 2 acciones en E.E.U.U., siendo una de ellas un proceso similar a una posesión efectiva, configuraría la Litis pendencia, situación que a su juicio no sería procedente, desde que el “probate” no puede servir de base para alegar la excepción con ningún otro proceso judicial, tomando en consideración que en nuestro país, éste puede ser un trámite administrativo que no obsta a que posteriormente se inicie una acción de nulidad de testamento, reforma o petición de herencia.

Niega que todas las acciones puedan englobarse como una sola con el objeto de disimular la ausencia de triple identidad, además no existiría identidad legal de personas ni identidad de causa de pedir ni cosa pedida.

Agrega que lo resuelto en primera instancia por el tribunal Californiano es absolutamente distinto a lo perseguido mediante las acciones de autos, siendo imposible una contradicción entre sentencias.

En cuanto a la tercera y última excepción, esto es, corrección del procedimiento, refiere que ella no es más que una servil reiteración de su infundada excepción de litis pendencia, por lo que solicita tener por reproducido lo expresado a su respecto, agregando que han sido las propias demandadas quienes han incurrido en conductas contrarias a sus propios actos, mediante conductas que latamente describe.

Niega la concurrencia del denominado *forum shopping*, explicando que fueron las demandadas quienes utilizando la ley de California, notificaron a la demandante dándole un plazo de 120 días para ejercer cualquier acción judicial ante los tribunales de dicho Estado, viéndose forzada la actora a iniciar una acción legal para preservar sus derechos.

Añade que la contraria no indica las consecuencias que tendría el acoger la presente excepción, pudiendo entenderse de su escrito que su objetivo sería poner término al juicio, lo cual es contrario a lo establecido en el artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, al buscar impedir su tramitación, afectando el fondo de la acción deducida.

TERCERO: Que la parte demandada acompañó la siguiente prueba:

I. DOCUMENTAL: 1) Copia de documento denominado “2012 Amendment and Restatement of The Douglas R. Tompkins Revocable Trust”, que corresponde a la última versión del Trust creado por Douglas Tompkins, con su respectiva traducción; 2) Copia de documento denominado “Last Will and Testament of

Douglas R. Tompkins”, que corresponde al último testamento otorgado por Douglas Tompkins, con su respectiva traducción; 3) Copia de la demanda deducida por Summer Tompkins ante los Juzgados de California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 4) Copia de contestación presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker contra la demanda deducida por Summer Tompkins ante los Juzgados de California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 5) Copia de Moción para “fallo sumario” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker respecto de la demanda deducida por Summer Tompkins ante los Juzgados de California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 6) Copia de las objeciones formuladas por Summer Tompkins respecto de la moción para “fallo sumario” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker, con su respectiva traducción; 7) Copia de sentencia dictada por el Juzgado de California, Estados Unidos, acogiendo la moción para “fallo sumario” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker, con su respectiva traducción; 8) Copia de certificado que da cuenta de la interposición de una apelación por parte de Summer Tompkins en contra de la sentencia del Juzgado de California, Estados Unidos, que acogió la moción de “fallo sumario” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker, con su respectiva traducción; 9) Copia de la solicitud presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker para dar inicio al proceso de “probate” en California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 10) Copia de objeciones formuladas por Summer Tompkins a la solicitud de “probate” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker en California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 11) Copia de observaciones formuladas por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker a las objeciones planteadas por Summer Tompkins respecto de la solicitud de “probate”, con su respectiva traducción; 12) Copia de observaciones formuladas por Summer Tompkins al documento al que se alude en el numeral anterior, con su respectiva traducción; 13) Copia de noticia publicada en el diario “El Mercurio”, de fecha 4 de febrero de 2018; 14) Copia de noticia publicada en el diario “La Segunda”, de fecha 5 de febrero de 2018; 15) Copia de publicación en el diario “El Mercurio” de fecha 22 de octubre de 2017; 16) Copia de publicación en el portal “soychile.cl” de fecha 22 de octubre de 2017; 17) Publicación en el diario “Pulso” de fecha 22 de octubre de 2017; 18) Publicación en la “Revista Capital” de fecha 26 de octubre de 2017; 19) Publicación en el diario “El Mercurio” de fecha 29 de octubre de 2017; 20) Publicación en el diario “El Mercurio” de fecha 4 de febrero de 2018; 21) Publicación en el diario “La Tercera” de fecha 18 de febrero de 2018; 22) Publicación en el diario “El Mercurio” de fecha 23 de febrero de 2018; 23) Publicación en el diario “La Nación” de Argentina de fecha 23 de febrero de 2018; 24) Publicación en el diario “La Nación” de Argentina de fecha 20 de febrero de 2018; 25) Publicación en el diario “La Nación” de Argentina de fecha 20 de febrero de 2018; 26) Informe en derecho titulado “La excepción de incompetencia y de litis pendencia internacional en el Código de Procedimiento Civil”, redactado por el Sr. Alejandro Romero Seguel; 27) Informe en derecho redactado por los señores Carlos Villarroel Barrientos y Gabriel Villarroel Barrientos en febrero de 2018; 28) Informe en derecho redactado por el Sr. Carlos Pizarro Wilson; 29) Informe en derecho redactado por el Sr. John A Hartog, con su

respectiva traducción; 30) Copia de la demanda deducida por Summer Tompkins ante los Juzgados de California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 31) Copia de la contestación presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker contra la demanda deducida por Summer Tompkins ante los Juzgados de California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 32) Copia de la Moción para “fallo sumario” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker respecto de la demanda deducida por Summer Tompkins ante los Juzgados de California, Estados Unidos; 33) Copia de las objeciones formuladas por Summer Tompkins respecto de la moción para “fallo sumario” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker, con su respectiva traducción; 34) Copia de sentencia dictada por el Juzgado de California, Estados Unidos, acogiendo la moción para “fallo sumario” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker, con su respectiva traducción; 35) Copia de certificado que da cuenta de la interposición de una apelación por parte de Summer Tompkins en contra de la sentencia del Juzgado de California, Estados Unidos, que acogió la moción de “fallo sumario” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker, con su respectiva traducción; 36) Solicitud presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker para dar inicio al proceso de “probate” en California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 37) Objeciones formuladas por Summer Tompkins a la solicitud de “probate” presentada por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker en California, Estados Unidos, con su respectiva traducción; 38) Observaciones formuladas por Kristine McDivitt y Debra B. Ryker a las objeciones planteadas por Summer Tompkins respecto de la solicitud de “probate”, con su respectiva traducción; 39) Observaciones formuladas por Summer Tompkins al documento al que se alude en el numeral anterior, con su respectiva traducción; 40) Copia de los pasaportes de Douglas Tompkins números 0517981652, 0549522233, 0575191104, 7203225305, y 5060051426; 41) Copia del comprobante de emisión de una tarjeta de débito a nombre de Douglas Tompkins por el banco “Morgan Stanley Smith Barney”, con fecha de expiración en enero de 2014; 42) Copia de la tarjeta de crédito emitida a nombre de Douglas Tompkins por el “Citi Bank”, con fecha de expiración en abril de 2019; 43) Copia de la tarjeta de crédito emitida a nombre de Douglas Tompkins por el “Chase Bank”, con fecha de expiración en diciembre de 2018; 44) Copia de la licencia de piloto emitida a nombre de Douglas Tompkins, con fecha 24 de mayo de 2010, en California, Estados Unidos; 45) Copia de la licencia de conducir emitida a nombre de Douglas Tompkins en California, Estados Unidos, con fecha 5 de octubre de 2010; 46) Copia de la declaración de impuestos de Douglas Tompkins correspondiente al año 2014; 47) Copia del certificado de nacimiento de Summer y Quincy Tompkins –únicas hijas de Douglas Tompkins– en San Francisco, California, Estados Unidos; 48) Copia del certificado del matrimonio celebrado entre Douglas Tompkins y Kristine McDivitt en San Francisco, California, Estados Unidos, junto a su traducción; 49) Copia de la carta de renovación de los beneficios de “seguridad social” (salud) de Douglas Tompkins en California, Estados Unidos, para el año 2016; 50) Copia de la tarjeta de “seguro de salud” de Douglas Tompkins, emitida por “Centers for Medicare & Medicaid Services” para utilizarse en Estados Unidos; 51) Copia del “seguro complementario de salud” contratado por Douglas Tompkins con

“Stonebridge Life Insurance Company”, para comenzar a operar en mayo de 2015; 52) Copia de la orden médica y comprobante de pago de medicamentos recetados a Douglas Tompkins por doctores norteamericanos en Estados Unidos, de fecha 5 de octubre de 2014; 53) Copia del comprobante de pago emitido por “Network Solutions”, en marzo de 2015; 54) Copia del prospecto o “brochure” que da cuenta de la puesta en venta de todas las propiedades vinculadas al patrimonio de Douglas Tompkins en Chile; 55) Copia del contrato de cesión de derechos y modificación de la sociedad Agrícola, Ganadera y Forestal Alerce 3000 Limitada (“Alerce 3000”), celebrado el 1 de diciembre de 2015; 56) Contrato de compraventa celebrado entre Empresas Verdes, LLC Chile y Buckley Tic Toc, LLC, con Victor Floyd Trahan III, de fecha 3 de noviembre de 2014; 57) Contrato de compraventa celebrado entre Empresas Verdes, LLC Chile y Buckley Tic Toc, LLC, con Trahan Tic Toc Properties, LLC, de fecha 3 de noviembre de 2014;

II.- TESTIMONIAL: 1) Que con fecha 25 de mayo de 2018 consta declaración de la testigo Macarena Alicia Soler Wyss, C.I. 12.231.967-9, abogada, domiciliada en Independencia n° 50, oficina 4, Puerto Varas; 2) Que con fecha 14 de junio de 2018 consta declaración del testigo Oscar Aitken Corral, C.I. 8.778.632-3.

III.- OFICIOS: Que a solicitud de esta parte se acompañaron los siguientes oficios 1) con fecha 19 de junio de 2018 se acompaña respuesta de oficio a Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; 2) Que con fecha 19 de junio de 2018 se acompaña respuesta de oficio a Departamento de extranjería y Policía Internacional de la Policía de Investigaciones de Chile; 3) Que con fecha 26 de junio de 2018 se acompaña respuesta de oficio a Superintendencia de Pensiones; 4) Que con fecha 26 de junio de 2018 se acompaña respuesta de oficio al Servicio Electoral; 5) Que con fecha 26 de junio de 2018 se acompaña respuesta de oficio al Servicio de Registro Civil e Identificación; 6) Que con fecha 17 de julio de 2018 se acompaña respuesta de oficio a Superintendencia de Salud; 7) Que con fecha 03 de agosto de 2018 se acompaña respuesta de oficio a la Superintendencia de Seguridad Social; 8) Que con fecha 22 de agosto de 2018 se acompaña respuesta de oficio al Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior.

CUARTO: Que la parte demandante acompañó la siguiente prueba: I.- DOCUMENTAL: 1) Federal Post Card Application (FPCA), y su traducción Tarjeta Federal de Solicitud: Inscripción de votantes y solicitud de voto a distancia, de fecha 18 de septiembre de 2013, suscrita por don Douglas Tompkins, junto a su traducción; 2) Cadena de correos electrónicos, finalizada con el correo de fecha 26 de noviembre de 2015, enviado por don Douglas Tompkins a doña Carolina Morgado, junto a traducción; 3) Copia de noticia publicada en el diario La Tercera con fecha 20 de abril de 2014, titulada “Douglas Tompkins: “Estoy seguro de que la Presidenta va a tomar la donación del Parque Pumalín como algo positivo”; 4) Copia de noticia publicada en el diario La Tercera con fecha 13 de septiembre de 2014, titulada “22 razones personales para querer este país”; 5) Affidavit of Attorney, File N.° 2016-425, emitida por don Pedro Pablo Gutiérrez de fecha 23 de marzo de 2016, junto a traducción; 6) Probate Proceeding, Will of Douglas Rainsford

Tompkins, File N.° 2016-425, solicitud de legalización de testamento presentada ante el Tribunal Testamentario del Condado de Dutchess, Nueva York, por parte de las Sras. McDivitt y Ryker; 7) Affidavit of Jurisdiction, File N.° 2016- 425, por Diane K. Roskies, junto a traducción “declaración jurada de jurisdicción”; 8) Notice of Probate, File N.° 216-425, junto a traducción “Notificación de legalización de testamento”; 9) New York Estate Tax Domicile Affidavit ET-141, y su traducción “Declaración jurada de domicilio fiscal de patrimonio, Estado de Nueva York”; 10) Cadena de correos electrónicos, finalizada con el correo de fecha 20 de marzo de 2012, enviado por doña Christina Gallagher Nelson a doña Debra B. Ryker, junto a traducción; 11) Notification by Trustees Pursuant to California Probate Code § 16061.7, y su traducción “Notificación de Fideicomisarios de conformidad al Código Testamentario de California”; 12)

Entrevista dada por Douglas Tompkins a la Revista Cosas con fecha 14 de mayo de 2007, titulada “Douglas Tompkins: Estamos pensando hacernos chilenos”; 13) Entrevista a Douglas Tompkins publicada en la Revista Poder y Negocios con fecha 16 de marzo de 2012, titulada “A mí sí me gusta el presidente Piñera”; 14) Noticia publicada en La Tercera con fecha 16 de febrero de 2010, titulada

“Estudiante que trabajó para Tompkins muere en accidente aéreo”; 15) Declaraciones efectuadas por don Douglas Tompkins publicada por Radio Bio Bio con fecha 09 de diciembre de 2015; 16) Noticia publicada en Revista Paula con fecha 07 de noviembre de 2015, titulada “Douglas Tompkins: Pensando en el Retiro”; 17) Entrevista dada por Douglas Tompkins al medio The Clinic con fecha 09 de diciembre de 2015, titulada “Douglas Tompkins, ecologista: La democracia igual que el capitalismo no funciona”; 18) Entrevista a Douglas Tompkins publicada en La Segunda con fecha 03 de marzo de 2012, titulada “Tompkins desde Aysén: Si nos hubiesen tomado en serio, apostarí a hasta mi último peso a que la crisis no estaría ocurriendo”; 19) Declaraciones de Douglas Tompkins publicadas en El Divisadero de Aysén con fecha 21 de noviembre de 2013, titulada: “Douglas Tompkins reiteró que la mejor opción de conectividad es un camino costero y bimodal”; 20) Informe en derecho elaborado por don Ramón Domínguez Águila, el que se encuentra reconocido mediante escritura pública de fecha 14 de mayo de 2018; 21) Informe en derecho elaborado por don Claudio Troncoso Repetto, el que se encuentra reconocido mediante escritura pública de fecha 23 de mayo de 2018; 22) Encuesta elaborada por CADEM, suscrita por las Sras. Karen Tahl Silberstein y Adriana Larraín Hernández, reconocida mediante escritura pública de fecha 22 de mayo de 2018; 23) Entrevista a Kristine Tompkins publicada en la revista Caras con fecha 03 de junio de 2011, titulada “Esta Batalla no ha terminado”; 24) Entrevista a Kristine McDivitt Tompkins publicada en la revista Capital con fecha 29 de septiembre de 2016, titulada “Ahora es mi turno”; 25) Entrevista a Kristine McDivitt Tompkins publicada en la revista Ya del diario El Mercurio con fecha 30 de Septiembre de 2016, titulada: “Me es muy difícil vivir sin Doug”; 26) Entrevista a Kristine Tompkins en noticia publicada en la revista Qué Pasa con fecha 21 mayo de 2010, titulada “Piñera tiene la oportunidad de ser el Theodore Roosevelt de Chile”; 27) Copia de plano de inmueble ubicado en Klenner 299,

Puerto Varas; 28) Escritura pública de modificación de la sociedad Agrícola Forestal Reñihue Limitada, de fecha 23 de julio de 1998, otorgada en la Cuadragésima Octava Notaria de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°3930-98; 29) Escritura pública de modificación de la sociedad Agrícola Forestal Reñihue Limitada, de fecha 7 de agosto de 1998, otorgada en la Cuadragésima Octava Notaria de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°4407-98; 30) Noticia pública en la revista Qué Pasa con fecha 16 de septiembre de 2016, titulada “El último vuelo de Tompkins”; 31) Entrevista a Yvon Chouinard, amigo de don Douglas Tompkins, publicada en la revista Capital con fecha 03 de marzo de 2016, titulada “El empresario al revés”; 32) Noticia publicada en el medio de prensa digital Magallanews con fecha 30 de diciembre de 2015, titulado “Estos son los diez personajes de la región de Magallanes del 2015”; 33) Reportaje publicado en la sección visual de la Revista Caras con fecha 17 de diciembre de 2015, titulado “La herencia de Tompkins”; 34) Carta al director publicada en El Sur- Concepción con fecha 17 de diciembre de 2015, titulada “Pumalín”; 35) Noticia publicada en El Ciudadano con fecha 17 de diciembre de 2015, titulada “Tompkins: Una estaca en el corazón del modelo”; 36) Noticia publicada en el suplemento Mujer de Publimetro con fecha 15 de diciembre de 2015, titulada “¡Gracias Douglas Tompkins!”; 37) Entrevista a Hernán Sandoval publicada en Las Últimas Noticias con fecha 13 de diciembre de 2015; 38) Noticia publicada en El Llanquihue con fecha 11 de diciembre de 2015, titulada “Hoy despiden a Douglas Tompkins en Puerto Varas”; 39) Editorial publicada en el diario El Llanquihue con fecha 11 de diciembre de 2015, titulada “La naturaleza y el centinela que la amó”; 40) Declaraciones dadas por la ex presidenta Michel Bachelet citadas en distintos medios con fecha 10 de diciembre de 2015; 41) Noticia publicada en El Nortero el 10 de diciembre de 2015; 42) Noticia publicada en Emol el 09 de diciembre de 2015; 43) Noticia publicada en El Magallanews el 09 de diciembre de 2015; 44) Noticia publicada en página web del Gobierno de Chile con fecha 09 de diciembre de 2015; 45) Noticia publicada en Diariopyme con fecha 09 de diciembre de 2015; 46) Noticia publicada en el Pulso con fecha 09 de diciembre de 2015; 47) Noticia publicada en El Mostrador con fecha 09 de diciembre de 2015; 48) Noticia pública en La Tercera Internet con fecha 09 de diciembre de 2015; 49) Artículo publicado en La Segunda con fecha 09 de diciembre de 2015, titulada “El legado de Douglas Tompkins”; 50) Noticias publicada en El Mostrador con fecha 09 de diciembre de 2015; 51) Noticia publicada en El Llanquihue con fecha 07 de octubre de 2015; 52) Noticia publicada en La Tercera con fecha 23 de abril de 2014; 53) Noticia publicada en El Demócrata con fecha 09 de diciembre de 2015, titulada “Tompkins y los parques de los que era dueño”; 54) 5 Actas Notariales realizadas por la Notario Suplente de la 27ª Notaría de Santiago, doña Margarita Morano Zamorano, de fecha 26 de abril de 2018; 55) Copia de licencia de piloto privado de don Douglas Tompkins emitida por la Dirección General de Aeronáutica Civil; 56) Declaración jurada efectuada por doña Macarena Jaramillo Fones ante el Ministro de Fe del Consulado General de Chile en San Francisco, Estados Unidos.

II.-OFICIOS: Que a solicitud de esta parte, con fecha 16 de agosto de 2018 se acompaña respuesta de oficio al Servicio de Registro Civil e Identificación, adjuntando inscripción de defunción N° 229 del año 2015 de la circunscripción de Coyhaique.

III.- OTROS MEDIOS DE PRUEBA: Dispositivo de almacenamiento digital (pendrive) que contiene una entrevista radial, el cual se custodió en Secretaría de este tribunal bajo el N° 1002-2018 y fue objeto de audiencia de percepción

documental con fecha 08 de junio de 2018. En la misma, se tuvo acceso al archivo denominado “entrevista Douglas Tompkins”, apreciando este tribunal que se trata de una entrevista entre el periodista Fernando Paulsen de la radio ADN y una persona que dice ser Douglas Tompkins, sin fecha. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal advierte de dicha entrevista en la parte medio final, una contextualización de tiempo en que habría llevado a cabo en el primer periodo del presidente Sebastián Piñera, escuchándose solo el comienzo, el final y especialmente el minuto 16 con 42 segundos que reza: “somos chilenos sin pasaportes, amamos Chile como casi todos los otros chilenos, estamos construyendo al bienestar del país a través de conservación y la creación de parques...”.

I.- En cuanto a las tachas:

EXFXHXGEJP

QUINTO: Que previo a conocer sobre el fondo de las excepciones dilatorias opuestas, corresponde pronunciarse sobre las tachas opuestas en contra de los dos testigos de la parte demandada. La primera, corresponde al testimonio de doña Macarena Alicia Soler Wyss, a quien con fecha 25 de mayo de 2018 se le tacho por la demandante por la causal del artículo 358 N° 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil, fundado en que la testigo habría reconocido conocer a las demandadas Kristine Mc Divitt y/o Debra Ryker desde el año 2003, compartiendo un cargo directivo en una corporación que ayudo a constituir, siendo miembro del equipo de Conservación Patagónica Chile S.A., última en la cual las demandadas tendrían una relación de dirección y orientación, configurando una dependencia actual con las demandas a las que asesora profesionalmente, además, de carecer de la imparcialidad necesaria para declarar atendido las múltiples relaciones que mantiene con las demandadas.

SEXTO: Que la parte demandada evacuó el traslado conferido, solicitando el rechazo de la tacha, con costas, fundado en que carece de fundamento, dado que la testigo es una abogada que declaro que no ha asesorado profesionalmente a las demandadas, señalando tener vinculaciones con entidades relacionadas con alguna de ellas, pero que ello no importa que tenga la calidad de trabajadora de ninguna de las demandadas, estimando que compartir un cargo directivo tampoco importa dependencia laboral, sin que exista ningún antecedente que permita justificar que el mero conocimiento o vinculación de la testigo con las demandadas la inhabilite para declarar.

SÉPTIMO: Que el tribunal rechazará la tacha fundada en la causal del N° 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, desde que del tenor de la declaración de la testigo se vislumbra la existencia de 3 entidades o personas jurídicas distintas, esto es, la Corporación Amigos de los Parques, la Fundación

Conservación Patagónica y la Sociedad Anónima Conservación Patagónica Chile, respecto de las cuales la testigo ha declarado tener un cargo directivo en la primera y no ocupar cargo alguno en la tercera, prestando asesoría a entidades a las cuales se encuentran vinculadas las demandadas, sin que pueda observarse una dependencia laboral de la testigo respecto a Kristine Mc Divitt y/o Debra Ryker.

En cuanto a la tacha del N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal la rechazará, toda vez que de los dichos del testigo no se advierte cómo podrían importar una falta de parcialidad de su parte por tener un interés directo o indirecto en el pleito, tomando en cuenta que no existen antecedentes probatorios en tal sentido, y que ha existido pronunciamiento jurisprudencial en orden a entender en desuso la causal esgrimida, debiendo ser rechazadas ambas causales, sin costas.

OCTAVO: Que en cuanto a la segunda y última tacha, don Oscar Aitken Corral, a quien con fecha 14 de junio de 2018 se le tacho por la demandante de conformidad a la causal del artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, fundado en que el testigo declaró conocer a las demandadas Kristine McDivitt y Debra Ryker hace más de 20 años y que atendió como abogado a diversas entidades relacionadas con Douglas Tompkins, sociedad que son parte de la compleja estructura de sociedades a través de la cual el Sr. Tompkins organizó su patrimonio, careciendo el testigo de la imparcialidad necesaria para declarar en juicio, al tener un interés en defender su trabajo que se encuentra cuestionado, sin que el hecho de no encontrarse actualmente asesorando a las sociales referidas impida que la tacha sea acogida.

NOVENO: Que la parte demandada evacuó el traslado conferido solicitando el rechazo de la tacha, con costas, señalando que se trata de extender una causa de inhabilidad de manera artificial y sin respaldo, no hay ningún antecedente que permita sostener la existencia de algún grado de cercanía o familiaridad que pudiera afectar la imparcialidad del testigo, estimando que si conocer a una determinada persona lo inhabilita para declarar como testigo, la institución de la prueba testimonial desaparecería. Indica que el testigo ha declarado haber prestado servicios a determinadas entidades, no a las demandadas, sin que se haya consultado sobre la época en que se habría prestado la asesoría profesional, siendo que hace más de una década que el Sr. Aitken no presta servicios profesionales a entidades distintas de las demandadas, de manera que la hipótesis de interés en el resultado del pleito carece de sustento, interés que debe

tener carácter patrimonial, la cual no se vislumbra en los dichos del testigo, presentándose meras opiniones de la propia demandante para fundar la tacha.

DÉCIMO: Que el tribunal rechazará la tacha opuesta, sin costas, desde que del tenor de los dichos del testigo no se advierte el interés invocado por el articulista que amerite estimar al testigo como carente de la imparcialidad necesaria para

declarar en juicio, resultando insuficiente el sólo hecho de haber prestado asesoría legal a ciertas entidades relacionadas con las partes, aun cuando ésta se prestó hace varios años atrás. Y que por lo demás no existe prueba rendida al efecto, atendido igualmente que ha existido pronunciamiento jurisprudencial en orden a entender en desuso la causal esgrimida.

II.- En cuanto al fondo de las excepciones:

UNDÉCIMO: Que para resolver las excepciones planteadas, conviene tener presente los siguientes hechos no controvertidos: 1.- Que la demandante es hija de don Douglas Tompinks. 2.- Que don Douglas Tompinks, lamentablemente falleció el 8 de diciembre de 2015, en un accidente de kayak, en el Lago General Carrera, Región de Aysén, Chile, cuyos restos mortales se encuentran en Puerto Chacabuco, Región de Aysén. 3.- Que ante este Primer Juzgado de Letras de Puerto Varas, doña Summer Tompinks deduce demanda de nulidad de testamento y en subsidio de reforma de testamento; acción de petición de herencia, acción de inoponibilidad por abuso del derecho y de la personalidad jurídica y acción de indemnización de perjuicios.

Que por el contrario es un hecho controvertido, la génesis de la intervención de la actora en Tribunales Norteamericanos, como la naturaleza de los procesos incoados en dicha nación. A este respecto, de conformidad a la prueba documental acompañada por ambas partes consistentes en actuaciones judiciales ante Tribunales y organismos de los Estados Unidos de Norteamérica, no objetadas como documentos en sí mismo ni su contenido, se puede establecer lo siguiente en cuanto a las acciones y defensas jurídicas esgrimidas por las partes al respecto en forma **cronológica**:

1.- Que conforme al documento traducido como “Solicitud de legalización de testamento”, en inglés “Petition for probate”, se acredita que con fecha 06 de junio de 2016, doña Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins ingresaron ante el Tribunal Testamentario de Nueva York, Condado de Dutchees, una solicitud de legalización de testamento en su calidad de ejecutores designados en el testamento del difunto Douglas Rainsford Tompkins, fallecido el 08 de diciembre de 2015 en Coyhaique, República de Chile, con domicilio en Klenner 299, Puerto Varas, República de Chile. Que dentro del mismo proceso se presentó una declaración jurada de jurisdicción prestada por la abogada Diane K. Roskies de fecha 01 de junio de 2016, en cual se señala que “El difunto era ciudadano de los Estados Unidos. Al momento de su muerte, el difunto tenía su domicilio en la República de Chile. El difunto y su hermano eran dueños, como copropietarios, de una pequeño lote de bien raíz ubicado en el Condado de Dutchess, Nueva York. Una copia de la escritura de propiedad de dicha propiedad se adjunta más adelante.”

Que igualmente consta declaración jurada del abogado Pedro Pablo Gutierrez Phillippi ante la Embajada de Los Estados Unidos de América de la ciudad de Santiago de Chile, declarando que “El difunto residió en Chile por más de veinte años. Fui abogado del difunto por aproximadamente 25 años en Chile.

Fui responsable de tramitar los asuntos del difunto en Chile de modo tal que no se requiriera ninguna legalización testamentaria o proceso judicial equivalente bajo la ley local al momento de su muerte”

2.- Que conforme al documento traducido como “Notificación de los fideicomisarios de conformidad a Código Testamentario de California § 16061.7” en inglés “Notification by Trustees Pursuant to California probate code § 16061.7”, se acredita que con fecha 19 de febrero de 2016, doña Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins, en su calidad de co-fideicomisarias del Fideicomiso Revocable Douglas R. Tompkins, solicitaron la notificación del fideicomiso en razón de lo exigido por la ley de California, siendo una de las notificadas doña Summer Tompkins Walker, domiciliada en 15 Arguello Blvd. San Francisco, CA 94118.

Dentro de las estipulaciones contenidas en la notificación, se encuentra la siguiente cláusula 5°: “Usted no tendrá derecho a impugnar el fideicomiso luego de transcurridos 120 días contados desde la fecha de esta notificación hecha por los co-fideicomisarios a usted o 60 días desde la fecha en que una copia de las condiciones del fideicomiso le sea enviada por correo o personalmente entregada a usted en respuesta a su solicitud durante el periodo de 120 días, cualquiera sea el último.”

3.- Que conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Petición para determinar legítimas forzosas en bienes del trust e imponer trust implícito”, en inglés “Petition to determine forced heirship rights to trust property and to impose constructive trust”, se acredita que con fecha 17 de junio

de 2016, doña Summer Tompkins Walker interpuso demanda en contra de Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins, ante el Tribunal Superior del Estado de California para el Condado de Los Angeles. En su numeral 8° declara que “Los Administradores efectuaron la notificación en virtud de la sección 16061.7 del Código Testamentario el o alrededor del 18 de febrero de 2016. La Demandante entabla esta acción oportunamente dentro de 120 días de la fecha de entrega de esa Notificación”, solicitando en su parte petitoria lo siguiente: 1. Que resuelva que la legislación de legítimas forzosas del domicilio sudamericano del Difunto al momento de su fallecimiento se aplica a la repartición de algunos o todos los activos del Trust; 2. Que resuelva que la legislación de legítimas forzosas del domicilio sudamericano del Difunto al momento de su fallecimiento requiere que la Demandante herede una proporción mayor de los activos del Trust de la que se le asigna bajo los términos de la Modificación de 2012; 3. Que declare que las Demandadas mantengan los activos del Trust en trust implícito para beneficio de las personas con derecho a la partición de la masa hereditaria del Difunto y del Trust; 4. Sobre el pago de las costas de la Demandante; y 5. Respecto de aquellos demás mandamientos que el Tribunal pueda considerar justos y apropiados.” 4.- Que conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Objeciones verificadas a la demanda para determinar si bienes del trust están sujetos a las legítimas forzosas legales y para imponer un trust implícito”, en inglés, “verified objections to petition to determine

forced heirship rights to trust property and to impose constructive trust” se acredita que con fecha 21 de diciembre de 2016, las demandadas Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins contestaron la demanda opuesta en su contra por doña Summer Tompkins Walker, solicitando su total rechazo, fundado en síntesis, en que la ley aplicable al trust de Douglas Tompkins es la ley de California, tal como se expresó en el mismo documento, siendo improcedente las legítimas forzosas pretendidas.

5.- Que con conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Notificación de solicitud y solicitud de fallo sumario; y memorándum sobre las consideraciones judiciales y jurisprudencia de apoyo”, en inglés, “Notice of motion and motion for summary judgment, and memorándum of point and authorities in support thereof”, se acredita que con fecha 25 de mayo de 2017, las demandadas Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins solicitaron al Tribunal de California el pronunciamiento de un fallo sumario, de acuerdo a la ley del mismo estado.

6.- Que con conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Memorándum sobre consideraciones judiciales y jurisprudencia de la demandante en su oposición a la solicitud de fallo sumario de las demandadas”, en inglés, “petitioner’s memorándum of point and authorities in opposition to respondent motions for summary judgment”, se acredita que con fecha 03 de agosto de 2017, doña Summer Tompkins Walker presentó su oposición a la solicitud de fallo sumario ingresada por la parte demandada.

7.- Que conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Auto de notificación de fallo sumario”, en inglés, “order for entry of summary judgment”, se acredita que con fecha 25 de agosto de 2017 se notificó el fallo sumario dictado por la Corte Superior del Estado de California, por el cual éste

último accede a la solicitud de las demandadas, declarando “Que las Demandadas han presentado pruebas suficientes a primera vista de que la Demandante no puede probar elementos esenciales de la Demanda. La Demandante no presentó pruebas que establezcan que existen en su demanda asuntos enjuiciables respecto de hechos importantes controvertidos.”

Que es pertinente indicar en qué consiste el fallo sumario según la misma sentencia “La Corte tienen la autoridad de resolver una petición de fallo sumario de acuerdo con la Sección 437 c(a) del CPC, que dispone “Cualquier parte podrá petitionar por un fallo sumario si se alega que la acción no tiene mérito”. Luego dicho fallo citando precedente indica “ Al petitionar un fallo sumario, la demandada ha mostrado en general que una causa de acción no tiene mérito si se ha comprobado que uno o más de los elementos de la causa no se pueden establecer o que existe una defensa completa contra dicha causa de acción”

8.- Que con conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Notificación de apelación”, en inglés, “notice of appeal”, se acredita que la demandante doña Summer Tompkins Walker, interpuso recurso de apelación en contra del fallo que aprueba solicitud de fallo sumario, sin que exista antecedentes sobre el resultado de este recurso.

9.- Que con conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Solicitud de legalización de Testamento (Posesión efectiva-bienes del difunto)” y en inglés “Petition for probate”, se acredita que con fecha 08 de diciembre de 2017, doña Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins ingresaron ante la Corte Superior del Estado de California, una solicitud de legalización de testamento, respecto de la sucesión de Douglas R. Tompkins, declarando que el difunto falleció el 08 de diciembre de 2015 en Chile, que no fue residente de California y no dejó bienes en el condado de Los Ángeles (numeral 3° letra a), que el difunto vivía una vida nómada y no tenía residencia permanente. Las residencias indicadas a continuación fueron sus últimas “residencias” más frecuentes: Estancia Valle Chacabuco, Chile; departamento en el Fundo Amarillo, Chile; Estancia Socorro, Argentina; y Laguna Blanca, Argentina. (Numeral 3° letra c), anexándose copia del testamento del difunto de fecha 23 de marzo de 2012, declarándose en el anexo 3f (2) que “El original del Testamento está en poder del Tribunal de Herencias del Condado de Dutchess de Nueva York debido a que se ha iniciado en Nueva York un proceso de legalización de testamento porque se creía originalmente que no se había transferido una parcela al trust voluntario del Difunto al momento de su muerte. Después de más investigación, se encontró la evidencia de dicha transferencia al trust del Difunto. Por lo tanto, se puso término al proceso en Nueva York.”

10.- Que con conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Objeción de summer tompkins walker a la solicitud de legalización de testamento y auto de autorización de albacea; declaración de Matthew P. Lewis en apoyo de la misma”, en inglés, “Objection of Summer Tompkins Walker to petition for probate of will and for letters testamentary; declaration of Matthew P. Lewis in support thereof” se acredita que con fecha 20 de enero de 2018, doña Summer Tompkins Walker se opuso a la solicitud de legalización de testamento interpuesta por Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins.

11.- Que con conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Replica a la objeción de Summer Tompkins Walker, recurrente, a la solicitud de legalización de testamento y auto de autorización de albacea”, en inglés, “Reply to respondent Summer Tompkins Walker’s objection to petition for probate of will and for letters testamentary; and (2) declaration of Adam F. Streisand”, se acredita que con fecha 30 de enero de 2018, doña Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins rechazan la oposición presentada por Summer Tompkins a la solicitud de legalización del testamento de Douglas Tompkins.

12.- Que con conforme al documento acompañado por el articulista y traducido como “Dúplica de Summer Tompkins Walker a la réplica de la solicitante a las objeciones a la solicitud de legalización de testamento y auto de autorización de albacea”, en inglés, “Summer Tompkins Walker’s response to petitioner’s reply to objection to petition for probate and for letters testamentary”, se acredita que con fecha 08 de febrero de 2018 doña Summer Tompkins presentó sus observaciones a la réplica presentada por Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins, manteniendo su objeción a la solicitud.

13.- Copia sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de California, Estados Unidos, con fecha 28 de septiembre de 2018, en inglés, “In the court of Appeal of the State of California Second Appellate District Division Three”, la cual rechazó la apelación de la sentencia de fecha 25 de agosto de 2017 del fallo sumario dictado por la Corte Superior del Estado de California.

DUODÉCIMO: Que corresponde pronunciarse sobre el fondo de las excepciones dilatorias opuestas, siendo la primera la de incompetencia del tribunal. Como primera cuestión habrá que abordar, cuál ha sido el debate de las partes al respecto, ya que la actora sostiene que el Primer Juzgado de Letras de Puerto Varas es incompetente conforme a la norma del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales pues el causante nunca se domicilió en Chile y jamás abandonó su domicilio de California, E.E.U.U. por lo que no resulta aplicable el artículo 955 del Código Civil. Y que por último, el tribunal es incompetente por configurarse sumisión o prórroga de la competencia internacional, al haber optado la actora por demandar inicialmente en E.E.U.U.

Que por su parte la actora, sostiene que lo realmente planteado por su contendora es la falta de jurisdicción de los tribunales de toda una República, dado que la primera es una excepción dilatoria que busca la corrección del procedimiento, en tanto la segunda, es una excepción perentoria o de fondo, que busca impedir que la pretensión sea resuelta. Que solo se limitó a señalar al Estado de California como domicilio, sin señalarse qué tribunal sería competente y que aún en el evento de estimarse estar en presencia de una excepción de incompetencia, el domicilio del Sr. Tompkins fue en calle Klenner 299 de la comuna de Puerto Varas.

DÉCIMO TERCERO: Que conviene, además, tener claro los siguientes conceptos jurídicos para resolver la controversia procesal planteada. En este sentido, etimológicamente, la palabra jurisdicción deriva del latín *ius dicere*, que significa declaración del derecho, y dicha declaración (*dicere*) del derecho (*ius*) es relativa al juicio (*iudicium*) aplicable al caso concreto. Colombo Campbell, Juan. *La Competencia*. Ed. Jurídica de Chile. 2004. Segunda edición actualizada y aumentada. Pág. 37. En cuanto a un concepto legal, nuestro Código Orgánico no la define pero se refiere a los aspectos que comprende, ya que en el artículo 1° se establece que: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”. Igualmente, el artículo 5°, inciso 1°, del mismo cuerpo legal, previene que: “A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes”.

En base a lo anterior, la doctrina la ha definido como “el Poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República en cuya solución les corresponda intervenir”, Colombo Campbell, Juan. *La Competencia*. Ed. Jurídica de Chile.

2004. Segunda edición actualizada y aumentada. Pág. 45. Que a su turno, siguiendo a Couture “la competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción, pero un juez incompetente es uno con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez”, Colombo Campbell, Juan. La Competencia. Ed. Jurídica de Chile, 2004, segunda edición actualizada y aumentada, Pág. 86.

Que, así las cosas, no existe controversia en que la jurisdicción es un atributo de la soberanía, es una función del Estado cuyo ejercicio privativo corresponde a los tribunales de justicia, en tanto que la competencia es la parte de jurisdicción que concierne a cada tribunal. En base a lo anterior, las normas de ambas instituciones son de orden público y de derecho estricto, lo cual trae aparejado que no se pueden aplicar por analogía ni utilizar teorías o doctrinas al efecto. Lo contrario significaría permitir a cualquier tribunal avocarse al conocimiento de causas que la ley no ha colocado explícitamente en la esfera de sus atribuciones.

DÉCIMO CUARTO: Que a su turno, la nacionalidad se concibe en nuestro ordenamiento como un vínculo jurídico entre una persona y el Estado, del cual fluyen derechos y obligaciones recíprocos, no considerándose relevante los elementos culturales, raciales, religiosos u otros. Ribera Neumann, Teodoro. La nacionalidad chilena ante la jurisprudencia y la práctica administrativa. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Vol.101. Número 1, 2004, Pág.45292. En cuanto al ámbito de resguardo del Estado a quienes las poseen, se ha dicho que “Podemos expresar que el Estado debe a sus nacionales la protección de sus leyes y de sus instituciones jurídicas, debe concederles derechos políticos, darles garantías para el desarrollo de su personalidad y de sus actividades, asegurarles el acceso a las funciones públicas en condiciones de absoluta igualdad y prestarles, aun en el extranjero, el debido amparo. Por su

parte, el nacional debe acatar las leyes, respetar las instituciones nacionales, prestar servicios al Estado cuando éste lo requiera y concurrir en su defensa en caso de conflictos.”, Guzmán Latorre, Diego. Tratado de derecho internacional privado Ed. Jurídica de Chile. 2003. Pág., 98 y 99. En cuanto a la diferencia entre nacionalidad y ciudadanía siguiendo al mismo autor se señala que: “La nacionalidad, repetimos, es el vínculo jurídico y político que une a una persona con un Estado determinado. La ciudadanía, en cambio, es el conjunto de condiciones que el Derecho Público de un Estado exige para que sus nacionales puedan ejercitar derechos políticos dentro de él.” Guzmán Latorre, Diego. Tratado de derecho internacional privado. Ed. Jurídica de Chile. 2003. Pág 101.

DÉCIMO QUINTO: Que, por otra parte, no es controvertido que el domicilio, desde una perspectiva jurídica, forma parte del conjunto de los llamados derechos o atributos de la personalidad, esto es, de aquellas propiedades o características que son inherentes a toda persona como titulares con derechos y obligaciones. Y que como concepto, se encuentra definido en el artículo 59 del Código Civil que reza:

“El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil”. El artículo 60 agrega que “El domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere es o se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve la calidad de extranjero. La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional”, por su parte define el artículo 61 que “El domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado”.

DÉCIMO SEXTO: Que como se advirtió, la demandante sostiene que lo planteado ante el tribunal es la ausencia de jurisdicción. Al respecto, deberá necesariamente indicarse, que dicha excepción no guarda relación con lo planteado procesalmente, a saber, la excepción de incompetencia, aun cuando pudieren asemejarse en cuantos a sus efectos, no son lo mismo. En este sentido,

en este estadio procesal y siguiendo al profesor Alejandro Romero Seguel, quien a propósito de un análisis de un fallo de excepciones dilatorias de la Excelentísima Corte Suprema, caratulado Deutche Bank A. G. con Constructora Tribasa S.A, acerca de la forma cómo se debe alegar la falta de jurisdicción sostiene “Debería ser denunciada a través del amplio concepto de excepción procesal que reconoce el artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, por ser la Jurisdicción un presupuesto procesal y no una condición de la acción”. “Cuando se alega la falta de jurisdicción no niega la existencia del derecho de su adversario. sino que advierte sobre la carencia de un presupuesto procesal”. Romero Seguel, Alejandro. La Falta de Jurisdicción y su denuncia en el proceso: Las excepciones procesales y materiales. Revista Chilena de Derecho. 2004. Pág. 187. En consecuencia, teniendo presente que la demandada no invocó expresamente la excepción antes aludida, ni menos aún la alegó en conformidad a lo ya expuesto, no corresponde avocarse a ello. Sin perjuicio del análisis que se hará a continuación, de la normativa y argumentos invocados por la demandada sobre la incompetencia y la litis pendencia internacional.

En efecto, se sostiene por dicha parte que el tribunal no tiene competencia en mérito de lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil que señala “*La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados.*” Que a su turno, el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales reza: “*Será juez competente para conocer del juicio de petición de herencia, del de desheredamiento y del de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, el del lugar donde se*

hubiere abierto la sucesión del difunto con arreglo a lo dispuesto por el artículo 955 del Código Civil.

El mismo juez será también competente para conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado”.

DÉCIMO SEPTIMO: Que teniendo en cuenta el concepto de domicilio a que

se ha hecho referencia en el motivo 15° de esta resolución, corresponde dilucidar a qué domicilio se refieren estas normas de competencia, si al civil o al político, inclinándose por el primero, por los siguientes motivos: 1.-Por razones de interpretación sistémica y coherente de las reglas de competencia antes enunciadas, por cuanto de no ser así, resultaría que todos los tribunales de la República serían competentes, además, que no tendría lógica ni aplicación práctica, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 148 del cuerpo legal ya señalado. 2.-Que de la pretensión de la actora y las defensas de la demandada, se advierte que no se invocan derechos de índole político, ni de ningún derecho en particular, sino que privados o de naturaleza común y que en ese orden, el domicilio se encuadra dentro de un atributo de personalidad como se dijo en el motivo 15 ° de esta resolución. Lo que permite, descartar desde ya la importancia que se les da a la nacionalidad y ciudadanía del Sr. Tompkins, puesto que no se invocan ni se rechazan el ejercicio de derechos políticos dentro del Estado chileno, ni menos de algún derecho específico, como pudiera ser el tributario, donde importa la residencia, pero no distingue entre nacionales y extranjeros, ya que habla de personas, según lo dispone el artículo 8 N°8 del Código Tributario que reza: “Para los fines del presente Código y demás leyes tributarias, salvo que de sus textos se desprenda un significado diverso, se entenderá: N°8 por “Residente”, toda persona natural que permanezca en Chile más de seis meses en un año calendario, o más de seis meses en total dentro de dos años tributarios consecutivos”. Y artículo 2 del Código Tributario que señala: “En lo no previsto por este Código y demás leyes tributarias, se aplicarán las normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales”. Por lo anterior, resulta intrascendente jurídicamente para esta causa, toda aquella prueba relativa allegada al efecto, en especial, los pasaportes del Sr. Tompkins y el oficio del Departamento de Extranjería y Policía Internacional de la Policía de Investigaciones de Chile. 3.- Que la remisión efectuada por el Código Civil en su artículo 60, en cuanto a la constitución y efectos del domicilio político al Derecho Internacional, está claro que existe un vacío al respecto, por lo que corresponde utilizar la función integradora del derecho y aplicar la analogía de las normas del Código Civil sobre el domicilio civil. 4.- Que, además, por un argumento relativo a la historia fidedigna del establecimiento de la norma del artículo 955 del Código Civil que da cuenta el informe en derecho del profesor Domínguez en cuanto señala “Andrés Bello en nota al artículo 1113 del Proyecto Inédito (actual artículo 955) alude a Savigny, par.375, tomo 8, pág. 291 y transcribe lo que se dice allí:

“En general, el derecho de sucesión se regla según el derecho local del domicilio que tenía el difunto al momento de su muerte”.

Establecido lo anterior, habrá que indicar, además, que al respecto rigen las presunciones de domicilio que contempla el Código Civil y que de la prueba allegada al proceso, valorada para el solo efecto de establecer la competencia de este tribunal, habrá que indicar que en base a la copia de licencia de piloto privado emitido por la Dirección General de Aeronáutica Civil, la solicitud del causante para poder sufragar en las elecciones de Estados Unidos, las declaraciones del Sr. Tompkins en la entrevista radial a que se hace referencia en esta resolución y las declaraciones

expresas de sus abogados y de la demandadas, en los procesos denominados “petition for probate”, se aprecia ostensiblemente que no solo el elemento de residencia está presente, sino también aquel elemento psicológico denominado animus. Dejando en claro, que en todo caso, el mismo Código Civil en su artículo 67, admite expresamente la pluralidad de domicilios.

Que en este sentido, nada obsta a lo anteriormente asentado, el hecho que el causante sea extranjero y que mantenía visa de turista por todo lo ya dicho, también por igualdad ante la ley chilena y por motivos prácticos, ya que este sería el único caso en que un extranjero no pudiera en definitiva, ejercer un atributo de la personalidad inherente a toda persona en Chile, para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de sus derechos. Y dado el escenario migratorio de nuestro país, que es un hecho público y notorio, cada persona inmigrante aun cuando no reúna los requisitos de extranjería para permanecer o residir en el país, tiene un domicilio civil, dentro del territorio para el tráfico jurídico. Máxime, que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República e inclusive los extranjeros, como lo sostiene el artículo 14 del Código Civil y que el artículo 57 del mismo cuerpo legal sostiene: “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.”

DÉCIMO OCTAVO: Que en cuanto a la prórroga tácita de competencia alegada por la demandada, el tribunal la desechará en base a que no es preciso el hecho que la actora optó por demandar inicialmente en E.E.U.U. sino que como ya se ha dicho en el motivo 11°, con fecha 19 de febrero de 2016, doña Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins, en su calidad de co-fideicomisarias del Fideicomiso Revocable Douglas R. Tompkins, solicitaron la notificación del fideicomiso en razón de lo exigido por la ley de California, siendo una de las notificadas doña Summer Tompkins Walker, domiciliada en 15 Arguello Blvd. San Francisco, CA, para efecto de oponerse dentro de un plazo.

Además, que es un criterio uniforme tanto en la Jurisprudencia como en la doctrina que las normas relativas a la Jurisdicción y competencia, son de orden público y que no procede la aplicación de teorías de la doctrina, ya que es una manifestación de la Soberanía Nacional y que solo corresponde aplicar una excepción cuando exista una norma jurídica expresa que lo habilite. A mayor abundamiento, cabe recordar que es un hecho público y notorio que el Código de Bustamante, no fue suscrito ni ratificado por los Estados Unidos de Norteamérica y que no se puede aplicar como principio de derecho internacional a esta causa, por la prevención expresa de Chile al aprobarlo, que prescribe: “ante el derecho chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos chilenos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”.

DÉCIMO NOVENO: Que nada obsta a lo ya antes asentado respecto de esta excepción, la demás prueba allegada al proceso, ni los informes en derecho, puesto que como se ha dicho se ha privilegiado una interpretación sistemática y coherente del ordenamiento jurídico, las características propias de sus normas y que se ha

tomado en cuenta las declaraciones efectuadas por el causante y por sus abogados en actuaciones en el extranjero, donde expresamente se reconoce

como domicilio del Sr. Tompkins en Chile, calle Klenner 299 Puerto Varas.

VIGESIMO: Que en cuanto a la segunda excepción, se opone la de litis pendencia, consagrada en el artículo 303 N° 3 del Código de Procedimiento Civil.

Que al respecto, desde el punto de vista de nuestra legislación procesal, la jurisprudencia ha señalado que ella “tiene lugar cuando se promueve ante un tribunal el mismo negocio ya ventilado ante él u otro y, por consiguiente, supone

que hay identidad de partes, de objeto y de causa de pedir entre la primera y la segunda demanda; y su propósito es el de evitar que se dicten fallos contradictorios o incompatibles en desmedro de la buena administración de justicia, como el prevenir y resguardar la autoridad de la cosa juzgada” R.D.J., T. 78, sec. 2ª, pág. 184. Sus requisitos son, por consiguiente, la existencia de dos pleitos en coetánea tramitación -aun cuando sus respectivos estadios procesales no sean coincidentes- y, además, los mismos presupuestos que nutren el instituto de la cosa juzgada: identidad legal de partes, de objeto pedido y causa de pedir.

Incluso, en doctrina se suma a la anterior la denominada litis pendencia por conexidad, asociada al caso en que, pese a no concurrir la referida triple identidad, existe entre los juicios una relación tal que, siguiendo los términos reglados en el número 3 del artículo 92 del Código de Procedimiento Civil como hipótesis normativa del incidente de acumulación de autos, el fallo que se pronuncie en uno deba producir la excepción de cosa juzgada en otro.

Que en dicha virtud, se debe recordar los hechos establecidos en cuanto al contenido de los procesos incoados en E.E.U.U relatados en el motivo 11° de esta resolución, que se dan por reproducidos por economía procesal y que en Chile en la presente causa se han deducido cinco acciones: nulidad del testamento del señor Tompkins, reforma de ese testamento, petición de herencia, inoponibilidad de la estructura jurídica creada por el señor Tompkins, compuesta por el Trust y diferentes sociedades (levantamiento del velo) e indemnización de perjuicios.

Que, al efecto el tribunal no puede, dar por configurada la triple identidad aun cuando el análisis que se realiza no es de una equivalencia o correspondencia estricta, sino que deben tratarse a lo menos de acciones parecidas, puesto que lo obrado en dicho país, se puede clasificar en dos tipos de procesos. Uno denominado “solicitud de legalización de testamento” o “petition for probate”, que se asemeja a la posesión efectiva en Chile por ende de naturaleza voluntaria, el cual no tiene las características de un procedimiento declarativo, adversarial y contradictorio, donde no se ve afectada la cosa juzgada. A su turno, cabe destacar como en motivo 11° se dijo, que la acción de la demandante de esta causa denominada “Petición para determinar legítimas forzosas en bienes del trust e imponer trust implícito”, es provocada por la notificación de los fideicomisarios de conformidad al Código Testamentario de California, el cual establece un plazo para impugnar el fideicomiso,

cuya resolución se llevó a cabo en un procedimiento sumario dictado por la Corte Superior del Estado de California, por el cual éste último accede a la solicitud de las demandadas, declarando: “Que las demandadas han presentado pruebas suficientes a primera vista de que la demandante no puede probar elementos esenciales de la demanda. La demandante no presentó pruebas que establezcan que existen en su demanda asuntos enjuiciables respecto de hechos importantes controvertidos.” Y que tal como se dijo: “La Corte tienen la autoridad de resolver una petición de fallo sumario de acuerdo con la Sección 437 c(a) del CPC, que dispone: “Cualquier parte podrá petitionar por un fallo sumario si se alega que la acción no tiene mérito”. Y que dicho fallo citando precedente, indica: “Al petitionar un fallo sumario, la demandada ha mostrado en general que una causa de acción no tiene mérito si se ha comprobado que uno o más de los elementos de la causa no se pueden establecer o que existe una defensa completa contra dicha causa de acción” cuya apelación por parte de la demandante fue rechazada.

Por todo lo cual, es posible concluir que la excepción de litis pendencia, no se encuentra justificada desde que no se entró al fondo de la petición, sino que la causa finalizó por uno proceso previo (sumario) o de admisibilidad, con lo cual tampoco se corre el riesgo de sentencias contradictorias, máxime si las acciones presentadas en este tribunal exceden ampliamente lo discutido en Estados Unidos, a saber, el levantamiento de velo, indemnización de perjuicios. Lo contrario significaría que la judicatura, estaría trasgrediendo el principio de igualdad ante la ley y el acceso de la tutela judicial efectiva como manifestación del debido proceso, respecto de quien impetra una pretensión, cuyo conocimiento por ley expresa se encuentra en la esfera de competencia de este Tribunal.

VIGESIMO PRIMERO: Que por otro lado, la excepción en comento requiere pronunciamiento desde el punto de vista del derecho internacional privado o en otros términos, si en la especie procede la litis pendencia internacional o sumisión.

Al respecto, como ya se adelantó a propósito de la excepción de incompetencia y prórroga tácita de ésta, luego de dar un concepto Jurisdicción, se dijo que es una función pública y una manifestación de la Soberanía Nacional y que por ende las normas que la regulan junto a la competencia, son de orden público, a lo cual cabe agregar que ésta, se ejerce dentro del territorio de la República. En dicha virtud, lo planteado en esta excepción se aborda doctrinalmente a propósito de los límites territoriales de la jurisdicción, y siguiendo en este sentido al profesor José Quezada: “La base legal de este límite se encuentra en los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución Política y en los artículos 14 del Código Civil, 2° y 6° del Código Orgánico de Tribunales y en el *Código de Bustamante*. Este Código fue aprobado por Chile con la especial reserva de que “ante el derecho chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos chilenos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”. Indicando, además, “De acuerdo a esta reserva es una ley supletoria”, Quezada Meléndez, José. La Jurisdicción, Ediar Editores Ltda. pág. 77. En consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales chilenos

solo puede ser renunciado en casos excepcionales establecidos en la Constitución o la ley, incluyendo a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Y que cómo se sabe nuestro derecho interno carece de una norma relativa a la litis pendencia internacional o la sumisión, por lo que el único cuerpo legal de normas es el Código de Bustamante, donde nuevamente es útil recordar que Estados Unidos no es parte expresamente de dicho Tratado y tampoco puede ser utilizado como principios generales del derecho debido a la reserva expresa de Chile ya referida. Que en razón de los hechos asentados, las razones constitucionales y legales antes dichas, la demás prueba no altera lo ya asentado. Teniendo, además, presente que lo razonado guarda coherencia con lo expuesto por la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol 2147-2013, donde queda claro que es excepcional la renuncia de la Jurisdicción por los tribunales de justicia chilenos, en base a un tratado internacional que la contemple expresamente, por el principio de la inexcusabilidad del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales y que al igual que en este caso, las acciones demandadas exceden con creces lo obrado en E.E.U.U, la cual señala en lo pertinente: “*Décimo tercero: Que el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre adoptado el 1 de enero de 1990 por Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, promulgado por Decreto N° 257 de 1991 del Ministerio de Relaciones Exteriores, no contiene normas referentes a la jurisdicción de los países signatarios en materia de responsabilidad civil, como es la que se pretende hacer efectiva en autos. En efecto, se consideró para promulgar tal decreto: “Que el transporte internacional terrestre constituye un servicio de interés público fundamental para la integración y en la cual la reciprocidad debe entenderse como el régimen más favorable para optimizar la eficiencia de dicho servicio”. Por su parte el artículo 34 previene: “1. Las quejas o denuncias y la aplicación de sanciones a que dieran lugar los actos y omisiones contrarios a las leyes y sus reglamentaciones, serán resueltas o aplicadas por el país signatario en cuyo territorio se hubieren producido los hechos acorde a su régimen legal, independientemente de la jurisdicción a que pertenezca la empresa afectada o por cuyo intermedio se hubieren presentado las quejas o denuncias”.*

“2. La penalización de las infracciones que podrá llegar a la suspensión o caducidad del permiso deberá ser gradual, de aplicación ponderada y mantener la mayor equivalencia posible en todos los países signatarios”.

La disposición transcrita no alude a la jurisdicción en materia de responsabilidad civil, sólo se refiere a las infracciones administrativas que conforme con lo dispuesto por el artículo 58 del mismo acuerdo, en el caso de Chile, corresponde conocer al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, quien fue designado como organismo nacional competente para la aplicación del referido Acuerdo en su respectiva jurisdicción.

Décimo cuarto: Que, como se dijo, la jurisdicción es un atributo de la soberanía, es una función del Estado cuyo ejercicio privativo corresponde a los tribunales de justicia, en tanto que la competencia es la parte de jurisdicción que concierne a cada tribunal.

Refiriéndose a la jurisdicción el artículo 1º del Código Orgánico de Tribunales establece que: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar

lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”. Igualmente, el artículo 5°, inciso 1°, del mismo

cuerpo legal, previene que: “A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes”.

Décimo quinto: Que, en consecuencia, considerando a la jurisdicción como un atributo de la soberanía y teniendo en cuenta que en el caso en estudio se trata del supuesto incumplimiento de obligaciones contenidas en contratos de transporte terrestre celebrados en Chile, que causó perjuicios que deben ser indemnizados, no es dable sino aceptar la plena eficacia de la actuación de los tribunales chilenos para resolver los asuntos sometidos a su decisión, sin que el argumento dado por la demandada –que el supuesto incumplimiento ocurrió en la República de Bolivia– sea un elemento que permita, a un órgano que ejerce jurisdicción, excusarse de conocer los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan.

Décimo sexto: Que en estas condiciones, cualquiera sea la posición que se tenga respecto de la jurisdicción en materia de responsabilidad civil extracontractual, lo cierto es que en este caso también se dedujo demanda subsidiaria de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, fundada en el incumplimiento de los contratos de transporte terrestre celebrados en Chile, por lo que no cabe duda de que en lo que toca a esta acción corresponde su conocimiento a los tribunales nacionales.

Décimo séptimo: Que, conforme a lo anotado, al haberse decidido en la sentencia atacada acoger la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, se ha cometido el error de derecho denunciado por la recurrente, por equivocada interpretación de los preceptos legales invocados, específicamente del artículo 34 del Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre adoptado el 1 de enero de 1990 por Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, promulgado por Decreto N° 257 de 1991 del Ministerio de Relaciones Exteriores y artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, yerro que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en la medida que condujo a acoger la excepción referida y disponer que la acción debe ser invocada en el lugar donde ocurrieron los hechos, esto es, la República Plurinacional de Bolivia, motivo por el cual el recurso de casación de que se trata deberá ser acogido”.

VIGESIMO SEGUNDO: Que cuanto a la tercera y última excepción, esto es, corrección del procedimiento, del artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, respecto de todas las acciones deducidas por la actora en su demanda. A modo de resumen la demandada indica que la actora ha violado una serie de principios y normas fundamentales del derecho procesal, todos derivados del principio de buena fe, lo cual impediría que se de tramitación a un procedimiento vicioso, específicamente que se ha incurrido en “fórum shopping” y violado la teoría de los actos propios o “estoppel”.

Que al respecto, lo primero que se dirá es que la buena fe procesal al igual que la civil, se presume, haciendo extensivo lo descrito en el artículo 707 del Código Civil, por lo que en el caso concreto la carga de prueba recae en el articulista, ya que sostiene la existencia de conductas reñidas con ésta. Que entonces del análisis de la prueba allegada al proceso, en especial de la historia relatada en forma cronológica de cómo acaecieron y su tramitación los procesos incoados en Estados Unidos, ya indicados en el motivo 11° de este fallo, habrá que indicar que es insuficiente acreditar la existencia de actuaciones discordantes con la buena fe.

En cuanto a la doctrina del “forum shopping”, entendiéndolo que esta figura “surge en todas aquellas situaciones en que las partes proceden a situar la controversia en un foro que consideran favorable, por motivos de fondo o procesales”. Si el forum shopping, solo busca una optimización de las posibilidades a disposición de las partes, nadie cuestiona su licitud, como una manifestación de la autonomía de la voluntad. Por el contrario, si la selección de un foro de conveniencia vulnera la justicia procesal y crea una situación de desigualdad entre las partes, su licitud resulta cuestionable” Romero Seguel, Alejandro “la Falta de Jurisdicción y su denuncia en el proceso: Las excepciones procesales y materiales Revista Chilena de Derecho, año 2004 pág. 187.

Entonces, si se analiza al caso concreto, no guarda la debida correlación, desde que no existe un pacto entre las partes donde la autonomía de voluntad sobrepasa los límites de la buena fe y aun cuando se estimare aplicable, no se le puede calificar de fraude ya que como se dijo no se configura fácticamente, puesto que los motivos para demandar en Estados Unidos dicen relación con la “Notificación de los fideicomisarios de conformidad a Código Testamentario de California § 16061.7” en inglés “Notification by Trustees Pursuant to California probate code § 16061.7”, se acredita que con fecha 19 de febrero de 2016, doña Debra B. Ryker y Kristine MaDivitt Tompkins, en su calidad de co-fideicomisarias del Fideicomiso Revocable Douglas R. Tompkins, solicitaron la notificación del fideicomiso en razón de lo exigido por la ley de California, siendo una de las notificadas doña Summer Tompkins Walker, domiciliada en 15 Arguello Blvd. San Francisco, CA 94118, en la cual se le otorga explícitamente un derecho a impugnar el fideicomiso luego de transcurridos 120 días contados desde la fecha de esta notificación hecha por los co-fideicomisarios o 60 días desde la fecha en que una copia de las condiciones del fideicomiso le sea enviada por correo o personalmente entregada a usted en respuesta a su solicitud durante el periodo de 120 días, cualquiera sea el último.”, por lo que la actora inicia una acción legal en base a ello y esta se resuelve por medio de una especie de acción de admisibilidad denominada juicio sumario, por lo que no se ha entrado al fondo del asunto. En dicha virtud, fácticamente es solo aproximado, sostener que la actora demanda en Chile, después de haber optado y perdido en primera instancia en California, invocado

un supuesto domicilio chileno de su padre y que ello constituya un fraude procesal.

Todo lo cual, resulta a su turno aplicable a la teoría de los actos propios o “estoppel”, máxime, si es absolutamente discutible que ambas instituciones, en el caso concreto constituyan en nuestro derecho una sanción procesal que permita declarar

inadmisible una acción, cuando no es ostensible una conducta contraria a la buena fe y tampoco guarda vínculo con el tenor literal del artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, que indica que “En general las que se refieran a la corrección de procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida”, ya que el efecto querido por la demandada es evitar que se conozca el fondo.

Que, además, lo dicho posee la debida coherencia con la garantía constitucional del debido proceso, tal cual como lo describe el proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil, que contempla en su artículo primero: “Tutela jurisdiccional. Toda persona tiene derecho a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a un debido proceso en que se desarrollará en la forma y mediante los procedimientos reglamentados en este Código”.

Por último, no se debe olvidar que las sanciones son de derecho estricto y que siempre las partes en caso de acreditarse en el fondo, infracción a la teoría de los actos propios, tienen a salvo la condena en costas.

Que solo resta indicar, que en nada altera lo ya asentado, la demás prueba de la demandada, por no ser pertinente a este tema o bien porque no enerva los hechos ya acreditados.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República, artículos 303 N°1, 3 y 6 del Código de Procedimiento Civil, artículo 14, 57, 59, 955 y siguientes del Código Civil, artículos 1, 10, 148 del Código Orgánico de Tribunales, artículo 2 y 8 N°8 del Código Tributario, Código de Bustamante se declara:

I.- Que se rechaza la tacha opuesta en contra de la testigo doña Macarena Alicia Soler Wyss, sin costas.

II.- Que se rechaza la tacha opuesta en contra del testigo don Oscar Aitken Corral, sin costas.

III.- Que se rechazan las excepciones dilatorias deducidas por la parte demandada invocando los artículos 303 N°1, 3 y 6 del Código de Procedimiento Civil respecto de todas las acciones deducidas en el libelo.

IV.- Que no se condena en costas a la demandada por haber tenido motivo plausible para litigar.

Rol C 2261-2017

Dicto doña LORENA LEMUNAO AGUILAR, Juez Titular del Primer Juzgado de Letras de Puerto Varas.

En **Puerto Varas**, a **treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho**, se notificó por el estado diario, la resolución precedente.

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA

**LA VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.
EL SISTEMA CONTINENTAL, DE COMMON LAW
Y LOS MOVIMIENTOS DE ARMONIZACIÓN ENTRE AMBOS,
EDITORIAL THOMSON REUTERS, 1° EDICIÓN, 2018,
467 PÁGS. HERNÁN CORRAL TALCIANI.**

BALMACEDA HOYOS, JORGE¹

El libro que reseñamos encuentra su origen en la tesis doctoral que, escrita íntegramente en francés, fue defendida por el autor en la Universidad de Paris I (Panthéon-Sorbone), ante un distinguido tribunal del cual formó parte el profesor chileno Carlos Pizarro Wilson junto a destacados juristas galos como Grimaldi (Ciry) y Dupichot, en noviembre de 2017. De regreso en Chile, Balmaceda Hoyos siguió trabajando y junto con su actividad docente se propuso traducir y publicar como monografía lo que fuera su tesis doctoral, proyecto que fue acogido por la destacada editorial Thomson Reuters.

La monografía es un estudio del contrato de compraventa, y más específicamente de la compraventa de los bienes muebles que calificamos como mercaderías. Pero la verdad es mucho más que eso, es un análisis de derecho comparado en el que se contrasta el sistema del *common law* y el sistema de derecho civil, representado por el Código Civil francés (incluyendo la reforma del año 2016) y el Código Civil chileno. El autor enfrenta la interrogante principal que hace de columna vertebral de todo su trabajo, a saber, cuál de los dos sistemas ha predominado en los esfuerzos por armonizar el derecho de los contratos en Europa, principalmente a través de la Convención de Viena, complementada por los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales. Se da aquí la curiosidad, como muestra el libro, que un instrumento de *hard law* (el tratado de Viena) ha sido complementado o suplido por un instrumento de *soft law* sin fuerza jurídicamente obligatoria (Principios Unidroit).

Es indudable la pericia del autor para manejar fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales de cada uno de estos ordenamientos jurídicos, lo que le permite, gracias a una magnífica sistematización –heredera del mejor cartesianismo francés–, ir considerando similitudes y diferencias en las formas en que se regula el contrato de compraventa de mercaderías. Es cierto que este método genera reiteraciones que un espíritu severo podría reprochar, pero estamos seguros que esto le hará ganar favor entre los abogados, que no tienen tiempo para leer el libro de manera continuada, y se interesan por aspectos concretos; ellos podrán encontrar toda la información en el punto que consulten. Lo mismo puede decirse de los anexos que contienen una

¹ Doctor en Derecho Privado por la Universidad de la Sorbonne, Francia. LLM de Nottingham Law School, Inglaterra. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Mayor. Miembro ADIPRI.

transcripción de los Principios Unidroit (versión 2016), de la *Sale of Goods Act* inglesa de 1979, y de la Convención sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, la llamada Convención de Viena, de 1980, los que probablemente no sean útiles para los académicos, pero sí para los abogados de ejercicio práctico.

Muy útil es la referencia de múltiples casos de jurisprudencia inglesa, francesa, chilena y de otros países en los que se aplica la Convención de Viena, que el autor con frecuencia no sólo cita sino que examina pormenorizadamente.

La obra se compone de dos grandes partes, una dedicada a la exposición del tratamiento jurídico de la compraventa de mercaderías (nacional) en tres ordenamientos jurídicos: uno de *common law* (el inglés) y dos de tradición codificada (el francés y el chileno). Con este material de base, la segunda parte analiza los esfuerzos para la armonización del derecho contractual en materia de compraventa internacional de mercaderías, lo que hace con destreza y con un ingente acopio de fuentes.

La tesis que constituye el hilo central de la monografía es que en los esfuerzos de armonización del Derecho contractual y concretamente en la Convención de Viena han primado los elementos o instituciones propias del Derecho Civil codificado, de modo que, contrariamente a lo que se cree, el *common law* o sistema angloamericano ha influido en estos instrumentos de manera acotada y con menos impacto que su sistema rival.

Jorge Balmaceda encuentra en el principio de buena fe una prueba que confirma su tesis. Se trata de un principio propio del *ius civile*, y que es fuertemente resistido en el *common law*. En cambio, tanto en los Principios Unidroit como en la Convención de Viena (art. 7.1) ha sido ampliamente recepcionado, como también en la jurisprudencia de las Cortes Internacionales que aplican estos instrumentos. Se muestra igualmente que la ejecución forzada, que es mirada con recelo en el *common law* ha ganado un espacio importante en el régimen de la compraventa internacional de mercaderías.

Esto no quiere decir que no se encuentren también en estos instrumentos elementos propios del *Common Law* como el deber del acreedor de mitigar el daño recibido por el incumplimiento (*mitigation*), aunque –nota el autor– este deber bien podría ser considerado una forma de aplicación de la buena fe. Otros aportes angloamericanos son la resolución anticipada (Convención de Viena art. 72), el incumplimiento eficiente (Principios Unidroit 7.2.2), el derecho de *stoppage* del vendedor de las mercaderías en tránsito (Convención de Viena art. 71.2º) y el principio de continuidad (conservación) del contrato (*favor contractus*)

Sobre los “remedios” o medios de tutela de los intereses del acreedor ante el incumplimiento, siempre se sostiene que la gran diferencia entre *common law* y Derecho Civil codificado es que éste último prefiere el cumplimiento forzado mientras que en el primero se da prioridad a la indemnización de perjuicios en dinero. Balmaceda piensa que la importancia que se da al cumplimiento *in natura* en la Convención de Viena es otra prueba de la prevalencia del Derecho Civil por sobre los criterios anglosajones. Nuestra impresión es que la idea de la “pluralidad” de

medios de tutela que se observa en el Derecho uniforme de contratos especialmente en los Principios Europeos, en los Unidroit, en el Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR), y últimamente en la reforma al *Code*, obedece a una solución de compromiso entre ambos sistemas: así no se da prioridad a ningún medio tutelar, ni a la ejecución forzada ni a la indemnización, y ambos quedan a disposición del acreedor en la medida en que se cumplan sus propios requisitos. Con ello, la preferencia por el cumplimiento forzado, propio del Derecho Civil, ha sido también desechada por los instrumentos de armonización del Derecho contractual.

Es cierto que estamos ante una obra en la que prima la descripción informativa por sobre lo analítico, y en este sentido nos parece, tan provechoso como original, el cuadro comparativo de las principales materias que son tratadas en la obra, en el que figuran los tres ordenamientos principales, la Convención de Viena y los Principios Unidroit (pp. 349-343). Sólo podríamos reprochar, y a lo mejor el autor podrá hacerlo en las próximas ediciones de este libro, que las materias comparadas no estén listadas en orden alfabético para facilitar la búsqueda.

Como decíamos la obra es principalmente informativa como lo suelen ser los análisis de derecho comparado. Pero en ocasiones el autor explicita su opinión personal. Así sucede con el pacto de reserva de dominio y antinomia entre los arts. 680 y 1874 del Código Civil sobre la validez y eficacia del pacto de reserva de dominio, punto en el que el autor decididamente aboga por la validez del pacto porque se adapta a la evolución del Derecho extranjero, opinión que nos parece discutible por los riesgos de abuso que dicho pacto conlleva. Discrepamos también de la aseveración de que el Código Civil chileno distinga la fuerza mayor del caso fortuito dejando éste para los casos de hechos de la naturaleza. El art. 45 del Código hace sinónimos, para efectos de su definición, los términos de caso fortuito y fuerza mayor.

Pensamos que uno de los principales aportes de Jorge Balmaceda con este libro es mostrar como se hace un estudio de derecho comparado serio y metodológicamente competente. Es realmente triste ver en artículos o libros, a veces de muy prestigiados académicos, secciones que se titulan “Derecho comparado” y que contienen una mera transcripción de normas de Códigos o leyes de 10, 15 o 20 ordenamientos sin criterio de selección visible y sin que se vea utilidad alguna para lo que el autor sostiene en el resto del libro o artículo. Esos son remedos del método jurídico comparativo y no llegan más que a una exposición de normas legales de fuente externa. El derecho comparado no es un ordenamiento legal; es una disciplina jurídica y un método específico que tiene sus reglas y sus características.

Para que haya un estudio de derecho comparado debe primero justificarse la selección de los ordenamientos que formarán el objeto de la comparación, los que debieran ser pocos, no más de tres o cuatro, y tratando de que cada uno de ellos sea representativo de un universo mayor. La comparación debe hacerse no sobre lo que dicen las normas legales o reglamentarias, sino en cómo éstas son aplicadas por la jurisprudencia, la doctrina y la cultura jurídica en general. Por ello es imprescindible dominar las lenguas en las que se expresa cada legislación. Finalmente, no basta con una mera transcripción, sino que deben obtenerse resultados de la comparación, sosteniendo

conclusiones relevantes y novedosas que el análisis comparativo ha permitido extraer. Todo esto podemos encontrarlo en la monografía de Jorge Balmaceda, que viene así a enriquecer nuestra literatura jurídica en un ámbito jurídico disciplinar que, lamentablemente, ha sido hasta ahora muy poco desarrollado. No obstante, puede coincidirse con lo señalado por Carlos Pizarro en el prólogo del libro, en el sentido de que la conclusión de la primacía del Derecho civil codificado por sobre el *Common Law* parece ser sostenible en cuanto a las normas y su origen, pero no cuando se examina el ethos cultural en el que se aplican, ya que, por obra de la globalización, el sistema latino codificado en la práctica está siendo cada vez más permeado por los criterios y modos de hacer del sistema angloamericano. Esto resulta evidente en la forma en la que se redactan los contratos entre grandes empresas incluso en nuestro propio país.

Así y todo, es notable que un joven abogado se haya sumergido por varios años en los estudios de doctorado y con un resultado tan provechoso, como lo es la obra que comentamos. Su calidad le ha merecido además ser publicada en su idioma original en Francia, por Editions L'Harmattan, con el título *La vente de marchandises dans les systèmes de droit civil et de common law*, en julio de 2019.

Jorge Balmaceda Hoyos se inserta así en la lista de egregios profesores de Derecho Civil que han hecho sus estudios doctorales en la patria del *Code Napoléon*: Jorge López Santa María, Ramón Domínguez Águila y el mismo Carlos Pizarro Wilson. No cabe sino albergar las mejores esperanzas de su futuro como jurista y estudioso no sólo de Derecho Civil, sino también de Derecho Comparado y, por cierto, de Derecho Internacional Privado.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO. LEYES, TRATADOS Y JURISPRUDENCIA. EDITORIAL THOMSON REUTERS, 1° EDICIÓN, CTUBRE DE 2018, 721 PP. SAMY HAWA.

PICAND ALBÓNICO, EDUARDO¹

Considerando el frugal registro de los últimos años en la producción de obras especializadas en Derecho Internacional Privado en nuestro país, el libro del profesor Eduardo Picand Albónico representa una bocanada de aire fresco para el estudio de la disciplina en Chile. No debe pensarse que lo que acabamos de señalar persigue hacer un guiño al autor, sino que constituye la expresión de nuestro convencimiento, propósito que pretendemos justificar desde la exposición de las aristas que pasamos a detallar.

Lo primero en que repara el lector, es la magnitud del esfuerzo desplegado para su materialización, pudiendo apreciarse a simple vista que se trata de un trabajo de varios años, tal como se explicara en la presentación del libro efectuada en abril de este año en la Universidad de Chile, la obra obedeció a un esfuerzo del autor de más de una década, el cual comprendió no solo actividades de recopilación de normas e información, sino que también un arduo proceso de catalogación normativa, de análisis comparativo y de búsqueda de jurisprudencia pertinente a las diversas secciones que contempla la obra.

En segundo lugar, es necesario señalar que este libro aborda uno de los aspectos más controversiales y criticados del Derecho Internacional Privado, que es justamente su falta de sistematización y la dispersión de su normativa; al respecto, nos asiste una profunda convicción de que en esto estriba su relevancia. De hecho en sus 721 páginas el lector puede apreciar una compilación exhaustiva, no nos atrevemos a decir completa, pero solo en función de la normativa que pudiera haberse promulgado desde la publicación del libro. En otras palabras, se trata de una sistematización, suerte de codificación de todas las normas y tópicos conocidos del Derecho Internacional Privado en nuestros diversos cuerpos normativos, comprendiendo todos los escalones de la pirámide de Kelsen. De aquí que integre normas de rango constitucional, de ley común, tratados internacionales, así como de corte administrativo, etc.. Con todo, la valía de la compilación no se limita en aquello, pues adicionalmente se apoya o complementa en una sección de derecho comparado, que la enriquece aún más.

Otro aspecto que no podemos dejar de destacar, lo hacemos en nuestra condición de profesores de la cátedra de Derecho Internacional Privado, y consiste en que el libro nos ha dotado de una herramienta docente de incalculable mérito, que ya estamos utilizando en el ramo de 5° año en la Universidad de Talca. Desde esta tribuna tan

¹ Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI). Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile. LLM Universidad de California, EE.UU..

relevante a la que se nos ha invitado a participar, instamos a nuestros pares, a valorar la obra y a visualizar su relevancia en el plano docente, pues denota que su autor no solo ejerce la profesión desde la primera línea de batalla, sino también, desde el pupitre del maestro.

Dicho lo anterior, no vaya confundir el lector el párrafo precedente con el hecho de que el libro es idóneo exclusivamente para la enseñanza del ramo, nada más alejado de la realidad, la obra del profesor Picand Albónico es una herramienta de incalculable valor para aquel profesional que requiere de manera simple, rápida, pero efectiva y completa, la remisión de ciertas normas, principios, comentarios y jurisprudencia relacionada con cuestiones del Derecho Internacional Privado que pudiere necesitar para su labor cotidiana, tanto en sede nacional como internacional, tanto en materia privada, como cuestiones públicas.

En cuanto al contenido del texto podemos decir lo siguiente:

El libro se divide en dos partes, la primera denominada “Legislación Chilena”, contiene ocho capítulos, comenzando el primero con un completo catastro de normativa nacional relacionada con la materia que nos convoca, y luego, los siete capítulos restantes, cada uno de los cuales desarrolla temas de relevante interés, los que siempre van introducidos con jurisprudencia, aquella es siempre reciente y atingente, demostrando dicha compilación una preclara visión de las reales necesidades del lector, desconocemos si por la empatía propia que profesa el autor respecto de sus pares que se dedican a esta rama del derecho, o bien, por la obvia necesidad de hacerlo de manera impecable siguiendo el rumbo trazado desde sus épocas de estudiante; sea cual sea la razón, no puede haber caído en suelo más fértil y haber alcanzado un mejor resultado.

Dentro de la primera parte, el capítulo II “Legislación Aplicable” se divide en varias secciones -18 en total- entre las cuales, se abordan temas tan variados, pero a la vez tan indispensables como: el Principio de la Territorialidad, Contratos Internacionales, Obligaciones Extracontractuales, Propiedad industrial e intelectual, Lex Mercatoria, ente varios otros. Cada una de estas secciones, contiene el catálogo de la dispersa normativa asociada al tema en cuestión, lo que significa un enorme aporte en cuanto a la facilidad con que el lector podrá encontrar en un solo lugar la dispersa normativa, ahorrando el usuario tiempo valioso, que podrá emplear en otras tareas y que hasta la publicación de este libro, se debía realizar en forma individual a través de bibliotecas y buscadores online.

El Capítulo III, se refiere al complejo asunto del Reconocimiento Internacional de Actos y Decisiones, comenzando con una precisa selección de jurisprudencia relacionada, para finalizar con la enunciación y reproducción de la normativa existente en nuestro ordenamiento a este respecto. Al igual que el resto de los capítulos, el volumen de la información obtenida y reproducida es el adecuado. No sucede en este libro lo que a veces observamos, en el sentido de percibir que un autor intenta en forma artificiosa abultar su producción, haciendo muchas veces tediosa la lectura de tal o cual temática; en este caso concreto, percibimos una proporcionalidad de

contenido muy adecuada, cuando debe analizarse exhaustivamente un tópico, el libro lo hace y cuando no es necesario, no tiene reparo alguno en señalarlo y remitirse a otras obras, ello demuestra la sapiencia del autor, que no es nuevo en estas lides y su pluma experta se trasunta en la amena lectura de cada capítulo, como el que estamos reseñando.

El Capítulo IV de la primera parte del libro, se refiere a Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Mercantil, cuenta con tres secciones, entre las cuales, hemos necesariamente de mencionar y recomendar la relacionada con Sustracción Internacional de Menores y la de Insolvencia Transfronteriza, se trata de temáticas contemporáneas en pleno desarrollo, donde por lo mismo, no existe abundante bibliografía, en ese sentido el profesor Picand Albónico acierta una vez más al entregarnos la catalogación sistematizada de las normas relacionadas con estos temas, lo que se agradece y desde luego se aprovechará. También es interesante reparar en la línea de que parte de la doctrina señala con mayor o menor convicción que se trata de materias ajenas al Derecho Internacional Privado, por contener cuestiones más bien de orden público, lo que no compartimos, pero que nos advierte que el autor no elude temas polémicos o complejos buscando el pleno consenso o aceptación y ello, a nuestro juicio, otorga aún más valor al trabajo contenido en su obra.

El Capítulo V sobre Arbitraje Comercial Internacional y VI sobre Derecho Registral Internacional, resultan muy equilibrados, pues tal como se ha explicado previamente, el autor entiende que se trata de materias donde a diferencia de otras, sí existe doctrina profusa, y en virtud de ello, centra su aporte en la jurisprudencia reciente que ha detectado, lo que evidencia que se trata de una obra bien pensada desde su concepción, pero también, desde su materialización; el lector puede, por tanto, encontrar la normativa pertinente y la jurisprudencia relacionada de manera fluida y amena.

El Capítulo VII sobre Funciones Consulares y Derecho internacional Privado, es del todo original, pudiendo encontrarse en reglamentos emanados de organismos públicos, pero rara vez tratados en un libro, por el solo hecho de haberlo integrado a su obra, vaya para el autor nuestra felicitación; algo parecido podemos señalar respecto del Capítulo VIII sobre el Proceso Civil Internacional, pues viene ilustrado con una destacada Sentencia del año 2013 de la E.CS, que recomendamos al lector verificar, porque demuestra de manera preclara, la asertividad de la inserción de jurisprudencia en cada capítulo del libro. Lo anterior no es algo menor, ya que muchas veces se entiende que agregar sentencias es simplemente una suerte de requisito o exigencia editorial, no apreciándose un trabajo fino de compaginación de temas y fallos, nada más alejado de la realidad en este caso.

La Primera parte antes reseñada, finaliza en la página 395 y a renglón seguido comienza la segunda parte, sobre Tratados Internacionales, la que a su vez cuenta con once capítulos; puede observarse que el libro es balanceado y equilibrado, sus partes no compiten entre sí, ninguna es más importante que la otra, más bien forman un todo armónico en lo cualitativo y también en lo cuantitativo, según se desprende

de la extensión de cada una; lo dicho, manifiesta una vez más, que se trata de un trabajo de excepción.

Los capítulos de la 2ª parte se develan de la siguiente forma al lector, Capítulo I Derecho Internacional Privado, Capítulo II Competencia Judicial internacional, Capítulo III Arbitraje Comercial internacional, Capítulo IV Derecho Internacional Privado de Familia, Capítulo V Contratos internacionales, Capítulo VI Títulos de Crédito, Capítulo VII Reconocimiento internacional de Licencias de Conducir, Capítulo VIII Derecho Extranjero, Capítulo IX Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Mercantil (2 secciones), Capítulo X Proceso Civil Internacional y Capítulo XI Reconocimiento Internacional de Títulos Profesionales, este último es imperdible para el lector, porque debe ser la única recopilación en la materia que existe en Chile.

En general la segunda parte del libro hace una entrega ordenada y sistemática de gran cantidad de normativa internacional, ordenada por materias y de sencilla consulta, transformando al libro en fuente inagotable de información de derecho positivo nacional vinculado a tratados internacionales en materia de Derecho Internacional Privado, y solo podemos reflexionar al constatar la gran cantidad de normativa, que el alcance del trabajo del Profesor Picand Albónico no solo fue extenso en el tiempo sino que además en las materias y sistemas jurídicos que abarcó. Creemos que la obra, con toda propiedad puede constituirse en una pieza de valor allende las fronteras de Chile, y si algún colega en el extranjero desea ver la situación del Derecho Internacional Privado en Chile, no tiene que buscar mucho, este libro está diseñado para ello, para dar al lector una carta sinóptica completa, fácil de entender, y a la vez profunda cuando debe serlo, de la situación que vive esta rama del derecho que apasiona y convoca a muchos abogados sin importar en qué lugar del mundo se encuentren.

A modo de corolario compartimos con ustedes una pequeña reflexión: El conocimiento es base importante de todo logro personal, profesional y docente, nuestras mentes ávidas de ese brebaje, lo buscan con ahínco, pero muchas veces no sabemos cómo aproximarnos a él, las fuentes son variadas y muchas veces inadecuadas; pues bien, entre el variopinto cúmulo de libros, resulta obligatorio hacer un lugar a éste, aseguramos que vuestro conocimiento será recompensado con un elixir muy refinado y añejado como el mejor vino nacional.

Finalmente, deseamos buena mar y viento a un largo al Profesor Eduardo Picand Albónico, esperamos que nos vuelva sorprender más temprano que tarde con un nuevo trabajo en este hermoso periplo, llamado Derecho Internacional Privado.

NOTICIAS

**MINISTRO DE JUSTICIA Y SECRETARIO GENERAL DE
UNIDROIT INAUGURAN LAS V JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN
CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

UNIVERSIDAD LOS ANDES, SANTIAGO DE CHILE

NOVIEMBRE DE 2018

Con el objetivo de estudiar el anteproyecto de la Ley Chilena de Derecho Internacional Privado que está preparando ADIPRI en conjunto con el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y la Excm. Corte Suprema de Justicia, se reunieron especialistas, académicos y profesionales en las V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, que en esta ocasión se llevaron a cabo en Santiago, con la Universidad de los Andes como anfitriona.

Las palabras de bienvenida estuvieron a cargo del Ministro de Justicia, Hernán Larraín; del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, José Ignacio Martínez; de Eduardo Picand, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y Eduardo Vescovi, Presidente de la Asociación Americana de Derecho Privada (ASADIP).

Las Jornadas contaron con la clase magistral de Ignacio Tirado, Secretario General de UNIDROIT, quien expuso acerca de *“La Contribución de UNIDROIT al Desarrollo del Derecho Internacional Privado mundial”*.

PROGRAMA

V Jornadas de Derecho Internacional Privado

16 DE NOVIEMBRE DE 2018, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

9.00 - 9:20 Saludo Decano UANDES y Pdte. ADIPRI

9.20 - 9:30 Saludo Ministro de Justicia Sr. Hernán Larraín

9:30 - 9:40 Prof. Eduardo Vescovi, Presidente Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, ASADIP.

9.45 - 10:25 Clase Magistral: La contribución de UNIDROIT al desarrollo del Derecho Internacional Privado mundial. Prof. Ignacio Tirado, Secretario General UNIDROIT (Roma)

10.30 - 10.50 Café

10.50 PRIMER PANEL

Ponencia: “*Competencia judicial internacional: foros de competencia*” (10:50 a 11:15). Prof. Pablo Cornejo.

Comunicaciones

11.15-11.25 Pactos de elección de foro. Prof. Raúl Campusano

11.25-11.35 Medidas precautorias y proceso civil internacional: Prof. Alejandro Romero

Preguntas

11.50 SEGUNDO PANEL

Ponencia: “*Derecho aplicable a la persona, relaciones de familia y sucesiones*” (11.50 a 12:10). Prof. Ignacio García

Comunicaciones

12.10-12.20 Residencia habitual y estatuto personal. Prof. Carlos Villarroel

12.20-12:30 Reconocimiento internacional de las sociedades. Prof. Elina Mereminskaya

12.30-12:40 Sucesiones. Prof. Milenko Bertrand-Galindo

12.40-12.50 Matrimonio. Prof. Gabriel Villarroel

Preguntas

13.10-15.00 Receso

15.00 TERCER PANEL

Ponencia: “*Derecho aplicable a las obligaciones y a los bienes*” (15.00-15.20). Prof. M. Ignacia Vial

Comunicaciones

15.20-15.30 Cláusulas de elección de ley en contratos internacionales. Sr. Francisco Aninat

15.30-15.40 Ley aplicable en ausencia de elección. Srta. Camila Quintana.

15.40-15.50 Obligaciones extracontractuales. Prof. Pía Moscoso

15.50-16.00 Bienes y derechos reales. Srta. Dione Meruane

Preguntas

16.10-16.20 Café

16.20 CUARTO PANEL

Ponencia: “*Reconocimiento de Actos y Decisiones extranjeras y Cooperación Jurídica Internacional*” (16:20 a 16:40). Prof. Eduardo Picand

Comunicaciones

16.40-16.50 Reconocimiento de sentencias arbitrales y ordinarias extranjeras en Chile. Prof. Florencio Bernal

16.50-17.00 Exhortos internacionales. Sra. Francisca Termini

17.00-17.10 Sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Juez Enlace Conferencia de la Haya. Sr. Hernán López Barrientos

Preguntas

17.20 Presentación de nuevo ejemplar de Revista de ADIPRI

17.30 Clausura



En la fotografía de izquierda a derecha: Ignacio Tirado (Secretario General UNIDROIT), Eduardo Picand Albónico (Presidente ADIPRI), María Ignacia Undurraga (profesora investigadora de la Universidad de los Andes) y Hernán Larraín (Ministro de Justicia).



En la fotografía de izquierda a derecha: Hernán Larraín (Ministro de Justicia), José Antonio Guzmán (Rector de la Universidad de los Andes), José Ignacio Martínez (Decano Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes) y Eduardo Vescovi (Presidente ASADIP).



Público presente en las V Jornadas de Derecho Internacional Privado.
Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.



En la fotografía de izquierda a derecha: Ignacio García (Vicepresidente ADIPRI), Eduardo Picand Albónico (Presidente ADIPRI), Hernán Corral (profesor Universidad de los Andes), Hernán Larraín (Ministro de Justicia) y Claudio Troncoso (Director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile).

UNIVERSIDAD DE CHILE, ADIPRI Y AMEDIP ORGANIZAN Y TRANSMITEN POR VIDEOCONFERENCIA SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

UNIVERSIDAD DE CHILE, SANTIAGO DE CHILE

MARZO 2019

El pasado 25 y 26 de marzo se realizó con éxito el Seminario de Derecho Internacional Privado de Familia, organizado por ADIPRI, Universidad de Chile y el Poder Judicial de México, y cuyo objeto fue analizar los grandes temas del Derecho de Familia y su impacto transfronterizo. Así, en la jornada se trataron tópicos como la sustracción internacional de niños, niñas y adolescente, la adopción internacional, el reconocimiento transfronterizo de la maternidad subrogada, los matrimonios poligámicos y sus efectos en el extranjero, sucesiones internacionales, entre otros.

La actividad contó con exposiciones de profesores y jueces de México, República Dominicana, Venezuela, Argentina y Chile, viajando un total de 13 profesores y jueces a la capital chilena. Asimismo, se realizaron ponencias profesores y jueces mexicanos desde la Escuela de Formación de Jueces (México) que fueron transmitidas por videoconferencia a nuestro país.

El Seminario contó con el patrocinio del Colegio de Abogados de Chile; la Barra Mexicana de Abogados; la Universidad Nacional Autónoma de México y el Poder Judicial de México. También participó el Poder Judicial de Chile, autorizando que el Juez de Enlace de la Conferencia de La Haya sobre Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, participara en este evento, dando publicidad al interior del PJUD.

PROGRAMA

Seminario de Derecho Internacional Privado de Familia

25 y 26 de marzo de 2019. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

09:00 – 09:30 Acreditación

09:30 – 10:00 Palabras de apertura: Pablo Ruiz-Tagle (Decano Facultad de Derecho, Universidad de Chile), Eduardo Picand Albónico (Presidente ADIPRI), Juan Carlos Guerrero Valle (Presidente AMEDIP), Claudio Troncoso Repetto (Director departamento derecho internacional, Universidad de Chile).

PANEL 1: APROXIMACIÓN AL DIPRI DE FAMILIA

10:00 – 10:15 “La Convención sobre Derechos del Niño y su recepción en el Derecho chileno”, Claudio Troncoso Repetto.

10:15 – 10:30 “Hacia un Código nacional de procedimientos civiles y familiares en México, la solución para afrontar con uniformidad las relaciones familiares internacionales dentro de un Estado Federal”, Juan Carlos Guerrero Valle.

10:30 – 10:50 *Preguntas*

10:50 – 11:10 *Café*

PANEL 2: LA FAMILIA EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO

11:10 – 11:25 “Los acuerdos de unión civil en el Derecho Internacional Privado Chileno”, Pablo Cornejo Aguilera.

11:25 – 11:40 “Los regímenes patrimoniales matrimoniales en el actual DIPRI chileno y propuesta de la nueva Ley”, María Ignacia Vial Undurraga.

11:40 – 11:55 “Análisis crítico de la jurisprudencia chilena sobre exequátur de divorcios extranjeros”, Cristián Lepin Molina.

11:55 – 12:10 “El reconocimiento del matrimonio poligámico en México y su impacto en el orden público como estado federal”, Elí Rodríguez Martínez.

12:10 – 12:40 *Preguntas*

12:40 – 14:00 *Receso Almuerzo*

PANEL 3: EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA

14:00 – 14:15 “Sentencia 1187 del TSJ Venezolano: Reconocimiento y validez formal de actos jurídicos celebrados en el extranjero, en un caso de doble filiación materna con ocasión de maternidad subrogada”, Ingrid Araque Sayago.

14:15 – 14:30 “Adopción Internacional” José Roberto de Jesús Treviño Sosa.

14:30 – 15:00 *Preguntas*

15:00 – 15:30 *Café*

PANEL 4: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN JUEGO

15:30 – 15:45 “Origen y evolución del Convenio de 2007 de la Haya, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia”, María Elena Mansilla y Mejía.

15:45 – 16:00 “Protocolo de atención a niños, niñas y adolescentes no acompañados solicitantes de refugio”, Marcela Prieto Bravo.

16:00 – 16:15 “Obtención internacional de alimentos”, Eduardo Picand Albónico.

16:15 – 16:30 “El derecho de relocalización internacional de niños, niñas y adolescentes”, Daniela Horvitz Lennon.

16:30 – 17:00 *Preguntas y cierre de jornada*

25 y 26 de marzo de 2019. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

PANEL 5: REFORMA EN EL DIPRI DE FAMILIA

11:00 - 11:15 “¿Sustractor (a) o protector (a)? Una mirada real de quien ha vivido este proceso.” Maite Ayerdi Retamales.

11:15 – 11:30 “Derecho aplicable a la sucesión intestamentaria internacional”, Humberto Espinosa de los Monteros Sánchez.

11:30 –11:45 “Los Derechos Humanos de los adultos mayores”, Zulema Delia Wilde.

11:45 – 12:15 *Preguntas*

12:15 – 14:00 Almuerzo

PANEL 6: COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE FAMILIA

14:00 – 14:15 “Aplicación práctica en Chile de la Convención de Aspectos Civiles del Secuestro de niños”, Hernán López Barrientos.

14:15 - 14:30 “El perfil del iusprivatista en materia familiar”, Leonel Pereznieta Castro.

los litigios sobre asuntos familiares internacionales”, María Virginia Aguilar.

14:45 – 15:00 “La cooperación judicial internacional hoy: avance de las comunicaciones directas en procesos de familia”, Carolina Harrington.

15:00 - 15:15 “La aplicación oficiosa del derecho extranjero como garantía del principio de tutela judicial efectiva: análisis desde la perspectiva del sistema interamericano”, Carlos Enrique Odriozola Mariscal

15:15– 16:00 Preguntas y cierre de Seminario Claudio Troncoso Repetto y Sergio Javier Medina Peñaloza.



En la fotografía de izquierda a derecha: Eduardo Picand Albónico (Presidente ADIPRI), Pablo Ruiz – Tagle (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), Claudio Troncoso (Director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile) y Juan Carlos Guerrero (Presidente AMEDIP).



Comunicación en vivo entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Escuela de Formación de Jueces en México.



Público asistente en Escuela Judicial de México (25 de marzo de 2019).



Público asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (25 de marzo de 2019).

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

INCOTERMS 2020

SEPTIEMBRE DE 2019

INCOTERMS 2020

THE NEXT ITERATION OF
INTERNATIONAL
TRADING TERMS



La Cámara de Comercio Internacional (ICC) ha presentado las reglas Incoterms 2020, reconocidas mundialmente como los términos comerciales para la compraventa de mercancías.

Más accesible y de más fácil uso, las reglas Incoterms 2020 incluyen notas explicativas con gráficos que ilustran mejor las responsabilidades de los importadores y exportadores para cada regla.

A su vez, la introducción de las reglas Incoterms 2020 también incluye una explicación detallada sobre cómo elegir la regla más apropiada en función de la operación comercial, o cómo un contrato de compraventa puede interactuar con otros contratos auxiliares.

UNIVERSIDADES CHILENAS PARTICIPAN EN LA XII VERSIÓN DE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

ASUNCIÓN, PARAGUAY

SEPTIEMBRE 2019



La XII Competencia Internacional de Arbitraje, se realizó entre los días 17 y 23 de septiembre de 2019, contando con la participación de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Universidad de Chile; Universidad Adolfo Ibañez; Universidad Alberto Hurtado y la Universidad de Concepción

La Competencia, que nació como una iniciativa de la Universidad de Buenos Aires y a la cual luego se sumó, como co-organizadora, la Universidad del Rosario de Bogotá, busca ser una eficaz herramienta para la enseñanza y el entrenamiento del arbitraje a los futuros abogados a través de un formato competitivo, donde los estudiantes defienden ambas posiciones en un caso creado especialmente para la ocasión.

El equipo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, logró ganar la XII versión de la Competencia Internacional de Arbitraje (2019).

**ADIPRI FIRMA
CONVENIO DE COOPERACIÓN CON AMEDIP**

SANTIAGO DE CHILE

MARZO 2019



En la fotografía de izquierda a derecha: Eduardo Picand Albónico (Presidente ADIPRI) y Juan Carlos Guerrero (Presidente AMEDIP).

Tras una exitosa jornada en el Seminario de Derecho de Familia realizado por la Universidad de Chile en conjunto con ADIPRI y la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y comparado (AMEDIP), se firma convenio de cooperación para actividades de difusión, extensión e investigación de las diversas áreas del Derecho Internacional Privado.

**ADIPRI FIRMA
CONVENIO DE COOPERACIÓN CON EL CENTRO DE
ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE
SANTIAGO (CAM SANTIAGO)**

SANTIAGO DE CHILE

JUNIO DE 2019



En la fotografía de izquierda a derecha: Hernán Chadwick Piñera (Presidente CAM Santiago) y Eduardo Picand Albónico (Presidente ADIPRI).

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) y ADIPRI acuerdan convenio de cooperación interinstitucional para actividades de difusión, extensión e investigación de las diversas áreas del arbitraje y del Derecho Internacional Privado.

ADIPRI FIRMA CONVENIO DE COOPERACIÓN CON UNIDROIT Y ASADIP

SANTIAGO DE CHILE

NOVIEMBRE DE 2018

Al término de las V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, ADIPRI firma convenio de cooperación interinstitucional con el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en busca de avanzar en análisis de estándares internacionales en el área del Derecho Internacional Privado.

A su vez, en la misma oportunidad, ADIPRI firma convenio de cooperación académica con la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) con el fin de expandir y proveer una educación de alta calidad.



En la fotografía de izquierda a derecha: Eduardo Picand Albónico (Presidente ADIPRI), Ignacio Tirado (Secretario General UNIDROIT) y Eduardo Vescovi (Presidente ASADIP).

CONVOCATORIA



**UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE SERÁ LA SEDE PARA LAS
VI JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO.
ADIPRI (22 DE NOVIEMBRE DE 2019)**

INVITACIÓN

EMILIO OÑATE VERA, Decano de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile y **EDUARDO PICAND ALBÓNICO**, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, saludan atentamente a usted y tienen el agrado de invitarle a las “VI Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado”, que tendrán lugar el día 22 de noviembre de 2019, en el Salón Rojo del Campus Gonzalo Hernández Uribe (Lord Cochrane N° 417, comuna de Santiago), entre 09:00 y 18:00 horas, y que tendrán como tema central el Derecho Internacional Privado de Familia.

Esperamos contar con su presencia en esta importante actividad académica.

Noviembre de 2019

S.R.C.: Email: eva.palavecino@uccentral.cl

