ISSN N° 0719-6261

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Año VI, Número 6
Diciembre 2020

ADIPRI
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Año VI, Número 6
Diciembre 2020

ADIPRI
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado - ADIPRI

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

Toda correspondencia, solicitudes de ejemplares y colaboraciones deben dirigirse a 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 Excma. Corte Suprema de Justicia

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

Borbarán Ramos, Marcelo Francisco
Abogado
Universidad de Chile

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

Cabrera Orellana, Cristián Gonzalo
Profesor de Derecho Internacional
Universidad Central

Campusano 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 Excma. Corte Suprema de Justicia

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

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

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

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

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

Chocair Lahsen, Jorge
Profesor de Derecho Penal
Universidad Andrés Bello

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

De la Puente, Mariana
Abogada

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

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

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

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

Ferrante, Alfredo:
Profesor de Derecho Civil
Universidad Alberto Hurtado

Gallegos Zúñiga, Jaime Ramiro
Profesor de Derecho Económico
Universidad de Chile

García Pujol, Ignacio
Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Grob Duhalde, Francisco
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Adolfo Ibañez

Hawa Arellano, Samy
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Talca

Inostroza Sáez, Mauricio
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Concepción

Jorquiera Malschafsky, Carlos
Past President CAM Santiago

Lagunas, Felipe
Abogado

Larenas, Francisco
Abogado

López Vives, Raimundo
Ayudante de Derecho Internacional Privado
Universidad de Los Andes

Loyola Novoa, Héctor Julio
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile

Llanos Mansilla, Hugo Aníbal
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Central de Chile

Mahu Martínez, Pablo Andrés
Profesor Instructor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile

Meruane Osorio, Dione
Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho Internacional
Universidad de Chile

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 Excma. Corte Suprema de Justicia

Ortúzar Meza, Pedro
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Las Américas

Peña Torres, Marisol
Profesora de Derecho Internacional Público
Pontificia Universidad Católica de Chile

Picand Albónico, Eduardo
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile
Presidente ADIPRI

Prieto Figelist, Constanza
Abogada

Quintana Castillo, Camila Fernanda
Ayudante ad-honorem Departamento de Derecho Internacional
Universidad de Chile

Reeves Becker, Cecilia
Abogada

Rivera Carmona, Daniela
Abogada

Ríos de Marimón, Hernán
Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile y
Universidad Central de Chile

Riveros Marín, Edgardo Sebastián
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad de Chile

Saavedra Garín, Constanza
Abogada

Schäfer González, Victoria
Ayudante de Derecho Internacional Privado
Universidad de Concepción

Schleyer Alt, Jorge
Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho Internacional
Universidad de Chile

Silva Lavín, Josefina De los Ángeles
Abogada del CAM Santiago.

Verbeken Manríquez, Kristoffer
Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Vial Undurraga, María Ignacia
Profesora de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Villarroel Barrientos, Carlos Eduardo
Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Villarroel Barrientos, Gabriel
Profesor de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Von Schakmann, Carolina
Abogada SENAME

Winter Igualt, Luis Carlos Fernando
Profesor de Derecho Internacional
Universidad de Los Andes

Würth Naveillan, María Elena
Ayudante de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

Zamar Rabajille, Carolina
Profesora de Derecho Internacional Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile
Universidad Gabriela Mistral

Zarricueta Baeza, Juan Francisco
Abogado

Zuvanich Hirmas, Sonia Joanna
Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Magallanes

Comité Científico

Andrea Bonomi (Suiza); Fernando Cantuarias (Perú);
Adriana Dreyzin de Klor (Argentina); José Carlos Fernández Rozas (España);
Francisco González de Cossio (México); Eugenio Hernández Bretón (Venezuela);
Pedro de Miguel Asensio (España); Leonel Pereznieto 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

ESTUDIOS

19 El anteproyecto chileno en el marco de la codificación del Derecho Internacional Privado.
José Carlos Fernández Rozas

71 El Anteproyecto chileno de Ley de Derecho Internacional Privado (2020). Una mirada mexicana.
Dr. Leonel Pereznieto Castro

85 Los daños catastróficos transfronterizos motivados por accidentes nucleares, aplicados a la Constitución de Atucha V, en Argentina.
Rubén Santos Belandro

JURISPRUDENCIA

Comentarios

125 *Felipe Montero Rafols.* La petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral.
SCS Rol N° 19.568-2020, de 14 de septiembre de 2020, dictada por la Primera Sala de la Excma.Corte Suprema de Justicia.

135 *Constanza Saavedra Garín.* Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto al artículo 12 inciso final de la Ley 20.830 y del artículo 80 de la Ley 19.947.
Tribunal Constitucional Rol N° 7774-2019, de 04 de junio de 2020.

151 *Pablo A. Cornejo.* Ley N°19.971 e impugnación de laudos arbitrales internacionales ¿Pueden las partes de mutuo acuerdo modificar los medios de impugnación?
SCS Rol N° 19.568-2020, de 14 de septiembre de 2020, dictada por la Primera Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Sentencias destacadas

157 1) Quiebra Transfronteriza

- Segundo Juzgado de Letras de Santiago, Rol 8553-2020, de fecha 4 de junio de 2020 (Reconocimiento de procedimiento concursal de LATAM Airlines Group S.A.)
- Segundo Juzgado de Letras de Santiago, Rol 8553-2020, de fecha 20 de agosto de 2020 (Protocolo de Cooperación y Comunicación transfronteriza entre Tribunales entre LATAM Airlines Group S.A. y ciertas filiales)

175 2) Laudos arbitrales extranjeros

- SCS, Rol 19.568-2020, de fecha 14 de septiembre de 2020 (rechaza recurso de queja, declara admisible de oficio Recurso de Apelación)
- SCA, Santiago, Rol 4394-2019, de fecha 30 de diciembre de 2019 (acoge Recurso de nulidad en contra de Laudo Arbitral)
- SCS, Rol 11.139-2020, de fecha 6 de mayo de 2020 (declara inadmisibles Recursos de Casación en la forma y fondo)

195 3) Recurso de Protección contra Servicio de Registro Civil e Identificación por falta de inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero.

- SCA, Santiago, Rol 168.844-2019, de fecha 1 de julio de 2020 (rechaza recurso de protección).

200 4) Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12 inciso final de la Ley 20.830 y artículo 80 de la Ley 19.947; matrimonio igualitario y filiación.

- Rol 7774-2020, de fecha 4 de junio de 2020 (rechaza inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

250 5) Recurso de Protección contra AFP que ordena devolución de fondos a cotizante extranjero.

- SCA, Antofagasta, Rol 568-2020, de 17 de marzo de 2020 (concede recurso de protección).

260 6) Competencia judicial internacional de los Tribunales de Familia en procedimiento de Divorcio encontrándose demandado en el extranjero. Excma. Corte Suprema anula de oficio incompetencia de tribunales chilenos.

- SCS, Rol 1967-2010, de fecha 7 de junio de 2010 (anula de oficio sentencia de primera instancia, rechaza por ello recurso de casación en el fondo).

263 7) Residencia habitual e Interés Superior del niño, en tanto libertad de tránsito internacional de los padres.

- SCS, Rol reservado, de fecha 6 de octubre de 2020 (acoge Recurso de casación en el fondo)

DOCUMENTOS

277 Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado elaborado en conjunto entre la Asociación de Derecho Internacional Privado de Chile y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2020).
Eduardo Picand Albónico

307 Exposición de motivos sobre el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado.
Eduardo Picand Albónico

NOTICIAS

339 Decano de la Facultad de Derecho y Presidente de ADIPRI entregan Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado al Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

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 Revisa 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 está dedicado especialmente a dar a conocer el *Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado*, elaborado por ADIPRI y que fuera entregado el pasado 22 de septiembre de 2020, al Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

http://derecho.uchile.cl/noticias/168925/facultad-y-adipri-entregan-anteproyecto-de-ley-a-min-de-justicia

Esperamos que este 6° 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
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

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 is specially dedicated to publicizing the *Draft Law on Private International Law* (2020), prepared by ADIPRI and delivered on September 22, 2020, to the Minister of Justice and Human Rights.

http://derecho.uchile.cl/noticias/168925/facultad-y-adipri-entregan-anteproyecto-de-ley-a-min-de-justicia

We hope that this 6° 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
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

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 est spécialement dédié à la diffusion du *Projet de Loi sur le Droit International Privé* (2020), préparé par l'ADIPRI et remis le 22 septembre 2020 au ministre de la Justice et des Droits de l'Homme.

http://derecho.uchile.cl/noticias/168925/facultad-y-adipri-entregan-anteproyecto-de-ley-a-min-de-justicia

Nous espèrons 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
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

ESTUDIOS

EL ANTEPROYECTO CHILENO EN EL MARCO DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

José Carlos Fernández Rozas[1]

SUMARIO

I. Incorporación de Chile al proceso de codificación del Derecho internacional privado. II. Hacia la autonomía codificadora del Derecho internacional privado. III. Soluciones unificadoras internacionales. 1. Codificación internacional del DIPr: A) Acomodación de intereses recíprocos; B) Código Bustamante; C) Conferencia de La Haya de DIPr; D) Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr. 2. Recepción de los instrumentos internacionales. IV. Soluciones procedentes de la unificación regional. 1. Función del DIPr en los movimientos de integración regional. 2. Experiencias en la Unión Europea. 3. Experiencias en América latina. 4. Referencia al Proyecto de Ley Modelo DIPr de la Ohadac. V. Soluciones procedentes de la codificación interna. 1. Implementación de la regulación estatal. 2. Modelos europeos. 3. Modelos de América latina. VI. Opciones codificadoras en la configuración del sistema chileno de DIPr. 1. Utilidad de una una Ley especial. 2. Materias consideradas: A) Carácter civilista de la reglamentación; B) Diseño cuatripartito. 3. Modernización del sistema: A) Residencia habitual como eje central; B) Superación de la exclusividad de la jurisdicción; C) Superación del modelo de norma de conflicto rígida y de resultado imprevisible; D) Tratamiento de los problemas generales de aplicación de las normas de conflicto; E) Expansión de la autonomía de la voluntad. VII. Consideración final.

RESUMEN

El Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Chileno (ALDIPCh), es el resultado de un Convenio de cooperación suscrito en octubre de 2017 entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Con ello Chile se incorpora de una manera definitiva a los textos de última generación en la materia elaborados en América latina. Este instrumento ha sido sensible al incremento sin precedentes de los problemas derivados del tráfico externo que requieren una atención especial del legislador y conducen a la necesidad de establecer un bloque normativo que suministre respuestas puntuales a problemas concretos. Precisamente el presente estudio pone de relieve dicha sensibilidad, que ha dado como resultado de una labor codificadora bien hecha. El texto final, que recoge las experiencias de los instrumentos esenciales del Derecho comparado, soluciona las cuestiones concretas del tráfico privado externo con una modélica adaptación a la realidad chilena. Por eso el Proyecto se sitúa entre los modelos de la codificación interna del DIPr más avanzados del mundo. Suministra un marco normativo que ha tenido la virtud de adecuar las soluciones internas a las realizaciones practicadas en la codificación internacional, especialmente a partir de las experiencias obtenidas en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, a

1 Catedrático de Derecho internacional privado. Miembro del Institut de Droit International.

escala mundial, y en la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, en América Latina. Tampoco ha perdido de vista las soluciones alcanzadas por la unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea. Con ello el ALDIPCh se convierte en un instrumento indispensable para la regulación armónica de las relaciones jurídicas de carácter transfronterizo.

Palabras claves: *Derecho internacional privado – Codificación – Chile – Anteproyecto de Ley chilena de 2017.*

ABSTRACT

The Draft Law on Chilean Private International Law (ALDIPCh), is the result of a cooperation agreement signed in October 2017 between the Faculty of Law of the University of Chile, the Chilean Association of Private International Law (ADIPRI) and the Ministry of Justice and Human Rights. With this, Chile is definitively incorporated into the latest generation of texts on the subject produced in Latin America. This instrument has been sensitive to the unprecedented increase in problems arising from external trafficking which require special attention from the legislator and lead to the need to establish a normative block to provide timely responses to specific problems. It is precisely this study that highlights such sensitivity, which has resulted from a well-done codification work. The final text, which brings together the experiences of the essential instruments of comparative law, resolves the specific issues of private external traffic with a model adaptation to the Chilean reality. This is why the Project is among the most advanced models of internal codification of the IPR in the world. It provides a normative framework that has had the virtue of adapting internal solutions to the achievements of international codification, especially based on the experiences obtained at the Hague Conference on Private International Law, on a world scale, and at the Inter-American Specialized Conference on Private International Law, in Latin America. Nor has it lost sight of the solutions achieved by the unification of the European Union's private international law. The ALDIPCh has thus become an indispensable instrument for the harmonious regulation of legal relations of a cross-border nature.

Keywords: *Private International Law - Codification - Chile - Draft Chilean Law 2020.*

I. Incorporación de Chile al proceso de codificación del Derecho internacional privado

1. Las principales normas reguladoras del Derecho internacional privado (DIPr) chileno están contenidas en el Código Civil de 1855 elaborado en un momento histórico en que era menester asegurar y reafirmar la jurisdicción de sus tribunales nacionales y el imperio de sus propias leyes. Sin duda esta regulación territorial y unilateral dejó numerosos problemas derivados de las relaciones del tráfico privado externo sin resolver, que no encontraron respuesta con otras normas dispersas del sistema como los arts. 113, 114, 115, 468, 827, 830, 834, 844, 848, 975, 1087, 1173 y 1242 del Código de comercio, los arts. 148 y 149 el Código Orgánico de Tribunales de 1943) y los arts. 76, 242 a 251, 331, 345, 345 bis, 397 y 411 del Código de Procedimiento Civil de 1902. Las insuficiencias del sistema quedaron, pues, al criterio de la elaboración jurisprudencial, que no siempre fue satisfactorio y si bien es cierto que en los últimos años Chile adoptó una política de incorporación a tratados internacionales de DIPr, ésta fue limitada y sectorial[2], no cubriendo

2 Una completa sistematización del sistema chileno vigente de encuentra en el repertorio de Picand Albónico, E., Derecho internacional privado chileno. Leyes, tratados y jurisprudencia, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2018.

sectores esenciales como se aconteció en otros sistemas de base pretoriana el francés o el español[3].

Era menester solucionar esas insuficiencias normativas teniendo en cuenta que la necesidad de atemperar la legislación chilena a los nuevos desafíos de las transacciones transfronterizas internacionales al mantenimiento de ciertos componentes de la tradición jurídica. Precisamente, la limitada participación en los tratados internacionales, a la que se ha hecho referencia, facilitaba una tarea que en muchos países como Francia era un obstáculo prácticamente insalvable por el interés en mantener el amplio acervo adquirido con estos instrumentos[4].

Nadie negará la complejidad y la peculiaridad de sus técnicas de reglamentación, lo que dificulta cualquier empresa codificadora. Pero precisamente por ello esta empresa resulta especialmente necesaria para expresar en un texto sus complejas realidades, promoviendo con ello la seguridad jurídica y la previsibilidad de las soluciones que deberán llevar a cabo los jueces. Si en el pasado las necesidades sociales de no prestaban una excesiva atención a la seguridad jurídica, el estado actual de desarrollo de las relaciones internacionales privadas lo requiere de manera imperiosa y, con ello, todo lo que lleva consigo de simplificación, certeza y modernización del Derecho[5].

2. El martes 22 de septiembre de 2020 el Decano de la Facultad de Derecho de Chile, Pablo Ruiz–Tagle y el Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), profesor Eduardo Picand, entregaron formalmente al Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín, el texto del Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (ALDIPCh), cuya elaboración fuera encargada el año 2017, previo acuerdo celebrado entre las tres instituciones[6]. El texto entregado se enmarca en el Convenio de Cooperación suscrito en octubre de 2017 entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por el cual el ministerio encargó a las dos primeras instituciones la elaboración de un texto técnico que sirviera de base para la presentación de un proyecto de ley de Derecho Internacional Privado

La iniciativa chilena, de origen académico, pero asumida de inmediato por el Ministerio de justicia coincidía además con una revitalización de la codificación en América latina y en Sudamérica en particular, como de que son buena muestra

3 La carencia de un sistema coherente y claro en el DIPr Chileno, que impide brindar certeza a los operadores jurídicos, cuando eventualmente se enfrenten a una controversia internacional, se apunta en el estudio de Gallegos Zúñiga, J., "Aspectos generales del Derecho Internacional Privado en Chile", Revista Magister y Doctorado en Derecho, nº 3, 2009.

4 Simon–Depitre, M., "Codification et regles ecrites dans le droit frarnçais des conflits de lois", Liber Memorialis François Laurent 1810–1887, Bruxelles, E. Story–Scientia,1989, pp. 1039 ss.

5 Oppetit, B., "De la codification", Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, pp. 7 ss., esp. p. 8.

6 El texto del anteproyecto fue elaborado por una Comisión presidida por el profesor de la Facultad y Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, Eduardo Picand, integrada por representantes de la Corte Suprema, Ministerio de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Corporación de Asistencia Judicial, SENAME, Foro Procesal Civil, destacados abogados chilenos que ejercen en el extranjero y académicos expertos de Derecho internacional privado y otras disciplinas pertenecientes a 10 Universidades de este país: Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad de Los Andes, Universidad de Atacama, Universidad de Concepción, Universidad Central, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad del Desarrollo, Universidad Alberto Hurtado y Universidad Andrés Bello. Dicho texto fue entregado al Ministro de Justicia para su tramitación el 22 de septiembre de 2020.

el Código civil argentino, la Ley general de Uruguay (que está en su fase final para su entrada en vigor), la Ley de la República Dominicana de 2014 y el Código panameño. Unas iniciativas legislativas que deben situarse en un proceso codificador de más amplio espectro en el que destaca la realizada en México[7]. Es una muestra de los flamantes ímpetus en las nuevas generaciones de juristas en ese país y de su gran interés en renovar y modernizar su sistema[8].

El presente estudio tiene como objeto principal situar el proceso de reforma chileno en el marco de la unificación del DIPr a escala mundial y regional para valorar de manera individualizada las diversas opciones que se han adoptado en esta colosal labor codificadora.

II. Hacia la autonomía codificadora del Derecho internacional privado

3. Pese a la cercanía, al menos a efectos regulatorios, de las normas sustantivas nacionales y de las normas de DIPr, este último bloque normativo quedó en gran medida al margen del gran proceso de codificación del siglo XIX. Un proceso elaborado sobre un cierto número de paradigmas que todavía subyacen en la actualidad como respuesta a la inseguridad jurídica derivada de la crisis de las fuentes del Derecho[9]. Hubo que esperar al desarrollo de la industria y el transporte para que aumentaran las relaciones transfronterizas y, por consiguiente, para que aconteciese la necesidad de formular y sistematizar las normas de DIPr. Paradójicamente, en unos momentos de crisis de la codificación del Derecho privado, se asiste hoy a una revitalización de la codificación del DIPr[10].

La consideración este ordenamiento como un sistema jurídico autónomo tiene su origen, en términos generales, en la dialéctica entre nacionalismo e internacionalismo que se produce a finales del siglo XIX y que cubre gran parte de la especulación doctrinal del siglo XX. Dicha dialéctica tuvo importantes proyecciones, tanto en la determinación del objeto de este ordenamiento, por vincular las doctrinas internacionalistas la realidad del tráfico externo al Derecho internacional público, como en el ámbito de la metodología científica, como, finalmente, en la perspectiva del elemento decisorio que está en la base de la creación del Derecho[11].

Desde la referida vinculación al Derecho internacional público en materia de fuentes, hasta la afirmación de la autonomía del DIPr respecto a los procedimientos de

7 Dreyzin de Klor, A., "América latina y nuevas leyes de Derecho internacional privado", Revista Chilena de Derecho Internacional Privado, año II, nº 2, 2016, pp. 33–39.

8 Pereznieto Castro, L., "Notas sobre el Derecho internacional privado en América latina", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVIII, nº 144, 2015, pp. 1063–1081, esp. p. 1071.

9 Cartuyvels, Y., "L'idéal de la codification. Étapes et développements avant le 19e siècle", Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 31, nº 2, 1993, pp. 85–107

10 Irti, N., "L'età delle decodificazione, 4ª ed., Milán, Giuffrè, 1999; Murillo, M.L., "The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification", Journal of Transnational Law & Policy, vol. 11, 2001, pp. 1–20; Corrao, M.E., "'Decodificazione' del diritto privato e codificazione del diritto internazionale privato", Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile, Pádua, Cedam, 1995, pp. 309–363.

11 Arminjon, P. y otros, "Opinions sur la codification du droit international privé", Bull. Soc. lég. comp., 1932, pp. 331–359 y 479–507; Nolde, B. de, "Les étapes historiques de la codification législative du droit international privé", Rev. crit. dr. int. pr., 1927, pp. 361 ss; id., "La codification du droit international privé", Recueil des Cours, t. 55, 1936–1, pp. 307 ss.

producción normativa y en relación con el establecimiento del contenido de las normas (autonomía "formal" y autonomía "sustancial", en la terminología de J.D. González Campos)[12] se produjo un importante debate doctrinal que puede considerarse cerrado. Por el contrario, aún no se ha consumado la impugnación de la idea clásica de territorialidad del Derecho, según la cual el fenómeno jurídico no es otra cosa que la expresión de la soberanía del Estado sobre un territorio determinado[13]. Baste retener que hasta tiempos muy recientes, esta tradición territorialista[14] estuvo muy presentes en los sistemas de DIPr América latina insertándose en el art. 14 del Código Civil chileno.

4. La situación de las transacciones transfronterizas amerita que cada Estado posea un bloque normativo integrado por normas modernas y sencillas adaptadas a las exigencias de los nuevos tiempos y a los modelos generados por la globalización en general[15] y los movimientos regionales de integración, en particular. Los intercambios transfronterizos, estimulados por las comunicaciones mundiales a través de Internet, ha aumentado la probabilidad de que las autoridades en el lugar de destino traten de regular a los agentes en otros lugares, y los regímenes de conflictos basados en la territorialidad parecen insuficientes para hacer frente a los nuevos desafíos jurídicos[16]. Si bien fue rechazado durante mucho tiempo en los estudios jurídicos, el pluralismo jurídico, ha experimentado un aumento de interés desde el cambio de siglo, sobre todo a la luz de la perspectiva de un Estado determinado[17].

Reclama la actual realidad del tráfico privado externo un abandono de soluciones prevenientes de normas jurídicas múltiples, convergentes y divergentes que emanan diferentes fuentes de Derecho, procedentes de instituciones nacionales, regionales e internacionales, esto es, de bloques jurídicos, complejos y superpuestos, que son fuente constante de conflicto y confusión[18]. En estos bloques normativos, junto a medidas de corte predominantemente público o de relación vertical entre el Estado y el operador jurídico privado, se hacen precisas reglas concretas que den respuestas claras y previsibles a las peculiaridades de la internacionalidad de las relaciones entre particulares. Ello comporta reconsiderar el papel del DIPr en el sentido de adoptar

12 González Campos, J.C., Derecho internacional privado. Introducción, Madrid, UAM (policopiado), 1984, pp. 91–98; id., "El sistema español de Derecho internacional privado", en el colectivo editado por la UNED, Derecho internacional privado, vol. I, Madrid, 1988, pp. 31–58.

13 Marzal, T., "Droit comparé et territorialité du droit. Cycle de conférences du Conseil d'État", Rev. crit. dr. int. pr., 2018, p. 380.

14 Pereznieto Castro, L., "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique latine", Recueil des Cours, t. 190, 1985–I, pp. 462 s.

15 De Miguel Asensio, P.A., "El Derecho internacional privado ante la globalización", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. I, 2001, pp. 57–87; Opertti Badán, D., "El Derecho internacional privado en tiempos de globalización", Revista uruguaya de Derecho internacional privado, nº 6, 2005, pp. 15–40; Muir Watt, H.. "La globalisation et le droit international privé," Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, París, LGDJ, 2015, pp. 591–606.

16 Bermant, P.S., "The Globalization of Jurisdiction", University of Pennsylvania L. Rev., vol. 151, nº 2, 2002, pp. 311–546.

17 Gaudemet–Tallon, H., "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc–en–ciel): cours general", Recueil des cours, t. 312, 2005, pp. 9–488: Von Brenda–Beckermann, K. y Turner, B., "Legal pluralism, social theory, and the state", The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, vol. 50, nº 3, 2018, pp. 255–274.

18 Bermant, P.S., Global Legal Pluralism: A Jurisprudence Of Law Beyond Borders (Cambridge University Press), 2012, p. 23; id., "Can Global Legal Pluralism Be Both 'Global' and 'Pluralist'?", Duke J. Comp. & Int'l L., vol. 29, 2019, pp. 381 ss.

consideraciones de política legislativa que, además de favorecer las libertades de circulación de productos, servicios, capitales y similares, insistan en la protección de los intereses y de derechos específicos de los particulares. Las consideraciones políticas, en contraposición a las tradicionales consideraciones técnicas, tienen su importancia en el DIPr, en dos diversos sentidos: la defensa de los intereses públicos en sentido estricto, y la consideración por los legisladores y por los tribunales de criterios políticos que influyan directamente en las soluciones adoptadas por las normas de este ordenamiento[19]. El DIPr debería abrir su metodología a nuevas realidades cumpliendo un doble cometido de defensa y protección . En el primer caso, en relación con el patrimonio mundial, en particular la con defensa del medio ambiente y el cambio climático y la lucha contra la pobreza extrema. En el segundo, respondiendo a males mundiales, como pandemias del tipo del Covid–19 o la lucha contra el blanqueo de dinero y la evasión fiscal[20].

La interrelación entre de los intereses de los Estados obliga a búsqueda de una mejor gobernanza mundial donde en DIPr puede desplegar una importante función mediadora[21], que pudiera incluir la creacción de una suerte de "tribunales multinacionales" capaces de resolver[22] y el desarrollo de cierta facultad de elección de la ley donde se permita a las partes la remisión a un Derecho privado de carácter supranacional[23].

5. En tanto que iniciativas como las descritas se pongan en marcha pluralismo normativo y jurisdiccional permanece presente. Mas no es necesario eliminarlo, sino habilitar dispositivos que traten de acomodarlo en la medida de lo posible a la realidad, teniendo en cuenta que la división entre lo público y lo privado en el análisis de las doctrinas de los conflictos ha empobrecido el discurso y limitado indebidamente las soluciones[24]. Dado que en el futuro previsible seguirán existiendo diferencias entre los ordenamientos jurídicos, las iniciativas estatales destinadas a establecer nuevos mecanismos de procedimiento para la coordinación y la cooperación resultan de enorme importancia para facilitar la solución de las controversias transfronterizas en un amplio catálogo de situaciones.

Para ello se precisan, unas normas de DIPr que contemplen los aspectos relativos a la competencia judicial internacional de los tribunales estatales en los litigios

19 Kinsch, P., "Le rôle du politique en droit international privé. (Cours général de droit international privé)", Recueil des Cours, t. 402, 2020, pp. 176–181.

20 Lehmann, M, "Regulation, Global governance and Private International Law: Squaring the Triangle", J. Priv. Int'l L., vol. 16, nº 1, 2020, pp. 1–30.

21 Schultz, Th., "Postulats de justice en droit transnational et raisonnements de droit international pPrivé. Premier balisage d'un champ d'étude", Mélanges en l'honneur du professeur Jean–Michel Jacquet, París, LexisNexis, 2013, pp. 417–43.

22 Romano, G.P. "Souveraineté 'mono–nationale', relations humaines 'transterritoriales' et 'humanisation' du droit international privé", Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel, París/Madrid, LGDJ–Iprolex, 2018, pp. 1.415–1438; id., "Hacia la creación de tribunales transnacionales para las familias transnacionales: el ejemplo de la responsabilidad parental, La Ley: Mediación y Arbitraje, nº 3, 2020.

23 Vareilles–Sommieres, P. de, "Localisation et globalisation en droit international privé. Esprit de Savigny, es–tu là ?", Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, op. cit., pp. 1.555–1570.

24 Fernández Pérez, A.: "Reflexiones en torno a los condicionantes actuales del Derecho internacional privado", Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Cizur Menor (Navarra), Civitas–Thomson–Reuters, 2020, pp. 295–328.

con empresarios extranjeros, o entre empresarios extranjeros, o simplemente entre particulares –con independencia de su nacionalidad– en relación con materias teñidas de la suficiente dosis de internacionalidad. Pero también unas normas que den respuesta a los aspectos propios de la determinación del Derecho aplicable a las transacciones transnacionales, junto a las cuestiones que la mera extranjería de la situación aconseje que no necesariamente deban quedar sujetas a la ley local, como si se tratase de una relación puramente doméstica. Por último, unas normas que contemplen las cuestiones relativas a la eficacia de las sentencias extranjeras en estos países y territorios. De esta suerte, el DIPr refleja adecuadamente el concepto de pluralismo basado en los principios de tolerancia y reconocimiento mutuo, por lo que constituye un instrumento esencial para gestionar dicho pluralismo, donde "las diferencias entre los sistemas jurídicos no se consideran necesariamente como mejores o peores, sino como variaciones de la cultura jurídica nacional cuya propia diversidad se valora"[25].

6. El examen de los "modelos" en presencia, de la codificación estatal del DIPr debe ir precedida de la confrontación entre los sistemas *civil law* y *common law*[26], concretamente el elaborado en los EE UU. En este último país resulta obligado mencionar la labor realizada por el *American Law Institute* que, a través de los dos *Restatements* de 1934 y de 1969, ha sistematizado y ordenado las principales decisiones judiciales en materia de DIPr. Pese a su carácter eminentemente doctrinal los *Restatements* constituyen, en la práctica, unos auténticos Códigos de DIPr que han ejercido una notable influencia en los últimos tiempos no sólo en la codificación estatal en Europa, sino en la codificación internacional del DIPr Los textos expresados ofrecen un contenido sustancialmente diverso. De contenido muy clásico el primero (influido muy de cerca por la obra de J.H. Beale)[27], se caracterizó por el empleo de soluciones de gran rigidez que fueron cuestionadas por la jurisprudencia norteamericana (asuntos *Auten c. Auten*[28], *Babcock c. Jackson*[29]); ello forzó la elaboración del *Restatement Second*, cuyas soluciones, aunque a costa de una menor certidumbre y previsibilidad, son ejemplo de flexibilidad y realismo, constituyendo una de las piezas maestras de nuestros días para la solución de los problemas del tráfico externo[30]. El hecho de que tales soluciones hayan encontrado cabida en sistemas tan diferentes como los del continente europeo, muestran su marcada correspondencia con la realidad social de nuestro tiempo[31].

25 Cf. Mills, A., The Confluence of Public and Private International Law:Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering ofPrivate Law, Cambridge University Press, 2009, p. 298.

26 Von Schwind, F., "Problems of Codification of Private International Law", Int'l Comp. L. Q., vol. 17, nº 2, 1968, pp. 428–442.

27 Symeonides, S.C., "The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as its Reputation", Southern Illinois Univ. L. J., vol. 32, nº 1, 2007, pp. 39–82.

28 308 N.Y. 155 (1954).

29 12 N.Y.2d 473 (1963).

30 Brilmayer, L. "Hard Cases, Single Factor Theories, and a Second Look at the Restatement 2d of Conflicts", Univ. Illinois L. Rev., 2015, nº 5, pp.1969–1998.

31 Vid., inter alia, Wigny, P., "Le 'Restatement' americain du droit international privé", Rev. crit. dr. int. pr., 1936, pp. 67–85; Giuliano, M., "Il diritto intenazionale privato e processuale nel Restatement of the Laws 2d.", Riv. dir. int. pr. proc, 1974, pp. 226–229; Hanotiau, B., Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the Law,

La nueva orientación solo comenzó a producir textos completos y sistematizados a partir de la segunda mitad del siglo XX[32]. Originariamente dicho fenómeno tuvo como cauce la reforma de los Códigos de Derecho privado con una pretensión de corto alcance expresada en la aplicación en el espacio de sus normas. Son varios los factores que justificaron esta descompensación normativa entre la regulación interna y la regulación externa, sobre todo en los países de tradición romano–germánica. Pero entre todos ellos destacó la operatividad de las normas de conflicto de leyes no escritas por su relativa flexibilidad y adaptabilidad a la solución de caso concreto y que dieron lugar en Estados como Francia, pese a que se hicieron tres intentos, bies es verdad que sin una convicción excesiva, a cargo del impulso de tres insignes juristas, J.P. Niboyet (1953), H. Batiffol (1959) y J. Foyer (1967)[33] y en menor medida en España hasta la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974[34], a un DIPr de carácter pretoriano[35], aunque templado por la incorporación progresiva de los Convenios de La Haya de DIPr[36]. Concretamente, los tribunales franceses construyeron, a partir de muy pocas normas escritas un sistema de principios generales que garantizararon una cierta coherencia en el tratamiento de las cuestiones relativas al tráfico privado externo. Ello planteó la cuestión de si la existencia de un "código" sería eficaz para mejorar la coherencia del sistema.

Bien sea por no haberse alcanzado la plenitud de la unificación del Derecho internacional privado, bien por cuestiones de tradición o de necesidad de cada

Conflits os Laws, Paris, LGDJ, 1979; Weintraub, R.J., "The Restatement Third of Conflict of Laws: an Idea whose Time has not Come", Indiana L. J., vol. 75, nº 2, 2000, pp. 679–686.

32 Dentro de la variada bibliografía sobre la codificación estatal del Derecho internacional privado, vid. Anzilotti, D., "La codificazione del diritto internazionale privato", Opere di Dionisi Anzilotti, t. III, Pádua, Cedam, 1960, pp. 11–71; H. Batiffol, H., "Codificación y unificación en Derecho internacional privado", Choix d'articles, París, LGDJ, 1976, pp. 125–136; Broggini, G., "La codification du droit international privé", Rev. dr. suisse, nº 112, 1971, pp. 243– 321; Ferrer Correia, A., "Les problémes de codification en droit international privé", Recueil des Cours, t. 345, 1975–II, pp. 57–204; Gutteridge, H.C., The Codification of Prívate International Law, Glasgow, Jackson, 1951; Jayme, E., "Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé", Recueil des Cours, t. 177, 1982–IV, pp. 9–102; Neuhaus, P.H., "La actualidad de la codificación del Derecho internacional privado", Libro homenaje a la memoria de]. Sánchez Covisa, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 245–251; Nova, R. de, "Current Developments of Private International Law", Am. Journ. Int'l L., vol. 13, 1964, pp. 542 ss.

33 Loussouarn, Y., "Les vicissitudes de la codification du droit international privé français", E pluribus unum: liber amicorum Georges A.L. Droz: on the progressive unification of private international law, La Haya, Kluwer Law International, 1996, pp. 191–204; Lagarde, P., "Sur la non–codification du droit international privé français", Syracuse J. Int'l L. & Comm., vol. 25, nº 1, 1998, pp. 45– 59, esp. pp. 47–52.

34 Fernández Rozas, J.C., "El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil ("Normas de Derecho internacional privado"): Veinticinco años después", Homenaje a Antonio Hernández Gil, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid, 2001, pp. 2411–2447.

35 Como pusiera de relieve Jault–Seseke, F., "Sans doute, la multiplication des traités internationaux et les témérités renouvelées du législateur français n'ont pas suffi à remettre en cause la place essentielle que la jurisprudence française avait su s'adjuger dans la formation de notre système de droit international privé […]. Mais cette source vive que ni la conférence de La Haye, ni le législateur français n'avaient réussi à tarir, la (dé)construction européenne pourrait bien l'assécher" (cf. "Quel avenir pour les Grands arrêts de droit international privé ?", Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, op. cit., , pp. 929–944, esp. p. 929). Una visión viva de este modelo no codificado figura en el repertorio clásico de Ancel, B y Lequette, Y., Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5ª ed., París, Dalloz, 2006.

36 Gaudemet–Tallon, H. "The Influence of the Hague Conventions on Private International Law in France", Netherlands Int'l L. Rev., 1993, nº 1, pp. 31 ss; Borrás, A., "La participación de España en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", España y la codificación internacional del Derecho internacional privado, Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991, Madrid, Eurolex / CESSJ "Ramón Carande", 1993, pp. 41 ss; id., "Cuatro elementos estructurales de los Convenios de La Haya, con especial referencia a los Convenios ratificados por España", Revista Jurídica de Catalunya, 1993, nº 1, pp. 9 ss.

Estado, lo cierto es que en los últimos años los legisladores estatales no han dejado de seguir implementando su propio DIPr. El último período de cincuenta años ha sido uno de los más productivos de la historia de este ordenamiento, por haber dado lugar a más de 60 codificaciones estatales y más de un centenar de convenciones internacionales, reglamentos y otros instrumentos similares, que se caracterizan por conferir un mayor protagonismo a los jueces respecto a los instrumentos anteriores. Este es el propósito de la iniciativa legislativa que ha dado como resultado el ALDIPCh.

III. Soluciones unificadoras internacionales

1. Codificación internacional del DIPr

A) Acomodación de intereses recíprocos

7. La globalización genera la necesidad de unos bloques normativos de nuevo cuño que permitan superar los problemas tradicionales de las fuentes del DIPr a través de soluciones uniformes de carácter material. La necesidad armonización del DIPr se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas

La labor unificadora del Derecho no debe ser concebida solamente en términos apriorísticos e idealistas; en tal caso dicha labor estaría llamada al fracaso reduciéndose a una mera especulación de carácter dogmático. Si por el contrario el fenómeno responde a unos intereses concretos o, mejor, a una acomodación de intereses recíprocos por parte de los Estados que inician este particular proceso, los resultados son mucho más eficaces y la unificación adquiere carta de naturaleza. Por ello existen sectores jurídicos, como el DIPr, en los cuales la unificación es consustancial no solo desde el plano normativo sino en el de la aplicación judicial[37]. Se trata de una situación muy centrada en el especial momento en que vivimos y ya se perciben realizaciones concretas en sectores jurídicos que hasta la fecha habían quedado relegados del movimiento unificador. Dichas realizaciones previsiblemente cambiarán el panorama y, con ello, producirán un giro copernicano en las técnicas de codificación y, por ende, en los resultados unificadores.

Si nos trasladamos al continente americano, principalmente al círculo de países iberoamericanos podremos observar un campo abonado para la codificación del DIPr[38].

B) Código Bustamante

8. El "Código" fue adoptado por la Sexta Conferencia Panamericana y gestado en un momento histórico todavía dominado por una cierta euforia internacionalista,

37 Jessurun d'Oliveira, H.U., "Codification et unification du droit international privé. Problémes de coexistence", Liber amicorum Jean Georges Sauvgeplanne, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 117–130.

38 Fernández Arroyo, D.P., La codificación del Derecho internacional privado en América latina, Madrid, Eurolex, 1994.

que quedaría cercenada tras la crisis económica de 1929. Debe tenerse en cuenta que se trata de una Convención internacional, con todos los inconvenientes que un instrumento de este tipo entraña para una ordenación de las situaciones privadas internacionales de la que se espera que esté presidido por la seguridad jurídica. Por esta razón, como todo instrumento de esta naturaleza, el Código Bustamante quedó sometido a las reglas generales que regulan los tratados internacionales, y por tanto, antes de proceder a la aplicación de sus preceptos, es necesario responder a los interrogantes derivados de su ámbito material, territorial y temporal.

Su pretensión era reunir en un solo texto todas las materias que por aquella época se consideraba que formaban parte del contenido del DIPr; por esa razón se estructuró en cuatro Libros relativos a las materias civil, la más extensa sin duda, mercantil penal y procesal respectivamente, que iban precedidos de un título preliminar. Ello dio lugar a un texto de extraordinaria heterogeneidad material y de una desmedida extensión (437 artículos) que, en muchos casos, desbordó la mera labor unificadora de la práctica existente hasta entonces, incorporando la ordenación de numerosas materias sobre las cuales no existía practica alguna en la jurisprudencia de los estados parte. Esta última faceta confirió al Código un carácter que penetró en una perspectiva de desarrollo progresivo de las normas con un importante componente académico y una vinculación a regular cuestiones que corresponden por entero al Derecho internacional público (*v.gr.*, extradición) por entrar de lleno en materias propias de la soberanía estatal.

La presencia de los Estados latinoamericanos en ese instrumento fue limitada: aceptación total (Cuba, Guatemala, Honduras, Brasil, Haití, República Dominicana, y Venezuela[39]), ratificación con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador) y alejamiento total (Argentina, Colombia, México[40], Paraguay y Uruguay).

9. Fue aprobada la Convención por el Congreso Nacional Chileno con la siguiente reserva "Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado, subscrito el 20 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana de La Habana, con 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 de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros". Se incorporó como Ley de la República el 10 de abril de 1934 y su aplicación por los tribunales de este país, se centró prácticamente en cuestiones relativas a la extradición, a los exhortos y al execuátur de decisiones extranjeras[41].

39 Los problemas generales de aplicación del Código Bustamante en Venezuela y, en particular, su primacía sobre el Derecho interno y el ámbito de las reservas formuladas por este país se detalle en Samtleben, J., "La aplicación del Código Bustamante en Venezuela", Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 329–333.

40 México posee frente a este instrumento una posición peculiar por haberlo votado y aprobado sin reserva alguna pero no haber llegado a ratificarlo. Vid. una comparación entre el sistema mexicano y el Código Bustamante para observar su eventual compatibilidad ante un eventual proceso de armonización del DIPr latinoamericano en Helguera, E., "El DIPr mexicano y el Código Bustamante", Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Hamburgo, 1962), México, UNAM, 1962, pp. 29–47.

41 "Aplicacion del Codigo de Derecho internacional privado o Codigo de Bustamante (1928)", Revista Chilena de Derecho,

10. Vaya por delante que es de total justicia resaltar el importante valor de este Código, que ha llegado a instaurarse como un auténtico monumento jurídico. Más aún, ha sido uno de los más importantes instrumentos jurídicos del siglo XX y supuso en su día la culminación de una ingente tarea que debe ser debidamente reconocida y valorada. También ha sido uno de los instrumentos más aceptados en los países centroamericanos, del Caribe latino y del norte y centro de Suramérica y puede decirse que instituyó un desarrollo convencional subregional de grandes dimensiones. Para la época, constituyó un gran acuerdo entre los Estados que lo acogieron sobre las soluciones para resolver los conflictos de leyes en sus sistemas jurídicos. Es un instrumento de codificación general del DIPr, cuya autoridad científica se fundamenta en la gran atención que siempre ha despertado en las obras de DIPr escritas en América, donde figura como un documento esencial para comprender, en la práctica, la aplicación del DIPr[42].

Como toda obra humana tiene su tiempo, el Código no ha podido resistir el paso de los años. Es el fruto de una época en la que dominaba la concepción publicista del DIPr que consideraba que este era una parte del Derecho internacional público, pues daba respuesta a un conflicto de soberanía entre los Estados, está impregnado de una concepción fuertemente el "euro–céntrica" en la que el principio de la nacionalidad era un postulado esencial, frente a otras concepciones contrarias que habían arraigado muy sólidamente en América latina y responde a unas circunstancias especiales de las transacciones económicas internacionales que tenían lugar en los años postreros de la Sociedad de las Naciones, muy diferentes de las actuales. Consideraciones similares se encuentran en la Exposición de Motivos de la Ley DIPr venezolana, en el sentido de que la "experiencia nos muestra, en efecto, que las normas contenidas en una serie de disposiciones legislativas aisladas pero congruentes y aún en un texto orgánico tan extenso y comprensivo, como el Código Bustamante, han tenido una vida latente y han carecido de verdadera significación real".

La difusión del Código y su objetivo unificador en toda América latina no guardó relación con las expectativas que había declarado. Incluso distinguidos juristas latinoamericanos han considerado que el código no ha pasado de ser más que una simple declaración de buenas intenciones, que su valor práctico y sus resultados son poco significativos.

C) Conferencia de La Haya de DIPr

11. Pese a su importancia indiscutible[43], la repercusión de la obra de la Conferencia de La Haya DIPr en América latina[44] ha sido limitada si se exceptúa en caso de México

vol. 23, nos 2/3, 1996, pp. 473–480.

42 Samtleben, J., Derecho Internacional Privado en América latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante, vol. I .Parte General, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 178–189.

43 Droz, G., "A comment on the role of the Hague conference on private international law", Law and Contemporary Problems, 1994, vol. 57, pp. 3–11.

44 Vid. Boggiano, A., "The Contribution of The Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America", Recueil des Cours, t. 233, p. 1992, pp. 99–266; G. Parra–Aranguren, "The Centenary of the Hague Conférence on Private International Law", Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Basilea, Helbing

o de Venezuela[45] y los territorios vinculados a Francia, Países Bajos y Reino Unido. En los últimos años el grupo caribeño se incrementaría con la integración de Costa Rica en 2011 a lo que se había añadido la incorporación de otros países de América latina como Paraguay en 2005 y Ecuador en 2007, fruto de un Programa Especial para América Latina de 2005.

Desde 2004 la Conferencia de La Haya ha manifestado una política de expansión destinada a las experiencias de integración regional en América Latina, Europa del Este, la región de Asia–Pacífico y en toda África, con miras a apoyar la aplicación efectiva y generalizada sus Convenciones. Para ello ha desplegado un amplio programa de actividades a nivel regional que fomentan la cooperación y la coordinación entre los Estados con lazos culturales, geográficos y lingüísticos especiales. A su vez, se trata de facilitar una adaptación más efectiva de los Convenciones de La Haya a la cultura legal en particular de entornos compartidos por los Estados en una región[46].

Esta iniciativa dio lugar en 2005 a la elaboración de un especial Programa para los Estados de América Latina con la colaboración de los Gobiernos de Argentina, EE UU y España y las contribuciones de varios otros Estados en el presupuesto suplementario, administrado por el Centro Internacional de la Conferencia de La Haya de Estudios Judiciales y Asistencia Técnica. Con carácter permanente, funcionarios, jueces, profesionales y académicos de la región están ahora en contacto con la Oficina de América Latina, que, o bien responde a ellos directamente o canaliza sus necesidades y solicitudes a la Oficina Permanente. Del mismo modo, muchas solicitudes tramitadas desde la Oficina Permanente a la región se canalizan a través de la Oficina de América, que sirve como una fuente de información y un conducto regional para muchas de las iniciativas globales que se están desarrollando y se procesan en la Oficina Permanente.

12. En la actualidad los Estados integrantes del Mercosur lo son también de la Conferencia de La Haya, junto con Chile[47], Ecuador, México, Perú, y Venezuela. Su participación en las actividades de la Conferencia de La Haya se realiza a través de la Oficina de América Latina e incluye la distribución de los cuestionarios, traducción de los documentos preliminares a la lengua española, el envío de los documentos y la financiación de los viajes con el fin de facilitar la asistencia a eventos.

La incorporación de los países de la región ha quedado limitado tradicionalmente a cuestiones tales como legalización, procedimiento civil, sustracción de menores y,

---

und Lichtenhahn, 1993, pp. 111–112; Siqueros, J.L., "La Conferencia de La Haya y la perspectiva latinoamericana", Boletín de la Facultad de Derecho (UNED), nº 16, 2000, pp. 203–226; id., "La influencia de la Conferencia de La Haya en las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado", Cursos de Derecho Internacional, vol. I, parte I), El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974–2000), Washington, OEA, 2002, pp. 879 ss; Opertti Badán, D., "The Relationships between Latin American and the Hague Conference regarding the Recent Developments od Private International Law,", A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 421–432.

45 Acerca de la admisión y aceptación de Venezuela vid. Parra–Aranguren, G., "La Conferencia de La Haya sobre DIPr", Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello), nº 37, 1986–87, pp. 204–205.

46 Borrás, A.: "Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de Derecho internacional pivado", Revista Española de Derecho Internacional, vol. 42, nº 2, 1990, pp.. 703–704.

47 Decreto N° 1089, publicado en el Diario oficial 15.2.1986.

en función de las peculiares circunstancias que rodean a esta materia, la adopción internacional. Y a esta limitación de la materia regulada se añade la insuficiencia de un desarrollo auténtico de los mecanismos de asistencia judicial internacional y de coordinación entre autoridades extrajudiciales que faciliten al operador jurídico la realización de los propios postulados previstos en las Convenciones[48]. Dicho en otros términos, la aplicación de estos instrumentos es costosa económicamente, pues muchas veces son un punto de partida que debe contar con una adaptación de desarrollo a nivel interno y en ningún caso son autosuficientes para resolver los problemas del tráfico privado externo que en ellos se regulan. De ahí que la incorporación de un Estado no deba de hacerse sin atender a los ulteriores problemas que puede plantear su aplicación en el orden jurídico interno que, muchas veces, requieren una dotación presupuestaria muy importante[49].

D) Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr

13. El proceso de codificación del DIPr en el ámbito interamericano ha sido una de las actividades jurídicas permanentes de los Estados de la zona desde las últimas décadas del siglo XIX, con un claro protagonismo de los denominados "Tratados de Montevideo"[50] que tuvieran una importante proyección en el DIPr, con la polémica entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio como telón de fondo. Esta labor asumió distintas variantes institucionales. Durante los años cincuenta, los esfuerzos de los organismos técnicos de la OEA se orientaron a explorar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del Derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de DIPr y el *Restatement of the Law of Conflicts of Laws* preparado por el *American Law Institute*, sin embargo estos esfuerzos no se vieron coronados por el éxito. Así las cosas en 1971 la Asamblea General de la OEA decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada de DIPr Privado (CIDIP–I)[51], que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 enero 1975, dando comienzo a una importante labor codificadora del DIPr en el continente americano[52].

48 En la actualidad, 17 Estados de América Latina y el Caribe son Partes en la Convención de La Haya de 1980 sobre Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

49 Con carácter general cf. van Loon, J.H.A., "The Increasing Significance of International Co–operation for the Unification of Private International Law", Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law, Deventer, 1990, p. 102.

50 Fruto de la labor realizada en una serie de "Congresos hispanoamericanos" que tuvieron lugar a partir de 1826 fueron los denominados "Tratados de Montevideo" de 1889, revisados en 1939–1940. Vid. Argúas, M., "The Montevideo Treaties of 1889 an 1940 and their Influence on the Unification of Private International Law in South America", en el Libro centenario de la ILA, The Present State of International Law and Other Essays, Kluwer, 1973, pp. 345–360.

51 Debe tenerse presente que Conferencias de este tipo fueron establecidas por el Capítulo XVIII de la Carta de la OEA. Son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana. Se celebran cuando lo resuelve la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los Consejos u Organismos Especializados.

52 Entre los antecedentes de esta Conferencia es obligado referirse a la Carta de Bogotá aprobada en 1948 que creó un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas. Durante la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida a otro organismo, el Comité Jurídico Interamericano (CJI), Vid. Vanossi, J.R., "El Comité Jurídico Inter Americano (reseña de su historia y de su obra)", Revista El Derecho (Buenos Aires), vol. 118, 1986, pp. 771–783.

Tras el inicio de esta nueva etapa codificadora en América las preocupaciones esenciales se han dirigido, de un lado, a la coordinación de los esfuerzos en el sentido de no aprobar instrumentos contradictorios; y, de otro lado, a la contemplación de la influencia mutua entre los distintos procesos, en presencia, señaladamente el gestado en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr.

14. Con una acertada visión y pese a la tradición común americana y a la existencia de una copiosa labor de codificación anterior, la CIDIP ha dado muestra de un extraordinario realismo, se ha decantado por un claro rechazo hacia una codificación de conjunto del DIPr para detenerse en aspectos concretos de interés para las relaciones del tráfico privado externo de los Estados parte; estamos ante lo que pudiera calificarse de "descodificación" del DIPr convencional[53]. De otra parte, e inevitablemente, ha experimentado un cierto mimetismo con la Conferencia de La Haya de DIPr en las técnicas de codificación y en el modo de enfrentarse a los problemas concretos[54]. Probablemente la pertenencia de varios países americanos a dicha Conferencia, cuya vocación de universalidad es manifiesta, ha condicionado esta obra de codificación paralela. No existe, sin embargo, tal similitud en cuanto a la agenda de trabajo y a la materia codificada. Mientras que en La Haya se contempla el "contenido" del DIPr *strictu sensu*, en la CIDIP este es mucho mayor, pues incluye cuestiones propias del Derecho del comercio internacional (letras de cambio, pagarés, facturas, cheques, arbitraje, sociedades mercantiles y transporte internacional de mercaderías por carretera)[55] y muestra una tendencia expansiva en el sentir de ciertas delegaciones. En cualquier caso, como en la propia Conferencia de La Haya[56], los mayores éxitos desde la perspectiva de la incorporación de los Estados a los Convenios se registran en el ámbito del Derecho procesal civil internacional y, en particular en el sector de la asistencia judicial internacional.

Debe dejarse constancia que los trabajos en la CIDIP reflejan un protagonismo muy marcado de tres países (México, Venezuela y Uruguay), limitándose el resto a una actuación bastante pasiva que se traduce en una distorsión entre el esfuerzo codificador realizado y el número de Estados que se incorporan a los Convenios que van surgiendo de la Conferencia. No en vano por insignes juristas latinoamericanos, como L. Pereznieto, llevan algunos años denunciando que la CIDIP ha entrado en una fase de agotamiento en parte por la indiferencia de los Estados miembros para incorporarse a las convenciones aprobadas en ese foro y en parte porque ciertas materias han recibido una fuerte influencia de lo que se hace en la Conferencia de La Haya de DIPr[57].

53 Opertti Badán, D., "L'oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel", Liber amicorum Georges A.L. Droz, La Haya, Nijhoff, 1996, pp. 269–286.

54 Opertti Badan, D., "Unification of Laws in the Western Hemisphere: The Contribution of the Organization of the Organisation of American States", Rev. dr. unif., 1981, pp. 60–67.

55 Vid. Eyzaguirre Echeverría, R., "Los problemas del Derecho comercial en el DIPr interamericano", XII Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano, 1990, pp. 241–259.

56 Cf. Fernández Rozas, J.C., "La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de DIPr", Revista Española de Derecho Internacional, vol. XLV, 1993, pp. 83–84.

57 Pereznieto Castro, L., "La codificación interamericana. ¿Es todavía una opción?", Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, nº 1, 1996, pp. 71 ss; id., "Notas sobre el Derecho internacional privado…", loc. cit.,

2. Recepción de los instrumentos internacionales

15. Los resultados normativos emanados de los distintos foros de codificación han cambiado en muchos sistemas estatales la confortable fisonomía de los sistemas "en base legal"[58]. La presencia de tratados internacionales no solamente suscita los problemas inherentes a su recepción en el Derecho interno, sino los derivados de su ámbito de aplicación material, temporal y territorial. Y a ellos hay que añadir los que se suscitan como consecuencia del denominado conflicto de convenciones, derivados de la existencia de tratados sucesivos concernientes a una misma materia[59].

Hoy por hoy el proceso unificador de América latina por lo que respecta al DIPr descansa en tratados internacionales y respecto a los mismos se registran notables discrepancias en el área. El sistema interamericano cuenta con un marco legal suficiente de Convenciones sobre cooperación jurídica y judicial y asistencia legal mutua, que abarca desde el Derecho procesal hasta Derecho de familia, pero dicho sistema no cubre de manera suficiente el área. El cumplimiento efectivo de la cooperación judicial en este marco pasa por la creación de una red de autoridades centrales y funcionarios gubernamentales tal y como lo requieren las convenciones existentes. Sería conveniente ofrecer a las autoridades centrales las herramientas necesarias para desempeñar adecuadamente sus funciones y para comunicarse entre sí de la manera más eficiente y segura. Esta escasez pone de relieve la necesidad de favorecer las investigaciones sobre la cooperación judicial en América latina, pues diseñar un marco legal estable de cooperación judicial requiere previamente conocer en profundidad la realidad de la situación actual de las normativas implicadas.

Existen en la comunidad latinoamericana modelos en los que los problemas de interacción de procedimientos de producción normativa son muy similares, a partir de la coexistencia entre el Código civil, en sus distintas versiones en lo que atañe al DIPr (napoleónica, alemana, chilena y argentina), y la reglamentación de origen convencional[60]. El caso más significativo es el de México que, frente a un dilatado período de oposición al régimen convencional en la regulación de las cuestiones del tráfico privado externo, inició a partir de 1975 una política de incorporación a tratados internacionales, preferentemente de carácter multilateral, que ha planteado en este país numerosos problemas de interacción con el orden jurídico interno[61],

p. 1069.

58 Lettieri, F., "Sul coordinamento fra codificazione del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali", Riv. dir. int., vol. LXX, 1987, pp. 323–332.

59 Vid. el tramiento de estos problemas en Santos Belandro, R.B., "Viejas y nuevas estrategias codificadoras del Derecho internacional privado interamericano", Revista de La Facultad de Derecho. Universidad de la República Oriental del Uruguay, nº 21, 2002, pp. 171–205, esp. pp. 179–187

60 Es de justicia señalar la especial sensibilidad a los problemas de interacción entre el Código civil y los Convenios internacionales suscritos por Uruguay que se registra en la obra de Alfonsín, Q., Curso de Derecho privado internacional con especial referencia al Derecho uruguayo y a los Tratados de Montevideo de 1889. Teoría del Derecho privado internacional, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1955, esp. pp. 227 ss.

61 Son más de medio centenar de tratados internacionales vinculados al DIPr latu sensu que otorgan una nueva fisonomía al sector de los procedimientos de producción normativa existentes en México, vid. Pereznieto Castro, L. "El art. 133 Constitucional: una relectura", Jurídica, nº 25, 1994 y Ortíz Ahlf, L., "Comentarios sobre algunos problemas de Derecho internacional público que plantean las Convenciones de DIPr", Memoria del XIII Seminario Nacional de DIPr, México, UAM, 1992, pp. 176 ss.

problemas que no han sido ajenos de algún modo a los que se suscitaron en España tras el proceso de reforma política[62].

B) Referencia a la práctica chilena

16. El sistema de DIPr chileno es complementario del régimen convencional al que se ha obligado y no excluye la posibilidad que este país suscriba nuevos convenios internacionales en la materia. Ello permite vislumbrar, como advierte la Exposición de motivos del ALDIPCh un proceso de paulatina desnacionalización y unificación normativa en el que ciertas normas de esta disciplina ya no tienen origen estrictamente estatal y pueden ser aplicadas por jueces de distintas jurisdicciones. Es más, su propio art. 3 ALDIPCh dispone que "Las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes prevalecerán sobre las normas de la presente ley".

i) Desde la perspectiva multilateral en los últimos años se ha evidenciado una voluntad política de incorporarse a los principales instrumentos internacionales rectores del tráfico privado externo, aunque esfuerzo aún resulte insuficiente.

a) Naciones Unidas. En el ámbito de los negocios internacionales resulta especialmente significativa la incorporación en el año 1975 de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 y, en el año 1990 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980. Asimismo es importante, la suscripción de Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, suscrita en Nueva York en 1956.

b) Menor es la presencia chilena en el sistema de cooperación judicial en materia civil que desde finales del siglo XIX ha elaborado la Conferencia de La Haya Derecho internacional privado. Con excepción de la Convención de 5 octubre 1961, suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros Chile está ausente de un importante bloque de convenios sobre procedimiento civil que tiene su origen en la Convención de La Haya de 1954 y en el que participan la mayor parte de los países del mundo; una ausencia que debería solventarse lo antes posible. Este vacío legal alguna manera paliado por su presencia en las convenciones de La Haya sobre protección de menores de nueva generación, en concreto, la Convención de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (2004), de la Convención de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional (2007) Estos dos últimos contienen disposiciones de gran complejidad que requieren un serio ajuste por parte de los tribunales de justicia dominicanos a la hora de su aplicación.

62 Fernández Rozas, J.C., "Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial", Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los Jueces españoles, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid CGPJ, 1997, nº 1, pp. 59–158.

c) Mayor importancia es la presencia de Chile de los textos emanados del sistema de cooperación judicial internacional que ha diseñado la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) pues sólo es parte de la Convención interamericana de 30 enero 1975 sobre la recepción de pruebas en el extranjero (1991) y de la Convención interamericana de 30 enero 1975 sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (1977), lo que resulta altamente insuficiente; y es parte, curiosamente, de otros instrumentos que ofrecen un interés menor como la Convención interamericana de 30 enero 1975 sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (1977), la Convención interamericana de 30 enero 1975 sobre arbitraje comercial internacional (2002), y la Convención interamericana de 18 marzo 1994 sobre tráfico internacional de menores (2011). El balance de la participación dominicana en la CIDIP requiere una reflexión meditada y el estudio de la incorporación a otros instrumentos de importancia elaborados en su seno como la Convención de México de 1994 sobre aplicable a los contratos internacionales.

ii) Desde la perspectiva de la integración cabe referirse al Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, de 23 de julio de 1998[63] y al Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, de 5 de julio de 2002. Este último instrumento fue considerado como "una demostración de la voluntad de los países del área en orden a acordar soluciones jurídicas comunes en el ámbito de la cooperación jurisdiccional, con el objeto de fortalecer el proceso de integración"[64].

iii) Por último, desde la perspectiva bilateral queda reducida a la suscripción de ciertos tratados de cooperación judicial en materia civil, el Acuerdo sobre tramitación de exhortos judiciales entre la República de Chile y la República Federativa de Brasil, de 9 de marzo de 1970, el Convenio sobre exhortos o cartas rogatorias y despachos judiciales entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno de la República de Colombia, de 17 de junio de 1981, el Convenio sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, suscrito entre los Gobiernos de la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, de 28 de junio de 1984 o el Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, de 15 de octubre de 1981. Y a estos instrumentos puede añadirse, aunque su contenido material es totalmente genérico, el Convenio entre el Reino de España y la República de Chile sobre cooperación jurídica, de 14 de abril de 1992.

63 A. Consolo, "Gli accordi sull'arbitrato commerciale internazionale del Mercosur", Riv. dir. int. pr. proc., 1999, pp. 271–274; Martins, P.A.B., "Observações sobre o Texto do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul", Revista Brasileira de Arbitragem, nº 9, 2006, pp. 7–38; Fernández Rozas, J.C., Tratado de arbitraje comercial em América latina, Madrid, Iustel, 2008, nos 121 ss.

64 Mensaje Nº 71–353 de S.E. el Presidente de la Republica con el que inicia un proyecto de acuerdo que aprueba el Acuerdo de cooperacion y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Parte del Mercosur y la Republica de Bolivia y La republica de Chile, suscrito el 5 de julio de 2002, 9 junio 2005.

IV. Soluciones procedentes de la unificación regional

1. Función del DIPr en los movimientos de integración regional

17. La integración regional no es un fenómeno exclusivamente económico, comercial o social, pues comprende otras facetas del devenir de los entes implicados. Involucra, en primer término, una voluntad de preservar la paz mediante la cooperación y la seguridad colectiva por encima de las fronteras nacionales, la instauración del Estado de Derecho y la apertura de desarrollo hacia el exterior; y en, segundo término, ciertas iniciativas en la aproximación de las instituciones de Derecho privado implicadas[65].

Tradicionalmente el desarrollo de políticas de cooperación de los Estados en materia civil y mercantil ha pretendido dar respuesta a unos parámetros ciertamente endebles basados en el buen entendimiento, en buena voluntad de los Estados y siempre con el principio de reciprocidad como referente. No obstante, como consecuencia lógica de los procesos de integración, dicha cooperación ha pasado de constituir un fin en sí misma, para convertirse en muchos casos en un presupuesto indispensable, pues en la actualidad son cada vez más habituales y numerosos los litigios transfronterizos o con elemento extranjero. El proceso, que trae consigo entre otras cosas la armonización de normas y legislaciones, no implica *prima facie* la generación de normas comunes para el bloque regional, susceptible de enfrentamientos normativos innecesarios y de fomentar la rivalidad con las normas nacionales en vigor en otros contextos. Por el contrario, la armonización de los marcos regulatorios que afectan los negocios y el intercambio de bienes y servicios (*v.gr.*, normas de defensa de la competencia[66] y represoras de la competencia desleal, de defensa del consumidor o de propiedad intelectual) tienen o deben tener como propósito primordial la supresión de las distorsiones inducidas por las diferencias de dichos marcos en los respectivos ámbitos nacionales, particularmente cuando tales diferencias beneficien asimétricamente a los operadores de uno de los países miembros en quebranto del resto[67]. En definitiva, los procesos de internacionalización de los negocios, por un lado, facilitan la interconexión de los territorios, al favorecer la realización de actividades económicas al margen de los mercados estatales implicados; y, por otro, renuevan el protagonismo de los factores locales y/o regionales al exigir el uso de inputs muy localizados en el territorio para que la localización de empresas exitosas y competitivas pueda ser viable.

18. Pese a que su posición ha sido considerada secundaria[68], el DIPr juega en este contexto un papel relevante como ordenamiento regulador esencial para la

65 Fernández Rozas, J.C. "Presentación del Proyecto de Ley modelo de Derecho internacional privado de la Ohadac", en Fernández Rozas, J.C.. (coord.) y otros, Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean, Madrid, Iprolex, 2015, pp. 277 ss.

66 Ibarra Pardo, G., "Políticas de competencia en la integración en América latina", Integración Latinoamericana, septiembre de 1993, pp. 45.51.

67 Fernández Rozas, J.C., "Un nuevo mundo jurídico: la lex mercatoria en América Latina", Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 61–127.

68 Fogt, M.M., "Private International Law in the Process of Harmonization of International Commercial Law": the 'Ugly

consecución de la armonización de las legislaciones de los países que conforman un concreto esquema de integración. Para el buen funcionamiento de todo mercado integrado, cuyo punto de partida es la diversidad material, es preciso contar con un DIPr uniforme que aporte un determinado contenido. Uniforme, porque las reglas de juego han de ser comunes para todos los participantes, y con un determinado contenido, para asegurar el buen funcionamiento de ese "mercado de productos normativos"[69].

Aunque el término "integración" que se está utilizando entraña un contenido esencial o predominantemente económico, cualquier movimiento unitario entre varios países constituye un proceso que conlleva no solo implicaciones económicas y comerciales, sino políticas, jurídicas y sociales de considerable alcance[70]. Dicho de otro modo, en cualquier movimiento de integración o, si se quiere, en la constitución de un mercado común más o menos completo, acostumbran a concurrir multitud de consideraciones extraeconómicas. Una de ellas, exige que los países participantes y sus gobernantes estén comprometidos con un régimen de libertades: políticas, económicas y sociales, que permitan el desarrollo de instituciones estatales sólidas e independientes de vital importancia. Otra, comporta la unificación o, al menos, de la armonización del Derecho privado o, como ha ocurrido en la Unión Europea, del DIPr[71]. Las dificultades de fijar con precisión jurídica los procesos de integración regional evidencian que de ordinario nos hallamos ante una realidad compleja que exige un estudio individualizado, caso por caso, desde una perspectiva multidisciplinar[72].

19. La aparición de proyectos regionales de integración económica y política ha sido una de las realidades que con mayor apremio han puesto en evidencia la necesidad de la superación de la referencia estatal en la formulación del objeto del DIPr[73]. En este sentido, los fenómenos de integración obligan a dar un paso más en el silogismo: dado que el DIPr cubre discontinuidades jurídicas en el espacio originadas por una diversidad de causas es preciso plantearse que el objeto no es una situación privada heterogénea uniforme, sino diferentes "situaciones privadas heterogéneas" a las que el DIPr debe dar una respuesta específica. Y esta necesidad se deja sentir con mayor claridad si cabe, aunque no de manera exclusiva, en el caso de la integración europea que no sólo cuenta con un objetivo jurídico propio: el objetivo jurídico de integración; sino que igualmente cuenta con un ordenamiento jurídico autónomo y completo, con sus propias fuentes, cuya vocación de ser aplicadas en el espacio

Duckling'?", Unification and Harmonization of International Commercial Law: Interaction or Deharmonization?, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, pp. 57–103.

69 Cf. M. Virgós y F.J. Garcimartín Alférez, "Estado de origen vs. Estado de destino", InDret. Revista para el análisis del Derecho, 4/2004, p. 6.

70 Limpens, L., "Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel", Rev. int. dr. comp., 1964, pp. 13–31.

71 Fernández Rozas, J.C., "Los modelos de integración en América latina y el Caribe y el Derecho internacional privado", Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, BOE, 2000, pp. 151–192.

72 Pérez Vera, E., "Reflexiones sobre los procesos de integración regional", Revista de Instituciones Europeas, 1977, pp. 669–700, esp. p. 699.

73 Fernández Rozas, J.C., "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", Revista Mexicana de DIPr, nº 9, 2000, pp. 7–32.

se delimita funcionalmente: en cuanto cubren situación privadas "de integración" o "intracomunitarias"[74]. Tomando la clasificación propuesta por S. Álvarez González, asumida la "función delimitadora" del objeto, la diversidad de la heterogeneidad que lo caracteriza permite perfilar una "función normativa" del mismo[75].

La puesta en marcha de un proceso de integración hace que el papel del Derecho y, en particular, del DIPr, cobre una relevancia esencial[76]: la integración, en tanto que objetivo funcional, recurre a este ordenamiento por su eficiencia para favorecer la identidad cultural de los individuos a través del respeto a la diversidad jurídica, al tiempo que armoniza las soluciones haciéndolas más previsibles; dicho de otro modo, el DIPr constituye una "unidad funcional" que se vincula muy estrechamente a los principios y a las libertades que genera el establecimiento y el funcionamiento de un ente supranacional[77] o de un área de libre comercio.

Entendido el DIPr como ordenamiento regulador de las situaciones privadas internacionales, en relación con un sistema estatal determinado y concreto, es indudable que cualquier proceso de integración puede suponer una transformación sustancial de su enfoque tradicional. La integración tiende a producir este ámbito tres alteraciones de base[78]: en primer término, genera una auténtica mutación de uno de los presupuestos básicos del DIPr que no es otro que el fenómeno de "frontera"; en segundo lugar, al existir una marcada tendencia en cualquier proceso de integración hacia la unificación de legislaciones en el sector productivo, queda igualmente alterado el otro de los presupuestos de base de este ordenamiento: el del pluralismo de sistemas; por último, y habida cuenta que en todo proyecto de "Derecho comunitario" suelen aparecer numerosas lagunas, la nueva entidad experimenta una tendencia a la codificación directa de ciertas materias del DIPr.

2. Experiencias en la Unión Europea

20. Para hacer realidad el espacio de libertad, seguridad y justicia aplicable a los ciudadanos y garantizar una mejor aplicación de la legislación de la UE el desarrollo de una cultura judicial europea es un requisito previo fundamental. La intensificación regulatoria en el marco del Espacio Jurídico Europeo ha obligado a desarrollar pautas

74 Schockweiler, F., "La codification du droit international privé dans la Communauté européenne", E pluribus unum: liber amicorum Georges A.L. Droz: on the progressive unification of private international law, La Haya, Kluwer Law International, 1996, pp. 391–404; Kessedjian, C.,"Le droit international privé et l'intégration juridique européenne", Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E Nygh (T. Einhorn & K Siehr, eds), La Haya, TMC Asser Press, 2004, pp. 192 ss

75 Alvarez González, S., "Objeto del DIPr y especialización normativa", Anuario de Derecho Civil, t. XLVI, 1993, pp. 1109–1151.

76 Mouly, C., "Le droit, peu–il favoriser l'intégration européenne?", Rev. int. dr. comp., 1985, pp. 895–945; Heutger, V., "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration", European Rev. Priv. L., vol. 10, 2002, pp. 857–864.

77 Jayme, E. y Kohler, C., "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", Rev. crit. dr. int. pr., 1985, pp. 15–16.

78 González Campos, J.D., "Cuestiones de Derecho internacional privado en las Comunidades Europeas", I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas, Univ. Valladolid, 1983, pp. 111–131; Fernández Rozas, J.C., "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", Revista de Instituciones Europeas, vol. 17, 1990, pp. 758–824, esp. pp. 785–786; Calvo Caravaca, A.L. "El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea", Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, nº 21, 2003, pp. 49–69.

interpretativas y descifrar claves para obtener la respuesta a los problemas ligados a la movilidad transfronteriza de las personas. Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en 1999[79], la UE quedó facultada para promulgar instrumentos legislativos en el ámbito del DIPr[80], suprimiendo su tradicional vinculación al fenómeno productivo. Este cambio de competencias dio lugar en primer lugar a la transformación (en aquel momento denominada "comunitarización") de las convenciones ya existentes adoptadas en el marco del antiguo tercer pilar en actos legislativos y, al mismo tiempo, condujo progresivamente a la adopción de instrumentos jurídicos que regulan ámbitos que antes no habían sido tocados por las convenciones anteriores. Algunos de esos instrumentos establecen únicamente normas sobre Derecho aplicable; otros prevén exclusivamente normas de competencia, reconocimiento y ejecución de las decisiones nacionales y algunos regulan la materia en cuestión de manera exhaustiva, conteniendo ambos tipos de disposiciones. Asimismo se han adoptado otros importantes instrumentos legislativos en el ámbito de la cooperación en materia civil para facilitar la justicia transfronteriza. Indudablemente la técnica del Reglamento, garantiza mejor la aplicación uniforme mediante sus normas uniformes en toda la UE, evitando así toda fragmentación, que a menudo se producía a nivel de las directivas de aplicación. Esta característica de las reglamentaciones condiciona a los Estados miembros de seguir una política coherente al ajustar las disposiciones nacionales a las reglamentaciones de la UE.

Parece poco realista esperar de la UE una armonización global del Derecho privado, ya que los sistemas de Derecho privado de Europa están profundamente enraizados en el devenir histórico de las políticas a las que deben su legitimidad[81]. Por el contrario, los últimos decenios se han caracterizado por la amplia europeización de las normas reguladoras del tráfico privado externo. Una europeización que sigue la estela de las evoluciones de la codificación interna, de los *Restatement* norteamericanos, de las convenciones internacionales, leyes modelo o textos de *soft law* de DIPr en otras organizaciones internacionales como Uncitral, Unidroit y, sobre todo, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. El proceso de codificación del DIPr europeo y mundial ha demostrado un grado de permeabilidad enorme, como ha quedado demostrado durante el último medio siglo[82]. Las normas nacionales sobre Derecho aplicable en Europa continental tenían por objeto determinar la conexión más estrecha entre la relación jurídica y la ley supuestamente aplicable. Este objetivo

79 Borrás, A., "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", Revista Española de Derecho Internacional, vol. LI, nº 2, 1999, pp. 383–426; Basedow, J., "European conflict of laws under the trety of Amsterdam", International conflict of laws for the third millenium : essays in honor of Friedrich K. Juenger, Transnational Publishers, 2000, pp. 175–192. Gaudemet–Tallon, H., "Quel droit international privé pour l'union européenne?", ibid., pp. 317–338.

80 De Miguel Asensio, P.A., "Integración europea y Derecho internacional privado", Revista de Derecho Comunitario Europeo, 1997, nº 2, pp. 413–445; Borras A., "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", Recueil des Cours, t. 317, 2006, t. 317, pp. 313–536; Cuartero Rubio, M.V., "En el origen del Derecho internacional privado europeo", Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Cizur Menor (Navarra), Civitas–Thomson–Reuters, 2020, pp. 195–210.

81 Fiorini, A., "The Evolution of European Private International Law", Int'l Comp. L.Q., vol. 57, nº 4, 2008, pp. 969–984.

82 Pertegás, M.: "El proceso de codificación del DIPr en la Unión Europea y su interación con otros procesos de codificación: La Haya", 50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván (C. Esplugues Mota, M.P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, ISBN: 978–84–1313–543–4, pp. 175–194: La Haya", loc. cit.

universal se combinaba a menudo con objetivos más locales: el logro de ciertas políticas sustantivas del foro a través de mecanismos de conflicto. La cuestión puede abordarse con métodos diferentes: el inductivo a través del análisis de las normas de conflicto de leyes que se encuentran en el Derecho derivado de la UE y su comparación con las normas nacionales sobre Derecho aplicable; y el deductivo a partir del análisis del fundamento del Tratado para las normas de conflicto de leyes de la UE, con la finalidad de determinar si este marco constitucional prescribe determinadas políticas que pueden ser diferentes de las utilizadas en las normas nacionales de conflicto de leyes[83].

En el transcurso de los últimos decenios, el legislador europeo ha adoptado un total de 18 reglamentos en el ámbito DIPr, incluido el procedimiento civil. Bien entendido que los Reglamentos Roma I y Roma II y el Reglamento de Bruselas I, sustituido por el Reglamento de Bruselas Ia, constituyen el núcleo del derecho internacional privado de la Unión[84].La importante unificación legislativa resultante ha sido descrita como la primera verdadera "europeización" del DIPr, e incluso como una especie de "revolución de la elección del Derecho europeo". Este complejo panorama plantea la cuestión de la facilidad del acceso a esta esfera del Derecho y en qué medida promueve la certidumbre jurídica y la previsibilidad de los resultados[85]. Ambas cuestiones se vinculan a la idea de coherencia y es posible que la plasmación de este postulado haya sido más perjudicial que beneficiosa[86]. Existen muchos paralelismos estructurales y de actualidad, y muchas de las incoherencias restantes pueden (y deben) corregirse porque son obvias y, en parte, valores atípicos casi inexplicables[87].

21. Hoy por hoy no puede considerarse que el DIPr de la Unión Europea haya sido objeto de una verdadera codificación en el sentido clásico de la expresión, entre otros motivos por carecer de una regulación completa, coherente y sistemática[88]. Por ello, se habla de codificar el DIPr de la UE con una regulación sistemática denominada por la doctrina como *Reglamento Roma 0*[89]. Mas, del proceso de consolidación del

83 Fillers, A., "Implications of Article 81(1) TFEU's recognition clause for EU conflict of laws rules", J. Priv. Int'l L., vol. 14, nº 3, 2018, pp. 475–499.

84 Szpunar, M., "Droit international privé de l'Union: cohérence des champs d'application et/ou des solutions?", Rev. crit. dr. int. pr., 2108, pp. 573–579.

85 Vid. la obra colectiva editada por Von Hein, J., Kieninger, E.–M. y Rühl, G., How european is European Private International Law?, Cambridge. Intersentia, 2019.

86 Sánchez Lorenzo, S.A., El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo", Revista Española de Derecho Internacional, vol. LXX, nº 2, 2018, pp. 17–47.

87 Sánchez Lorenzo, S.A., "Cincuenta años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: el lado oscuro", 50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván (C. Esplugues Mota, M.P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 53–86; Wilke, F.M., "Dimensions of coherence in EU conflict–of–law rules", J. Priv. Int'l L., vol. 16, nº 1, 2020, pp. 163–188.

88 Fallon, M., "L'européanisation du droit international privé: une codification en marche?", Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal (Erauw J, y Taelman P., eds) Wotters Kluwer Business, 2009, pp. 487–540; Clavel, S., "Le droit international privé européen est–il 'honorable'? Retour sur une controverse doctrinale", Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, París, LGDJ, 2015, p. 119 ss; Arenas García, R., "Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito", en C. Esplugues Mota, P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco, eds.), 50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 23–51, esp. pp. 24–30.

89 Fallon, M., "Les conditions d'un code européen de droit international privé", La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé? (M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot–Peruzzetto , dirs.) París, Dalloz, 2009, pp. 1–34; Leible, S. y Unberath, H., Brauchen wir eine Rom 0–Verordnung?, Múnich, Sellier, 2013; Rühl; G. y von Hein, J.,

DIPr en la UE, sin duda destaca la unificación conflictual. Ello significa que los Estados miembros aplican normas de conflicto uniformes, que señalan como *lex causae* el Derecho material de un Estado miembro. Incluso durante su permanencia en la UE el Reino Unido experimentó dicha "europeización"[90]. Tanto en el ámbito del conflicto de jurisdicción como en el conflicto de leyes, gran parte de las soluciones jurídicas futuras y los retos de la consumación del Brexit dependerán del grado de convergencia del *common law* y del *civil law* en los procesos de codificación del DIPr europeo y mundial elaborados en la UE y en la Conferencia de La Haya de DIPr[91].

Al margen del devenir de una codificación global en la UE es indudable que se ha producido en este sector una verdadera revolución de los planteamientos relativos al Derecho aplicable de importancia, radicalidad e irreversibilidad comparable a la revolución de los conflictos americanos del siglo XX[92]. Al examinar la legislación nacional de los Estados Miembros en materia DIPr, la primera afirmación que podemos hacer es que se pueden distinguir aproximadamente tres grandes grupos de Estados Miembros. Algunos países no han insertado ninguna referencia a los reglamentos de la Unión Europea en su legislación nacional, sino que sólo han derogado las disposiciones que se superponen. Otros contienen una cláusula más bien general sobre la naturaleza prevaleciente de los Reglamentos de la UE sobre las disposiciones de las leyes, mientras que un tercer grupo de Estados utiliza un sistema específico y coherente de referencias para hacer una clara interconexión con los Reglamentos de la UE en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal tolera la interconexión[93]. Parece que las leyes reformadas: Ley DIPr austriaca de 15 julio 1978[94], Ley PIL checa de 2012, Ley PIL polaca de 2009 y el Libro 10 del Código Civil holandés de DIPr de 2011) han tenido en cuenta estos aspectos al revisar su

"Towards a European Code on Private International Law?", RabelsZ, vol. 79, nº 4, 2015, pp. 701–751.

90 Morris, P.S., "The modern transplantation of continental law in England: how English private international law embraces Europeanisation, 1972–2014", J. Priv. Int'l L., vol. 12, nº 3, 2016, pp. 587–607. En su resolución del 2 de abril de 2014 sobre el examen de término del programa de Estocolmo, el Parlamento Europeo reiteró su llamamiento para la adopción del Código Europeo de DIPr [<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7–TA–2014–0276<]. Con carácter preliminar, en 2013, el Servicio de Investigación del Parlamento Europeo – Unidad de Valor Añadido Europeo (EAVA), había publicado un informe sobre el costo de la no Europa en relación con un código europeo de Derecho internacional privado. En el informe se llegaba a la conclusión de que la codificación del DIPr podría reportar importantes beneficios económicos, sobre todo a los ciudadanos europeos y a las PYME, estimados en 140 millones de euros al año. Según el informe, la codificación facilitaría y abarataría las decisiones de los particulares, las familias y las empresas que se planteen la posibilidad de verse afectados por la ausencia de un código europeo de DIPr.

91 Ballesteros Barros, A.M., "Brexit y common law: influencia en el Derecho internacional privado de la Unión Europea", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 67–98. Vid., asimismo, Rodríguez Rodrigo, J., "Brexit y Derecho internacional privado", ibíd., pp. 21–42.

92 Michaels, R., "The New European Choice–of–Law Revolution", Tulane L. Rev., vol. 82. nº 5, 2008, pp. 1607–1644.

93 Vid. Somssich, R., "Cohabitation of EU Regulations and National Laws in the Field of Conflict of Laws", ELTE L.J., 2015, nº 2, pp. 57–79

94 Esta Ley aborda únicamente el capítulo relativo a la ley aplicable (que sólo contiene normas de conflicto de leyes) tampoco define su ámbito de aplicación con referencia a los Reglamentos de la UE (la Ley ni siquiera tiene una disposición que establezca su ámbito de aplicación), sino que los menciona en las disposiciones pertinentes utilizando la técnica del ámbito de aplicación negativo (las disposiciones sólo se aplican a las cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento pertinente de la UE). En cuanto al texto originario a sus copmentarios vid. Rev. crit. dr. int. pr., 1979, pp. 176 ss, y nota introductoria de F. Schwind; del mismo autor, "La codification du droit international privé en Autriche", Rev. dr. int. dr. comp., vol. 54, 1977, pp.. 355 y ss.; Sadar, G., "Verso una codificazione del diritto internazionale privato e processuale austríaco", Comunicazione e Studi, vol. XV, 1978, pp. 301–358; Palmer, E., "The Austrian Codification of Conflicts Law", Am. Journ. Comp. L., vol. 28, 1980, pp. 197–221; Beitzke, G., "Neues österreichischen Kollisionrecht", Rabels Z., 1979, pp. 245–275.

legislación y han seguido una política bastante coherente. Esta coherencia también está presente en la Ley alemana de DIPr.

3. Experiencias en América latina

22. En América Latina los conceptos de "integración", "cooperación" y "concertación" suelen emplearse de manera intercambiable, a pesar de que no significan lo mismo. La integración, es un proceso intenso y profundo que nace y se consolida en su dimensión económica, pero se expande mediante una vinculación amplia en diversos ámbitos de las relaciones entre naciones (*v.gr.*, Mercosur); la cooperación supone que las partes adaptan sus comportamientos a las preferencias de otros, en el marco de una interacción con principios que la sustentan y metas que la impulsan; por último, la concertación es un mecanismo a través del cual los Gobiernos actúan conjuntamente en el terreno estatal, por lo general en el nivel diplomático y con fines preferentemente políticos, frente a otros actores individuales o colectivos (*v.gr.*, Unasur).

Aunque sea en el marco de una integración económica muy primaria, como acontece en América latina, un sistema jurídico, y mucho menos un sistema sensible a la reglamentación de las transacciones privadas internacionales, no puede mantenerse constreñido por reglamentaciones normativas producto exclusivo del legislador interno, desfasadas e inadecuadas a las nuevas realidades jurídicas. Precisa, por el contrario, una acomodación a las realizaciones concretas que se producen tanto en la comunidad internacional pues para asegurar los intercambios internacionales no es suficiente con eliminar las barreras jurídico–públicas. Si el legislador quiere garantizar unos intercambios internacionales fluidos debe eliminar tanto las barreras jurídico–públicas como las jurídico–privadas, esto es las derivadas del fraccionamiento jurídico de las legislaciones estatales[95].

23. Existe en el escenario latinoamericano una fuerte tendencia a constituir espacios económicos integrados, lo cual comporta importantes consecuencias no solo para el desarrollo económico y la elevación de los niveles de renta de las áreas implicadas, sino para las relaciones del tráfico privado externo[96]. Si atendemos a las tres experiencias más notables, este fenómeno es perceptible en el T–MEC (2020), sobre todo en el ámbito de las operaciones de comercio "intra–comunitario", en el del Mercosur, concretamente en los sectores de cooperación jurisdiccional internacional, de las medidas cautelares y del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (a través del Protocolos de Las Leñas, de Ouro Preto y de Buenos Aires)[97] y en la Comunidad Andina, en lo referente a propiedad intelectual y Derecho de la competencia [98]. Sin embargo, con

95 Garcimartín Alférez, F.J., "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", Cursos de Derecho internacional de Vitoria–Gasteiz 2001, Servicio Publicaciones Univeridad del País Vasco, 2002, pp 87–154, esp. pp. 100–101.

96 Fernández Rozas, J.C., "Los modelos de integración en América latina…", loc. cit., pp. 151–192.

97 Dreyzin de Klor, A., El Mercosur (Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado), Buenos Aires, Zavalia, 1997; Fernández–Arroyo, D.P., "La nueva configuración del DIPr del Mercosur: ocho respuestas contra la incertidumbre", Revista de Derecho del Mercosur, vol. 3, 1999, pp. 38–53..

98 San Miguel Rodríguez, W., "El Derecho comunitario andino y su desarrollo normativo", Revista Peruana de Derecho Internacional, t. LXVIII, nº 159, 2018, pp. 101–116; Hernando Pedraza, J. "Comunidad Andina: 50 años por el camino

toda la importancia que ya tiene, las relaciones entre integración económica y DIPr siguen muy alejadas de las que poseen en otras realidades de integración avanzada, como pueda ser la Unión Europea.

Las razones de esta situación no son comprensibles y pueden resumirse en tres motivos principales. En primer término, lo reducido de los mecanismos institucionales que existen en América frente al complejo y consolidado aparato que rige los designios de la UE, con una larga tradición normativa, con técnicas propias que, en los últimos años, han girado hacia la utilización de la más eficaz en términos de unificación jurídica: los Reglamentos. En segundo lugar, porque al contrario de lo que acontece con los procesos de integración desarrollados en América, en Europa desde la entrada en vigor del Acta Única se estableció un "mercado interior" inspirado en postulados radicalmente diversos, superando el concepto de tratado de libre cambio y destinado a convertirse en un mercado integrado con un fuerte desarrollo de aproximación de las legislaciones nacionales[99]. Por último, como consecuencia de una voluntad política decidida que determinó un vertiginoso desarrollo del DIPr de la UE a través del denominado "Tercer Pilar"[100] y una posterior comunitarización de las materias constitutivas de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta dicotomía entre las dos partes del Atlántico no solo se percibe en términos teóricos y descriptivos, sino que alumbra con nitidez en el propio seno de la Conferencia de La Haya de DIPr donde el enfrentamiento de los "bloques" fue manifiesto, señaladamente de la UE y del TLCAN, en la elaboración de un eventual Convenio universal sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras.

Junto a estas diferencias, ancladas en razones históricas y en el distinto nivel de integración en el que se encuentran ambas realidades, existen problemas comunes como, por ejemplo, que la armonización de los sistemas de DIPr supone en el caso del T–MEC o de las entidades de integración caribeñas una conciliación de sistemas de Derecho escrito y de *common law*, algo común en la UE, que ya fue origen en su día de problemas técnicos de enorme envergadura y que, por ejemplo, hace que determinados Estados miembros (Reino Unido o Irlanda) contasen con un cierto estatuto especial en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que su cultura y tradición jurídicas –amén de otros factores– eran un elemento esencial.

4. Referencia al Proyecto de Ley Modelo DIPr de la Ohadac

24. Inspirada por el éxito reconocido del proceso de la OHADA para la unificación del Derecho mercantil en el África subsahariana iniciado a principios del decenio de 1990, la *Organisation pour un droit des affaires unifié dans la Caraïbees* (OHADAC) constituyó hace unos años un proyecto sin precedentes de cooperación e integración

de la integración", ibíd., t. LXIX, nº 162, 2019, pp. 137–145.

99 La originalidad de la experiencia comunitaria y su incidencia en el marco del DIPr se describe con precisión en el curso de Fallon, M., "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne", Recueil des Cours, t. 253, 1995, pp. 25 ss y en el de Struycken, A., "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", Recueil des Cours, t. 232, 1992, pp. 257 ss.

100 Vid. Fernández Rozas, J.C., "Nuevas perspectivas de la cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea", Los dos pilares de la Unión Europea, Madrid, Colección Veintiuno, 1997, pp. 239–267.

regional que, al acercar a los Estados y los pueblos del Caribe, al servicio del desarrollo económico y el reempleo al contribuir al desarrollo del comercio. El proyecto OHADAC afrontaba desde el principio la diversidad y heterogeneidad de los países del entorno del Caribe[101].

En el marco de las acciones de la OHADAC[102] se aprobó en el Congreso de Guadalupe celebrado los días 21 y 22 de septiembre de 2015 un Proyecto de Ley Modelo OHADAC con el objeto de armonizar los diversos sistemas de DIPr existentes en la región (PLMODIPr), que se decantó por el cauce de una Ley especial como técnica legislativa adecuada y el diseño tripartito de la materia regulada.

Dentro de los elementos más innovadores del PLMODIPr fue la incorporación de muchas soluciones adoptadas por la codificación internacional del DIPr con la consiguiente coordinación de los Derechos en presencia, claramente diversificados. Con ello pretendía mitigarse el retraso de la generalidad de los países de la OHADAC en la incorporación a normas de origen convencional la vez que se evitan los inevitables problemas derivados del "conflicto de convenciones". La selección de dichas soluciones se llevó a cabo después de ponderar escrupulosamente las ventajas y desventajas de las distintas alternativas y con la convicción de que, en materias jurídicas, la más aceptable es simplemente aquélla que origina un menor número de inconvenientes en la práctica.

Fue sensible el PLMODIPr a los nuevos cambios de la sociedad incorporando normas adaptadas a los nuevos tiempos[103]. Ello se refleja en numerosos de sus disposiciones donde la incidencia de los derechos humanos en materia de DIPr[104] es ejercida sobre variadas cuestiones y en circunstancias diversas para garantizar, por ejemplo, el acceso a la justicia, templada con la lógica limitación de las inmunidades estatales (arts. 7 y 77), los derechos de los trabajadores (art. 47) o los intereses superiores de los menores (art. 38); también es sensible a nuevos fenómenos como la aparición de una reglamentación internacional del consumo (art. 48). En este marco se presta atención a un fenómeno cada vez más común, cual es la relación familiar entre dos personas al margen de la institución matrimonial, pero con una relación de afectividad y de proyecto de vida similar o próximo al del matrimonio tradicional. El art. 34 opta en tal sentido por una solución moderada, no interviniendo más allá de donde la práctica lo hace necesario pero siendo consciente de que cada vez existe una reglamentación más especializada en el Derecho comparado respecto de estas

101 En el entorno OHADAC figuran al menos 18 Estados insulares soberanos que comprenden 31 territorios diferentes con lenguas y tradiciones jurídicas correspondientes a cuatro metrópolis: España, Francia, Reino Unido y Países Bajos. Su población supera los cuarenta millones de habitantes, la mitad de los cuales hablan español, una cuarta parte francés, casi el mismo número inglés y una minoría (en torno a un 1%) holandés. Semejante diversidad de estructuras políticas condiciona una estrategia para la armonización jurídica.

102 Principios Ohadac sobre contratos comerciales internacionales: Reglas sobre el arbitraje y la conciliación Ohadac, la Ley Modelo Ohadac de Derecho Internacional Privado y la Ley Modelo Ohadac de sociedades mercantiles [<http://www.ohadac.com/actualite/142/congreso–ohadac–organizacion–para–la–armonizacion–del–derecho–mercantil–en–el–caribe–el–21–y–el–22–de–septiembre–en–guadalupe–fwi.html<].

103 Goré, M., "Un seul lit pour deux rêves : la codification du droit international privé dans les Caraïbes", Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel, op. cit., pp. 793–801.

104 Lequette, Y., "Le droit international privé et les droits fondamentaux", Libertés et droits fondamentaux (R. Cabrillac, M.A. Frison–Roche y T. Revet, dirs.), 10ª ed., París, Dalloz, 2004, pp. 97 ss.

figuras. El PLMODIPr innovó, de manera significativa, la tradicional consideración de la autonomía de la voluntad cuyo ámbito había sido considerablemente restringido en el ámbito del DIPr

Existe una vinculación muy directa entre el PLMODIPr y la Ley Dominicana de DIPr, pues ambos textos coincidieron en una etapa temprana con los mismos redactores y ha ejercido una cierta influencia, no siempre explicitada, en otras regiones de América latina[105]. Así ha ocurrido en Chile respecto al tratamiento de las obligaciones no contractuales[106].

V. Soluciones procedentes de la codificación interna

1. Implementación de la regulación estatal

25. Parece adecuado que el desarrollo normativo nacional de las cuestiones inherentes al tráfico privado externo se efectúe manera paralela y coordinada con la codificación internacional. La codificación internacional del DIPr no puede perder de vista que tampoco puede evolucionar al margen de unificación jurídica, pero no está exenta de una nota de rigidez frente a la codificación interna[107].

Bien sea por no haberse alcanzado la plenitud de la unificación del DIPr, bien por cuestiones de tradición o de necesidad de cada Estado, lo cierto es que en los últimos años los legisladores estatales no han dejado de seguir implementando su propio DIPr, en particular cuando el estado de su Derecho es "*obscur ou chaotique* como resultado de las prácticas divergentes de los tribunales, de la convergencia de una pluralidad de las fuentes, o del carácter obsoleto de muchos códigos como consecuencia de los avances del Derecho constitucional[108]. Ello explica que el último período de cincuenta años haya sido uno de los más productivos de la historia del DIPr, por haber dado lugar a cerca de 70 codificaciones estatales y más de un centenar de convenciones internacionales, reglamentos y otros instrumentos similares, que se caracterizan por conferir un mayor protagonismo a los jueces respecto a los instrumentos anteriores[109].

Permite la comparación de las codificaciones nacionales identificar, la virtualidad de este modelo internacional a pesar del mantenimiento de importantes diferencias.

105 Guerrero Valle, J.C., "La Ley Modelo Ohadac de Derecho internacional privado y el proyecto de Ley de Derecho internacional privado de México, coincidencias, desencuentros y conclusiones", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XVI, 2016, pp. 821–834; Villalta Vizcarra, A.E., "La conveniencia de una Ley modelo de Derecho internacional privado para Centroamerica", ibíd., pp. 835–856.

106 Moscoso Restovic, P., "Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", Revista Chilena de Derecho Internacional Privado, año V, nº 5, 2019, pp. 71–82.

107 Rigaux, F., "Codification of Private International Law: Pros and Cons", Lousiana L. Rev., vol. 60, nº 4, 2000, pp. 1321–1330.

108 Muir Watt, H., "La codification en droit international privé", Droits. Revue française de théorie juridique, nº 27, 1998, pp. 149–160.

109 Symeonides, S.C., "Codification and Flexibility in Private International Law", Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports, Généraux du XVIIIeme Congrès de l'Academie Internationale de Droit Comparé (K.B. Brown and D.V. Snyder, eds.), Springer Science+Business Media, 2011, pp. 167–190; id., Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis (Oxford University Press), 2014.

Ello exige identificar con exactitud las denominadas "unidades de comparación"[110] dentro de una compleja operación de asimilación de los sistemas jurídicos, que implica no sólo el establecimiento de una similitud textual de las normas, sino también una similitud intelectual de apreciación de las mismas y de su aplicación y un grado correspondiente de civilización o desarrollo social en el que puedan operar[111]. La multiplicidad de fuentes de codificación no parece, por lo tanto, incompatible con el desarrollo de una verdadera armonización internacional del DIPr[112]. En efecto, los resultados de esta codificación dispersa desde el punto de vista del órgano que adopta la decisión ofrece una serie de atributos – coherencia, estructura lógica, ausencia de contradicciones, conformidad del derecho codificado y aplicado, integridad, claridad, facilidad de uso y publicidad– pueden tratar de lograr el propósito general de la simplificación o sistematización formal del Derecho de diferentes maneras.

26. El legislador puede regular el tráfico externo partiendo de una consideración "autónoma" de cada sector de normas; y, de este modo, es posible tanto la dispersión legal de los diferentes sectores, en distintos cuerpos legales, como las modificaciones legislativas ulteriores en cada uno de ellos, sin tener en cuenta el contenido de los restantes. Pero cabe también –como segunda opción metódica, opuesta a la anterior– partir de una consideración unitaria de los distintos sectores que integran el DIPr para tener en cuenta, en tal caso, la eventual correlación de soluciones de uno a otro sector. Si se acepta este método, ello puede conducir al legislador a la adopción de un único cuerpo legal para el conjunto de normas del Derecho internacional privado o, al menos, a una ley especial en esta materia que regule los dos núcleos centrales del *forum* y del *ius*[113]. Ahora bien, lo que importa no es la unidad formal de las normas de DIPr, sino la coherencia interna del sistema, de manera que aun admitiendo la dispersión de los distintos sectores en diferentes cuerpos legales, se lleve a cabo una codificación de conjunto y no una mera yuxtaposición de soluciones. Pues esta última posibilidad, presente siempre en la vía de las reformas parciales, implica desconocer los efectos que se derivan de las "relaciones estructurales" entre los distintos grupos de normas que integran Derecho internacional privado

Un examen de los modelos en presencia de la codificación estatal del DIPr obliga a referirse, en primer término, a los sistemas basados en una Ley especial, que se originaron preferentemente en Europa Esta alternativa codificadora registra el hecho de que las normas relativas a los "conflictos de leyes" desaparecen paulatinamente de los Códigos civiles para irse a integrar en un cuerpo normativo autóctono. Es una

110 Siems, M., "The Power of Comparative Law: What Types of Units Can Comparative Law Compare?", Am. J. Comp. L., vol. 67, nº 4, 2019, pp. 861–888.

111 Graveson, R. H., "The International Unification of Law", Am. J. Comp. L., vol. 16, 1968, pp. 4–12, esp. p. 6.

112 Guillemard, S. y Prujiner, A., "La codification internationale du droit international privé: un échec?", Les Cahiers de droit, vol. 46, nº 1–2, 2005, pp. 175–192

113 González Campos, J.C., "Las relaciones entre forum y ius en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema", Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarrra), vol. IV, 1978, pp. 89–136, esp. pp. 97–98.

tendencia que va a extenderse y a generalizarse a otros círculos jurídicos y a figurar en los proyectos de codificación finalizados o en fase de elaboración.

2. Modelos europeos

27. A finales del decenio de los años setenta y principios de los ochenta del siglo pasado, se promulgaron en Europa las tres primeras codificaciones completas de DIP en Hungría[114], Yugoslavia y Turquía. Pero el verdadero hito lo marcó la Ley de DIPr suiza de 1987, que fue seguida en 1992 de una amplia codificación en Rumania[115], Italia, Bélgica, Bulgaria, Ucrania, Albania, Eslovenia, Macedonia, Túnez. Estonia, Polonia, Lituania, Rusia. Simultáneamente en los últimos años se han producido movimientos de descodificación y de recodificación y se ha asistido a la creación de compilaciones de codificación generalmente menos ambiciosas que reúnen y ordenan las normas existentes en esferas específicas sin emprender una reforma.

i) Suiza: Ley federal sobre DIPr de 18 diciembre 1987 constituye un auténtico Código de DIPr que cuenta con 200 artículos y que, tras un largo y laborioso proceso de elaboración puede considerarse sin lugar a dudas como un texto técnicamente perfectamente adaptado a las necesidades del tráfico jurídico externo de un país determinado[116]. Abarca la jurisdicción, el procedimiento civil internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras. Por consiguiente, representa una codificación exhaustiva del DIPr[117]. Son muchas las novedades que incorporó, desde su propia estructura, de contenido amplio y no sólo centrado en el sector del Derecho aplicable, y las soluciones que concentra, hasta las instituciones que introduce, cuya confluencia entre las doctrinas norteamericanas y las europeas[118] ilustrarán a la codificación posterior del DIPr en otros muchos sistemas estatales. Dentro de estas novedades destaca la regulación conjunta del *forum* y del *ius*, tras un importante debate inicial sobre esta cuestión[119].

ii) Italia: La Ley nº 218, de 31 mayo 1995, que sustituyó los arts. 16 a 31 de las disposiciones sobre la ley en general previstas en el Código civil. Ley DIP italiana

114 El Reglamento húngaro sobre Derecho internacional privado, la Ley yugoslava sobre la solución de conflictos de leyes con los reglamentos de otros países en determinadas circunstancias y la Ley turca de derecho internacional privado. El Reglamento húngaro de 1979 contenía 75 disposiciones, 9 de las cuales figuran en una Parte General, seguidas de 44 normas sobre el derecho aplicable y 21 disposiciones sobre la jurisdicción, el procedimiento y el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.

115 Avasilence, C., "La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain: une nouvelle forme en attente d'un contentieux", Rev. crit. dr. int. pr., vol. 101, nº 2, 2012, pp. 247–275,

116 Vischer, F.: "Revolutionary Ideas and the Swiss Statute on Private International Law", Convergence and Divergence in Private International Law, Liber amicorum Kurt Siehr, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 101 ss.

117 McCaffrey, S.T., "The Swiss draft law on private international law. An overview", Am. J. Int'l L., vol. 28, 1980, pp. 236 ss; Kadner Graziano, Th., "Codifying European Union private international law: The Swiss Private International Law Act – a model for a comprehensive EU private international law regulation?", J. Priv. Int'l L., vol. 11, nº 3, 2015, pp. 585–606.

118 Un ejemplo concreto lo ofrece la redacción de su art. 15 que incluye la denominada cláusula de excepción. De conformidad con su párrafo 1º: "Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit". Vid. Bucher, A., "La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP", La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne, Genève, 2009, pp. 59–74.

119 Broggini, G., "La codification du Droit international privé en Suisse", Zeitschrift für Schweiserísches Recht, vol. 90, II, 1971, pp. 282 ss

(Ley No. 218 del 31 mayo 1995) incluye cinco Títulos y que reparten 74 artículos. El Título I ("Disposiciones generales") determina, de un lado, las materias reguladas por la Ley, siguiendo el esquema tripartito admitido en la actualidad: determinación del ámbito de la jurisdicción, la determinación del Derecho aplicable y la regulación de la eficacia de las sentencias y de los actos extranjeros, y, de otro lado, la preferencia de los tratados internacionales. El Título II ("Jurisdicción italiana") tras establecer el ámbito de la jurisdicción y sus límites se detiene en importantes cuestiones como la prórroga y derogatoria de la jurisdicción, las acciones reales relativas a los bienes inmuebles situados en el extranjero, la litispendencia de un proceso extranjero y la jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares, la declinatoria de jurisdicción concluyendo con la confirmación de la regla *lex fori regit processum*. El Título III ("Derecho aplicable) se inicia con un capítulo dedicado a los problemas generales de aplicación de la norma de conflicto contemplando expresamente el reenvío, la aplicación de la ley extranjera, la interpretación y aplicación de la ley extranjera, el orden público, las normas de aplicación necesaria, los ordenamientos jurídicos plurilegislativos para concluir con la respuestas a las cuestiones de la ley aplicable a los apátridas, refugiados y de los conflictos positivos de nacionalidad. El Titulo IV ("Eficacia de sentencias y actos extranjeros") se inicia con la consideración de que las sentencias extranjeras son reconocidas en Italia sin que sea necesario recurrir a otro procedimiento cuando concurran una serie de circunstancias y tras regular la materia se centra en la ejecución de los actos públicos dictados en el extranjero y en la admisión de medios de prueba solicitados por el juez extranjero. La Ley concluye como es habitual con las disposiciones transitorias y finales.

iii) Bélgica: La Ley de 16 julio 2004 introdujo otro completo Código de DIPr que implicó una reforma profunda de las normas de origen legal, jurisprudencial y doctrinal regulando a través de sus 140 artículos, cuando se esté en presencia de una "situación internacional", la competencia jurisdiccional de los tribunales belgas, el Derecho aplicable y la eficacia de actos y de sentencias extranjeras en materia civil y comercial[120]. Dicho Código se caracteriza por su respuesta práctica a las referidas cuestiones huyendo de innecesarios planteamientos académicos a través de normas pragmáticas y de carácter flexible[121]. En un afán modernizador el Código supuso un importante cambio en la regulación tradicional del DIPr reconociendo la importancia que ha ganado gradualmente el principio de proximidad[122] y que en los asuntos

120 Sobre los trabajos preparatorios del Código vid. Verwilghen, M., "Vers un Code belge de droit international privé", Travaux. Com. fr. dr. int. pr., Paris, 2001, pp. 123 ss; Erauw, J., "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het onderwerp van Wetboek I.P.R.", Rechtskundig weekblad, vol. 65., 2001–2002, pp. 1557–1566; Stuer, G. y Tubeuf, C., "La codification en droit international privé", Rev. dr. U.L.B., 2003–2, pp. 143 ss. Acerca del significado de esta importante iniciativa legislativa vid. Fallon, M. y Erauw, J., La nouvelle loi sur le droit international privé, Bruselas, Kluwer, 2004; Fallon, M., "La loi belge de droit international privé belge pour un centenaire", Travaux Com. fr. dr. int. pr. (2004–2006), pp. 98–118; vid., asimismo, Boularbah, H., "Le nouveau droit international privè belge. Origine, objet et structure", Journal des Tribunaux, 2005, 174 ss; Carlier, J.Y. ,"Le Code belge de droit international privé", Rev. crit. dr. int. pr., 2005, pp. 11–45; Watté, N. y Barbé, C., "Le nouveau droit international privé belge: étude critique des fondaments des règles de conflits de lois", Journ. dr. int., vol. 133, 2006, pp. 851–927.

121 Florini, A., "Current developments: I. the codification of private international law: the belgian experience", Int'l & Comp. L. Q., vol. 54, nº 2, 2005, pp. 499–519.

122 V.gr. art. 19 Código DIPr belga; Barnich, L., "La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé", Mélanges John Kirkpatrick, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 59–72. Sobre este principio vid. Lagarde, P., "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cous général de droit international privé",

vinculados al estatuto personal el punto de conexión principal debe ser la residencia habitual a expensas de la nacionalidad[123]. Por último presta atención situaciones que ha producido la evolución de la sociedad (el matrimonio entre personas del mismo sexo y uniones no matrimoniales) y evidencia un espíritu de internacionalidad al admitir el reconocimiento automático de las sentencias extranjeras[124].

iv) Polonia: La Ley de DIPr de 4 febrero 2011[125] sustituyó a la Ley de 12 noviembre 1965 que, a su vez, había reemplazado a la de 2 agosto 1926 pues Polonia ha sido pionera de los sistemas de DIPr con vocación hacia una Ley especial. Sus rasgos más relevantes son: su carácter marcadamente civilista, aunque exista un inevitable tratamiento a cuestiones de Derecho mercantil; su limitación a la regulación de los problemas relativos a la determinación de la ley aplicable y, dentro de esta, el establecimiento de la ley nacional como conexión dominante (art. 2), aunque el art. 4 admite un amplio margen a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho siempre que no perjudique intereses de terceros (art. 4); por último, destaca la técnica de la "incorporación por referencia" de textos procedentes de la Unión Europea, señaladamente en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales. Como novedad el art. 67 incluye la aplicación de la ley del país con el cual la relación jurídica posea una relación más estrecha, en defecto de las remisiones establecidas por la Ley que se comenta o por las disposiciones de la Unión Europea a las que se remite.

v) Hungría: El 4 de abril de 2017, el Parlamento húngaro aprobó la Ley XXVIII de 2017 sobre Derecho Internacional Privado (el nuevo Código de Derecho Internacional Privado), que entró en vigor el 1 de enero de 2018[126]. En 2015, el Gobierno húngaro había establecido un Comité de Codificación integrado por académicos, profesionales y representantes del Ministerio de Justicia con el fin de recodificar el derecho internacional privado húngaro. Dicho Comité de Codificación siempre tuvo dos puntos fundamentales en mente. En primer lugar, se basó en un análisis comparativo exhaustivo y tuvo en cuenta la legislación de la (UE) y la jurisprudencia del TJUE, incluso al regular ámbitos no cubiertos por el derecho de la Unión[127].

Recueil des cours, t. 196, 1986, pp. 10 ss.

123 Verwilghen, M., "La place de la nationalité dans le Code de droit international belge", Hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'un constitutionnaliste, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1687–1701

124 Fulchiron, H., "Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du 'mariage pour tous'", Journ. dr. int., 2013, pp. 1055–1113.

125 http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf. T. Pajor, "Introducción a la nueva Ley polaca de Derecho Internacional Privado, de 4 de febrero de 2011 (seguida del texto de la ley traducido al inglés)", REDI, vol. LXIV, 2012, pp. 263 ss; id., "La nouvelle loi polonaise de droit international privé. Présentation générale", Rev. crit. dr. int. pr., 2012, pp. 5–13.

126 Szabados, T., "La nouvelle loi hongroise de droit international privé", Rev. crit. dr. int. pr., 2019, pp. 87–109.

127 Para el caso de Hungría vid. Szabados, Th., "Challenges of the Codification of the Law Applicable to Legal Persons from the Perspective of Recodifying Hungarian Private International Law", ELTE L.J, 2015, nº 2, pp. 81–89. En la primavera de 2015 el Gobierno húngaro decidió revisar y reformar el Código de Derecho Internacional Privado. El profesor Vékás, en un documento de reflexión sobre la necesidad de dicha reforma –publicado al mismo tiempo que se iniciaba el proceso de revisión– subrayó que una de las principales tareas de la reforma debería ser establecer un enfoque coherente y transparente en el tratamiento de la relación entre los instrumentos de la UE y la nueva Ley. Por lo tanto, la reforma ofrece una oportunidad única de examinar y regular la cohabitación de los reglamentos de la UE y las normas de derecho internacional privado húngaras de manera integral. A ese respecto, los diferentes enfoques y soluciones de los Estados miembros pueden servir definitivamente de fuente de inspiración.

vi) Principado de Mónaco. En este micro–Estado se adoptó la Ley nº 1.448, de 28 de junio de 2017, portadora de un marco jurídico para los nacionales y residentes monegascos en todas las cuestiones de DIPr, como respuesta a una necesidad real vinculada a la internacionalización natural del Principado. Se inscribe en las regulaciones completas, aunque con un protagonismo indiscutible de la perspectiva conflictual[128]. Hasta la Ley de 28 de junio de 2017, el DIPr en Mónaco consistía en un caso número de artículos del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, una jurisprudencia interesante pero escasa y algunos convenios internacionales, en gran parte de La Haya. El Principado tenía todo el interés en dotarse de un código moderno y (casi) completo, a fin de garantizar la seguridad jurídica y reforzar el atractivo de su sistema jurídico.

Si bien está arraigado en la tradición jurídica local, la nueva Ley de DIPr monegasca se inspira en su estructura y contenido, en ciertas convenciones de La Haya, reglamentos de la Unión Europea y codificaciones nacionales contemporáneas. También se ha inspirado en los debates académicos de los últimos decenios[129].

3. Modelos de América latina

28. Era lógico que las repercusiones de este fenómeno llegasen a América latina, concretamente a Venezuela y a Perú (aunque en este caso dentro del Código civil), y más recientemente a Panamá a Argentina (aunque también en este caso dentro del Código civil y comercial), a la República Dominicana y a Uruguay.

A partir aquí, en este contexto comparativo, existen en América latina distintos modelos de reglamentación de Derecho internacional privado. Frente a un nutrido grupo, caracterizado por la dispersión del sistema de DIPr privado en distintos cuerpos legales (Colombia o Cuba), o por la presencia masiva de tratados internacionales (México…), otro grupo en franca expansión, en el que figuran Venezuela, Panamá, República Dominicana y Uruguay, se ha inclinado por abandonar la regulación contenida en el Código civil y regular esta materia a través de una Ley especial, o en un libro propio del Código civil (Perú y Argentina). Con esta especialización con independencia de la sede legal el DIPr no sólo gana autonomía *ratione materiae*, sino que permite una reglamentación minuciosa de cuestiones que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial.

29. La adopción de una ley especial han tenido una favorable acogida en América latina, concretamente en Venezuela, más recientemente en Panamá, en la República Dominicana y en Uruguay.

128 Residen en el Principado individuos pertenecientes a 139 nacionalidades, entre ellas 9.286 franceses, que representan el 12,3% de la población. En el informe sobre el proyecto de ley de Derecho internacional privado monegasco, se señaló que en 2011, de las 150 sentencias dictadas por el Tribunal de Apelación, sólo se dictaron 7 sentencias entre las partes monegascas. En el informe también se añadía que en 2010, de los 200 matrimonios celebrados en Mónaco, sólo se celebraron 4 matrimonios entre cónyuges que tenían ambos la nacionalidad monegasca.

129 Lagarde, P., La codification du droit international privé monégasque (Loi n° 1.448 du 28 juin 2017)", Rev. crit. dr. int. pr., 2018, pp. 753–774; Brière, C., "La codification du droit international privé monégasque", Journ. dr. int., vol. 145, nº 1, 2018, pp. 53–80.

i) Venezuela: En la década de los noventa, a iniciativa de Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana Maekelt fue aprobada la Ley de DIPr el 6 agosto 1998 y entró en vigor el 6 febrero 1999[130]. La Ley mantuvo las disposiciones fundamentales del proyecto de 1965 y se adaptó a nuevas leyes vigentes en Venezuela y a las actualizaciones que de sus normas originales se hicieron en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de DIPr (CIDIP). Además, recogió en su articulado la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas. Sus principales objetivos fueron eliminar los problemas causados en el sistema venezolano por el método estatutario, la escasez y dispersión de normas, la adopción del factor de conexión nacionalidad para regir el estatuto personal y el hibridismo antagónico que planteaba el art. 8 Cc venezolano. Aunque centrada en las cuestiones relativas al Derecho aplicable, hasta el año 2014, fue la única ley especial sobre la materia en América, conciliando las enseñanzas de la doctrina contemporánea y del Derecho comparado con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana[131].

ii) Panamá: El origen de esta magna obra de codificación se debe al pensamiento del jurista panameño Gilberto Boutin[132]. Tras una serie de avatares iniciales[133] el Código de DIPr de la República de Panamá fue, aprobado por la Ley nº 61 de 7 octubre 2015, se desprende una preocupación por la exhaustividad, como lo demuestra el número de disposiciones (163 artículos)[134] y un propósito pedagógico del legislador con respecto a los jueces al incluir una suerte de "instrucciones de uso" en forma de glosario (art. 160). El Código mantiene una concepción amplia del DIPr que se proyecta en las cuestiones reguladas (competencia judicial, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones[135] y cooperación judicial civil internacional) y que desborda el marco de las modernas legislaciones extendiéndose cuestiones como la cooperación judicial penal internacional (arts. 107–115), el Derecho comercial internacional (arts. 126–134) y la quiebra internacional (art. 135–141). La ley nacional posee un carácter protagonista en el sector del Derecho aplicable, aunque el Código da cierta entrada a la ley del domicilio y a la ley de la residencia habitual[136]. Pese a ciertos errores de técnica legislativa, incoherencias y soluciones cuestionables, el Código panameño

130 Parra Aranguren, G., "La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado", REDI, vol. LI 1999, 1, pp. 277–28; Madrid Martínez, C.: "Características generales del sistema de Derecho internacional privado venezolano", Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 247–273.

131 H. Barrios, "Del Domicilio", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, vol. 46, nº 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 41 ss.

132 Vid. Boutin Icaza, G. "Sobre la ideología del nuevo Código de Derecho internacional privado panameño", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XIII, 2013, pp. 733–744.

133 Una primera versión del Código, aprobada por la Ley No. 7 de 8 de marzo de 2014 nunca vio la luz ante las objeciones de la Asociación Panameña de Derecho Marítimo, de algunos profesionales del arbitraje y de firmas de abogados con práctica internacional, vid. C. Arrue Montenegro, C.A., "Le nouveau droit panaméen de l'arbitrage", Rev. arb., 2014, pp. 617 ss.

134 Arrue Montenegro, C.A., "Les nouveaux paradigmes du Code de droit international privé panaméen", Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, op. cit., pp. 113–132.

135 Sustituyendo los arts. 1419 ss del Código Judicial de 2001..

136 Como curiosidad, el Código introduce en el art. 35 una disposición de carácter general que excede las cuestiones abordadas en una disposición centrada en la reglamentación de las cuestiones del tráfico externo al establecer con carácter categórico que "(s)e prohibe el matrimonio entre individuos del mismo sexo"; la natural polémica que ha suscitado un precepto de este tipo ha oscurecido, en los primeros momentos de vigencia la valoración global de esta disposición.

tiene el gran mérito de haber sido realizada por panameños y de revivir el debate del DIPr de este país[137].

iii) República Dominicana. La LDIPr de 2014 constituye un auténtico Código de Derecho internacional privado que cuenta con 81 artículos y que, tras y laborioso proceso de elaboración, puede considerarse sin lugar a dudas como un texto adaptado a las necesidades del tráfico jurídico externo de un país determinado: la República Dominicana[138]. Son muchas las novedades que ofrece, desde su propia estructura, de contenido amplio y de soluciones meditadas, hasta las instituciones que introduce. En vez de centrarse en el sector del Derecho aplicable y, dentro de este, en las soluciones de carácter indirecto a través de normas de conflicto de leyes, el legislador dominicano consideró más adecuada, frente a una opción que tomase como referencia la materia regulada, una estructura tripartita. En dicha estructura la determinación de la competencia judicial internacional precede a la solución de los problemas de Derecho aplicable, concluyéndose con una respuesta a las cuestiones referentes al reconocimiento y ejecución de decisiones. La República Dominicana se alinea así con los sistemas que aportan respuestas completas a las relaciones privadas internacionales y refleja los trabajos unificadores que se estaban llevando a cabo coetáneamente en el marco de la Ohadac y que darían lugar al PLMODIPr de 2015[139].

iv) Uruguay: Resulta de referencia obligada en cualquier proceso de codificación interna en América latina el Proyecto de Ley General de DIPr[140]. Dicho Proyecto fue aprobado por la Cámara de Representantes en 2016, recibió media sanción de la Cámara del Senado el 1 de septiembre de 2020. En el momento en que se escriben estas líneas queda pendiente únicamente la aprobación del Proyecto por parte de la Cámara de Representantes. Se trata de una iniciativa que, como su propia Exposición de motivos declara, tiene pretensiones moderadas en orden al contenido de la materia: se pretende actualizar la normativa de fuente nacional armonizándola con la normativa de fuente internacional ya ratificada por Uruguay o en cuya generación este país ha participado activamente a través de sus delegaciones, sin perjuicio de tener en cuenta, también, las últimas soluciones de la normativa de fuente nacional en el Derecho comparado. La influencia en él de la obra codificadora de la CIDIP es incluso superior a su homólogo mexicano, pero también es muy relevante el influjo de los Convenciones de La Haya de DIPr. El proyecto, que pretende sustituir el actual Apéndice del Código civil, cuenta con tres sectores básicos: el primero, referido a principios generales, comprende tres temas: los indicadores que deben regir la

137 Cf. Arrue Montenegro, C.A., "Les nouveaux paradigmes…", loc, cit., p. 132.

138 Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S.A. y Concepción, N., Derecho internacional privado de la República Dominicana, Santo Domingo, Funglode, 2017.

139 Fernández Rozas, J.C., "La República Dominicana estrena una Ley de Derecho internacional privado: Aproximación a la Ley 544, del 18 de diciembre de 2014", Gaceta Judicial (República Dominicana), nº 340, 2015, pp. 28–39; id., "Le nouveau droit international privé de la République dominicaine", Rev. crit. dr. int. pr., 2015, nº 2, pp. 303–329.

140 Un texto articulado de 63 artículos que incorpora el Proyecto Uruguayo de Ley General de DIPr de 2008. La idea de comenzó a concretarse en 1994, a partir de la iniciativa que el Prof. Dr. Didier Opertti Badán planteó en el Instituto de DIPr de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Vid. Opertti Badan, D. y Fresnedo de Aguirre, C., "The Latest Trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law", Yearb. Priv. Int'. L., 2009, pp. 305ss.

mecánica de aplicación de la norma de conflicto, la incidencia que la especialidad del Derecho mercantil internacional tiene respecto de ese tema, y la definición del punto de conexión personal básico, el domicilio, adoptado desde siempre por el sistema uruguayo.

30. Al lado de estos modelos, cabe referirse a sistemas muy desarrollados que en vez de elegir el cauce de ley especial, prefirieron incorporar una regulación con pretensiones de complitud en el Código Civil:

i) Perú. A diferencia de los Códigos anteriores de 1852 y 1936, las reglas de DIPr no están comprendidas en el Título Preliminar del Código Civil, sino en un Libro propio. Dichas reglas descansan en Libro X del Código civil han sido fruto de una larga depuración de opiniones legislativas adoptadas frente a varios anteproyectos y proyectos preparados a lo largo de diecinueve años por diferentes especialistas bajo la dirección de , la profesora Delia Revoredo. El texto vigente se introdujo en 1984 el Libro X del Código Civil Peruano, estructurado cuatro títulos. el Título I (Disposiciones generales). Título II, (Competencia Jurisdiccional), Título III (Ley aplicable) Título IV (Reconocimiento y Ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros)[141].

ii) Argentina: Ocupa un lugar destacado el laborioso proceso seguido en Argentina[142], con una propuesta de inserción en el Código civil de un bloque normativo de normas de DIPr relativas a la competencia judicial internacional y al Derecho aplicable[143] que culminó con éxito con motivo de la publicación del nuevo Código Civil y Comercial aprobado el 1 octubre 2014, en cuya confección la profesora A. Dreyzin de Klor ejerció un importante papel. Dentro de su extenso articulado de este importante texto legal las normas de DIPr están ubicadas en el Libro Sexto ("Disposiciones comunes a los derechos personales y reales" y dentro de este último en el Título IV ("Disposiciones de Derecho internacional privado"). Dicho Título incluye 78 artículos distribuidos en tres capítulos. El primero, relativo a las "disposiciones generales" tras referirse a las fuentes del DIPr (art. 2594) regula los problemas tradicionales de aplicación de las normas de conflicto: aplicación judicial del Derecho extranjero (art. 2595), reenvío (art. 2596), fraude a la ley (art. 2598), normas imperativas (art. 2599) y orden público (art. 2600), a los que añade un precepto de nuevo cuyo relativo a la "cláusula de excepción" (art. 2597). Dicha cláusula, importada de los sistemas suizo, belga y de

141 Revoredo de Mur, D., "Comentarios al libro X del Código civil", Derecho & Sociedad, nº 11, 1996, pp. 114–119; Delgado Barreto, C., "Principales inclusiones, y modificaciones generales y patrimoniales al Libro X: Derecho Internacional Privado", Thèmis. Revista de Derecho, nº 66, 2014, pp. 347–358.

142 Vid. Feldstein de Cárdenas, S.L.,. "La reforma del Derecho Internacional privado en la República Argentina, ¿la cenicienta se convertirá en princesa?", www. elDial.com; id., "La Ley de Derecho Internacional privado en la República Argentina: mito o realidad?", Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, n° 4, 1999, "El Proyecto argentino en materia de Derecho Internacional privado: Reforma a la italiana?", www.diritoitalia.com, diciembre 2000; N. Magallón Elósegui, "La reforma del Derecho internacional privado en la República Argentina", Revista Estudios Internacionales, 14, 2007.

143 La Ley 26994 por la cual se adopta el Código Civil y Comercial entrará en vigor el 1º de enero de 2016. Dicho texto, incluye contiene una regulación general de ciertos sectores del DIPr argentino en el Título IV del Libro Sexto del Código (Disposiciones comunes a los derecho personales y reales). Vid. Dreyzin de Klor, A., "La aplicación del Derecho internacional privado en Argentina: Implementación del nuevo Código civil y comercial", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XVIII, 2018, pp. 571–585.

Quebec operará ante la inexistencia de lazos relevantes entre el supuesto y el Derecho designado por la norma de conflicto, hecho que demuestra que el factor de conexión pierde su razón de ser al no proporcionar seguridad jurídica o previsibilidad respecto a la ley aplicable. Problemas constitucionales derivadas de la estructura territorial argentino, impidió incorporar al Libro Sexto un capítulo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias[144].

31. En este contexto comparativo, conviene referirse existen a otros modelos de reglamentación de DIPr en América latina. Un primer grupo, se caracteriza por la dispersión del sistema de DIPr en distintos cuerpos legales con primacía del Código civil[145] o por la presencia de tratados internacionales al lado de las normas internas.

i) Colombia. este país carece de un sistema completo e integrado de DIPr. La regulación de los distintos sectores (competencia judicial internacional, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras), se encuentra en normas dispersas y poco adecuadas a la resolución los diversos problemas del tráfico jurídico externo. A ese carácter fragmentario y anacrónico del DIPr de fuente estatal se une la existencia de convenios bilaterales y multilaterales cuyos criterios de aplicación en la mayor parte de las ocasiones no aparecen claramente establecidos en el propio instrumento. De hecho, resulta casi excepcional la presencia, en esos instrumentos, de disposiciones sobre su ámbito espacial, por lo que su aplicabilidad resulta incierta, al menos en lo que respecta a los que regulan la competencia judicial internacional[146] y al Derecho aplicable[147]. Las normas de orden estatal que se hallan dispersas por todo el ordenamiento jurídico colombiano en especial en el Código Civil (Ley 57 y 153 de 1887), el Código General del Proceso – CGP (Ley 1564 de 2012), el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 3743 de 1950) el Código de Comercio (Decreto No. 410 de 1971) y algunas leyes ratificatorias de tratados y convenios internacionales sobre la materia[148].

ii) Cuba. El sistema cubano de DIPr reposa esencialmente, pues la acción de los tratados en la materia es limitada, en una serie de preceptos dispersos en la Ley de

144 Dreyzin de Klor, A., "La ausencia de normas de reconocimiento y ejecución de sentencias en el Proyecto de Código de DIPr argentino", DeCITA: derecho del comercio internacional, nº 4, 2005, pp. 469–484.

145 En el caso de Paraguay las normas de base descansan en los arts. 11 a 26 del Código civil paraguayo de confección claramente conflictual, incluyendo normas reguladoras y algunas normas de aplicación (art. 13: "interés nacional", art. 22: "orden público") revisado en 1985. Este sistema de carácter incompleto coexiste con una norma de moderna factura cual es la La Ley Nº 5393/15 sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, claramente inspirada en los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015.

146 Sí establece un ámbito de aplicación espacial, por ejemplo, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989; pero nada indican al respecto instrumentos como los Tratados de Montevideo de 1889. De la lectura de los asuntos publicados en Los Tratados de Montevideo de 1889 y su interpretación judicial, vol. I, parte 1ª, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1940, puede deducirse una aplicación inter–partes, esto es, requeriría que la cuestión litigiosa o el negocio o la relación jurídica esté vinculada al menos con dos Estados contratantes (de los asuntos recogidos en el tomo reseñado, todos presentan vínculos con Argentina y Uruguay).

147 Instrumentos como la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, hecha en Montevideo en 1979 tampoco contienen una previsión expresa sobre su ámbito de aplicación espacial. También cabe pensar que se trata de instrumentos inter–partes, esto es, que se aplicarán únicamente en la medida en que la ley aplicable sea la ley de un Estado contratante. Sí prevén un ámbito de aplicación espacial, expresamente, otros convenios que contienen disposiciones en materia de Ley aplicable, como la Convención interamericana sobre adopción de La Paz de 1984 y la ya citada Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias.

148 Vid. Marín Fuentes, J.L., Derecho internacional privado, Universidad de Medellín, 2014.

Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 agosto 1977, a la que se añadió en 2006 el término "Económico"[149] (LPCALE), y en el Cc de 1987 (Ley No. 59), que se estructuran del siguiente modo: a) competencia judicial internacional: arts. 2, 3, 4 y 372 y 739 LPCALE[150]; b) Derecho aplicable: arts. 11 a 21 y Disposiciones especiales del Cc y art. 244 LPCALE); y c) reconocimiento y ejecución de sentencias: arts. 483 a 485 LPCALE. Y a ellas deben de añadirse una serie de preceptos de extranjería procesal incluidos en la LPCALE: arts. 174, 230, 250, 290, 339 y 530[151]. Es, pues un modelo de regulación de carácter disperso similar al mantenido en España hasta finales de los años ochenta[152].

iii) México. El sistema vigente en México descansa en la interacción entre las normas contenidas en el Código civil y las de origen convencional tras una incorporación masiva de tratados internacionales a partir de la década de los noventa del pasado siglo. Las reformas producidas a partir de 1988 en la legislación civil[153], sentaron la base para eliminar el atraso legislativo que imperaba en materia de DIPr en México, uniéndolo así al movimiento codificador que imperaba en las potencias económicas mundiales, y logrando instrumentar los cuerpos legales internacionales aplicables a la materia[154]. No obstante dicho sistema sigue caracterizándose por una "maraña" normativa a la cual difícilmente se le puede dar seguimiento y, mucho menos aún, coherencia, desde el momento mismo en el que hay contradicciones entre lo enunciado en una norma y otra, ya sea a nivel autónomo o convencional[155].

Con unos objetivos codificadores de gran ambición y con un formidable esfuerzo de coordinación de estudios preparatorios se encuentra el Proyecto de Código Modelo

149 Denominada con posterioridad Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico al adicionarse lo relativo al Procedimiento Económico, en virtud de lo establecido en el Decreto Ley 241/2006.

150 Introducido por el Decreto Ley 241/2006.

151 Otras normas relevantes en materia de Derecho internacional privado se encuentran dispersas en: la Ley No. 1289/75, que introdujo el Código de Familia, la Ley No. 1313/1976, de Extranjería, la Ley No. 50/1984, de las Notarías Estatales y la Ley No. 51º/1985 del Registro del Estado Civil.

152 Fernández Rozas, J.C. y Dávalos Fernández, R.: "El Derecho internacional privado de Cuba", Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 135–156; Fernández Rozas, J.C.: "Cuba", Encyclopedia of Private International Law, Cheltenham, Edward Elgar, vol. III, 2017, pp. 2002–2008.

153 El 7 de enero de 1988 se publicaron dos decretos en el Diario Oficial. 1) Por el que se reformaba y adicionaba el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y 2) Por el que se reformaba y adicionaba el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Poco desupués, el 12 de enero de 1988 apareció en el mismo Diario Oficial un decreto por el que se reformaba y adicionaba el Código Federal de Procedimientos Civiles. Más adelante, e 4 de enero de 1989 se publicaron en el Diario Oficial las reformas, adiciones y derogación de varias disposiciones del Código de Comercio, algunas de las cuales se refieren al conflicto de leyes y a la cooperación procesal internacional. Todas las reformas señaladas se refirieron a modificaciones en materia de DIPr. En la exposición de motivos de las reformas tanto del Código Civil como del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se estableció que: "El Derecho, entendido como un promotor del cambio social, no puede permanecer estático frente a las transformaciones que presente la dinámica social. Las crecientes relaciones económicas, políticas, sociales y culturales que se establecen diariamente entre las personas que integran nuestra sociedad y aquellas que pertenecen a otros estados que conforman el con cierto internacional, han mostrado la necesidad de buscar soluciones más acordes con la época actual". Y, tras referirse a algunas de las convenciones de las CIDIP 1, II y III se procede a reformar la legislación nacional para ajustarla a "los principios enmarcados de las convenciones" referidas. Por consiguiente, las reformas tuvieron como como propósito esencial la adecuación de las leyes mexicanas a las citadas convenciones.

154 L. Pereznieto Castro, Derecho internacional Privado, Parte General, 8ª ed., México, Oxford, 2003.

155 N. González Martín, "La Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado y la modernización del Derecho internacional privado latinoamericano ¿un cambio en el iter convencional hacia la Ley Modelo?", Boletín Mexicano de Derecho comparado, 2008, pp. 511– 544.

mexicano de DIPr, auspiciado por los profesores L. Pereznieto y J.A. Silva, cuya última versión de 2019 cuenta con 201 artículos. Tiene una vocación de aplicarse a todo asunto, negocio o situación que esté vinculado con algún ordenamiento extranjero; establece el ámbito competencial de las autoridades mexicanas, señala criterios para la determinación del Derecho aplicable y regula el reconocimiento de las sentencias y de los actos extranjeros[156]. Entre sus notas caraccteríticas destacan las siguientes; a) cuenta con una estructura tripartita (ley aplicable, jurisdicción competente y reconocimiento y ejecución de sentencias); b) emplea el domicilio por la conexión dominante como, por último, en el abandono de la inspiración del Código Bustamante; c) registra gran influencia de la obra de la CIDIP en el texto mexicano y sobre todo, en la estructura federal del sistema, que cuenta casi trescientas leyes vigentes, de las cuales una cuarta parta guardan alguna relación con el DIPr[157]. Únicamente si se soluciona esta última cuestión México podrá asegurarse una regulación conforme al art. 17 de la Constitución. De ahí la opción por un "Código modelo"[158].

El proyecto está dividido en tres grandes temas. El Derecho de familia, el derecho mercantil y la ayuda internacional para el proceso, incluyendo el tema de la jurisdicción internacional de los tribunales mexicanos. La base del proyecto se ha construido a partir de la normatividad internacional de los tratados ratificados por México que vía artículo 133 constitucional, se ha incorporado al sistema jurídico nacional y es normatividad de la más alta jerarquía y debe cumplirse pero que sin embargo, dada su dispersión no existe un documento como el éste que se comenta, en el que toda esa normatividad se compile y se complemente para su cabal aplicación. Asimismo se incluyeron los criterios judiciales de tribunales unitarios y colegiados de circuito, más actuales.

iv) Puerto Rico. El sistema portorriqueño de DIPr evidencia que su origen indubitadamente español muestra la confluencia sobre el mismo de doctrinas civilistas, doctrinas sustantivas del *common law* y la metodología jurisprudencial del *common law*[159]. Se habla así, de una forma un tanto simplista, de un "sistema mixto"[160]. Y esta consideración tiene una proyección puntual en las fuentes de Derecho[161], en el papel del Derecho en la sociedad, en la organización de las leyes, en la metodología que se debe utilizar para desarrollar el Derecho y, evidentemente, en el DIPr[162]. Existe

156 [<https://iprolex.files.wordpress.com/2015/02/proyecto–de–ley–derecho–internacional–privado–mexicano–2015.pdf<]

157 [<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm<].

158 Silva, J.A., "Una codificación ius internacional privatista para México; los trabajos para conformarla", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. VI, 2006, pp. 1221–1276; id., "Construyendo una ley de Derecho internacional privado para México", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XVIII, 2018, pp. 703–720.

159 Fiol Matta, L., "Common Law and Civil Law in the Legal Method of Puerto Rico: The Transmission of Legal Discourse", Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 64, 1995, pp. 501 ss; Rivera García, E., "El andamiaje legal de Puerto Rico: fusión enriquecida del Derecho común anglosajón y la tradición civilista", Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 82, 2013, pp. 687–704; .Bernabé, A."La tradición jurídica puertorriqueña: ¿civil o anglosajona?", Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 83, 2013–2014, pp. 182–195.

160 Smith, T.B., "The Preservation of the Civilian Tradition in Mixted Jurisdiction", Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, vol. XXXV, 1966, pp. 263 ss.

161 Alvarado Rivera, J.M., "Fuentes del Derecho mercantil y su trato por los tribunales: Estudio comparado de España, Estados Unidos y Puerto Rico", Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 78, nº 4, 2009, pp. 825–857.

162 Fernández Pérez, A., "El Derecho internacional privado de Puerto Rico: un modelo de americanización malgré lui", Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe, op. cit., pp. 175–228.

un borrador del Libro de DIPr que tiene su origen en una propuesta elaborada entre 1987 y 1991 bajo el auspicio de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación ("la Academia"), entonces presidida por el ex juez presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, José Trías Monge. La propuesta, titulada *A Projet for the Codification of Puerto Rican Private International Law*, fue debatida extensamente, enmendada y adoptada por un Comité Especial de la Academia[163] que contó con S. Symeonides, como consultor de esta Comisión Conjunta y que produjo un borrador de propuesta actualizada que presentó bajo el título de *A Bill for the Codification of Puerto Rican Private International Law*[164]. A pesar de ciertas similitudes terminológicas con otras codificaciones, este es un Libro verdaderamente distinto e independiente. Un ejemplo de su universalidad y de su particularidad se encuentra en el artículo general y supletorio, el cual refleja que el objetivo del proceso de determinación de la ley aplicable es identificar y aplicar la ley del Estado que "tiene *la conexión más significativa* con las partes y la disputa en relación con el problema de que se trata…"[165].

VI. Opciones codificadoras en la configuración del sistema chileno de DIPr

1. Utilidad de una una Ley especial

32. El marco normativo contemporáneo que acabamos describir evidencia una tendencia inequívoca a agrupar las soluciones a los problemas del tráfico privado externo en el Ley especial, soslayando otras opciones como la actualización de las normas contenidas en los códigos civiles o en otros cuerpos legales. El debate acerca de si es más adecuado contar con una codificación global, o si las normas DIPr insertarse en los códigos de cada una de las materias en cuestión sigue abierta. Sin embargo debe celebrarse la opción que ha seguido el ALDIPCh pues, como se ha señalado, "sólo la elaboración de un texto independiente parece responder a la idea de sistematización inherente a la idea de codificación"[166]. Se trata de una opción, que sigue la tendencia mayoritaria de la codificación europea y de las últimas reformas producidas en América latina, y contempla al DIPr no como una serie de normas

163 El comité estuvo presidido por el ex juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Lino Saldaña. El profesor Arthur T. von Mehren, Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, fue consultor del comité y el profesor Symeon C. Symeonides, Catedrático y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Willamete fue el Relator o "Rapporteur" de esta aportación.

164 A partir de ese documento y con la ayuda de un borrador inicial de una traducción al español de la propuesta de la Academia que había hecho Julio Romanach, del Center of Civil Law Studies de Louisiana State University, esta Comisión Conjunta elaboró el presente Borrador del Libro de DIPr. Tanto la redacción de los artículos como la de sus comentarios sufrieron importantes modificaciones por lo que fue necesario uniformar el lenguaje y la estructura de los artículos para ajustarlos a los criterios seguidos en el resto del Proyecto de Código Civil Revisado. Además, en algunos casos, también fue necesario hacer algunas modificaciones sustantivas para adecuarla a los nuevos contenidos de los restantes libros del Proyecto. Esto, obviamente, significó alteraciones a los comentarios que persiguen justificar las normas. Aunque se consultaron todas estas fuentes, este Libro está muy lejos de estar subordinado a alguna de éstas.

165 Fernández Pérez, A., "El Derecho internacional privado de Puerto Rico: un modelo de americanización malgré lui", Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 175–228.

166 Cf. Bureau, D., "La codification du droit international prive", La codification, París, Dalloz, 1996, pp. 119–143, nº 49.

nacionales separadas, sino como una ordenación autónoma, que funciona con el concurso de los tribunales[167].

Con el cauce de la Ley especial el DIPr no sólo gana autonomía material, sino que propicia una reglamentación minuciosa de materias que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la legislación fragmentaria o de la elaboración jurisprudencial. Además, la elección de una Ley especial no sólo responde al carácter autónomo del DIPr, sino a lo conveniente, por razones prácticas, facilitando una posible actualización[168], cuando las circunstancias así lo requieran.

33. Dicha técnica, sin embargo, no es exclusiva sino que se combina con otra que puede calificarse de "codificación parcial" y que ofrece tres manifestaciones principales. La primera, objeto de numerosas críticas, aprovechar las sucesivas reformas del Derecho material para introducir normas de DIPr[169]; la segunda, de una sistemática cuestionable, consiste en utilizar cualquier cauce de reforma, material o conflictual, para introducir normas de DIPr[170]; por último, una tercera vía se puede producir a través de una Ley de reforma de todas las normas de DIPr diseminadas en distintos cuerpos legales que, manteniéndose en su sede originaria se modifican de forma armoniosa; es la seguida por el legislador de la R.F. de Alemania en 1986[171].

Frente a esta opción, contar con una codificación completa de DIPr frente a la presencia de normas distribuidas en un gran número de leyes o reglamentos separados. Una codificación exhaustiva hace que todas las normas del DIPr sean fácilmente accesibles en un solo lugar, ayuda a evitar la fricción entre los normas sobre jurisdicción, por una parte, y la ley aplicable, por otra, promueve una visión uniforme de todo el supuesto del tráfico privado externo, favoreciendo la claridad y la coherencia entre los diferentes conjuntos de normas, reduciendo la complejidad,

167 Cf. Mills, A., The Confluence of Public and Private International Law:Justice, op. cit., p. 298.

168 de Maekelt, T.B., Ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia, Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la Doctora Tatiana B. de Maekelt, discurso de contestación de la Académica Doctora Hildegard Rondón de Sansó, acto celebrado el 18 de junio de 2002, Caracas, Venezuela.

169 V.gr., la seguida por el legislador francés a través de las reformas del Cc operadas por la Ley nº 75–3, de 3 de enero de 1972 sobre filiación o la Ley 75–617, de 11 de julio de 1975, relativa a la reforma del divorcio. Respecto de la primera vid. Rev. crit. dr. int. pr., 1972, pp. 154–155; R. Sabatier, "Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme?", Semaine Juridique, 1971, I, p. 2400; J. Foyer, "La réforme du droit de la filiation et le droit international privé", Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1969–71), Paris, Dalloz, 1972, pp. 107–125; H. Batiffol y P. Lagarde, "L'improvisation de nouvelles regles de conflit de lois en matiére de filiation", Journ. dr. int., t. 99, 1972, pp. 765–796; M. Simon–Depitre y J. Foyer, Le nouveau droit international de la filiation, Paris, L. Techniques, 1973; A. Huet, "Les conflits de lois en matiére d'établissement de la filiation depuis de la loi du 3 janvier 1972", Les conflits de lois en matiére de filiation, Paris, LGDJ, 1973, pp. 19–63; D. Alexandre, "Les conflits de lois en matiére d'effets de la filiation", ibíd., pp. 65–94. Respecto de la segunda vid. Ph. Francescakis, "Le surprenant art. 310 nouveau du Code civil sur le divorce international", Rev. crit. dr. int. pr., 1975, pp. 553–594; A. Cornec, "Le nouveau divorce international (art. 310 du Code civil)", Gazette du Palais, 1976, 2, pp. 612–614; J. Foyer, "Tournant et retour aux sources en droit international privé (l'art. 310 nouveau du Code civil)", Semaine Juridique, 1976, I, pp. 2762 ss; M. Simon–Depitre, "Le neuvel art. 310 du Code civil", Journ. dr. int., t. 103, 1976, págs. 823–830; T.E. Carbonneau, "The New Art. 310 of the Frencht Civil Code for International Divorce Actions", Am. J. Comp. L., vol. 26, 1978, pp. 446–460.

170 V.gr., utilizada por el legislador español a través de las sucesivas reformas del Cc, pues en unos casos ha introducido nuevas normas sobre el tráfico externo en un contexto de reforma del Derecho material (en concreto, la reforma del Cc realizada por la Ley 30/1981 prefirió añadir la norma de conflicto relativa a la separación y al divorcio, al lado de la reglamentación material de esta institución, en el Título IV del Libro I del Cc; por el contrario la Ley 21/1987, aprovechó el cauce de la reforma de las normas materiales sobre adopción para modificar las normas de conflicto del Tít. Prel. del Cc sobre filiación).

171 Martinek, M., "Codification of Private International Law – A Comparative Analysis of the German and Swiss Experience", J. South African L., 2002, pp. 234–252.

aumentando la seguridad jurídica y contribuyendo considerablemente a la facilidad de uso de las normas del DIPr.

Curiosamente, mientras los esfuerzos codificadores internacionales no han producido resultados relevantes, el aumento del número de codificaciones nacionales recientes acostumbra a basarse en un modelo común, que afecta al contenido del DIPr, con el juego conjunto de normas de competencia judicial internacional, Derecho aplicable, y reconocimiento y ejecución de decisiones, y la incorporación de soluciones comunes[172].

2. Materias consideradas

A) Carácter civilista de la reglamentación

34. La superación del formalismo ha traído consigo una progresiva separación entre el DIPr y el Derecho de los negocios internacionales (que algunos autores denominan Derecho del comercio internacional o Derecho mercantil internacional), entendido como ordenamiento regulador del intercambio de bienes y servicios cuyo objeto es dar respuesta a las relaciones entre las partes de una operación internacional, mercantil o financiera, o de una prestación transfronteriza de servicios. Con independencia que el Derecho de los negocios internacionales pueda ser concebido desde una perspectiva normativista que pone el acento en el "conflicto de leyes"[173], la configuración del Derecho mercantil internacional como un Derecho especial reposa en gran parte, en razón de sus normas, en una perspectiva vinculada al proceso de codificación llevado a cabo en el seno de la Uncitral.

Siguiendo esta orientación el ALDIPCh mantiene una tendencia marcadamente civilista excluyendo, al lado de las materias penales, tributarias, aduaneras y administrativas y la seguridad, el arbitraje comercial internacional, que se regula en la ley Nº 19.971 y los procesos de liquidación y reorganización transfronteriza (art. 2). Sin embargo a lo largo de la Ley presta atención a los laudos arbitrales, incluyendo la cuestión de su reconocimiento y ejecución dentro de las competencias exclusivas del art. 8 y dándoles un tratamiento conjunto con las resoluciones judiciales en los arts. 69, lo que sin duda generará problemas debido a la pertenencia de Chile a la Convención de Nueva York de 1958.

Aunque se centra preferentemente en la solución de los conflictos de leyes y de jurisdicciones de carácter "civil" manifiesta una cierta tendencia expansiva como se

172 Vitta, E., "Paralelo sviluppo della codificazione interna e internazionale nel diritto internazionale privato", Diritto internazionale, vol. XXIII, 1969, pp. 3–32.

173 Desde una perspectiva normativista vigente en la doctrina hasta tiempos recientes quedaban dentro de este ordenamiento las materias típicamente mercantiles que suscitaban problemas de "conflictos de leyes". Esta concepción, muy en boga a principios del siglo XX, partía de la distinción entre "actos civiles" y "actos de comercio" presente en los Códigos de comercio y tras la resolución de eventuales "conflictos de calificaciones" incluía los "problemas conflictuales" de este último grupo de actos dentro del denominado "Derecho mercantil internacional". Esta posición estricta hacía, pues, alusión al conjunto de normas que tienen por objeto ciertos actos o ciertas personas y que constituyen una excepción a las normas de Derecho civil internacional. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que el hilo conductor de este ordenamiento, según tal concepción, descansaba en dos elementos comunes: la materia regulada (acto de comercio) y la norma reguladora (norma de remisión o conflictual). Paradigmático de esta concepción fue el manual clásico de Loussouarn, Y. y. Bredin, J.–D., Droit du Commerce International, París Sirey, 1969.

evidencia en la admisión del Derecho público extranjero (art. 16.4º), la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo (arts. 10.7º), los contratos celebrados por consumidores (art. 10.4º), la ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías (art. 58.3º), o la comercialización de productos defectuosos (art. 63).

B) Diseño cuatripartito

35. El interrogante es si un texto codificado de DIPr debe hacerse eco de la polémica en torno a contenido del este ordenamiento[174] o limitarse a determinados sectores cuyo tratamiento conjunto presenten como denominador común otorgar, dentro de un mismo cuerpo legal, una respuesta global a las relaciones del tráfico privado externo. La cuestión se vincula a la consideración del contenido *lato sensu* o *stricto sensu* del DIPr. Es indudable que la concepción mantenida mayoritariamente en América latina se ha inclinado hasta hace algunos años por la denominada "concepción amplia" en torno al contenido del DIPr que no sólo cubría los sectores clásicos acrisolados por la doctrina francesa (nacionalidad, extranjería, conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones)[175], sino que, al dominar, a la postre, una concepción "conflictualista" y "normativista" se extendía la regulación a cuestiones tan ajenas al Derecho privado como el Derecho penal, o el laboral.

Aceptadas en las modernas codificaciones el diseño "tripartito" (competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones), el ALDIPCh lo incorpora si bien añadiendo con acierto, al igual que el Código panameño de DIPr, una nueva rúbrica relativa a la "cooperación jurídica internacional", que en algunos sistemas se regula de manera autónoma vinculada al régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones[176]. Nos hallamos con una aportación importante de la iniciativa chilena al agregar un cuarto sector de técnicas que aportan soluciones puntuales a ciertas cuestiones de tráfico externo y que presentan una importancia notable en el ámbito del Derecho procesal internacional y de la cooperación judicial y extrajudicial, abarcando aspectos como la obtención de pruebas en el extranjero, la notificación de documentos y actos procesales, la acreditación del Derecho extranjero, la emisión de certificados registrales y otras técnicas de colaboración entre autoridades. Pero, además de en el ámbito procesal, las técnicas de cooperación son de utilización frecuente en ámbitos sustantivos, actuando de forma autónoma o alternativa respecto a los sectores de la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable o el reconocimiento de decisiones. La cooperación entre autoridades es un recurso de creciente importancia en sectores vinculados a los derechos de la persona y al Derecho de familia. La obtención de alimentos en el extranjero o la garantía de los derechos de visita y custodia en caso de secuestro legal de menores son dos exponentes muy claros, que serán estudiados en su momento.

174 Fernández Rozas, J.C., "Sobre el contenido del Derecho internacional privado", Revista Española de Derecho Internacional, vol. XXXVIII, 1986, pp. 69–108.

175 Batiffol, H., "Las tendances doctrinales actuelles en droit international privé", Recueil des Cours, t. 72 (1948–1), pp. 7–8 y 34–35

176 Es el caso en España de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil

Otra una alternativa fundamental bien resuelta por el ALDIPCh es la contemplación, particularizada cada institución de Derecho privado y proyectar sobre ella las soluciones de cada una de estas rúbricas (como parcialmente se recoge en la Ley DIPr suiza, en el Código DIPr belga o en el Código DIPr panameño) o introducir dentro de cada una de tales rúbricas las instituciones consideradas. Se consideró que esta última opción era más aconsejable por permitir al operador jurídico individualizar la concreta cuestión de DIPr a la hora de su específica solución. Esta última técnica, a la que se adhirió la Ley DIPr italiana, también ha sido seguida por el Proyecto uruguayo y por La LDIPr de la República Dominicana.

3. Modernización del sistema

A) Residencia habitual como eje central

36. La batalla sobre el factor de conexión personal apropiado en el DIPr parece haber terminado, incluso en el continente europeo donde la nacionalidad ha sido desplazada cada vez más por la residencia habitual. Tanto los Convenios de La Haya como muchas legislaciones nacionales han sentado las bases desde hace muchos años para pasar de un factor de conexión puramente jurídico a otro más orientado a los hechos, a fin de identificar el Derecho que está más estrechamente vinculado a una persona física[177]. Son claras las ventajas de la residencia habitual desde la perspectiva de la UE antes de abordar algunos retos futuros, en particular el peligro de una domiciliación de la residencia habitual y los límites de los factores de conexión personales en general, especialmente en lo que respecta a las "nuevas" relaciones de estatus familiar.

Pero lo anterior conduce a un debate histórico, perteneciente al pasado. Hoy existen soluciones conciliadoras. La mayor parte de las convenciones de DIPr que en las últimas décadas pretenden unificar las soluciones a los problemas del tráfico jurídico externo utilizan como alternativa la "residencia habitual" tal y como lo han hecho los Capítulo II a XII del Título III del ALDIPCh. Esta conexión ofrece la ventaja de situar a la persona en un medio social real y, por su carácter de criterio de hecho, tiende a evitar las dificultades que engendran tanto la nacionalidad como el domicilio[178]. Concretamente, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el DIPr de 1979 califica, en primer lugar, el domicilio como residencia habitual; en segundo, como centro principal de los negocios; a falta de estas circunstancias, como lugar de la simple residencia y, en su defecto, el lugar donde se encontrare la persona (art. 2). El artículo demuestra la tendencia fáctica de la residencia que se observa en las legislaciones comparadas.

Dentro del precepto relativo a "definiciones" (art. 4) el ALDIPCh considera que la residencia habitual de las personas físicas es "el lugar donde tiene su centro de vida, con independencia de su estatus migratorio o de su ánimo de permanecer en aquél." Estableciendo a continuación que "Para determinar ese lugar, se tendrán en

177 Espinar Vicente, J.M., "El concepto de residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado", Revista de derecho privado, nº 64, 1980, pp. 3–27

178 P. Rogerson, "Habitual Residence: The New Domicile?", Int' Comp.L.Q., vol. 49, nº 1, 2000, pp. 86–107.

cuenta las circunstancias de carácter personal, familiar o profesional que demuestren vínculos permanentes y estables con dicho lugar. Tratándose de una persona jurídica, será el lugar donde tenga su establecimiento o sede social, administración central o su centro de actividad principal de negocios". No puede extrañar que el Proyecto utilice el factor de conexión "residencia habitual" como criterio central en la determinación de la ley aplicable a la persona. La residencia habitual, respecto de personas naturales, no es simplemente el lugar en donde habitan, sino que algo mucho más relevante: el lugar donde tienen su centro de vida, con independencia de su estatus migratorio o de su ánimo de permanecer en aquél, pudiendo determinarse a través de circunstancias de carácter personal, familiar o profesional que demuestren vínculos permanentes y estables con dicho lugar. Como pone de manifiesto la Exposición de motivos del ALDIPCh este factor de conexión "residencia habitual" no es nuevo en Chile pues fue "reconocido por primera vez a través de la ratificación de la Convención de La Haya de 1980 sobre Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, siendo normativizado también por la Corte Suprema al dictar el auto acordado 205–2015, que regula esta materia".

Con la adopción de esta conexión Chile se alinea con la tendencia universal de flexibilizar este concepto, a los fines de su fácil comprobación y con ello facilitar la localización del Derecho aplicable[179]. Este nuevo factor obliga a indagar sobre dos cuestiones concretas: la interpretación de la residencia habitual, con la cual se identifica, y el alcance de su aplicación por una parte, a las personas físicas y, por la otra, a su carácter de factor de conexión, es decir, cuando constituye un medio para determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los tribunales.

B) Superación de la exclusividad de la jurisdicción

37. El ALDIPCh busca solucionar con un sistema robusto de normas de competencia judicial internacional de los tribunales chileno superadoras de las soluciones aisladas insertas en el Código Orgánico de Tribunales[180]. Concretamente, desde la óptica del proceso internacional el ALDIPCh incorpora un objetivo superador de las tradicionales nociones de soberanía, territorialismo y poder jurisdiccional. Para ello aclara la diferencia entre la competencia procesal internacional en el orden civil a la que dedica por completo el Título II, y la competencia procesal interna, facilita la determinación de la jurisdicción del foro, el exequátur de los actos emanados de las autoridades extranjeras, refuerza la cooperación judicial internacional y ajusta las normas procedimentales..

Incluye una norma de carácter general en el art. 5., inspirada en el art. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, que atribuye a los tribunales chilenos el conocimiento de los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, con primacía de lo dispuesto en los tratados y de conformidad con la Ley

179 Villarroel Barrientos, C., "La residencia habitual como factor de conexión del estatuto personal", Revista Chilena de Derecho Internacional privado, nº 5, 2019, pp. 83-86.

180 Cornejo Aguilera, Pablo A., "Competencia judicial internacional ¿cómo modernizar la normativa chilena?", Revista Chilena de Derecho Internacional privado, nº 5, 2019, pp. 47-52.

de DIPr haciéndose referencia en dicho precepto a los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución.

38. A continuación establece un catálogo de foros "apropiados" pues presentan un doble elemento de proximidad y neutralidad genérica a la hora de vincular los litigios con la jurisdicción chilenos suprimiéndose los denominados foros de competencia " exorbitantes" , que son los que responden a criterios de proximidad más o menos objetiva y que se asientan en criterios de conexión débiles, tendentes a favorecer un interés privativo del Estado del foro. La estructura seguida en el Proyecto de los pros de competencia posee un cierto grado de "jerarquización". De este modo, los foros exclusivos tienen un carácter prioritario, bastando que se dé la conexión prevista en el mismo para que opere la competencia de los tribunales chilenos. En su defecto se acudiría a los foros generales y, sólo si éstos no fueran operativos, trataría de determinarse la competencia de los tribunales dominicanos con respaldo en los foros especiales por razón de la materia, aplicables. Sin embargo, al tratarse de normas unilaterales, lo cierto es que cualquiera de los foros expuestos atribuye, por igual, competencia judicial internacional a los tribunales chilenos.

El catálogo de foros contempla el foro general de la residencia habitual del demandado en Chile (art. 6) y del ámbito de los acuerdos de elección de foro a la jurisdicción de los tribunales extranjeros o chilenos (art. 7)[181]. La ordenación de las competencias exclusivas sigue los parámetros habituales de las modernas codificaciones, aunque con una atención especializada a más variedad de supuestos: derechos reales, sociedades, derechos de propiedad intelectual o industrial registrados en Chile, reconocimiento y ejecución de sentencias (art. 8). Se distribuyen los foros de competencia especial en tres grupos: persona y familia (art. 9), materia patrimonial (art. 10) y sucesoria (art. 11). Sería una simplificación considerar que las normas de competencia judicial internacional hasta aquí descritas poseen como única misión el establecimiento de determinados foros de competencia en virtud de los cuales se concede preferencia a la organización jurisdiccional del Estado chileno sobre la de otro para conocer de un proceso (normas reguladoras). Por eso la puesta en marcha de estos criterios generales de atribución de competencia requiere la solución previa de ciertas cuestiones particulares (problemas de aplicación) que se suscitan a la hora de proceder a dicha atribución. La solución a dichas cuestiones tiene adecuadas respuestas al prestarse atención a la litispendencia internacional (art. 11), al foro de necesidad (art. 13) y al control de oficio por los tribunales chilenos de dichas normas reguladoras (art. 15). Como novedad, se introduce una norma que tiene por objeto solucionar los eventuales conflictos entre las normas de competencia judicial internacional y la competencia territorial disponiendo que la demanda se presentará ante el tribunal que corresponda dentro de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago (art. 14).

181 Campusano Droguett, R.F., "Propuestas para una ley de Derecho internacional privado chilena: pactos de elección de foro", Revista Chilena de Derecho Internacional privado, nº 5, 2019, pp. 42-46.

C) Superación del modelo de norma de conflicto rígida y de resultado imprevisible

39. El angosto marco ofrecido habitualmente a los preceptos dedicados al DIPr ha condicionado decisivamente la distribución de materias reguladas en los Códigos civiles por la conservación de la impronta estatutaria (Cuba, anteriormente la República Dominicana) aunque siempre ha estado sometida a fuertes críticas a cargo de sus detractores[182]. Por eso la Ley DIPr venezolana, la primera en América latina que se enfrentó a esta cuestión, descartó expresamente este continuismo al rechazar en su Exposición de Motivos "que un sistema de raigambre estatutaria, con originales y plausibles características propias, ha sido adulterado por la práctica y ha venido a convertirse en un sistema de coloración territorialista o, aún peor, en un cúmulo de soluciones inciertas e inconexas". En esta misma dimensión de técnica legislativa se evidencia también que la moderna codificación, que se decanta por el abandono de las normas de conflicto de conexión única para ofrecer, como hace el ALDIPCh, conexiones de carácter múltiple, más adaptadas a las distintas relaciones e instituciones jurídicas que entran en contacto con el tráfico privado externo[183].

40. Las normas de conexión única reflejaban el modelo elaborado a mediados del siglo XIX por el jurista alemán F.K. von Savigny en su estado más puro que respondía a una estructura normativa compuesta por tres elementos, supuesto de hecho, punto de conexión y consecuencia jurídica. Dicha estructura configuraba un modelo normativo cuyos componentes eran individualmente impugnados, por las notas de especialización, flexibilización y materialización que han tenido la virtud de cambiar la fisonomía originaria de este tipo normativo dando lugar a la denominada "norma de conflicto multilateral[184].

i) El supuesto de hecho hace referencia a la materia regulada que puede ser una relación jurídica ("efectos del matrimonio", "sucesión por causa de muerte", "emisión de los títulos valores", etc...), una institución ("tutela y las demás instituciones", "adopción", "posesión", "propiedad", etc...), o un derecho subjetivo ("derecho a la prestación de alimentos", "derechos de propiedad intelectual o industrial", etc...). Frente a la solución de estos supuestos en contadas normas de conflicto (*v.gr.*. el sistema cubano o el mexicano), el ALDIPCh dedica, por ejemplo, 4 preceptos (arts. 25 a 28) a regular las relaciones relativas a la persona, 12 preceptos (arts. 29 a 41), a las relaciones de familia[185], 1 precepto (art. 43) a la protección de los incapaces, 5 preceptos (arts. 44 a 48) a las sucesiones y a las donaciones, 1 precepto (art. 49) a los

182 Herrera Mendoza, L., "La escuela estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad", Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos, Caracas, El Cojo, 1960, p. 124.

183 Rigaux, F., "La méthode du conflit de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière decennie", Rev. crit. dr. int. pr., 1985, pp. 1 ss; Patocchi, P.M., Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe), Ginebra, Georg, 1985; Vassilakakis, E., Orientations methodologiques dans les codifications récents du droit international privé en Europe, Paris, LGDJ, 1987.

184 González Campos, J.D., "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239–5270; id., "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé: Cours général", Recueil des cours, t. 287, 2000, pp. 9–426.

185 García Pujol, I., "Derecho aplicable a la persona, relaciones de familia y sucesiones", Revista Chilena de Derecho Internacional privado, nº 5, 2019, pp. 53-59

bienes[186], 10 preceptos (arts. 51 a 60) a las obligaciones contractuales y 7 preceptos (arts. 61 a 67) a las obligaciones extracontractuales. Como puede observarse, ALDIPCh ha realizado un meritorio ejercicio de especialización normativa que permite individualizar los problemas propios de cada institución para darles la solución adecuada.

ii) El punto de conexión tiene como misión dotar de relevancia jurídica al elemento extranjero que puede encontrarse en el supuesto de hecho, fijando en él la localización de la relación jurídica en orden a la consecuencia jurídica ("ley elegida por las partes", "ley de la residencia habitual del causante", , "ley del país en que se otorguen", etc...)[187]. La rigidez se halla vinculada indisociablemente al punto de conexión elegido, lo que se traduce en el empleo de una conexión única, determinada en el tiempo. No todas las conexiones resultan, sin embargo, igualmente rígidas. Por definición, los puntos de conexión mutables (sin concreción temporal) ofrecen mayores opciones (lugar de situación de un bien). Y, por su naturaleza, algunos puntos de conexión admiten una interpretación más amplia (residencia habitual) o se consignan de forma deliberadamente abierta (vínculos más estrechos). Este es el modelo seguido por el ALDIPCh, que muestra una clara tendencia flexibilizadora[188] con el empleo de "conexiones en cascada" o de "conexiones alternativas". Un ejemplo de las primeras son las que se insertan en el art. 39.3º: "El divorcio se regirá por la ley de la residencia habitual común de los cónyuges. A falta de residencia habitual común, el divorcio se regirá por la ley de la última residencia habitual común que tuvieron los cónyuges; a falta de ambas, se regirá por la ley de su nacionalidad común, y a falta de todas las anteriores, por la ley del lugar de celebración del matrimonio". Y un ejemplo de las segundas se contempla en el art. 60: "Un contrato será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en la ley que rige el fondo del contrato o con los exigidos por la ley de lugar de celebración u otorgamiento, de cumplimiento, o de la residencia habitual de cualquiera de las partes. No obstante lo anterior, si el contrato tuviere por objeto un derecho real sobre un inmueble, será válido, en cuanto a la forma, si cumpliere con los requisitos de la ley de la situación del inmueble".

iii) La consecuencia jurídica, no se contiene en la propia norma, sino que es preciso determinarla indirectamente a través del mandato de aplicación establecido por el legislador respecto a un Derecho estatal en su conjunto. La norma de conflicto puede formularse con una orientación material que obligue a analizar el contenido de los ordenamientos en presencia para seleccionar el Derecho aplicable y dar una respuesta ajustada al caso concreto. Sin embargo, las normas de conflicto formuladas sin una expresa orientación material participan, a la hora de ser aplicadas, o al menos pueden participar, de consideraciones de carácter material. El resultado material de la aplicación de una norma de conflicto aparentemente neutra puede atemperarse a la hora de interpretar y aplicar dicha norma, teniendo en cuanta tanto su función como

186 Meruane Osorio, D. "Bienes y derechos reales en el Derecho internacional privado chileno: una propuesta de reforma", Revista Chilena de Derecho Internacional privado, nº 5, 2019, pp. 60-70.

187 von Savigny, F.K. ,System des heutigen römischen Rechts, t. VIII, Berlín, Veit und Comp., 1849.

188 Hay, P., "Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflection on Current European and United States Conflicts Law", Recueil des cours, t. 226, 1991, pp. 282–412.

el contenido material de los Derechos en presencia[189]. A través de instrumentos, muchos de ellos previstos en el Capítulo I del Título III de ALDIPCh como la calificación funcional del supuesto de hecho y del punto de conexión (art. 19), las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal (art. 21) o, el orden público (art. 22), etc., puede obviarse la aparente neutralidad de la norma de conflicto en beneficio de la justicia material del caso concreto y en atención a los principios rectores de la rama del Derecho considerada.

A partir de la regulación contenida en el ALDIPCh se supera ampliamente el tradicional método conflictual, que implicaba un alto componente de automatismo y mecanicismo, ignorante muchas veces de consideraciones de justicia y que se centraba, precisamente, en la función de la norma de manera dogmática y rígida, primando el objetivo de certeza y de seguridad jurídica sobre cualquier otro. Si dicho método fue calificado con evidente acierto como una "máquina ciega", el nuevo sistema dominicano es un mecanismo que busca soluciones materialmente orientadas a partir de criterios de justicia para la solución del caso concreto[190].

D) Tratamiento de los problemas generales de aplicación de las normas de conflicto

41. El Capítulo I del Título III está dedicado a las denominadas "Normas generales de aplicación" cuyo destinatario es el juez o la autoridad encargada de llevar a cabo el mandato de las "reglas reguladoras". Es un sector que da respuestas a los denominados problemas generales de aplicación de las normas de conflicto y que en el pasado propició a importantes desarrollos jurisprudenciales y doctrinales por la propia insuficiencia de la norma de conflicto en su formulación originaria.

Con el nuevo modelo de norma de conflicto que se incluye en el Proyecto muchos de estos problemas desaparecen o, al menos, requieren un tratamiento adaptado a las nuevas circunstancias normadoras. El ALDIPCh se ha dejado llevar por la vertiente académica realizando una ordenación pormenorizada de los mismos siguiendo el modelo incorporado en la Convención de la CIDIP sobre normas generales de Derecho internacional privado de 1979 (de la que, por cierto, Chile no es parte)[191]. Ello explica que este apartado esté redactado en el Proyecto en términos excesivamente amplios huyendo de soluciones simplificadoras, como se desprende, por ejemplo, de la exhaustiva regulación del reenvío (art. 18).

Aún así, resulta obligado prestar atención a los regímenes de determinación y de interpretación de la ley extranjera, incluyendo las normas de Derecho público (arts. 16 y 17), a la calificación (art. 19), al reconocimiento de los derechos adquiridos

189 Von Oberveck, A.E., "Les questions genérales du droit international privé a la lumière des codifications et projets récents. Cours general de droit international privé", Recueil des Cours, t. 176 1982–III, pp. 10 ss.

190 Vid. N. Concepción, "Hacia una solución flexible a los problemas del Derecho aplicable a las relaciones jurídicas internacionales", Gaceta Judicial, la Revista Jurídica de Interés General (República Dominicana), Año 18, nº 329, 2014, pp. 56–64.

191 Tellechea Bergmann, E., "Aplicación e información del Derecho extranjero en el ámbito interamericano, regional y en el Uruguay", Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Año 2, nº 3, 2014, pp. 35–

(art. 20), a la cuestión previa (art. 21)[192], al fraude a la ley (art. 23) o a la remisión a un sistema plurilegislativo (art. 24) y al juego del orden público como correctivo funcional (art. 22).

E) Expansión de la autonomía de la voluntad

42. La presencia de la autonomía de la voluntad de las partes ha estado tradicionalmente bajo la influencia de tendencias opuestas que reflejan la dialéctica entre el derecho y la libertad[193], con el indiscutible triunfo de esta última.

i) La potestad de las partes en un contrato internacional para elegir el sistema jurídico que ha de regirlo constituye un principio reconocido en la práctica totalidad de los sistemas de DIPr, dentro de lo que se conoce como "autonomía conflictual". Esta noción comporta la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad. No obstante el alcance de la autonomía conflictual en los sistemas de DIPr de América latina fue un tema un tema polémico vinculado en algunos casos a la particular consideración del modelo del c*ommon law* sobre esta cuestión. La libertad de las partes de elegir la ley aplicable constituye hoy una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales[194] y de ello se hace eco el art. 52 ALDIPCh al regular los contratos internacionales. Dicho postulado no sólo respeta las expectativas de las partes contratantes, sino que favorece la previsibilidad del resultado. Con ello se alcanza una convergencia mundial, de los que son buena muestra el art. 3 del Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el art. 7 de la Convención México sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, de 17 de marzo de 1994[195] o los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales de 2015[196].

ii) La cuestión de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ha sido objeto de una gran discusión y de enfrentamiento entre los modelos romano germánicos y del *common law*, por lo que al adoptar una solución en esta materia deben dejarse de lado las tesis favorables a aplicar la *lex fori* a la responsabilidad civil extracontractual en general pues semejante planteamiento descansa en una concepción del ilícito civil paralela a la del ilícito penal, donde el elemento de culpabilidad o de reproche moral

192 La regulación de esta institución clásica sigue siendo polémica. Concretamente en la UE, a propósito de la elaboración de un eventual Reglamento Roma 0, opone a quienes consideran que debe eliminarse y los partidarios de su inclusión en una posible parte general del DIP europeo. Vid. Bariatti, S. y Pataut, E., "Codification et théorie générale du droit international privé", Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?, Bruselas, Peter Lang, s.A., pp. 2011, pp.337–361

193 Kohler, Ch., "L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme", Recueil des Cours, t. 359, 2013, pp. 285 ss; P. Wautelet, "Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales", Vers un statut européen de la famille, París, Dalloz, 2014, pp. 131–146.

194 Jacquet, J.M., "L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste", Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, op. cit., pp. 905–927

195 Vid. Ancel, B., "Autonomía conflictual y derecho material del Comercio Internacional en los convenios de Roma y de México", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. II, 2002, pp. 33–45.

196 Albornoz, M.M. y González Martín, N. "Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts", J. Priv. Int'l L., vol. 12, nº 3, 2016, pp. 437–465.

al autor del daño sería determinante[197]. Por eso debe celebrarse que en línea con las codificaciones más avanzadas en materia de obligaciones extracontractuales el art. 61 ALDIPCh, atribuya a la persona cuya responsabilidad se alega y por la víctima posibilidad de elegir la ley aplicable. La expansión de la autonomía conflictual en este sector se corresponde con la circunstancia de que en el plano material la responsabilidad extracontractual se halla típicamente comprendida en el ámbito de libre disposición de las partes[198].

iii) En el Derecho de familia y de sucesiones, el principio de autonomía se está ampliando de manera sin precedentes. En este campo, su función es muy diferente en cuanto que sirve para llevar a cabo la autodeterminación del individuo y para mantener la estabilidad de las relaciones interindividuales. En los diversos contextos en que se acepta el principio se evocan también las condiciones de validez y el control del contenido del contrato de *electio iuris*. La nueva lectura de los derechos humanos y el papel nuclear de la persona y de su autonomía no podía pasar desapercibida en una regulación moderna de DIPr[199]. La idea de que las partes son los mejores jueces de sus intereses resulta un argumento esencial de la construcción jurídica para dar respuesta a múltiples cuestiones de las transacciones privadas internacionales[200]. Sin entrar en la polémica de lo que hace algunos años se calificaba de "irresistible extensión de la autonomía de la voluntad al Derecho internacional privado"[201], debe reconocerse que el ALDIPCh no innova, de manera significativa, la tradicional consideración de la autonomía de la voluntad cuyo ámbito había sido considerablemente restringido en los sistemas estatales de DIPr, pues en sectores muy sensibles sigue manteniendo soluciones de carácter objetivo como en relación con la separación judicial (art. 38), el divorcio (art. 39) o las sucesiones (art. 44); sin embargo extiende el postulado a otros sectores más allá de las áreas tradicionales descentralizadas[202]. *v.gr.*, efectos patrimoniales del matrimonio (art. 37) y donaciones (48)

VII. Consideración final

43. La existencia del DIPr se justifica por la pluralidad de sistemas jurídicos y de organizaciones jurisdiccionales que coexisten en un contexto internacional de relación

197 Cf. Kahn–Freund, O., "Delictual Liability and the Conflict of Laws", Recueil des Cours, t. 124, 1968–II, pp. 20–22.

198 Moscoso Restovic, P., "Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", Revista Chilena de Derecho Internacional privado, nº 5, 2019, pp. 71-82, esp. p. 73-78.

199 Sánchez Lorenzo, S., "Posmodernismo y Derecho internacional privado", Revista Española de Derecho Internacional, 1994, p. 557–585; id., "Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo", Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria–Gasteiz (1996), Madrid, Tecnos, 1997, p. 149–173.

200 Carlier, J.–Y., Autonomie de la volonté et statut personnel, Bruxelles, Bruylant, 1992; Álvarez González, S., "Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo, vol. I, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 137 s.

201 von Overbeck, A.E., "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles, 1993, p. 619 s.

202 Gannagé, P., "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", Rev. crit. dr. int. pr., 1992, p. 425–454; Kohler, C., "L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel. Entre libéralisme et étatisme", Recueil des cours, t. 359, 2013, p. 285–478; Añoveros Terradas, B., "La autonomia de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia", Entre Bruselas y La Haye : estudios sobre la unificacion internacional y regional del Derecho interncional privado. Liber Amicorum Alegria Borras, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 119–131

y, precisamente, una de sus funciones principales reside en establecer un conjunto de respuestas jurídicas a este pluralismo[203]. Si tal pluralismo no existiese, por la presencia de una unificación del Derecho de los distintos Estados, no tendría sentido que el legislador se ocupase de resolver estas cuestiones promoviendo un sistema normativo de DIPr. Pero tampoco tendría justificación este último ordenamiento si las relaciones jurídicas quedasen circunscritas a un sistema jurídico determinado, sin ninguna conexión con el exterior. Un país que no tiene comercio exterior, que no recibe inmigrantes u otros extranjeros que pretenden realizar estancias de corta duración, que no cuenta con una población emigrante en el extranjero, o que no posee un volumen significativo de inversión extranjera, no tiene especiales problemas derivados del tráfico privado externo y, en consecuencia, tampoco precisa de un conjunto normativo que ofrezca respuesta a estos problemas. Esta situación ha acontecido en muchos Estados, no sólo de América latina sino de otras latitudes. Sin embargo el aislamiento y la autarquía han quedado desbordados de forma indefectible por la actual internacionalización generalizada de las relaciones jurídico–privadas.

Hoy es prácticamente imposible encontrar un Estado donde la internacionalización no haya penetrado intensamente en las relaciones privadas y el caso Chile es sumamente significativo[204]. Por esa razón la sociedad chilena no puede quedar sin respuestas jurídicas a fenómenos como la inmigración, los procesos de integración regional, el turismo internacional, o el aumento de la movilidad de bienes, servicios, capitales y personas, junto a la irrupción del internet, a escala internacional. Precisa un cuerpo normativo superador de un limitado conjunto de reglas repartidas en distintos cuerpos legales que resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades de la sociedad chilena en un mundo cada vez más interconectado económicamente y más competitivo.

44. El ALDIPCh de 2020 ha sido sensible al incremento sin precedentes de los problemas derivados del tráfico externo que requieren una atención especial del legislador y conducen a la necesidad de establecer un bloque normativo que suministre respuestas puntuales a los problemas concretos. Dicha sensibilidad es fruto de una labor codificadora bien hecha, que ha partido de los instrumentos esenciales del Derecho comparado y que ha ido solucionando las cuestiones concretas con una modélica adaptación a la realidad chilena. Por eso el Proyecto se sitúa entre los textos de la codificación interna del DIPr más avanzados del mundo. Por añadidura suministra un marco normativo que ha tenido la virtud de adecuar las soluciones internas a las realizaciones practicadas en la codificación internacional, especialmente a partir de las experiencias obtenidas en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, a escala mundial, y en la Conferencia

203 Ralser, E., "Pluralisme juridique et droit international privé", Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 2003 pp. 2547 ss.

204 Como afirma la Exposición de motivos del ADIPCh, "El desarrollo actual del derecho internacional privado puede resumirse en la interacción de los siguientes factores: existencia de sociedades abiertasglobalización; migración internacional; derechos humanos; procesos de integración regional, internet y nuevas tecnologías de la sociedad de la información; incremento del comercio internacional y las exportaciones a través de contratos internacionales; turismo internacional; internacionalización de la familia; diversidad normativa; multiculturalidad en la sociedad posmoderna actual; desarrollo de los medios de transporte de personas y bienes; circulación internacional de capitales e inversión extranjera; litigación civil transfronteriza por daños al medioambiente y por efectos del cambio climático, y el rol de la sociedad civil como nueva protagonista en la elaboración de normas"

Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, en América Latina; ello sin perder de vista las soluciones alcanzadas por la unificación del Derecho internacional privado de la UE. Con ello el ALDIPCh se convierte en un instrumento indispensable para la regulación armónica de las relaciones jurídicas de carácter transfronterizo.

Pero, como acontece en cualquier obra codificadora, ésta precisa necesita el clima político favorable para poder llevarla a cabo. Los próximos meses serán cruciales en ese empeño.

EL ANTEPROYECTO CHILENO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (2020). UNA MIRADA MEXICANA

Leonel Pereznieto Castro[1]

RESUMEN

El derecho chileno se ha puesto la importante tarea de crear una Ley de Derecho Internacional Privado, cuestión que no es simple dada la complejidad de la situación internacional y el desarrollo privado del derecho chileno. El artículo analiza cada sección del proyecto de ley desde un punto de vista internacional y en relación a sistemas de ley comparados, tal como el mexicano.

Palabras clave. *Derecho Internacional Privado – Proyecto de Ley – Problemáticas internacionales – Ley chilena*

ABSTRACT

The Chilean law has set itself the important task of creating a Private International Law regulation, a not a simple issue given the complexity of the international situation and the development of private Chilean law. The article analyzes each section of the bill from an international point of view and to compared systems of law, such as the Mexican law.

Keywords. *Private Internacional Law – Bill – Internacional issues – Chilean Law*

I. Introducción.

Agradezco la invitación que me hizo el profesor Eduardo Picand para participar en esta serie de artículos que se han escrito acerca del proyecto de la Ley Chilena de Derecho Internacional Privado. Entiendo que la invitación que me ha dirigido amablemente el profesor Picand fue en buena medida porque soy uno de los redactores del proyecto mexicano de Ley de Derecho Internacional Privado, que se presentó públicamente en 2007 y que ha sido motivo de varios ajustes, correcciones y modificaciones en los últimos doce años, como uno de los temas anuales del Seminario Nacional (mexicano) de Derecho Internacional Privado hoy en día, ha sido modelo para las reformas en República Dominicana, Panamá y recientemente en Argentina

1 Profesor de tiempo completo, en el Centro de Relaciones Internacionales de la FCPyS de la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Asesor emérito de la Consejería Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores en materia de DIPr. y representante de México ante UNCITRAL, desde 1976, ante la Conferencia de DIPr de La Haya (Desde 1984) y ante la Conferencia Especializada Interamericana de DIPr (CIDIP) (desde 1975). Medalla Gil de Coulanjes de la Universidad de Panamá, por la obra de difusión del DIPr en centro y sudamérica (1995) Agradezco la ayuda que me brindaron para el presente trabajo a mis ayudantes del Sistema Nacional de Investigadores (Actuales y anteriores) que siempre me auxilian de forma notable, el Prof. Gustavo Alfonso Morales Sánchez y las Sritas. Nadxelly Uribe e Isha Téllez Yaffit.

Hoy en día, las grandes obras que serán redactadas, como lo es el caso del Proyecto de Ley chilena que nos convoca, requieren de muchos factores, e indiscutiblemente la chispa de un joven jurista chileno como lo es el profesor Eduardo Picand, a quien debo el estar en esta tribuna y sobre todo a quien admiro, pues ha podido mover después de mucho tiempo el escenario chileno para impartir planes y programas sobre el Derecho Internacional Privado. En todo caso, se trata de encontrar soluciones que ayuden a mejorar la Ley, que como todo gran proyecto se tiene acceso a lo largo del mundo, a diferentes ideas que los colegas puedan aportar. Este es mi caso, y asumo mi cometido de revisor, me ubico como un crítico, que pasó por la larga experiencia de ir evolucionando su Proyecto a lo largo de doce años, con la riqueza del pensamiento de otros colegas y con lo cual se permitió revisar con lente de aumento, los errores cometidos, pero sobre todo, encontrar nuevas formas para crear enlaces normativos (más ágiles) que permitan que el comercio internacional transite por todo nuestro mundo con los menores problemas o conflictos de orden normativo posibles; No hay mejor comercio internacional sin el esfuerzo de todos los estados interesados. Además, que un enfoque de este tipo permite mejorar la enseñanza del Derecho Internacional Privado, haciéndola más dinámica y cercana a la realidad social y con aspectos prácticos favorables.

Como parte de este proyecto, me permití invitar a colaborar a la profesora María Virginia Aguilar, también profesora de la UNAM[2] y una de las autoras del proyecto mexicano y especialista en materia de sustracción de menores y en aspectos prácticos de litigio de internacional de familia, quien me hizo el favor de analizar el proyecto chileno en la parte de cobro internacional de alimentos, al que hizo una adición necesaria y en su capítulo III del Título V, en razón de su experiencia en cerca de 60 casos tratados de esta naturaleza. La profesora Aguilar que también es abogada practicante, considera que podrían incorporarse algunas nuevas ideas que se formulan en este artículo al momento de discutir el Capítulo III del anteproyecto, para generar un procedimiento inmediato y efectivo.

Abordaré con mi análisis de forma general al proyecto en su conjunto y posteriormente haré el análisis más detallado de algunos artículos de la parte introductoria del anteproyecto de ley, así como otros que me parecieron sobresalientes; además, cuando sea factible, propondré los criterios de diferenciación en los conceptos que entre el proyecto chileno y el proyecto mexicano, mostrando la diferencias y semejanzas entre ambos con el objeto de encontrar soluciones, siempre cautelando el espíritu de la internacionalidad.

2 Socia titular de AB Abogados International. Despacho especializado en Derecho Familiar Internacional y otros rubros. Especialista en Derechos Humanos, UNAM. Profesora en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM de las materias de Derecho Internacional Privado, Contratos Internacionales y Tratados Internacionales. ha publicado diversos artículos al respecto, para revistas de Academias y Universidades Nacionales e Internacionales, participante en el libro de "Gestación por Subrogación" y Autora del "Manual de Derecho Familiar" editado por Tirant Lo Blanche. Miembro de Número y Ex Presidente de Amedip en 2013-2014; Miembro del Grupo de Asesores Externos de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Miembro de Ihladi (Instituto Hispano Luso Americano y filipino de Derecho Internacional); Miembro fundador de la Academia Euroamericana de Derecho Familiar, capitulo mexicano.

2. Apreciación general.

En los diversos temas que trata el Anteproyecto, se nota la presencia de una influencia internacional iusprivatista, pero en otros la de los civilistas chilenos, que con su precisión en cada letra han redactado excelentes normas de conflicto, no en balde la fuerza de la doctrina chilena del derecho civil estuvo vigente por muchas décadas en muchos países en sudamericanos y centroamericanos, aunque en menor medida en México.

Se trata de un proyecto de indudable corte moderno, aunque en algunos pasajes esa modernidad no se deja de sentir. No hay un espíritu uniforme a lo largo del anteproyecto. Puede advertirse con cierta facilidad, que se han quedado reminiscencias de antiguos conceptos, pero hay sobre todo algunas instituciones reguladas de forma antigua, lo que podría producir una justicia internacional de diferentes velocidades; la mayoría de las disposiciones del proyecto sobre las relaciones familiares, como podría ser las sucesiones elaboradas conforme a principios del Código de Bustamante, no parecen ser compatibles de resolverse ante notarios públicos o tribunales como casi todas las demás figuras jurídicas que tienen procedimientos sumamente cortos, en su mayoría convencionales.

El proyecto en general requiere de una buena revisión como la estamos haciendo varios profesores con el ánimo de mejorarlo y especialmente, darle un criterio más realista con la práctica del Derecho Internacional Privado en el mundo.

3. Por lo que se refiere a los primeros párrafos de los artículos del Capítulo I, del anteproyecto, comentaré de manera sucesiva los artículos de su parte introductoria del texto y continuaré con otros artículos que he considerado esenciales. En la parte final agregaré las observaciones planteadas por la profesora María Virginia Aguilar, a quien ya me referí inicialmente.

Para facilitar la lectura del Proyecto, unas palabras previas sobre la Exposición de Motivos de la Ley.

a). Exposición de motivos.

Párrafo segundo, número dos. Entre los diferentes métodos, que se plantean, se sugiere agregar el método de la Ley uniforme. La diferencia que propuse hace más de 40 años entre Leyes Materiales y Leyes Uniformes[3], fue en gran medida de orden pedagógico y en un documento como el presente, quizá convenga más hablar de Ley Uniforme, como el método prevaleciente hoy en día en el derecho convencional en materia de Derecho Internacional Privado.

b). Texto del anteproyecto.

Se proponen los siguientes cambios y ajustes:

3 Derecho Internacional Privado. Ed. Harper & Row Latinoamericana, 1979.

Art. 1. En los temas objeto de estudio del Derecho Internacional Privado convendría pasar al actual número uno como número dos y viceversa; es decir, el actual 1° La competencia judicial internacional de los tribunales chilenos; pasaría abajo del actual dos; determinación de la ley aplicable a fin de deslindar la ley aplicable, método que actualmente se estudia dentro del método tradicional de los conflictos de leyes, por lo que convendría que este tema presidiera y después las reglas dentro de las cuales se estudia el derecho procesal internacional. Sin embargo, hay quienes piensan que se podría adoptar el método Estadounidense que consiste en estudiar primero cuándo son competentes los tribunales internos en casos con elementos de extranjería. Acto seguido, de ser necesario, los tribunales pasan a investigar acerca de la determinación de la ley aplicable, de ahí que deba estudiarse primero en el orden que acontece en la realidad.

Art. 4. Párrafo segundo, establece qué es el domicilio, sin embargo, no se dice cómo y cuándo se adquiere, si cuenta para casos de permanencia migratoria indefinida o para la opción por la nacionalidad chilena, por una parte, por otra, es importante saber con precisión en qué momento se adquiere el domicilio para efectos del Derecho Internacional Privado, ya que puede dar como consecuencia varios resultados, como los siguientes: saber si se le aplica la ley chilena por ser o no la ley del domicilio de la persona, para actos del estado civil, esta ley es la aplicable en toda Latinoamérica y Estados Unidos, y también para determinar internacionalmente el pago de impuestos nacionales en las diferentes operaciones internacionales, entre otras cuestiones.

En el párrafo 4. Se le otorga al demandante el derecho de elección entre: "El lugar del hecho generador o el lugar del daño directo". Esta es una disposición injusta, como se puede demostrar en un ejemplo: le daría a una empresa petrolera que derramó petróleo en las costas chilenas, con daño a la pesca, la opción, de escoger el lugar que le sea más conveniente responder por todos los recursos dañados. La regla internacional consiste en que el derecho a escoger el foro que le sea mejor para sus intereses es a la víctima y además tener siempre preferencia, y siguiendo el ejemplo, que en el caso de un derrame pueda irse el Estado chileno a las cortes inglesas o estadounidenses, y no donde la compañía petrolera desee.

El párrafo 10 es una disposición que debe analizarse y que representa una concepción, clara y sencilla del orden público Internacional, en la medida que el legislador enumera los principios del Estado chileno que se deben respetar. La lista contiene, además de los conceptos clásicos del Debido proceso; la igualdad de trato procesal; procedimiento adversarial; derecho a ser oído en juicio; probidad e independencia judicial y respeto de la cosa juzgada; deber de actuar de buena fe; prohibición de abuso del derecho principios actuales, debido proceso; igualdad de trato procesal; procedimiento adversarial; derecho a ser oído en juicio; probidad e independencia judicial y respeto de la cosa juzgada; deber de actuar de buena fe; prohibición de abuso del derecho; " Y el legislador agrega los principios novedosos y que son temas de actualidad en el mundo: "prohibición de discriminación arbitraria; protección del interés superior del niño; respeto a la diversidad cultural." Sin embargo, cabe señalar, que en cuanto a la "discriminación", el legislador chileno parecería proponernos que

hiciéramos un énfasis en especial en este delito y por esa razón probablemente la adjetivo como "arbitraria". El peligro de hacerlo así es que se deriva fácilmente una interpretación contraria a la propia norma y que se reduciría en nuestro caso, a la pregunta ¿La discriminación en sí misma no es un delito? Claro que puede haber delitos a los que además se les imputen agravantes; sin embargo, tipificar un delito de esta manera, encierra al juez a aplicar la ley a un tipo de discriminación. Tal parecería entonces que la discriminación sin ser arbitraria, ¿resulta tolerable? Yo no lo creo del legislador chileno, por lo que es necesario reformular la norma y simplemente referirla a la discriminación y si ese es su objetivo, entonces que señale cuales pueden ser los agravantes del delito de discriminación, que puede ser racial y por lo mismo sumamente ofensivo. Pero en nuestro caso, estamos frente a un concepto de la "Arbitrariedad" que consiste en "El acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado por voluntad y capricho"[4] Que engloba muchas cuestiones, algunas debatibles, otras no y pondrá en aprietos al juez al momento de aplicar la ley.

Hay que saludar al legislador chileno con la definición contenida en el mismo Art. 4° sobre Residencia Habitual, un concepto sin duda, primero se encuentra de forma completa y objetiva. Cuántos años han pasado desde aquella tímida definición de Residencia Habitual que logró concertar la Comisión de Derecho Internacional Privado de La Haya a finales de los años cincuenta, cuando surgió el concepto común entre los países de Europa continental de derecho escrito, con el concepto de la nacionalidad como criterio de determinación de ley aplicable al estatuto personal, y los de cultura del *Common Law* o derecho consuetudinario, cómo Inglaterra y Los Estados Unidos, con el concepto del "Domicilio". De esta manera, Residencia Habitual constituyó un feliz acuerdo tal que hoy en día se ha ido nutriendo de conceptos conforme a los cuales se les puede interpretar, y en ese sentido el legislador chileno ha sido muy prolijo. Después de haber sido Chile el país que más demoró en aceptar el divorcio y el registro de divorcios realizados en el extranjero, ahora nos ofrece en su Art. 40 la posibilidad del registro de uniones libres, con independencia del sexo. El Derecho es siempre un fiel termómetro de la realidad.

En cuanto al Art. 44 es necesario modificarlo ya que su redacción actual es inconveniente, nos dice:

"La totalidad de la sucesión por causa de muerte se rige por la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de su fallecimiento, con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar donde se encuentren."

Se trata de una declaratoria de política judicial y no de una norma jurídica. Pero el inconveniente además, consiste en que el legislador chileno aparecerá con una inocencia poco usual en los foros internacionales, al pretender que se aplique la ley del último domicilio del *de Cujus* a la totalidad de la sucesión "con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar donde se encuentren", esto es más un buen deseo – que siempre hay que tener en el Derecho Internacional Privado - pero no

4 Diccionario de la Real Academia Española, Decimonovena edición,1970, pág. 111.

cabe ninguna explicación de una norma que pretende ser aplicable en el mundo entero.

El Art. 49 es otro de los artículos bien planteados que se quedaron en el closet de la reforma. En su primera línea afirma:

"1. La posesión, dominio y demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles, se regirán por la ley del lugar de su situación, salvo las excepciones legales.

2. Los bienes en tránsito se regirán por la ley del lugar de su destino.

3. Los derechos derivados de la propiedad intelectual e industrial se entenderán situados en el país donde hayan sido registrados la liberación de contratación incluyendo alguna figura esencial del Depecage o desprendimiento de las leyes en el contrato, conforme a la voluntad de las partes, en diferentes leyes aplicables."

En el proyecto mexicano de Ley de Derecho Internacional Privado (en adelante proyecto mexicano) los bienes muebles, conforme al Art.25, inciso e) se establece respecto al tratamiento de los bienes muebles, lo siguiente;

"e) Los bienes muebles se regirán por el orden jurídico del lugar de su registro, a falta de este, por el orden jurídico del lugar donde se encuentren".

Es decir, es parecido a lo dispositivo establecido en el proyecto chileno con la frase adicional, que a falta del lugar del registro, se regirán "por el orden jurídico de donde se encuentren" Lo que tiene la ventaja de prever una situación de facto que altera sensiblemente a la disposición, pero que finalmente es realista sobre este tema.

En el Proyecto mexicano la cuestión de la responsabilidad extracontractual se regula de una forma parecida con algunas diferencias y se establece:

" Artículo 61. Autonomía de la voluntad.

La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la

ley elegida por la persona cuya responsabilidad se alega y por la víctima. La elección de la

ley aplicable deberá ser expresa o resultar de manera evidente de las circunstancias del caso".

"Artículo 62. Regla general.

1. En defecto de elección de ley, se aplicará la ley del lugar del hecho dañoso.

2. 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

directo, se aplicará la ley de ese Estado.

3. Para el evento de no poder aplicar las reglas de los numerales precedentes, y cuando

"del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos

manifiestamente más estrechos con otro Estado"

Entre las ventajas que tiene el proyecto mexicano es que a la víctima se le permite alegar su derecho conforme a la ley del lugar que ella escoja conforme a lo dispuesto por la norma mexicana. Sin embargo, esta disposición tiene un peligro, en el caso específico de México, por ejemplo, donde una gran cantidad de artículos circula y el daño se produce en México y el producto es estadounidense y tiene un defecto de fabricación, en cuyo caso se aplica la ley mexicana que no dará la misma satisfacción a la víctima como lo haría una ley estadounidense, particularmente por los montos que se demanden.

El Art. 53 del proyecto, nos sorprende con una disposición moderna y funcional, al determinar la Ley aplicable con una gran apertura y enumerando lo que el juez debe tener en mente en la aplicación de la ley que las partes pueden optar. Bajo este rubro la aplicación, como son los que señala el propio Art. en comento: "normas de derecho, costumbre o principios generalmente aceptados a nivel internacional, supranacional o regional, salvo que lo prohíba expresamente la ley del foro". Con ello se abre además una vía ideal para el ingreso al orden jurídico chileno de la *Lex Mercatoria* En su párrafo 2 el artículo que nos ocupa reglamenta el caso del vacío legal y así establece:

"2. En este caso, los vacíos legales que estas normas, costumbres o principios dejaren serán suplidos por las normas de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección de ley"

Difícil encontrar un vació legal con la posibilidad de aplicación de tantas leyes, principios y costumbres, pero en un caso dado, tiene una salida que el proyecto mexicano no presenta, la cual consiste en que los vacíos serán colmados por la ley aplicable al contrato.

Las comunicaciones directas entre autoridades judiciales, que plantea el Art. 79, es uno de los grandes avances de la Ley. Eso permite una amplia facultad para el juez para informarse lo suficiente para proceder a aplicar la ley extranjera que resulte aplicable. En el proyecto mexicano, la elección de la ley en el Art. 24, se hace también con un criterio amplio, pero con otras hipótesis para su aplicación:

"Art. 24. Para la interpretación el tribunal deberá tomar en cuenta las siguientes pautas:

a) Cuando se trate de una disposición extranjera, su significado deberá hacerse conforme al orden jurídico y el tiempo a que pertenece dicha disposición, siguiendo la misma interpretación e integración que harían los jueces del lugar del orden jurídico designado.

b) Cuando se trate de un testamento otorgado en el extranjero, su interpretación será siempre a favor de la validez del mismo.

c) Cuando una disposición extranjera sea designada para regular un supuesto normativo, se decidirá conforme a los métodos o técnicas seguidos en el orden

jurídico a que pertenece. De no ser este el caso, se decidirá con la ley con la cual la situación presenta vínculos más estrechos.

d) La ley o disposición extranjera designada por la norma de conflicto se aplicará según sus propios criterios o reglas de interpretación y de aplicación en el tiempo.

e) En cualquier caso, deberá decidirse a favor del mejor interés y los derechos del menor, de los trabajadores o de los ancianos.

f) En todo caso, deberá decidirse de manera tal que se haga posible la armonización de los ordenamientos jurídicos en presencia. El tribunal podrá tomar en cuenta los vínculos más estrechos con el acto jurídico de que se trate, procurando reconocer, en la medida de lo posible, la intención de los sujetos intervinientes."

Tanto el proyecto chileno como el mexicano cumplen con una disposición de la Convención interamericana sobre Normas Generales que en su Art.2°dispone que: "Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada" Es decir, en ambos proyectos se busca aplicar en primer lugar la norma jurídica con la indicación al juez de que proceda a su aplicación con pleno conocimiento de la ley extranjera, para lo cual, tendrá que aplicarla "tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada".

El Art. 84 establece de forma sencilla y clara las condiciones conforme a lo dispuesto en este artículo para la denegación de la procedencia a aceptar una sentencia. Sin embargo, este criterio resulta trunco al no haber recogido los criterios más modernos para la denegación y la hipótesis contemplada en el Art. V de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que delimitan la respuesta que puedan tener los tribunales ante una solicitud de reconocimiento a seis hipótesis únicamente. En este sentido, el proyecto chileno en este artículo que se comenta, no prevé las demás hipótesis que pueden servir para determinar la admisión o no de una sentencia jurídica extranjera.

En materia de solicitud de alimentos el proyecto es parco, debemos pensar que el concepto de manutención es internacional, porque en cualquier país existen apoyos materiales para la subsistencia del acreedor alimentista y además por la necesidad de cooperar con los familiares directos como una forma de ayuda mutua.

Como lo afirman Pereznieto y Silva Silva "un aspecto que suele privar en la mayor parte de los países es el Principio de *favor creditorii*[5]…del que deriva el *favor filii* y

5 PÉREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Segunda Edición 2007. Sexta Reimpresión, marzo 2016. Oxford University Press. México.2016. Es un principio que afirma que en caso de duda entre acreedores y deudores alimentarios se optará en favor del beneficio del acreedor y el favor filii se refiere a los niños o a los menores de edad. Pág. 326

significa que el acreedor es la parte débil a la que hay que proteger" y en especial a los menores, cuyo derecho nace de la filiación.

Sólo prevé un solo artículo, en este caso el 88 que establece lo siguiente:

"Artículo 88. Obtención internacional de alimentos. Las solicitudes de obtención internacional de alimentos que se inicien en Chile se tramitarán ante los juzgados con competencia en materias de familia y conforme al procedimiento que indique la ley chilena. No se exigirá mediación previa obligatoria en estos casos"

El cobro internacional de alimentos debe hacerse con el procedimiento consecuente a la ley nacional para la obtención de alimentos, a las convenciones internacionales de las que Chile sea parte y mediante sus autoridades centrales para su requisición y para requerir quienes le darán el trámite de acuerdo al cobro internacional de alimentos.

Los ejes sobre los que se deben obtener los alimentos en el Extranjero son con relación a la Ley:

a) La ley del lugar donde tiene su residencia habitual el acreedor alimenticio.

b) Del lugar de los bienes reconocidos del deudor alimentario.

c) En vía de cooperación procesal internacional reconocer y Ejecutar una Sentencia.

d) Reconocer que el nexo nace porque las personas acreedor y deudor viven en un Estado distinto.

e) Crear medidas efectivas para la inmediata ejecución de las decisiones de alimentos.

Articulo 88-Bis. Como los aspectos de cobro nacional e internacional de alimentos es práctico, la respuesta a la solicitud inicial debe contener un medio preparatorio de búsqueda de actividades económicas y un formato para garantizar el cobro sobre los bienes del deudor, que pueden ser bancarios, hacendarios o la posibilidad de embargo de bienes y la aparición del acreedor en un buro de deudores alimentarios que les impidan la continuidad de algunas actividades y obtención de beneficios hasta en tanto cumplan con su obligación alimentaria.

Artículo 88-Ter. Para la transferencia de fondos se tendrán convenios con un Banco Nacional que recibirá las divisas que serán entregadas al acreedor alimentario o a su representante que para estos efectos tenga poder suficiente.

Articulo 88-Cuartus. Para las garantías de pago se preferirán bienes muebles como cuentas bancarias o cualquier bien que pueda tener una fácil recuperación económica para el acreedor.

Capítulo III

Sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes.

Artículo 89. El presente procedimiento es de orden público y tiene como objetivo el retorno seguro de la niña, niño o adolescente que haya sido sustraído o sea retenido ilícitamente del lugar de su residencia habitual.

El Tribunal competente. - será competente para conocer de la solicitud o demanda de ubicación y búsqueda de un niño, niña o adolescente sujeto a sustracción internacional, el Juzgado de Familia del domicilio del lugar donde se encuentre después de la presunta retención o sustracción del niño o niña dentro del territorio de Chile.

Si en la comuna respectiva existiere más de un Juzgado de Familia, la Autoridad Central que recibe la solicitud del estado requirente será quien lo designe conforme a las reglas generales de distribución de causas.

Artículo 90. Procedimiento.

Las solicitudes de restitución internacional que se presenten en Chile se tramitarán conforme al siguiente procedimiento:

1. Fase Administrativa, que iniciará con la solicitud del estado requirente al estado requerido mediante la Autoridad Central, quien enviará la solicitud, al Tribunal que conocerá del asunto, sin requerir legalizaciones ni apostillas en los documentos, excepto la solicitud de traducción cuando este redactada en un idioma distinto al español, en cuyo caso, deberá contener la traducción fiel al castellano.

2. Fase Judicial. Una vez enviada la solicitud al tribunal, este deberá emitir un acuerdo inicial, cuya publicación será secreta y que indicará:

a) La orden de búsqueda y aseguramiento del menor;

b) El envío a las distintas instituciones del Estado, de las órdenes respectivas para evitar que pueda ser trasladado nuevamente, solicitando se expida una alerta migratoria.

c) La notificación con orden de presentación del menor ante el Tribunal, previa designación *ad litem* de un curador para la niña, niño o adolescente.

d) La orden de arraigo tanto para el presunto sustractor, como para el menor, quienes serán presentados por la autoridad de búsqueda, ante el Tribunal, el mismo día en que fue localizado, fecha en la que el progenitor que tiene al niño, depositará el pasaporte del menor ante la autoridad judicial, para asegurar su ubicación en el territorio chileno.

d) La fijación de medias precautorias suficientes para evitar que sea ocultado el menor y que se presente a una Audiencia única, con vista al Defensor Público.

e) El establecimiento del día y hora para el desahogo de la audiencia dentro de las siguientes 48 horas, posterior a la presentación inicial del niño ante la autoridad judicial, dejando a salvo los derechos del progenitor sustractor para que sea escuchado, presente su contestación a la solicitud, con posible oposición que aporte pruebas relacionadas con las causas de excepción y la posibilidad de ser defendido por un receptor judicial particular.

3.- Audiencia Única: En la audiencia única se procurará, asegurar el retorno seguro del niño, niña o adolescente a su lugar de residencia habitual o la comprobación de alguna causa de excepción.

a) Al inicio de esta audiencia deben estar presentes los padres y en el caso de que el solicitante no se encuentre, podrá comparecer por video llamada o algún medio electrónico, cuyo represente o receptor judicial particular debe tener poder notariado de representación con cláusula especial para recoger al menor y en su caso, entregarlo al padre; el representante de la Autoridad Central; el Defensor Público; el curador *Ad Litem* del menor, que lo presentará en el momento procesal que se le indique para ser escuchado y el Juez, donde se les exhortará a una amigable conciliación para un regreso voluntario de la niña, niño o adolescente y, en caso contrario, se pasará de inmediato al desahogo de la pruebas.

b) La demanda o solicitud original se debe ratificar oralmente al contestar la demanda de manera oral si no lo ha hecho previamente por escrito, que contendrá la posible oposición y las pruebas, que solo serán las que tengan relación con las causas de excepción del tratado internacional relacionado con la sustracción internacional ratificado por Chile, con situaciones previas al traslado y emitidas por las autoridades de la residencia habitual de la niña, niño o adolescente.

b) No se admitirán cuestiones de fondo, ni reconvenciones, ni cualquier otro que obste a la prosecución del trámite y cualquier procedimiento de fondo quedará detenido hasta la decisión de la restitución o no del menor. Se pueden admitir todas las pruebas documentales, pero no se aceptarán testigos, a menos que prueben alguna causa de excepción que se haya desarrollado en el lugar de la residencia habitual del niño y siempre y cuando sea evidentemente contrario al beneficio superior del niño.

c) Se podrá oír al niño, niña o adolescente, menor de 16 años y se tendrá en consideración su opinión, atendida su edad y madurez; así mismo se escuchará la opinión del Consejo Técnico si ha sido citado a la audiencia y las observaciones que de las partes.

d) El juez después de desahogada la audiencia y probada la ilicitud del traslado o alguna causa de excepción de la convención, citará para Sentencia, que podrá comunicar de inmediato o máximo al día siguiente en el propio Tribunal.

e) La sentencia no decidirá cuestiones de fondo y solo establecerá la restitución,

si no se probaron causas de excepción o, la negación de esta cuando existan estas causas.

4.- Fase de ejecución de la Sentencia y traslado seguro. Una vez expuesta la determinación se procederá a la restitución inmediata de la niña, niño o adolescente al lugar de su residencia habitual, citando a las partes en el Tribunal para la escucha de la determinación, y en caso de que la ejecución sea posterior a una apelación, se fijarán las medidas cautelares y de protección para evitar que el niño sea revictimizado con otro traslado, igualmente se citará a las partes y al menor al Tribunal de Familia que conoció del proceso para su inmediata ejecución.

5.- Recursos. La sentencia definitiva sólo será impugnable a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación respectiva. El recurso será distribuido por el presidente

de la corte dentro de los cinco días hábiles siguientes a su ingreso, sin esperar la comparecencia de las partes, y se conocerá en cuenta, salvo que aquéllas soliciten alegatos, caso en el cual se agregará preferentemente a la tabla. Contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno. Las demás resoluciones que se dicten durante la sustanciación del procedimiento sólo serán susceptibles de recurso de reposición.

Capítulo IV Visitas internacionales

Artículo 91. Régimen comunicacional internacional. Las solicitudes de régimen comunicacional internacional que se inicien en Chile se tramitarán ante los juzgados de familia competentes y conforme al procedimiento ordinario establecido en la ley chilena. En estos casos, no se exigirá mediación previa obligatoria y se podrá tomar el tribunal el tiempo necesario para establecerlas con precisión.

TÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES.

Artículo 92. Aplicación temporal. La presente ley entrará en vigor seis meses después de su publicación en el Diario Oficial. La presente ley se aplicará a todos los procesos judiciales iniciados después de la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Artículo 93. Derogación. Se derogan todas las disposiciones legales que regulen la materia objeto de esta ley. *

Art. 110: Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

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

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

Con objeto de no extender más este análisis y para concluir me quiero referir al Art. 111 que es una norma moderna muy bien redactada y que establece lo siguiente:

"Art. 111. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto".

Esta disposición contiene varias cuestiones de importancia:

Establece no solo la aplicación de la norma comercial en cuestión, sino que amplía de manera expansiva las otras reglas susceptibles de ser aplicadas por el juez como son "las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los

usos y prácticas comerciales de general aceptación". Entre otras vías, queda claro que el legislador chileno ha decidido establece varias puertas para que la *Lex Mercatoria* pueda, en el caso dado, pasar a formar parte del orden jurídico chileno.

Conclusión

Tenemos frente a nosotros un proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado chileno bien meditado y bien pensado, sus autores se esforzaron por buscar cuáles son las soluciones modernas que se han planteado en los diferentes foros internacionales donde se produce este tipo de derecho, y compuesto por reglas que resultan indispensables para que las familias en su exposición internacional queden cubiertas, como además que el comercio internacional fluya sin ninguna dificultad.

LOS DAÑOS CATASTRÓFICOS TRANSFRONTERIZOS MOTIVADOS POR ACCIDENTES NUCLEARES, APLICADOS A LA CONSTRUCCIÓN DE ATUCHA V, EN ARGENTINA

Rubén Santos Belandro[1]

SUMARIO

Sección 1. Comentarios preliminares. El daño. La culpa. El riesgo. Un lazo de causalidad física entre el hecho del agente y el daño sufrido. **Sección 2.** *El accidente nuclear. La República Argentina y la instalación de Atucha V. Normas que vinculan a los dos países. Etapas a contemplar para precaver y prevenir un accidente nuclear y asegurar la responsabilidad civil emergente de tal accidente, en el caso de ocurrencia. 1) La etapa previa al accidente. 2) La etapa del accidente. 3) la etapa post-accidente.* **Sección 3.** *Las soluciones de Derecho internacional privado en la Convención de Viena de 1963. 1) Responsabilidad del explotador. a) Responsabilidad objetiva. b) Responsabilidad exclusiva. c) Responsabilidad limitada en cuanto al tiempo. D) Responsabilidad limitada en cuanto al monto. 2) garantías financieras del riesgo nuclear. 3) La relación de causalidad. 4) Causales de exoneración de la responsabilidad del explotador. Competencia judicial internacional y Derecho aplicable. 1) Base de competencia judicial internacional. 2) Legislación aplicable. 3) Reconocimiento extraterritorial de las sentencias. Algunas apreciaciones finales.*

RESUMEN

Las cada vez más numerosas instalaciones nucleares con fines pacíficos han creado la posibilidad de riesgos de efectos incalculables y de afectación de extensas áreas geográfica, lo que convierte al fenómeno en un problema naturalmente internacional, que convoca, entre otras posibilidades, a soluciones desde el Derecho internacional privado, tanto en las fases de cooperación y auxilio recíprocos, como del reconocimiento y ejecución extraterritorial de las sentencias. Se consagra como único responsable civilmente al explotador de la instalación. El magistrado competente es el del lugar de la instalación nuclear y se aplicará el ordenamiento jurídico vigente en dicho lugar, comprensivo del Derecho interno y del Derecho internacional privado. El artículo razona tomando como base de análisis el complejo nuclear de Atucha y la eventual producción de un incidente o accidente nuclear en las centrales existentes o a construir, las que se hallan situadas muy próximas a la frontera uruguaya, por lo que se examina los perjuicios que puedan surgir con motivo de dicho evento.

Palabras clave. *Incidente o accidente nuclear. Daño nuclear. Responsabilidad civil internacional. Competencia judicial internacional. Legislación aplicable.*

ABSTRACT

Nuclear facilities inevitably entail probable risks, incalculable and extensive damages that affect large territories and therefore carry international consequences. The article studies the legal consequences based on the analysis of the Atucha nuclear complex and the eventual production of a nuclear incident or accident, and the damages that may arise as a result of

1 Profesor Agregado de Derecho Internacional Privado y Profesor Adjunto de Derecho Extranjero y Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República.

said event.

Keywords. *Nuclear incident – Nuclear damage – Civil internacional responsability – Internacional jurisdiction – applicable legislation*

Sección I
COMENTARIOS PRELIMINARES

Las relaciones humanas son complicadas. Los seres humanos se alejan y se acercan. Construyen y destruyen. Se agrupan y se separan. Pero siempre se obligan. Desde que nacen hasta que mueren están constreñidos por obligaciones. No existe posibilidad alguna de vivir sin ellas, en todo y en cada momento. Estas obligaciones pueden ser autoimpuestas, cuando nos adherimos a ciertos valores o perseguimos satisfacer ciertos intereses. O, pueden ser obligaciones contraídas con los demás, sean estos terceros, sujetos individualizados, o todos pensados colectivamente. Pero en estas obligaciones con los demás, puede hacerse, y así se ha hecho durante algunos siglos, una división entre: aquellas obligaciones convenidas, pactadas, que denominamos generalmente "obligaciones contractuales", en cuanto derivan de contratos libremente concertados; y aquellas otras obligaciones que nos han sido impuestas por la ley como una respuesta a nuestra propia conducta; y, en una actitud espejo a las primeras, las llamamos comúnmente "obligaciones extracontractuales" u "obligaciones (nacidas) sin convención".

Las primeras han tenido un desarrollo de doctrina y legislativo mucho más antiguo que las segundas.[2] Se ha hablado de "los contratos" de una forma progresivamente sistematizada desde el Derecho romano (por establecer un límite que puede ser arbitrario). Incluso en el último siglo, la regulación de los contratos ha acaparado las luces del escenario jurídico en forma permanente y profunda, porque se los considera un motor de la economía. En cierto modo, se lo ha considerado un tema preferente, principal, por cuanto la misma clasificación binaria muestra, aunque no quiera, que las obligaciones no contractuales son todas aquellas que no caben dentro de la calificación "contractual", como si estuviéramos ante una agrupación residual, sobrante, excedente, configurada por descarte.

Ello ha provocado que, el campo de las obligaciones "no contractuales" o "nacidas sin convención", constituya un campo temiblemente heterogéneo, tan diverso, que constantemente nos plantea la pregunta, por demás pertinente, de si cabe una regulación común, basada en principios generales aplicables a todas las "obligaciones

2 "La culpa nunca fue presentada por los jurisconsultos romanos como una condición general del derecho a la reparación, ni a fortiori como el 'fundamento' de la responsabilidad civil. Sin embargo, el Derecho romano siempre conoció casos de responsabilidad objetiva que le incumbían a los dueños de las naves, de los albergues o caballerizas y por los robos cometidos por sus dependientes. La importancia de la culpa estaba circunscrita principalmente a asuntos criminales y contractuales. La tan citada lex aquilia (damnum injuria datum) se limitaba a establecer tres casos que daban lugar a una indemnización y no a la venganza privada o a una multa. El famoso principio general de responsabilidad por culpa es una abstracción moderna, inspirada principalmente en las teorías de Domat, en el s. XVIII. (…) Nuestra responsabilidad civil está lejos de ser un cuerpo armonioso que brotó de la semilla germinada de la lex aquilia, se trata más bien de una amalgama de normas creadas en distintas etapas de la historia, con diferentes inspiraciones y objetivos. Tiene un falso linaje en el Derecho romano". Mantilla Espinosa, Fabricio y Pizarro Wilson, Carlos. (2013). P. 29 a 31.

nacidas sin convención". Y, si no quiere cuestionarse la presencia y la pertinencia de estos principios generales, si debemos determinar cuántas y de cuáles excepciones adolecen los mismos; si el ámbito de estas excepciones es tan amplio que permita dudar de la vigencia "general" de tales principios.

Para agregar a este campo tan plural, múltiple y diverso, que generalmente se denomina "obligaciones nacidas sin convención", podemos observar que dos criterios básicos de enfoque se han sucedido a lo largo de los últimos tiempos, los que ha provocado un parteaguas entre quienes defienden la responsabilidad extracontractual basada en la culpa, en la necesidad de probar la culpa por el daño generado con nuestras conductas, como modo de originar una reparación; y aquellos otros que subvaloran o simplemente desconsideran la presencia de un acto culposo y prefieren enfocar las baterías regulatorias hacia el daño simplemente causado y a la necesidad de su indemnización. Es así que se habla de responsabilidad "subjetiva" por un lado (para algunos) y de responsabilidad "objetiva" por el otro (y para otros); sin dejar de ver que un tercer grupo considera que la culpa no ha dejado de tener consideración y favor jurídico, sino que simplemente debería reconocerse y ajustarse una coexistencia entre estos dos regímenes, de modo de determinar con claridad, cuál es el campo en el que *prevalece* cada uno[3].

Antes de ingresar en el tema parece de orden ponernos de acuerdos sobre ciertos conceptos básicos alrededor del cual giran "las obligaciones que nacen sin convención", tales como: la responsabilidad, la culpa, el daño, el riesgo y la reparación. Y en el orden teleológico, la atención cada vez más ascendente otorgada por el Derecho, a la víctima. Pasemos revista entonces, a estos conceptos.

La responsabilidad

Etimológicamente el vocablo deriva de *responsum,* que igualmente deriva de *respondere,* o sea hacerse responsable significa asumir los actos que ha realizado y responder por sus consecuencias. La noción de responsabilidad constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho moderno y, más simplemente de la vida en sociedad.[4] Se ha definido como "la obligación de reparar el daño causado a otro, y la jurisprudencia afirma que lo propio de la responsabilidad civil es, restablecer tan exactamente como sea posible, el equilibrio destruido por el daño y de reubicar a

3 Como ejemplo de esta tercera posición, puede leerse lo siguiente: "la culpa sigue siendo en casi todos los sistemas de responsabilidad civil el criterio de imputación básico, la regla general, solo exceptuada en determinados ámbitos sometidos por ley especial normalmente, a responsabilidad objetiva, y es que resulta indudable que en los últimos años se asiste a un resurgimiento de la responsabilidad por culpa. (…) El principal problema es el de la delimitación de los campos respectivos y relaciones legítimas de responsabilidad por culpa y de los medios colectivos de indemnización. (…) Hablar de responsabilidad es suscitar una idea de reproche, de censura, que se formula sobre el comportamiento, lo que justifica la imposición de una sanción al responsable. O sea que, la conducta humana ha de ser juzgada según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético, todo lo cual contribuye a organizar y a mantener un orden social impregnado de justicia. (…) Los dos sistemas son complementarios y deben coordinarse. (…) Algunos autores asignan a la culpa el rol de norma de clausura del sistema. Si el sistema prevé algún factor de aplicación, ese será el aplicable, pero cuando no prevé ninguno, el piso de la responsabilidad es el factor culpa. Nosotros creemos que la culpa sigue siendo el principio general, y la doctrina del riesgo solo una excepción; muy importante numérica y cualitativamente, pero una excepción al fin". López Mesa, Marcelo J. (2006). P. 661, 664 y 665.

4 El Rherabi, Assia. (2018). P. 45.

la víctima en la situación en la que se encontraría si el acto dañoso no se hubiera producido".[5]

También se ha señalado que "la expresión responsabilidad civil no se define por su fundamento, que puede variar, sino por el resultado; o sea, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En tal sentido, se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En Derecho civil se produce un enfoque esencialmente subsanador, cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra.[6] En forma negativa, hay una hecho o una omisión de un sujeto que ha afectado la esfera jurídica de otra persona, lo que ha producido un daño. Se trata de una obligación que surge o que aparece luego de cometido el hecho dañoso, que no existe antes de éste (como sí ocurre en las obligaciones contractuales y en su violación). Concretamente, se trata de una obligación de reparar un daño provocado por acción u omisión.

En suma, la reparación civil consiste en "una prestación que se impone al responsable de un daño injusto".[7] Hay necesaria y fundamentalmente un reproche, un juicio de reproche ante una conducta que no debió haberse producido. Liberada del alance religioso a la que estuvo vinculada, renace en la responsabilidad su profundo alcance ético y moral: no puede dejarse pasar por alto una actitud censurable, por cuanto produce un desequilibrio interpersonal y social.[8] Se consagra implícitamente el deber de no dañar y, hay una obligación de responder si se desatiende la obligación primaria. Y, para atender ese desequilibrio, cabe la siguiente opción: prohibir dichas actividades y castigarlas penalmente o "rebalancear el peso de su consustancial dañosidad" a través de una reparación civil.[9] El Código Civil uruguayo, contempla estas situaciones en los arts. 1308 y 1319. Los artículos mencionados son enfáticos al hablar de "todo hecho lícito o ilícito del hombre".[10]

El daño

En un sentido general, el daño es el perjuicio que sufre una o varias personas físicas y/o jurídicas, por la acción u omisión de otra. En el presente trabajo nos enfocaremos como especialistas en Derecho internacional privado, en el daño transfronterizo, el cual acontece cuando un hecho u omisión se produce u origina en el Estado "A" y tiene consecuencias en el Estado "B".

5 Cadiet, Loïc. (1996). P. 2.

6 Castro Sotela, Mariana. (2011). P. 39.

7 UNAM. 2014.

8 "La moral responde al cuestionamiento ¿qué debo hacer yo?, es imperativa y absoluta. (…) En su aceptación pragmática la moral está constituida por el conjunto de valores y reglas de conducta intangibles. En tanto que la ética es un término actual. Está asociada al desarrollo durable que no puede sobrevivir sin ella. A diferencia de la moral, que responde a la pregunta ¿qué debo hacer yo?, la ética responde a la pregunta ¿cómo debo hacerlo?; o mejor aún, ¿cómo debo vivir yo en y para mi empresa? La ética interpela no solo a la persona sino igualmente al entorno. Ella interpela al mundo a nivel de las relaciones y de los intercambios". El Rherabi, Assia (2018). P. 66.

9 López Mesa, Marcelo J. (2006). P. 653.

10 Obsérvese que los referidos artículos se centran en "el hecho", en todo hecho, en cualquier hecho lícito o ilícito, y no en la persona, como sí refiere el CyCA, que alude a "toda persona".

Es cada vez más común, la presencia de actividades que superan los límites políticos de las fronteras, conducidos por corrientes de aire o de agua que se expanden más allá de lo imaginable. Ese daño o perjuicio puede ser graduable (en gran parte, de un modo aproximado), por lo que pueden distinguirse daños transfronterizos más límitados en el número de Estados afectados y/o de la gravedad de los perjuicios sufridos, de aquellos otros calificados como masivos y hasta de catastróficos.

Si recurrimos al Diccionario de la RAE, éste define a la "catástrofe" como acontecimiento infausto y extraordinario". Y a "infausto", como un acontecimiento desgraciado. Como sinónimos podemos admitir las calificaciones de "cataclismo", "hecatombe" o "desastre". Se trata entonces (y utilizando el concepto expresado de acontecimientos infaustos), de hechos que producen una desgracia, daños personales, materiales o morales, generalmente de vastas proporciones y de suma gravedad. El calificativo de "catastrófico" del daño fue utilizado principalmente a comienzos de la década de los años 90', principalmente por Tito Ballarino[11] y Jessurum d'Oliveira.[12] En la actualidad se ha preferido el adjetivo de "masivo"[13] o de actividades "riesgosas" o "ultrarriesgosas"[14] e incluso, "peligrosas"[15].

Sin daño no hay responsabilidad, la presencia de un daño es el presupuesto de esta última. Pero no todos los daños generan responsabilidad, ya que el daño deberá lesionar un interés jurídico relevante. Luego, el daño debe resultar lesivo para un sujeto, lo cual requiere la presencia de un vínculo de causalidad entre la conducta realizada por un sujeto y el daño sufrido por otro. Para que el daño genere responsabilidad debe haberse producido en razón de un acto antijurídico, ya sea culpa, dolo, o en base a una atribución de responsabilidad objetiva basada en el riesgo. Agreguemos que, para poder ser indemnizado, el daño debe alcanzar cierto umbral o límite.

Castro Sotela enumera como requisitos indispensables para que el daño sea resarcible lo siguiente: debe ser cierto, real y efectivo y no basarse en suposiciones o conjeturas; debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo y, además, debe ser causado por un tercero y subsistente, o sea, no haber sido reparado. Por último, debe mediar una relación de causalidad entre hecho ilícito y daño.[16] Y cabe la distinción entre tres tipos de daños: material, corporal y moral.

La culpa

Como señala López Mesa, la culpa es una noción proteiforme que comprende desde la simple negligencia hasta la culpa intencional, por lo que en un sentido amplio

11 Ballarino, Tito. La bassin du Rhin, sa pollution et le Droit international privé. La reparation des dommages catastrophiques. Les risques technologies majeurs en Droit international et en Droit communautaire. Travaux des XIII Journées d'Études Jean Dabin. Bruxelles. 1990. Ídem. Questions de Droit international privé et dommages catastrophiques. Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. T. 220. 1990. Vol. I.

12 Jessurum D`Oliveira, H. U. (1990). P. 157.

13 Por ejemplo, en Castro Sotela, Mariana (2011). P. 1.

14 Medina Bolívar, Rocío (1995). P. 57.E Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 56º Período de Sesiones. También UNAM (2014). P. 72.

15 Juste Ruiz, José. (2005). P. 99.

16 Castro Sotela, Mariana (2011). P. 8 a 12.

"culpa" puede significar el quebrantamiento de un deber jurídico, comprendiendo tanto una violación dolosa como una culposa, siendo esta última, la forma más leve de culpabilidad. En un sentido más estricto, se lo considera como negligencia, descuido, imprudencia, desidia, falta de precaución, o sea, daños cometidos sin intención actuando por descuido, desidia, etc. La culpa se funda en no haber tomado medidas para evitar un daño que aparecía como previsible; existe culpa cuando no se previó lo que con diligencia hubiera debido preverse.[17]

El citado colega indica la necesidad de la presencia de dos elementos: por un lado, la ausencia de una intención nociva o maléfica y, por el otro, la omisión de la conducta debida (positiva o negativa) para prever o evitar un daño a otro. Es la ausencia de una intención maléfica, la que permite distinguir la culpa del dolo. A ello se agrega la imputabilidad del agente y la previsibilidad del resultado. No puede calificarse como culpable quien no es imputable, y tampoco quien no ha podido prever los resultados de su actuación; allí donde no existe previsibilidad del resultado dañoso no existe culpa y tampoco responsabilidad. Como bien señala el colega "la culpa siempre lleva implícita un defecto de conducta (…) en cuanto el sujeto debió hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias. En suma, la culpa puede presentarse ya sea como: negligencia, imprudencia o como impericia.[18]

En todos los Códigos Civiles del s. XIX la culpa ha sido el eje del sistema de responsabilidad civil Precisamente, el art. 1319 del CCU al encabezar la Sección II del Capítulo II del Libro Cuarto "De las obligaciones", señala que "todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo".[19] Todo aparenta que a través del concepto de "culpa" se expresa "un juicio de valor moral respecto de una conducta concreta, que es desaprobada, censurada por el juez, en aplicación de unos parámetros específicos. (…) Ese juicio de valor se realiza mediante una comparación entre el comportamiento del agente, individualizado y circunstanciado, con el comportamiento de un sujeto hipotético, "el bueno padre de familia", en las mismas circunstancias".[20]

17 López Mesa, Marcelo J. (2006). P. 643.

18 López Mesa, Marcelo J. (2006). P. 645 Y 646. "Como negligencia (por no haber hecho o haber hecho menos de lo debido); como imprudencia (por haberse hecho lo que no correspondía mediante un obrar precipitado o irreflexivo que no tuvo en cuenta las consecuencias que de ello podían derivar); y como impericia (si se desconoce o se conoce mal la teoría y la práctica de una profesión, arte u oficio, que impongan obrar con previsión diligencia, con ajuste a las reglas y métodos pertinentes)".

19 "El artículo mencionado continúa de la siguiente manera: "cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo, esto es, con intención de dañar, constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasi delito. En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer".

20 Mantilla Espinosa, Fabricio y Pizarro Wilson, Carlos. (2013) p. 25, 26 y 27. "La comparación con los parámetros valorativos abstractos a través de este sujeto hipotético y no mediante referencia a un simple listado de conductas permite no solo abarcar un número infinito de conductas (el buen padre de familia que hace tal y tal cosa) sino además, adaptarlo a los cambios sociales y culturales (el buen padre de familia en el lugar y el tiempo de juez) y a las circunstancias particulares del caso en cuestión (el buen padre de familia que actúa en las mismas condiciones que el agente)". Mediante este enfoque se trata de alcanzar los ideales de "prudencia, previsión y diligencia".

El riesgo

¿Qué ha cambiado entre tanto, cuando se dice que el fundamento de la responsabilidad civil internacional ya no se basa en la culpa sino en la presencia de un riesgo? La respuesta parece evidente y hasta superflua para quien conoce las mudanzas acontecidas, ante la sustitución del esfuerzo humano que utilizaba herramientas que no sobrepasaban su brazo, por la máquina, la tecnología y la industrialización. Estos tres elementos han sido muy destructivos, por ejemplo, en la organización de la familia, al disolver la familia patriarcal, para transformarla en la familia nuclear comprensiva de padres e hijos; y hasta mononuclear. Estos cambios también han repercutido en el tema de la responsabilidad civil internacional, desde el momento en que se comprobó que la ingeniería jurídica de los Códigos decimonónicos elaborada en torno a la culpa, resultaba insuficientemente protectora de la víctima, quien no podía superar los escollos de la prueba de la culpabilidad del agente, en tanto no estaba a su alcance y conocimiento acceder a los medios de prueba.[21]

De ahí que se haya adoptado lentamente, en algunos sectores, una mirada puramente victimológica, un vuelco privatista que permite reclamar responsabilidad jurídica simplemente ante la presencia del daño, sin necesidad, por tanto, de probar la culpa del agente. En la responsabilidad por riesgo se ha prescindido del juicio de reproche propio de los sistemas basados en la culpa, aplicándose a actividades completamente lícitas. Dicho brevemente: se propicia una responsabilidad sin culpa, simplemente la responsabilidad ante la presencia de un daño, por lo que cada uno puede ser responsable sin ser culpable. Ello no quiere decir que el agente no haya actuado culposamente, puede haberlo hecho, pero este elemento -o esta consideración- aun cuando exista, ya no es relevante para el Derecho de la responsabilidad civil internacional. Ha desaparecido el juicio de reproche. En síntesis, devino obsoleto el acto culposo considerado como un acto moralmente reprobable.[22]

21 Respecto de los riesgos, Ulrich Beck distingue entre la primera y la segunda modernidad. "En la sociedad de la primera modernidad los riesgos y sus consecuencias son localizables, afectan a un círculo de personas y se circunscriben a un determinado lugar. En los riesgos de la primera modernidad, cuando se produce un accidente, por ejemplo, en una mina, todos los afectados saben lo que significa. Los accidentes forman parte de la cultura laboral y todos saben qué hacer. Los riesgos son controlables, calculables y soportan las consecuencias de los riesgos quienes participan en la producción (de los mismos). Los riesgos de la segunda modernidad son completamente distintos, se caracterizan por su deslocalización espacial, temporal y social. La deslocalización tiene lugar en distintos niveles. En primer lugar "espacial", porque los nuevos riesgos (el cambio climático) no respetan naciones, Estados, ni fronteras. También "temporal", por cuanto son riesgos que tienen un largo período de duración (Chernobil) y, por último "social", ya que gracias a la complejidad de los problemas y la amplitud de las cadenas de efectos, ya no pueden asignarse las causas y las consecuencias, con algún grado de seguridad (crisis financieras). (…) No estamos preparados para lo que se nos viene encima: los riesgos globales de la segunda modernidad. Esta ceguera cultural ante peligros que son interpretados contradictoriamente por los expertos, ocasiona asombro entre los ciudadanos y produce una honda conmoción". Beck agrega sobre las características del riesgo en la segunda modernidad, que "tenemos que vérnosla con una irresponsabilidad organizada". Casas Mínguez, Fernando. (2014).

22 De acuerdo a la tercera posición que hemos mencionado: "cuando se habla de la denominada 'crisis del sistema subjetivo' o 'crisis de la culpa', en forma alguna se está afirmando su desaparición total, ni se clama por ello, sino que se alude a la desaparición de la culpa como criterio único o general de fundamentación de la responsabilidad". Aramburo Calle, Maximiliano A. (2008) p. 20. "La revolución industrial y el desarrollo del seguro de responsabilidad han conducido a desplazar el centro de gravedad del Derecho de la responsabilidad delictual, desde el hecho generador, a la reparación del daño. (…) Es pues la víctima la que deviene el centro de gravedad de nuestro Derecho de la responsabilidad, tanto penal como civil, al punto tal, por otro lado, que algunos se inquietan y hablan de una 'deriva victimista". Gaudemet-Tallon, Hélène. (2009) P. 263.

Aramburo Calle se pregunta ¿qué sucede cuando se decide incluir al riesgo como factor de imputación de la responsabilidad civil? Y responde que podría afirmarse que entraña una función preventiva de la que carecen los sistemas de responsabilidad subjetiva, por lo cual, se estaría llenando un vacío existente en la nueva sociedad altamente tecnologizada y riesgosa, que puede hallarse en la contaminación aérea, fluvial o marítima, en las operaciones en la plataforma continental y en los fondos marinos y, especialmente para nuestro tema, en el terreno nuclear.[23]

"El mensaje de la ley a los ciudadanos es algo así como: 'serás responsable aun cuando seas prudente'". Para el autor lo que se ha creado es un híbrido entre el sistema de la responsabilidad civil y la seguridad social, al vincular el sistema objetivo de responsabilidad a un seguro obligatorio y otras garantías; y allí la reparación no estaría a cargo del victimario (como lógicamente cabría pensar) sino a cargo del asegurador".[24] Podríamos agregar que las características del sistema se acentúan con la obligación de presentar otras garantías y, en última instancia, la responsabilidad del Estado, al cubrir éste los gastos para, a la postre, repartirlo en toda la sociedad estatal.

Por consiguiente, se fue consagrando una responsabilidad objetiva ante actividades llevadas a cabo por un agente que, se entienden de antemano, conllevan un riesgo en el desarrollo de la actividad. Como señala Castro Sotela, la noción de "riesgo latente" viene a reemplazar los conceptos de culpa y de antijuridicidad, que se establecían como prioritarios en la responsabilidad civil subjetiva, al tomarse conciencia de que el molde de la culpa era estrecho para contener las aspiraciones de justicia en un mundo cada vez más complejo. La concepción individualista de los Códigos del s. XIX encuentra problemas cuando se enfrenta a daños que involucran a una gran cantidad de personas, por estar ante casos de daños colectivos.[25]

Por tanto, el riesgo es entendido como la posibilidad de que un daño acaezca, que el daño se presente como algo contingente, probable, posible, eventual, verosímil,

23 UNAM (2014). "Para Tamayo Jaramillo, peligrosa es toda actividad que una vez desplegada, su estructura o comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge, porque los efectos de la actividad de vuelven incontrolables o imprevisibles, debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno, o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos. La primera idea que surge es la probabilidad". El autor define actividad peligrosa como aquella que genera más probabilidades de causar daños. "'Probablemente implica 'posiblemente' y excluye a 'seguramente', lo que es 'probable' no es ni seguro, ni imposible. 'Probablemente admite adverbios de comparación, la probabilidad es graduable. Para establecer la peligrosidad entonces, habría que hacer una comparación entre actividad considerada como peligrosa y otra cosa, pero ¿con qué la vamos a comparar? Para Tamayo, con aquello que un hombre común y corriente está en capacidad de soportar por sí solo. (…) La jurisprudencia puede calificar como peligrosa una actividad tomando en consideración diferentes elementos, como son: la magnitud de los daños que puedan causar ciertas actividades; el alto grado de sensibilidad que algunos daños despiertan en la sociedad; los costos que implican ciertos daños y las políticas para repartirlos en forma eficiente entre los distintos miembros de la comunidad; y el interés de inducir ciertos comportamientos". Mantilla Espinosa, Fabricio (2013). P. 44 y 46.

24 Aramburo Calle, Maximiliano A. (2008). P. 23 a 25.

25 Castro Sotela, Mariana (2011). P. 47 y 49. "En ese camino de dar preferencia a la satisfacción de la víctima antes que atender al victimario se ha dicho que se pasa de una deuda de responsabilidad, a un crédito de indemnización. Cuando la justicia conmutativa de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad, debe tomar la posta. (…) En todo caso, cuando no se encuentra 'el culpable' o éste resulte insolvente, habrá que darle espacio a la justicia distributiva de la solidaridad, que se vale de otros fondos provenientes de fuentes colectivas o comunitarias, de modo que no indemnizar a una víctima, haremos de un inocente, otra víctima. (…) El punto omega (es) favorecer a la víctima". Castello, Juan José (2005). P. 269 a 272.

por más medidas que se tomen. Ese riesgo está ínsito en la propia naturaleza de la actividad que se desarrolla, la impregna, por más medidas que humanamente puedan tomarse. Las nuevas actividades (lícitas) producto de los avances de la ciencia y la tecnología han aumentado la potencialidad de los daños que pueden sufrir las personas. "La potencialidad del daño debe derivarse del ejercicio intrínseco de la actividad y no se relaciona con el 'error de conducta' de quienes lo ejercen, sino con la especial relación de fuerzas que se ponen en juego con su despliegue, superiores a las que de ordinario debe tolerar un hombre".[26]

Véase la diferencia: tratándose de una responsabilidad objetiva solo puede exonerarse de responsabilidad al victimario acreditando una causa extraña: fuerza mayor, hecho de la víctima, o hecho de un tercero; en cambio ante un sistema de responsabilidad por culpa, no solo puede exonerarse acreditando una causa extraña, sino que si prueba su diligencia, no procederá la indemnización, ya que ha actuado como era esperable y exigible.

Ante los profundos cambios operados cabe entonces destacar, que la sociedad ha arrastrado a la responsabilidad hacia un nuevo enfoque, removiendo algunos de sus elementos estructurales para adecuarse a los nuevos tiempos, debido a la transformación de la sociedad en "una sociedad de riesgo". Ha sido Ulrich Beck quien ha batallado denodadamente por imponer este nuevo enfoque sociológico. Hay cada vez más actividades que significan un peligro para la sociedad humana y para el medioambiente, que no respetan fronteras. Como bien dice, "la naturaleza ha quedado incluida en el sistema industrial"[27] y debe someterse a dicho sistema.

También es cierto que, bien mirado, el riesgo está en todos lados y para todas las actividades: es igualmente una actividad riesgosa conducir un auto en ciudades donde la circulación a veces se vuelve imposible por embotellamientos y falta de respeto de las señales de tránsito. Manejar un aparato eléctrico de alto voltaje

26 Aramburo Calle, Maximiliano A. (2008). P. 27. "Hay que recordar que la inclusión de sistemas objetivos obedece en buena parte, al cuestionamiento de los cimientos ideológicos del Derecho privado. El paso de lo individual a lo colectivo; de la responsabilidad individual y subjetiva a la solidaria y objetiva, con síntomas de dicho cuestionamiento que se explica a partir de los principios de igualdad y de solidaridad, ante la evidencia de innumerables daños que no podían explicarse mediante un comportamiento culposo del agente, ni por un comportamiento culposo de la víctima, quien se veía cargada con una dificultad probatoria imposible de superar, incluso aplicando los sistemas de presunción". P. 32.

27 Beck, Ulrich (1998). P. 13. En su "Manifiesto cosmopolita" (2002) señala que hay que "la primera modernidad es la basada en las sociedades de Estados-Naciones, en las que las relaciones y redes sociales y las comunidades esencialmente se entienden en un sentido territorial; las pautas colectivas de vida, progreso y controlabilidad, pleno empleo y explotación de la naturaleza, típicas de esta primera modernidad, han quedado ahora socavadas por cinco procesos interrelacionados: la globalización, la individualización, la revolución de los géneros, el subempleo y los riesgos globales (como la crisis ecológica y el colapso de los mercados financieros globales). El auténtico reto, teórico y político de la segunda modernidad, es el hecho de que la sociedad debe responder simultáneamente a todos estos desafíos. (…) Por tanto, sociológica y políticamente, necesitamos un cambio de paradigma, un nuevo marco de referencia. (…) Pasamos de un mundo de enemigos a un mundo de peligros y de riesgos. (…) El concepto de sociedad de riesgo global llama la atención sobre la controlabilidad limitada de los peligros que nos hemos creado". Como señala correctamente, nos encontramos ante "una amenaza tecnológicamente fabricada". La amenaza que crea el hombre mismo ante el uso de nuevas tecnologías que pueden llegar a causar perjuicios incalculables. Por su parte, Casas Míguez (2014) comenta la obra de Beck en los siguientes términos: "Beck considera que los riesgos globales de la segunda modernidad se caracterizan por varios rasgos. En primer lugar, su deslocalización (sus causas y consecuencias no se limitan a un lugar o espacio geográfico, en principio, son omnipresentes); en segundo lugar, su incalculabilidad, ya que se trata de riesgos que se basan en el no-conocimiento, inducidos por la limitación de la ciencia y la ausencia de una regulación jurídica adecuada (de ahí, que en principio, sus consecuencias son incalculables); y, por último, la irresponsabilidad, la segunda modernidad hace que las consecuencias inseguras y los peligros de las decisiones, sean incontrolables, en razón de esta nueva cualidad de los riesgos, la lógica de la compensación es sustituida por el principio de precaución, mediante la prevención".

genera igualmente un riesgo. La fabricación de un producto cualquiera implica un riesgo. La lista podría comprometer todas las actividades humanas, porque todas ellas generan un riesgo, mayor o menor. Sin embargo, el tema de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo aplicada a todas las actividades humanas podría paralizar la economía o llevaría a socializar todos los riesgos, lo que no podría soportarse.

Un lazo de causalidad física entre el hecho del agente y el daño sufrido

Es el elemento necesario para generar una responsabilidad civil internacional. Ese vínculo debe ser probado. No debemos confundir la no contemplación de la culpa para generar la responsabilidad, con la vinculación entre hecho causante y daño sufrido, son dos situaciones diferentes. Aún sin examinar la culpa, el vínculo de causalidad debe ser demostrado.

La reparación

Barbieri define a la reparación civil como una prestación que se impone al responsable de un daño injusto. Se basa en el principio *neminen non laedere,* toda persona (físicas o jurídica, pública o privada) debe abstenerse de provocar un daño a otra, y en el caso de que el daño acontezca, asume la obligación de repararlo.[28] Y en este punto es donde se han producido, como hemos adelantado en líneas precedentes, los grandes cambios, o mejor aún, el gran cambio: el del sujeto obligado a responder, a indemnizar.

"El cambio de vocabulario es notable, no se habla más de responsabilidad, pues en estos regímenes es la indemnización de la víctima la que está en el punto de mira, más que la búsqueda (siempre muy aleatoria) de un responsable. Un ejemplo lo constituye las víctimas de un accidente de circulación vial. El autor del daño ha suscrito obligatoriamente un seguro a ese efecto, o la reparación es puesta a cargo de un organismo de seguridad social, o a cargo del propio Estado, ya sea directamente, ya por intermedio de un Fondo de Garantía. La socialización de la reparación va a la par con la objetivación de la responsabilidad, ella señala el pasaje de una justicia conmutativa de la responsabilidad a una justicia distributiva de la solidaridad".[29] Los Estados de algún modo, son puestos en una situación civil.[30]

Entonces, ¿el principio general de Derecho internacional de que "quien contamina paga", es tan así? Lo que acontece es que ese "quien" que debe pagar, al que alude el principio, cada vez es más normal que no sea el agente contaminante sino un tercero; asegurador, quien se compromete a entregar al asegurado, dentro del marco reglamentario de un contrato, una prestación en caso de realización de un riesgo, por medio del pago de una prima o cotización". En el ámbito nuclear se distinguen dos tipos de seguros aplicables, por un lado, un seguro clásico de daños nucleares que garantiza los bienes del explotador ante ciertos daños definidos en el contrato de

28 Barbieri, Pablo Carlos. (2015). P. 1.

29 Cadiet, Loïc (1996). P. 7.

30 Ballarino, Tito (1990) Recueil. P. 353. Ver también Ana Laura Muria (2006) p. 637 y Basil S. Markesinis (1983) p. 316.

seguro; y, por otro lado, el seguro de responsabilidad civil nuclear, que abarcaría más ampliamente a los daños sufridos por los particulares fuera del sitio nuclear. Como los asegurados no son numerosos, por cuanto depende del número de centrales nucleares, generalmente se acude a un *pool* de co-aseguradores con la finalidad de ampliar el capital a asegurar e intercambiar información, sin perjuicio de acceder a reaseguros. El Rherabi cita otros modos de financiamiento del riesgo nuclear acudiendo a la titularización de estos riesgos llevándolos a los mercados financieros, donde aparecen: las obligaciones indexadas, las opciones en base a índices y los intercambios de portafolios entre aseguradores o swaps.[31]

Sección 2
EL ACCIDENTE NUCLEAR

Luego de este extenso exordio donde hemos examinado cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual y la evolución que su régimen ha experimentado hasta el día de hoy, nos encontramos en condiciones de analizar la responsabilidad emergente de un accidente nuclear. Hemos seleccionado este tema a ser investigado, a consecuencia de la decisión de la República Argentina de instalar una nueva central nuclear denominada Atucha V, en la ciudad de Lima, en la ribera del río Paraná y aproximadamente a 70 kilómetros de la costa uruguaya, a una distancia más cercana que de la capital federal argentina, Buenos Aires. Como toda instalación de una central nuclear, esta decisión ha generado grandes discusiones sobre su pertinencia y su inconveniencia a nivel interno de dicho país. Reiteradamente se ha afirmado que el suministro de energía eléctrica a través de la fisión nuclear, si bien puede ser costosa en su instalación, luego es una energía más barata que la alimentada por medios fósiles; por otra parte, más estable que, por ejemplo, las alimentadas por el viento o la radiación solar y algo que sus defensores consideran definitorio, no afecta la capa de ozono, al no emitir gases contaminantes.

Al día de hoy nadie discute la facultad del Estado de decidir qué actividades realizar en su territorio, aun cuando existe el límite de no afectar, dañar o perjudicar a otros Estados. Se trata de la aplicación del principio *nemine non laedere,* que goza de una vigencia muy antigua sobre el plano interpersonal, mucho más que sobre el plano interestatal. No cabe duda que algunos países no tienen otra fuente de energía que la nuclear, por sus condiciones geográficas, climáticas o incluso que tanto la energía eólica como la solar, también tienen sus límites de producción. El ideal es diversificar las fuentes de producción de energía lo más posible, acudiendo preferentemente a fuentes hidráulicas, eólicas y solares, y que la energía nuclear debiera quedar como un último remedio.

¿Por qué debería ser así? Pues debido a que esta fuente de energía ha sufrido accidentes que han tenido consecuencias de desastre. Se alega que son ocasionales

31 El Rherabi, Assia (2018). P. 271 a 275.

y cada vez más raros, ello puede ser cierto, por cuanto cada vez más se actúa con prudencia, lo que conduce a la precaución, que privilegia la prevención. Estos tres objetivos tienen hoy una relevancia destacada y a su desarrollo se dirigen los instrumentos internacionales, coactivos o no. El objetivo es volver la industria nuclear cada vez más segura. Pero, "segura" no quiere decir "absolutamente segura". Ninguna actividad humana lo es. Por tanto, cabe afirmar, sin lugar a dudas, que así como existieron numerosos accidentes nucleares en el pasado, seguirán existiendo en el futuro, por causas exclusivamente humanas, de la naturaleza, o combinadas.

Desde un enfoque normativo, la "problemática nuclear" convoca a numerosos aportes de fuentes muy diversas. En primer lugar, al Derecho nuclear[32], un Derecho joven aún, pero en constante evolución; en segundo término, a otras ramas del Derecho como el Derecho Internacional, público y privado en cuanto a su carácter predominantemente transfronterizo, a normas de conflicto nacionales y convencionales; a un desarrollo cada vez más acentuado de normas materiales o sustantivas; y a un Derecho flexible no coactivo, al que comúnmente denominamos *soft law*. Es evidente que el esfuerzo por amalgamar todas estas fuentes tiene sus dificultades al provenir de lugares tan diferentes, pero si se piensa que los desastres nucleares son una cuestión que afecta literalmente a toda la Humanidad, es convincente y adecuado que todas ellas contribuyan en lo posible, a disminuir esa terrible pesadilla. Es en virtud de estas consideraciones que se apela más bien al concepto de "gobernanza" (de "gobernanza nuclear internacional") y no al de gobierno en un sentido estricto.

Conviene realizar un análisis de los accidentes nucleares acontecidos. Por razones de espacio nos limitaremos a solo dos: Chernobil y Fukushima. Pero ello no quiere decir que sean los únicos, ni que desmerezcamos la importancia de los accidentes pasados. El análisis de estos dos accidentes nucleares nos impedirá permanecer simplemente sobre el plano de la especulación abstracta. Los hechos mandan, reclaman ¡y cómo lo hacen!

La lista de los accidentes nucleares pasados es más extensa de lo que se cree. Como se sabe, existe una escala de la gravedad que va de 0 a 7, la escala INES (Escala internacional de sucesos nucleares y radiológicos, creada por un grupo de expertos

32 "El Derecho nuclear puede definirse como el conjunto de disposiciones jurídicas especiales, creadas para regular la conducta de las personas físicas o jurídicas que llevan a cabo actividades relacionadas con los materiales fisionables, la radiación ionizante y la exposición a fuentes naturales de radiación. Esta definición comprende cuatro elementos clave: el Derecho nuclear es parte del ordenamiento jurídico interno, incorpora el concepto de 'riesgo-beneficio', que es esencial en la gestión de actividades que suponen tanto peligros como ventajas para el desarrollo social y económico; estas disposiciones se refieren a la conducta de las personas físicas y jurídicas, entidades comerciales, académicas y científicas y a las entidades públicas; el cuarto elemento es la radiactividad producida mediante el uso de materiales fisionables o la radiación ionizante, como rasgo característico que justifica un régimen jurídico especial. (…) El objetivo del Derecho nuclear es establecer el marco jurídico aplicable a la ejecución de actividades relacionadas con la energía nuclear y la radiación ionizante, de forma que se proteja adecuadamente a las personas, los bienes y el medioambiente". Stoiber, Carlton; Baer, Alec; Pelzer, Norbert; Tonhauser, Wolfram. (s/f) P. 4 y 5. López Zuluaga (1984) expresa que "no es posible encuadrar al Derecho nuclear en el Derecho tradicional, porque si de un lado es bastante claro que este Derecho está fuertemente condicionado por el interés público, debido al papel preponderante ejercido por el Estado, por el otro también puede afirmarse que cuando la energía nuclear pasa de del campo militar al campo industrial, ésta pasa entonces a actuar en el campo del Derecho privado, obviamente reglamentado por el Estado. Por tanto, el Derecho nuclear es un sistema autónomo y autosuficiente, no encuadrable en la normativa clásica, como tradicionalmente ocurre en otras esferas del Derecho y con características muy peculiares". Agrega algunos principios que lo fundamentan, como: la primacía del Estado en la gestión del desarrollo nuclear, su carácter eminentemente internacional, tendencia a la uniformidad y la búsqueda óptima de seguridad. P. 19 y 20.

internacionales) y el pasaje de un nivel a otro de la escala significa que la gravedad del suceso es aproximadamente 10 veces superior. Hagamos una lista, siempre incompleta, porque muchos incidentes y accidentes nucleares han sido ocultados al público. En 1957 se produjo el accidente de Kyshtym en la URSS el 29 de setiembre, en la planta Cellianbnisk-40 (nivel 6) con 10.000 desplazados y más de 8.000 fallecidos; en el mismo año se produjo un accidente el 10 de octubre en Windscale, Gran Bretaña (nivel 5) con 240 fallecidos por cáncer de tiroides; el 28 de marzo de 1979 se produjo el accidente de Three Miles Island (nivel 5) que no produjo muertos pero sí evacuados; el 26 de abril de 1986 ocurrió el terrible accidente nuclear de Chernobil, URSS, con 116.000 personas evacuadas y 985.000 muertos y 200.000 kilómetros cuadrados de tierra europea contaminada; en España ocurrió un incidente en la central nuclear de Valdellós, en Tarragona, el 19 de octubre de 1989 y el 11 de marzo de 2011 aconteció el accidente de Fukushima, en Japón, (nivel 7), con 2 trabajadores muertos y 170.000 evacuados.[33] En cuanto a la República Argentina, ésta experimentó un incidente en el reactor RA-2 el 23 de setiembre de 1983, emplazado en el Centro Atómico Constituyentes con consecuencias letales para el técnico encargado de los ensayos. Se trataba de una "instalación crítica", o sea, básicamente un reactor de potencia cero, habitualmente utilizado para entrenamiento o para ensayar diseños de nuevos reactores de investigación. El evento fue censurado por el régimen militar, y el reactor fue desmantelado con posterioridad. Pero veamos con más detalle los casos paradigmáticos y más próximos en el tiempo, como son el de Chernobil y de Fukushima.

Chernobil. La central nuclear se ubica en Prypyat, a 18 klms. de la ciudad de Chernobil y a 100 klms. al Norte de la capital de Ucrania, Kiev. El 26 de abril de 1986 se produjo una explosión en el reactor No. 4, situación que llegó a contaminar más de 200.000 klms2 de Europa al proyectarse los radionucleidos a una altura superior a 1.000 metros. El accidente no fue comunicado por las autoridades soviéticas sino luego que, en Suecia, un trabajador de la planta nuclear de Forsmark, detectó la contaminación.

La distribución de la pluma radioactiva osciló entre los 1.500 y 750 mts. de altura, depositándose en el suelo por la lluvia en forma de aerosoles. En cuanto a los países afectados, se identificaron cinco zonas: 1) Escandinavia, Finlandia y el Báltico, en primer lugar; 2) luego la pluma radioactiva gira hacia centro Europa, sur de

33 Según informa Oscar Bolaños Aymerich y otros, integrantes de la Asociación Costarricense de Medicina Forense (2013). P. 46 y ss.: "las lesiones por radiación pueden darse básicamente por tres razones: irradiación externa, contaminación externa con materiales radioactivos, y contaminación interna por inhalación, ingestión o absorción transdérmica, con incorporación de materiales radiológicos a células y tejidos. El grado de lesión puede variar de acuerdo a la localización de la víctima, de acuerdo al hipocentro, con la consecuente diferencia en los tipos y grados de energía a la que está expuesta la persona. El 'accidente nuclear', definido por el OIEA como un evento que ha tenido importantes consecuencias para las personas, el ambiente, o las instalaciones: incluyen efectos letales para los individuos, grandes liberaciones radioactivas al ambiente y fusión del núcleo del reactor. De una detonación nuclear pueden desprenderse tres diferentes tipos de energía: "calor", responsable aproximadamente del 35% de la energía total, y que puede causar lesiones dérmicas, que incluyen quemaduras y ceguera, debido a la depleción temporal de los fotopigmentos de los receptores de la retina; "explosión", es la responsable aproximadamente del 50% de la energía total y puede causar laceraciones, fracturas, ruptura de vísceras, hemorragia pulmonar y edema; y "radiación", que es responsable aproximadamente del 15% de la energía total y causa el síndrome de radiación aguda per se, y otras consecuencias a largo y corto plazo, que incluyen desde lesiones cutáneas y el daño corioretinal debido a la exposición a la luz infrarroja, hasta riesgo a largo plazo de desarrollar cáncer, infertilidad y anormalidades fetales".

Alemania, Italia y la antigua Yugoslavia; 3) posteriormente se dirige hacia Ucrania y al este de la misma; 4) más tarde enfila hacia los Balcanes, Rumania y Bulgaria; 5) para dirigirse finalmente a la zona del Mar Negro y Turquía. Por orden decreciente de afectación debida a la contaminación tenemos a: Bielorrusia, Ucrania, Suecia, Finlandia, Austria, Noruega, Bulgaria, Suiza, Grecia, Eslovenia, Italia y Moldavia.[34]

Si bien se decretó un confinamiento obligatorio (primera medida a tomar) que consiste en la permanencia al interior de los edificios, con las ventanas y puertas cerradas, una forma de protección a corto plazo contra la irradiación externa, luego, ante la constatación de que la población estaba siendo sometida a una radiación muy superior a lo tolerable, se ordenó la evacuación de Prypyat y pueblos vecinos para protegerla de los riesgos de inhalación y exposición al aire y terreno afectados. Ello significó desarraigar abruptamente a la población y su reinstalación en zonas más seguras, habiéndose construido unos 21.000 nuevos inmuebles, aun cuando había gente desparramada en toda la URSS. Se evacuaron 60.000 cabezas de ganado y oros animales de granja. Al mismo tiempo se aplicó una profilaxis radiológica, consistente en administrar compuestos de yodo que evita la retención del yodo radiactivo por el tiroides, reduciéndose de este modo, los riesgos de su ingestión. Sin embargo, con las tareas de evacuación no se solucionó el problema: en el caso de Chernobil, 500.000 personas provenientes de toda la URSS se dedicaron a lavar edificios, calles, se removió la capa superficial de la tierra la que se enterró junto con maquinarias y equipos contaminados. Posteriormente se construyó un sarcófago de plomo en torno al reactor 4, para evitar más liberación de radiactividad.

Según investigación de Veiga Ochoa, auspiciada por la Facultad de Farmacia y Tecnología Farmacéutica de la Universidad Complutense de Madrid, la Comunidad Económica Europea prohibió la importación de alimentos de países procedentes de zonas afectadas por la nube radioactiva. A título de ejemplo, leche, ganado ovino, vacuno y equino, peces de agua dulce y sus huevos, crustáceos y moluscos, legumbres y hortalizas frescas y frutas secas, etc. A casi 35 años del insuceso, Chernobil es una ciudad fantasma: se halla totalmente abandonada, las plantas manifiestan crecimientos extravagantes y los animales padecen deformaciones.

Fukushima. En la central nuclear de Fukushima se combinaron errores humanos con la actividad de la naturaleza a través de un seísmo y de un tsunami. Al no disponerse de energía eléctríca, para enfriar a los reactores se utilizaron generadores que fallaron debido a la invasión del agua producto del tsunami, pues las barreras de contención del agua oceánica que existían, fueron más bajas que la altura de las olas. La falta de refrigeración produjo la fusión del núcleo de los reactores lo que provocó incendios y el combustible almacenado en las piscinas se comenzó a sobrecalentar, reduciéndose el nivel de agua. El mismo día 11 de marzo, día del accidente, se ordenó la evacuación preventiva de las personas ubicadas en un radio de 3 klms alrededor de la planta, radio que se fue ampliando hasta llegar a los 30 klms cuatro días después. Se

34 Veiga Ochoa, María Elena. (2016). P. 42, recomendamos su lectura completa por cuanto profundiza en el drama ocasionado por la explosión en una forma más detallada que acá no podemos realizar.

intentó controlar las explosiones de los demás reactores con agua de mar mezclada con bórico o lanzando agua desde los helicópteros, también se rellenaron las piscinas con agua destilada e incluso se instalaron generadores eléctricos con cables de 1 klm. de longitud, al final se declaró el nivel del accidente en 7, el máximo de la escala INES. ¿Por qué Fukushima no produjo tantos muertos como en Chernobil? Pues, dentro de tanta desgracia, los vientos ayudaron a que la pluma radiactiva se dirigiera hacia el océano, alcanzando niveles menores en Canadá y los EUA. Por otro lado, la respuesta de las autoridades japonesas en cuanto a la movilización y protección de la población fue casi inmediata, lo que redujo el número de personas afectadas por cáncer. De todos modos, hay informes que murieron alrededor de 1.500 personas relacionadas con el estrés en el contexto de la evacuación. En cuanto a los principales rubros de exportación, consistentes en productos alimenticios, resultaron muy afectados, como la venta: de arroz, sake, soja, té, jengibre, nueces, etc.

Uruguay. ¿En qué situación estaría Uruguay si aconteciese un incidente o accidente nuclear en algunas de las plantas comprendidas en el complejo Atucha, existentes o a construir? Es imposible dar una respuesta exacta, pero el panorama será devastador si la pluma radiactiva es empujada por el viento denominado "pampero", que corre de sur a norte con mucha fuerza, al barrer la franja del territorio de nuestro país comprendido a todo lo largo del río Uruguay, donde se ubica la principal fuente horti-frutícola y de producción de lácteos y derivados, así como la segunda población en importancia. Deberá evacuarse con prontitud la población humana y el ganado hacia el límite con Brasil donde quedará arrinconada, quedando como tierra yerma la parte abandonada. Si, por desgracia, el viento corre de sur a noreste, cubrirá todo nuestro territorio y si el accidente es de proporciones será el fin de Uruguay como Estado viable. Finiquitará su comercio, su producción, su industria, con una población emaciada por generaciones, será un páramo desolado sin posibilidades de rehabilitación por siglos (lo mismo acontecerá, digamos de paso, con la parte del territorio argentino entre los ríos Paraná y Uruguay). Además, podría afectar en grado sumo el acuífero guaraní, uno de los mayores reservorios de agua dulce subterránea del mundo. Si, en cambio, se tuviese la "suerte", de que el viento sople de norte a sur, muchas veces también fuerte y agresivo porque genera trastornos metereológicos de fuste, para Uruguay la afectación sería menor, pero no ocultamos que para la propia Argentina, será un desastre realmente terrible, al afectar la ciudad de Buenos Aires y su conurbano (11 millones de habitantes obligadas a desplazarse), además de contaminar seguramente, el río de la Plata. Sin dejar de considerar que la pluma radioactiva puede ir y venir, por su propia dinámica, y puede acontecer una doble desgracia de llegar a concretarse las dos situaciones en forma sucesiva.[35]

35 A mayor abundamiento de lo ya expuesto en relación al accidente nuclear de Chenobil líneas arriba, Lilia Germano (1969) p. 31, manifiesta que "es menester destacar que nos hallamos en presencia de un riesgo totalmente nuevo, distinto a todo lo conocido hasta ahora. Los daños que pueden llegar a producirse son imprevisibles. Algunos órganos, como los ojos, los tejidos sanguíneos y las células reproductoras son particularmente vulnerables a la radiación intensa. Uno de los efectos más conocidos es la leucemia, causada por la exposición de la médula ósea a la radiación. Su manifestación no es inmediata, aparece luego de algunos años. Otra consecuencia es el cáncer a los huesos, causado por radio depositado en el esqueleto. El lapso de latencia es de 20 o más años. El cáncer de piel se manifiesta luego de 30 o 40 años. El efecto que más se ha constatado entre los sobrevivientes de Hiroshima y Nagasaki, son las cataratas. Otro daño irreparable producido por la radiación puede ser la esterilidad. Cabe asimismo señalar que, de los muchos elementos radiactivos, el estroncio 90,

La República Argentina y la instalación de Atucha V

Antes de ingresar en el tema corresponde realizar algunas precisiones preliminares.

Primero, todo país tiene el derecho soberano a decidir si quiere o no incursionar en la aplicación de la generación nuclear para medios pacíficos en su territorio. Luego veremos con algunas limitaciones. Por tanto, no cuestionaremos la política argentina sobre este punto. La finalidad de este estudio no es presentar un alegato antinuclear sino determinar cuándo y qué soluciones de Derecho internacional privado pueden ser aplicadas para cooperar antes, durante y luego de producido un accidente nuclear, de modo de afectar lo menos posible a las personas, a los bienes y al medioambiente.

Segundo, Uruguay es un país que tiene prohibido el uso de la energía nuclear para el suministro de energía eléctrica en todo su territorio. El art. 27 de la ley No. 16.832 de 17 de junio de 1997 estipula:

> *Prohíbese el uso de energía de origen nuclear en el territorio nacional. Ningún agente del mercado mayorista de energía eléctrica podrá realizar contratos de abastecimiento de energía eléctrica con generadores nucleares, ni con generadores extranjeros cuyas plantas contaminen el territorio nacional.*

O sea que la energía nuclear queda limitada, principalmente, para uso radiológico o agrícola, pero no es posible, y la comunidad local no admite, la instalación de centrales nucleares para el suministro de energía eléctrica. Por tanto, nos hallamos, por un lado, ante un país que tiene una extensa actuación en el campo de la investigación y del uso de la energía nuclear (Argentina), y por el otro, un país que rechaza la posibilidad del uso de tal energía para el suministro de electricidad, con un amplísimo apoyo de la población (Uruguay).

Tercero. De una forma muy general cabe decir que los dos países comparten una extensa frontera marcada por el curso del río Uruguay. La instalación de la futura planta nuclear en Argentina (denominada Atucha V se ubicará sobre el río Paraná, cerca de su desembocadura conjuntamente con el río Uruguay, en el Río de la Plata. Como hemos mencionado, esta instalación estará ubicada (con las otras Atucha que la precedieron) a unos 70 klms promedialmente de la costa uruguaya y de las ciudades de Nueva Palmira y Carmelo.

Cuarto. Argentina ha sido pionera en el campo de nuclear para fines pacíficos en la región, habiendo instalado la primera central de Latinoamérica (Atucha I) durante el gobierno del Presidente Gral. Juan Domingo Perón en el año 1973, seguida de la central nuclear Embalse en 1983 y de Atucha II en 2014. Pero la historia en este campo se remonta mucho más atrás, cuando en el primer gobierno, el Gral. Perón creó en 1950 la Comisión Nacional de Energía Eléctrica con el objetivo de promover

químicamente similar al calcio, tiende a depositarse en el esqueleto y puede llegar a producir mutaciones de las células germinales que se transmitirán por los genes a las futuras generaciones, originando deformaciones en los seres humanos realmente alarmantes. Además de los diversos tipos de daños que puede originar, otra característica que no puede dejar de mencionarse es su internacionalidad. Si es abordado por normas que difieren de nación a nación, la solución será intrínsecamente incapaz de comprender la totalidad de las cuestiones. Los perjuicios producidos por la lluvia radioactiva o del agua contaminada, pueden extenderse muy lejos de las fronteras del país donde se hallare instalado un reactor. (…) Estamos ante un riesgo distinto, nuevo, no previsto hasta el presente".

el estudio, desarrollo y aplicaciones en todos los aspectos vinculados a la utilización pacífica de la energía nuclear. Se ubicó bajo la órbita de las Fuerzas Armadas, y se basó en los conceptos de autarquía y autonomía, "defendidos por el núcleo militar desarrollista que consideraba al dominio de la tecnología nuclear como un factor fundamental de prestigio y liderazgo regional e internacional".[36]

Asimismo, se diseñó una política de largo aliento con el establecimiento de instituciones científicas y tecnológicas, como los centros atómicos Bariloche (1955); Constituyentes (1958); y Ezeiza (1967); y la creación de carreras universitarias para la formación de especialistas. Argentina cuenta con reservas de uranio, comenzándose con su extracción, refinación, purificación y conversión; se inició la producción de radioisótopos y se crearon empresas de alta tecnología; se inauguró el laboratorio de celdas calientes en Ezeiza y se fundó la Escuela de Medicina Nuclear en Mendoza en 1991, la planta industrial de agua pesada de Arroyito (Neuquén) en 1993 y el polo tecnológico Constituyentes en 1997, reinaugurándose en el 2010 el Complejo Tecnológico Pilcaniyeu.

Argentina es uno de los 53 países que participó de las Cumbres de Seguridad nuclear en los años 2010, 2012 y 2014. Y en el año 2008 firmó un Acuerdo de Largo Plazo con el OIEA, para que el país actúe como *Centro de Capacitación Regional en América Latina y el Caribe para la Seguridad Nuclear Radiológica, del Transporte y de los Desechos*. Desde los años 80 ha alentado la firma de Acuerdos de Cooperación, en primer lugar, con Brasil, como modo de resistir las presiones de los países altamente desarrollados, creándose una Comisión Binacional de Energía Nuclear desde 2008 y la instalación de reactores gemelos en cada país. Ha firmado Acuerdos para el uso pacífico de la energía nuclear con numerosos países, entre ellos, Uruguay. Ha sido proveedor confiable de tecnología, instalando reactores en Perú (1977/1988), Argelia (1988), Egipto (1998), Australia (2005) y Canadá (2009). Ha exportado tecnología e insumos sensibles a Arabia Saudita, Argelia, China, Emiratos Árabes, Tailandia, Túnez, Turquía, y Vietnam,.[37]

Se ha intentado aumentar el caudal de energía nuclear que suministran, hasta ahora, las tres centrales nucleares en funcionamiento: Atucha I, Atucha II y Embalse, habiendo entrado en conversaciones con la República Popular China para la instalación de dos centrales durante el gobierno de la Presidente Cristina Fernández de Kirchner, quedando en definitiva una sola, la que lleva el nombre de Atucha V y luego de varios intentos de ubicarla en provincias, ante la negativa de éstas, se decidió su instalación a 10 klms de la ciudad de Lima, cercano al río Paraná, donde ya funcionan las demás Atucha. Para propiciar tales Acuerdos se ha sostenido que, en la actualidad, China es el líder en tecnología nuclear, el país que más centrales ha construido en la última década y el que mayor número de centrales tiene planeadas. El contrato-marco prevé una inversión entre 8.000 a 14.000 millones de dólares,

36 Colombo, Sandra; Guglielminotti, Cristian; Nevia Vera, María. (2017). P. 8.

37 Colombo, Sandra y otros. (2017). P. 8 y ss.

de los cuales el país asiático financiará el 85% y comenzaría a construirse en el año 2022.

Las críticas han sido numerosas y diversas, pero la principal es que el diseño no ha sido probado ni aún en la propia China y que gran parte del uranio enriquecido pasa a provenir de dicho país y no de la propia Argentina, lo que la colocaría en una situación de suma dependencia económica en una variedad de aspectos, ante la eventualidad de que el suministro de uranio se corte por decisión política unilateral del país asiático.[38]

En Argentina, se encuentra vigente la ley No. 24.804 de abril de 1997, denominada *Ley Nacional de la Actividad Nuclear*. Asimismo, tiene el Decreto No. 10.936/1950 de creación de la Comisión Nacional la Energía Atómica y el Decreto No. 1540/94 donde crea el Ente Nacional Regulador Nuclear (como entidad autárquica en jurisdicción de la Presidencia de la Nación) y se constituyó la Sociedad Nucleoeléctrica Argentina Sociedad Anónima, que desarrolla la actividad de generación nucleoeléctrica respetando las normas vigentes en materia de seguridad nuclear y radiológica que defina el Ente Nacional Regulador Nuclear. Las acciones se encuentran en manos del Estado.

Quinto. Uruguay, no obstante su política de Estado contraria a la instalación de centrales nucleares, cuenta con un Centro de investigaciones Nucleares y una Autoridad Reguladora Nacional en Radioprotección (Ley No. 17.930). La ley No. 18.621 crea el Sistema Nacional de Emergencias Público y Permanente (SINAE). La ley No. 19.056 de 4 de enero de 2013 establece normas sobre protección y seguridad radiológicas de personas, bienes y medioambiente, con la finalidad de establecer parámetros generales de prevención. Dos importantes Decretos fueron aprobados en el año 2018: el Decreto No. 110/2018 que crea el Comité Nacional de Seguridad Física Nuclear y determina sus cometidos, y el muy completo y actualizado Decreto 180/2018 que revisa el plan de respuesta de emergencia nacional para incidentes y accidentes radiológicos. Cabe la pregunta de si al integrar Uruguay el grupo de países contrarios al uso de la energía nuclear, le corresponde la ratificación de aquellas Convenciones y normas internacionales relativas al tema. La respuesta debe ser afirmativa, porque los Acuerdos internacionales constituyen la vía más adecuada para entablar un diálogo con aquellos países que integran el grupo partidario de la instalación de centrales nucleares, ya que los accidentes nucleares difícilmente quedan recluidos en el territorio del país donde aconteció.

Normas que vinculan a los dos países

¿Cuáles son las normas convencionales relacionadas con un accidente nuclear transfronterizo que vinculan a los dos países? Desde antiguo existen normas muy generales que, debido a la época en que fueron formuladas, no atienden el fenómeno de la energía nuclear, sino que se ciñen a regular la denominada "responsabilidad

38 AgendAR. El acuerdo con China para una nueva central nuclear: una mala noticia. 24 setiembre 2018. El Salto. Edición General. Energía nuclear. Argentina nuclear. La huella radioactiva de una industria muy sucia.

por las obligaciones que nacen sin convención", como ocurre en el *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940 en su artículo 43, que casual e imprevistamente, parece ajustado con las normas internacionales hoy vigentes en el mundo nuclear. Dicho artículo determina que:

> *las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden.*

Los dos países han ratificado la *Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares* de 21 de mayo de 1963 (en adelante Convención de Viena de 1963) y el *Protocolo facultativo de solución de controversias* del mismo año.[39] Uruguay no ha ratificado la importante *Convención sobre indemnización suplementaria por daños nucleares* (solo lo han hecho en la región: Argentina y Perú).

Luego, existe un conjunto de Convenciones ratificadas por ambos países, las que solo citaremos la *Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares* de 26 de setiembre de 1986 y la *Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica*, de la misma fecha, y finalmente la *Convención sobre protección física de los materiales nucleares* de 3 de marzo de 1980.

La labor de precaución y prevención de accidentes nucleares no solo se ciñe a normas de naturaleza interestatal, sino que también se ha acudido al denominado Derecho débil, flexible o *soft law,* con la elaboración de un *Código de conducta sobre seguridad tecnológica y física de las fuentes radiactivas* el cual, si bien no tiene naturaleza coactiva, igualmente ha sido aceptado por los Estados, como es el caso de Uruguay, que hace referencia a dicho Código en el Decreto 110/018 ya aludido.

Etapas a contemplar para precaver y prevenir un accidente nuclear y asegurar la responsabilidad civil emergente de tal accidente en el caso de ocurrencia

Comúnmente los riesgos que ocasiona la instalación de una planta nuclear con fines pacíficos suelen ser estudiados en el Derecho internacional privado únicamente desde el plano de la responsabilidad civil, atendiendo a las secuelas que crea un accidente nuclear. Se trata de una visión tradicional pero demasiado acotada. Es por ello, que hemos decidido examinar el aporte que pueda dar nuestra disciplina dividiendo la realidad en tres etapas: la etapa previa al accidente donde juegan los principios de precaución y de prevención; la etapa de ocurrencia de un accidente nuclear propiamente dicho, donde prevalece la urgente actuación de los Estados en procura de proteger a su población, bienes y medioambiente; y la etapa (larga, muy larga) post-accidente, donde tiene ancho campo de actuación el reclamo de una responsabilidad civil internacional ante tal desastre. Veamos entonces, cada etapa en particular.

39 Los países latinoamericanos que la han ratificado son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile México, Perú y Uruguay. En la cuenca platense no estaría vinculado Paraguay.

1) La etapa previa al accidente[40]

No cabe duda que los Estados favorables a la instalación de centrales nucleares con la finalidad de proporcionar energía eléctrica para una economía cada vez más exigente, así como los organismos internacionales como el Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA o AIEA, según nos refiramos a su abreviatura en español o inglés), dependiente de la ONU, realizan continuamente ajustes para que una central nuclear no sufra accidentes, y en el caso de que acontezcan, sean lo mínimo posible.

Se trata, entonces, de fomentar el deber de anticipación, se desea adelantarse a un eventual surgimiento del problema. En esta etapa corresponde entonces, determinar los organismos competentes para decidir qué tipo de medidas preventivas tomar y las vías de coordinación con los países vecinos.[41] Esas medidas están dirigidas a planificar: la evacuación de poblaciones, distribución de yodo a la población, restricciones de acceso a la zona afectada, prohibición a la comercialización de productos alimentarios originarios de dicha zona, etc. Estas medidas deberán ser asumidas por cada país que pueda resultar afectado por el accidente, por lo general, son autoridades administrativas y/o ejecutivas que cada Estado ya tiene designadas ante la eventualidad de un accidente nuclear transfronterizo.

Es importante en esta etapa, la presencia de contratos de seguros otorgados por el explotador de la central nuclear afectada donde se determinará los riesgos indemnizables, la presentación de garantías, y establecer con precisión la responsabilidad del Estado (subsidiaria o complementaria) en el campo de la responsabilidad civil. La atribución de responsabilidad principal al explotador, no dispensa al Estado de cumplir sus obligaciones de prevención, de conformidad con el Derecho internacional.

Es la etapa a la que al día de hoy se le ha dado la primacía en la regulación internacional, con el objetivo de dominar al riesgo nuclear, aun cuando nadie puede garantizarlo de modo definitivo, por las propias características y complejidad de la actividad riesgosa, debiendo fomentarse igualmente, la práctica del "buen vecino", que implica cooperar con el Estado de la instalación de la central nuclear para el bien de todos.

En esta etapa es muy importante la concienciación de la cultura del riesgo en las poblaciones afectadas.[42] O dicho de otro modo: la sociedad civil del Estado donde está instalada la central nuclear así como la de los Estados que pueden resultar eventualmente afectados por un incidente o accidente nuclear tienen que

40 Es definida por la ley creadora del SINAE como estado de "alerta": "(un) estado declarado por la autoridad competente con el fin de tomar precauciones específicas debido a la probable y cercana ocurrencia de un evento".

41 Una de las medidas que se llevan a cabo en esta etapa es la denominada "defensa en profundidad", son barreras de defensa mediante las cuales se intenta agotar la solución del problema en el nivel donde ocurrió, para que no se pase al nivel superior. Por lo general se crean cinco barreras de defensa.

42 Según la ley creadora del SINAE se entiende por "riesgo: la probabilidad de que se presente un nivel de consecuencias económicas, sociales o ambientales en un sitio particular y durante un tiempo definido. Se obtiene de relacionar la amenaza con las vulnerabilidades de los elementos expuestos".

estar suficiente y plenamente informados de los riesgos que los mismos pueden ocasionar en tanto población vulnerable.[43] De este modo se evitará el caos que pueda producirse ante un público no informado, que no sabe qué hacer o a quién acudir ante la presencia de un desastre mayúsculo.

Si queremos que las sociedades adopten una actitud madura y disciplinada, deberán asumir una cultura de riesgo posible[44] que, de producirse o concretarse se cuenta por minutos, no por días y muchos menos por meses. Si no se actúa a tiempo, muchos de los perjuicios humanos se volverían irreversibles. Por ello, es importante la coordinación y la pronta cooperación entre los Estados para atenuar los efectos nocivos que puedan acontecer.

Desde el Derecho internacional privado contamos con el *Convenio entre Argentina y Uruguay sobre igualdad de trato procesal y exhortos* de 20 de noviembre de 1980 y el *Convenio de cooperación jurídica* entre ambos países de 31 de julio de 1981. Tienen además pertinencia, las Convenciones emanadas de las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacionales Privado (CIDIP) auspiciadas por la OEA, como: la *Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias* de 1975 y su Protocolo Adicional de 1979. Dentro del Mercosur se encuentra vigente el *Convenio de Cooperación judicial en materia, civil, comercial, laboral y administrativa* del 4 de noviembre de 1987.

Para el tema bajo examen, estas normas se encuentran opacadas por normas más específicas elaboradas a nivel internacional como, por ejemplo, la *Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares* de 1986, ya citada. O sea que, en este campo, donde la diagramación de un sistema en que el concepto de la urgencia debe prevalecer sin excusas, todo parece indicar que el régimen procesal interamericano deberá actuar en subsidio, solo ante los vacíos normativos que puedan presentarse. Recordemos que para saber si ese vacío normativo se presenta, debemos tomar en consideración igualmente al *soft law,* representado por el *Código de Conducta sobre seguridad tecnológica y física de las fuentes radiactivas*.

Sintetizando, en esta etapa cada Estado debe actuar sobre su propio territorio concienciando a su población, dotándola de formas de comportamiento adecuadas a la emergencia, e implementando las medidas necesarias para proteger su salud, sus bienes y el medioambiente, en estrecha coordinación y cooperación con el Estado causante del siniestro nuclear. Por otro lado, cada sociedad civil debe tener asumido que "la unidad ecológica del planeta no coincide con sus fronteras políticas", como lo ha precisado convenientemente, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.[45]

43 Según la misma ley, "vulnerabilidad corresponde a la manifestación de una predisposición o susceptibilidad física, económica, política o social que tiene una comunidad, de ser afectada o de sufrir efectos adversos en caso de que se presente un fenómeno o peligro de origen natural o causado por el hombre".

44 El Código de Conducta sobre seguridad tecnológica y física de las fuentes radiactivas propiciada por el OIEA establece en el art. 7 que: "todo Estado debe, a los efectos de proteger a las personas, la sociedad y el medioambiente, adoptar las medidas apropiadas que sean necesarias para asegurar: (…) b) la promoción de la cultura de la seguridad tecnológica y de la cultura de la seguridad física, respecto a las fuentes radiactivas" y define lo que se entiende por ambas culturas.

45 Informe de la Comisión a la Asamblea General. P. 76. "El daño de origen tecnológico e industrial, señalado por Dupuy,

Debemos tener muy en cuenta que la radiación es invisible y que la gente no percibe inmediatamente el perjuicio que está sufriendo, simplemente toma conocimiento como un accidente producido en un país más o menos cercano, pero sin implicancias directas. Es que a radiación no tiene olor, no hay una manifestación evidente como una nube de tormenta que nos avise que ya está presente y afectándonos. Su presencia es muy solapada.[46]

2) La etapa del accidente

Como ya hemos reiterado, ninguna actividad humana está inmune a los errores, los riesgos nunca podrán bajarse a cero. Si miramos retrospectivamente, podemos afirmar sin duda, que muchos de los accidentes nucleares podrían haberse evitado *y que al día de hoy no acontecerían,* porque todos ellos han sido subsanados con nuevas tecnologías. Pero tal afirmación no significa que el camino presente y futuro esté libre de fallas e imprevisiones, porque las nuevas tecnologías siempre van acompañadas de un margen de incertidumbre. Por tanto, un accidente nuclear puede llegar a producirse en el momento menos pensado, mediante una dispersión atmosférica o líquida de productos radioactivos.

La primera medida a tomar corresponde al Estado donde está instalada la central nuclear con problemas, consistente en la pronta (diríamos hasta inmediata) comunicación a su población y a los Estados que puedan resultar afectados, así como a los organismos internacionales como el OIEA, del riesgo concretado y del nivel que le corresponde en la escala INES.

Ante tal comunicación, cada Estado afectado hará efectiva en su territorio las medidas ya previstas en los Acuerdos internacionales como, por ejemplo, las ayudas de primeros socorros. El asegurador (el *pool* de aseguradores), que en la etapa anterior era un simple contratante con el explotador de la central nuclear, comienza a desempeñar su función, explorando las dimensiones transfronterizas de la catástrofe y realizando al respecto, inspecciones *in situ*. Resulta obvio que el o los Estados afectados, acudirán en primera instancia a sus propios recursos económicos para solventar los primeros socorros a la población (gastos médicos, costos del transporte y realojo temporal y alimentación de las personas evacuadas), sumas que deberán ser reintegradas por el asegurador. Todo parece indicar que ante la emergencia nuclear, los exhortos y cartas rogatorias por vía judicial no resultan adecuados y que deberá

sin cambiar de naturaleza, ha tomado otras dimensiones y cada uno vive ya, bajo la amenaza de accidentes y de catástrofes engendradas por las industrias de los países circundantes". Ballarino, Tito. (1990). P. 305.

46 "El síndrome de radiación agudo es el conjunto de síntomas que presentan aquellas personas que son expuestas accidentalmente a altas dosis de radiación, que afectan de manera aguda y severa la producción de células de la sangre, la resistencia a las infecciones y a las funciones intestinales y que pueden dar lugar a lesiones graves de la piel. Esto va a ocurrir cuando todo el cuerpo o una parte significativa del mismo, se ha visto expuesto a más de Gy de irradiación. (…) El síndrome va a afectar a tres sistemas: el gastrointestinal, el hematopoyético, y el neurovascular, los cuales van a cursar, cada uno, cuatro fases de afectación: pródromo, latente, daño o enfermedad manifestada, y recuperación o muerte. Ello dependerá de la dosis absorbida. (…) En cuanto a los aspectos médico-legales ante una catástrofe nuclear, es indispensable que los hospitales sean capaces de responder como parte de un plan de emergencia. Deberán clasificarse a los pacientes entre aquellos con altas probabilidades de fallecer, a los que se les suministrarán cuidados paliativos; de aquellos excluidos, los cuidados necesarios, y protección al personal de la salud". Bolaños Aymerich, Oscar. Cordero Cordero, José Miguel. Ducca Arauz, José Daniel. Navarro Calvo, Sofía. Navarro Carpio, Gabriela y Navarro Umaña, Gloriana. (2013). P. 47.

acudirse a medios más expeditivos como la conexión directa entre autoridades, especialmente las que tienen a su cargo el control de la actividad nuclear de cada país. En cuanto a la población, las comunicaciones mediáticas sin duda se harán presentes.

Resumiendo, en esta etapa, donde el accidente ya ha acontecido y durante la misma hay que actuar con la mayor urgencia, cada Estado será el líder en su propio país para responder adecuadamente ante los perjuicios que se irán produciendo, y el asegurador comenzará a evaluar el monto de los daños, si sobrepasan el monto cubierto por el contrato, cuáles son las garantías adicionales, y si se deberá acudir al Estado donde está instalada la central nuclear para cubrir lo que supere los daños previstos, porque nunca podrá saberse por anticipado la importancia y la duración de los daños y perjuicios.[47]

Uruguay ha completado en los últimos años su sistema de emergencias. Una regulación intensa comenzó con la aprobación de la ley No. 18.621, que crea un Sistema nacional de emergencias público y permanente (SINAE), cuyo objetivo, según el art. 1 es el de:

> *consagrar un sistema nacional de emergencias, un sistema público de carácter permanente cuya finalidad es la protección de las personas, los bienes de significación y el medioambiente, ante el acaecimiento eventual o real de situaciones de desastre, mediante la coordinación conjunta del Estado con el adecuado uso de los recursos públicos y privados disponibles, de modo de propiciar las condiciones para el desarrollo nacional sostenible. El funcionamiento del sistema nacional de emergencias se concreta en el conjunto de acciones de los órganos estatales competentes dirigidas a la prevención de riesgos vinculados a desastres de origen natural o humano, previsibles o imprevisibles, periódicos o esporádicos, a la mitigación y atención de los fenómenos que acaezcan, y a las inmediatas tareas de rehabilitación y recuperación que resulten necesarias.*

O sea, que su objetivo es bastante amplio, comprensivo de desastres naturales y aquellos causados por el hombre, con una finalidad de mitigación de aquellos fenómenos que se produzcan, de rehabilitación y de recuperación que fueren necesarios. El art. 21 prevé la evacuación obligatoria de personas y animales en situación de vulnerabilidad o de riesgo, dentro del marco de una alerta o de estado de desastre, y en caso de resistencia se procederá al traslado forzoso.

47 De acuerdo al Código de conducta, "todo Estado debe garantizar que la información relativa a una pérdida de control de fuentes radiactivas o a incidentes que puedan tener efectos transfronterizos en relación con fuentes radiactivas se transmitirá inmediatamente a los Estados que puedan verse afectados, mediante los mecanismos establecidos por el OIEA o por cualquier otro medio". Según la ley creadora del SINAE se entiende por "emergencia, aquel estado caracterizado por la alteración o interrupción intensa y grave, de las condiciones normales de funcionamiento de una comunidad, causada por una reacción inmediata y exige la atención o preocupación de las instituciones del Estado, de los medios de comunicación y de la comunidad en general". Por desastre: "toda situación que causa alteraciones intensas en los componentes sociales, físicos, ecológicos, económicos y culturales de una sociedad, poniendo en peligro inminente la vida humana, los bienes de significación y el medioambiente, sobrepasando la capacidad normal de respuesta local y eficaz ante sus consecuencias. Y por estado de desastre: el estado excepcional, colectivo, provocado por un acontecimiento que pone en peligro a las personas, afectando su salud, vida, hábitat, medios de subsistencia y medioambiente, imponiendo la toma de decisiones y el empleo de recursos extraordinarios para mitigar y controlar los efectos de un desastre".

Respecto de la ley No. 19.056, está dirigida especialmente, a la protección y seguridad radiológicas de personas, bienes y medioambiente y menciona los cometidos de la Autoridad Reguladora Nacional de Radioprotección entre los cuales figura investigar todo incidente o accidente relacionado con materiales nucleares o fuentes de radiación (art. 11.c) del D-R 270/014).

Más recientemente, ha entrado en vigencia el completísimo Decreto 180/018 que establece concretamente un *Plan de respuesta de emergencia nacional para incidentes y accidentes nucleares* (RAD), con el objetivo de "establecer una capacidad de respuesta organizada de emergencia, con una acción coordinada y oportuna de las instituciones estatales del país en una emergencia o un incidente radiológico en tiempo de paz". Además, el art. 1.3

> *incluye dentro del alcance de este plan, el accidente que ocurre fuera del país, pero que tiene un impacto sobre él. El nivel de respuesta a una emergencia específica, se basará en el tipo y en la cantidad de material radiactivo involucrado, la localización y el tipo de emergencia, el potencial de impacto en el público y el tamaño del área afectada.*

Y ubica dentro de la categoría b), "aquellos accidentes que ocurren fuera del país y pueden tener efectos transfronterizos". O sea que el Plan procede a dar lineamientos para una respuesta general adaptada al tipo de emergencia, incluyendo

> *aquella en que la radiación se origina a partir de una fuente ubicada en el exterior del país y puede representar una amenaza potencial o real para nuestro país. (art. 1.5.4).*

El art. 1. 8 prosigue definiendo el impacto ambiental a partir de una fuente externa (muy pertinente respecto del tema Atucha), de la siguiente manera:

> *este tipo de emergencia es aquella en que la radiación, a partir de una fuente externa, representa una amenaza percibida, potencial o real, para un país. La fuente puede ser un accidente de un reactor de potencia nuclear, un submarino nuclear averiado, u otro hecho ocurrido en el exterior donde esté ubicada la fuente.*

Seguidamente señala cuándo se aplicará el plan RAD:

> *cuando una autoridad local o regional, otras organizaciones con jurisdicción, o el sector privado, solicitan el apoyo del gobierno en un incidente de emergencia radiológica, o cuando así lo decida la autoridad competente. (art. 1.12.2).*

Además de contener un glosario de definiciones, como lo tienen las normas convencionales anteriormente citadas, va de lleno a indicar qué instituciones deben actuar, en qué circunstancias y con qué cometidos, comprendiendo incluso la misión que les corresponde a las ONG.

Finalmente, acepta la coordinación internacional en el art. 3.5 en los siguientes términos:

> *aunque el campo de acción geográfico del plano de respuesta de emergencia nacional para accidentes radiológicos se limita al territorio nacional, aguas jurisdiccionales y*

> *espacio aéreo, se reconoce que las emergencias radiológicas que se producen, tanto en otros países como en el territorio nacional próximo a las fronteras internacionales de Uruguay pueden requerir una coordinación a nivel internacional. En tales casos, el Ministerio de Relaciones Exteriores trabajará en estrecha colaboración con otras instituciones del gobierno afectado, para determinar cualquier responsabilidad internacional.*

En el caso de producirse una emergencia radiológica transfronteriza que tiene un impacto potencial o real sobre Uruguay, el SINAE activará el Plan que hemos descrito. A su vez, el art. 3.5.2. Como contrapartida, establece que de producirse en Uruguay emergencias radiológicas nacionales con impacto en el exterior, se ha firmado y ratificado la Convención sobre pronta notificación e informará al país vecino y al OIEA, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3) La etapa posterior al accidente

En este momento ingresamos en la etapa reparatoria, en todos los sentidos posibles, tanto personal como ambiental, y a la etapa donde se concreta y se hace efectiva la responsabilidad del explotador. Es aquí donde el Derecho internacional privado ha actuado con una mayor profundidad. Como ya lo indicáramos, será excepcional la aplicación de los *Tratados de Derecho Civil Internacional* y de *Derecho Procesal Internacional* de 1940. Pareciera, como lo demostraremos en las líneas subsiguientes, una mayor pertinencia de aplicación de la *Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros* de 24 de mayo de 1984, la *Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero* de 30 de enero de 1975 y su Protocolo Adicional de 24 de mayo de 1984. Todas estas Convenciones y Tratados han merecido un estudio profundo y profuso por parte de la doctrina, por lo que nos circunscribiremos al análisis de la *Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares* de 1963 que, reiteramos una vez más, tendrá preferencia de aplicación.

Sección 3
LAS SOLUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1963

Esta Convención ha sido redactada sobre la base de cuatro o cinco ejes principales que desarrollaremos a continuación. En su glosario de definiciones define al daño nuclear como:

> *la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radioactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos, que*

> *se encuentren en una instalación nuclear, o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella.*

Y como reactor nuclear:

> *cualquier estructura que contenga combustibles nucleares dispuestos de tal modo que dentro de ella pueda tener lugar un proceso automantenido de fisión nuclear, sin necesidad de una fuente adicional de neutrones.*

Por lo general se distingue entre incidente y accidente nuclear según la gravedad del evento determinado por la escala INES. La Convención no realiza tal distingo, al referirse a "cualquier hecho o sucesión de hechos que tengan el mismo origen y hayan causado daños nucleares".

1) Responsabilidad del explotador

El primero y quizás el más definitorio perfil de la Convención, es la consagración de la responsabilidad del explotador de la central nuclear, objetiva, exclusiva, y limitada en el tiempo y en el monto. El art. II.5 es muy claro al respecto: "solo podrá considerarse responsable de los daños nucleares al explotador". Pero ¿quién es el explotador? Es la persona designada y reconocida por el Estado de la instalación (art. I.1.c), y el Estado de la instalación será aquel en cuyo territorio se encuentra una instalación nuclear (art. I.1.d). El explotador tiene entonces, una responsabilidad por el devenir. El art. II.3.a) considera que:

> *cuando la responsabilidad por daños nucleares recaiga en más de un explotador, esos explotadores, en la medida que no pueda determinarse con certeza qué parte de los daños ha de atribuirse a cada uno de ellos, será mancomunada y solidariamente responsables.*

En la definición de "daño nuclear" se incluyen a los daños indirectos. Veamos seguidamente, cada una de las características de la responsabilidad mencionadas.

a) **responsabilidad objetiva:** de acuerdo al art. IV.1, "la responsabilidad del explotador por daños nucleares con arreglo a la presente Convención será objetiva", o sea, que no es necesario probar la culpa del explotador, lo cual marca un giro de las soluciones jurídicas a favor de la víctima, en cuanto la exonera de probar culpa alguna por cuanto la actividad nuclear nos enfrenta al hecho de que todo no está en nuestro poder, de que siempre habrá un riesgo insuficientemente dominado.[48]

En estos casos la responsabilidad por culpa resulta totalmente ineficaz en las soluciones de los eventos nucleares dañosos, pues resulta muy difícil determinar si el accidente se ha producido por dolo, culpa, negligencia del operador, del propietario, del diseñador, etc., o por caso fortuito. Un juicio basado en la responsabilidad culposa seguramente se extendería desmesuradamente en el tiempo y aumentaría los costos del litigio y también de la responsabilidad. Tratar de evitar estos inconvenientes procesales favorece tanto a la víctima, como la industria nuclear que necesita moverse

48 El Rherabi, Assia. (2018). P. 129.

sobre bases claramente definidas.[49] Por tanto, en este campo, la responsabilidad objetiva es la regla. Probado el lazo de causalidad entre el daño originado en una central nuclear, la víctima queda eximida cualquier otra probanza. El *onus probandi* queda notablemente aligerado.

b) **responsabilidad exclusiva:** además, esa responsabilidad es asumida únicamente por el explotador de la central nuclear, ya sea por hecho propio, por el hecho de sus dependientes, por el hecho de las cosas, o de cualquier tercero, como ser, a título de ejemplo, el propietario, el diseñador, el constructor de la central o el proveedor de cualquier sustancia o elemento de esta última. Hay una localización del problema en la persona del explotador y los demás (aun cuando en los hechos sean responsables) no podrán ser demandados. Él y solo él, deberá responder civilmente. Se ha dicho que la solución implementada "no tiene equivalentes en otros campos del Derecho"[50] y se la define como la "canalización" de la responsabilidad hacia un único agente, evitando la presentación de acciones o demandas contra una multiplicidad de personas relacionadas con la construcción o la explotación de la central nuclear.

c) **responsabilidad limitada en cuanto al tiempo:** el legislador ha considerado que una responsabilidad tan importante como la diseñada no puede durar indefinidamente, tampoco la aceptarían el *pool* de seguradores, puesto que tendrían que mantener reservas monetarias inmovilizadas durante extensos períodos de tiempo. Se trata del primer beneficio que obtendría el explotador, que funcionaría como contrapartida de la ventaja que se le otorga a la víctima con la consagración de la responsabilidad objetiva. Por ende, las acciones deben ser introducidas dentro el plazo de 10 años desde la ocurrencia del accidente (art. VI), aun cuando algunos Estados admiten un plazo "en descubierto", generalmente de 2 a 3 años suplementarios.

e) **responsabilidad limitada en cuanto al monto:** la limitación en cuanto al monto que debe asumir el explotador por el daño ocasionado es el segundo beneficio que recibe. Parece lógica su consagración, por cuanto nadie querría explotar una central nuclear y ningún *pool* de aseguradores podrían aguantar una responsabilidad sin límite alguno, que arrastraría a ambos a una quiebra inmediata. En este caso, como en el anterior, se trató de buscar un equilibrio entre las pretensiones de la víctima y la responsabilidad del explotador. La Convención establece un límite en cuanto al importe de la responsabilidad del explotador en una suma no inferior a 5 millones de dólares de los EUA por cada accidente nuclear (art. V.1). Debe tenerse en cuenta que se trata de un piso y uno de un techo.

El art. XV asegura la libre transferencia "en la moneda de la Parte Contratante en cuyo territorio se produjeron los daños, a la Parte contratante en cuyo territorio se encuentra domiciliado habitualmente el demandante", respecto de las indemnizaciones, intereses devengados y costas que los tribunales adjudiquen al respecto, las primas de seguro y seaseguro y los fondos correspondientes al seguro,

49 Germano, Lilia. (1969) P. 33.

50 El Rherabi, Assia. (2018). P. 256.

reaseguro y demás garantías financieras o los fondos facilitados por el Estado de la instalación.

2) Garantía financiera del riesgo nuclear

Ningún explotador dispone de los medios necesarios para garantizar los riesgos por sí mismo. Si bien existe un principio ancestral de que "quien contamina, paga"; sin embargo, el principio "contaminador-pagador" no debe ser interpretado, en este caso, de un modo literal, por cuanto el explotador de la central nuclear está obligado a tener y mantener, una garantía financiera de la naturaleza que sea, por un monto equivalente al monto de la responsabilidad que le ha sido impuesta. Se asegura con ello, que los fondos necesarios para responder a la indemnización, estarán disponibles inmediatamente, en el caso de que sobrevenga un accidente.

En principio, esta garantía se funda en un seguro obligatorio que, además, faculta a la víctima a actuar directamente contra la compañía aseguradora, formulando el reclamo correspondiente. A veces, se exige que el seguro se vea acompañado de otras garantías y, en muchos casos, será el Estado quien deberá responder por aquella parte de la indemnización no cubierta. En suma, lo que interesa entonces será: el riesgo y la garantía.

De conformidad con el art. VII

> *el explotador deberá mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra la responsabilidad por los daños nucleares. La cuantía y condiciones del seguro o de la garantía serán fijadas por el Estado de la instalación.*

Pero, además:

> *el Estado de la instalación garantizará el pago de las indemnizaciones por daños nucleares que se reconozca ha de abonar el explotador, aportando para ello, las cantidades necesarias, en la medida que el seguro o la garantía financiera no basten para cubrir las indemnizaciones, pero sin rebasar el límite que se haya podido fijar, de conformidad con el art. V.*

O sea que la responsabilidad del Estado se la puede calificar como diferida. En cuanto a la indemnización (naturaleza, forma e importancia, así como su distribución equitativa) se regirán por la legislación del tribunal competente (art. VIII).

3) La relación de causalidad

La relación de causalidad es la unión entre dos eventos: por un lado, un hecho o sucesión de hechos que, teniendo el mismo origen que han ocasionado daños nucleares; y por el otro, la presencia de un daño a una víctima o a un número importante de ellas. Debemos recordar, que sin daño no hay responsabilidad. El inconveniente que se presenta sobre este punto, es que los daños corporales o físicos originados por un accidente nuclear suelen aparecer luego de mucho tiempo, y es posible pensar en la incidencia de los efectos dañinos sobre varias generaciones.

Cuanto más tiempo transcurra, más difícil será probar ese lazo de causalidad entre el hecho y su consecuencia.

4) Causales de exoneración de la responsabilidad del explotador

De conformidad con el art. IV.2, se considera causal de exoneración de la responsabilidad del explotador cuando

> *la persona que sufrió los daños nucleares, lo produjo o contribuyó a ellos, por negligencia grave o por acción u omisión dolosa.*

Y la exoneración podrá ser total o parcial, según la legislación del Estado del tribunal competente. Otra de las causales será aquella debida directamente a un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. La Convención no cubre los daños nucleares debidos directamente a una catástrofe natural de carácter excepcional, pero sí puede hacerlo la legislación del Estado de la instalación.

Competencia judicial internacional y Derecho aplicable

1) **Base de competencia judicial internacional.** El art. XI.1. determina que:

> *1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los únicos tribunales competentes para conocer de las acciones entabladas, de conformidad con lo dispuesto en el art. II, serán los de la Parte Contratante en cuyo territorio haya tenido lugar el accidente nuclear. 2. Cuando el accidente nuclear haya tenido lugar fuere del territorio de cualquier de las Partes Contratantes, o cuando no sea posible determinar con certeza el lugar del accidente nuclear, los tribunales competentes para conocer de esas acciones serán los del Estado de la instalación del explotador responsable.*

Como hemos venido desarrollando, la atribución y consideración como único responsable al "explotador" de la central nuclear determina, indirectamente, la base de competencia judicial sobre el plano internacional. Esta competencia no se basa consideraciones de soberanía estatal sino en la eficacia territorial de las medidas a tomar, allí ocurrió el accidente, allí se encuentra los medios de prueba y el análisis de las dimensiones de la falla, y allí deberían elaborarse las primeras medidas necesarias para contrarrestar el desastre. La Convención no reconoce explícitamente la acción directa contra el *pool* de aseguradores, por lo que las acciones contra éstos u otros garantes financieros que se hubieren implementado, deberán pasar por el tamiz de la decisión judicial y la legislación aplicable.

2) **Legislación aplicable.** En cuanto al Derecho aplicable, será el Derecho del tribunal competente en la esfera internacional, o sea, el Derecho de la Parte contratante sobre cuyo territorio ha ocurrido el accidente nuclear. No hay un Derecho universal aplicable, si bien las Convenciones se han preocupado por establecer los principios más importantes, muchas aristas de la responsabilidad dependerán fundamentalmente de la forma en que está regulada la responsabilidad del "explotador", de su solvencia, de la solvencia del *pool* de aseguradores y del propio Estado.

Más allá de eso, nos parece conveniente profundizar en la solución sobre el Derecho aplicable que consagra la Convención de Viena de 1963: en principio se entiende que el magistrado tendrá en cuenta su propio Derecho de fondo y así lo entiende un grueso importante de la doctrina. Sin embargo, al tener en cuenta el glosario de definiciones comprendidas en el art. I, es posible observar en la literal e), una definición de "legislación del tribunal competente" que dice así:

> *se entenderá la legislación del tribunal que sea competente con arreglo a la presente Convención, incluidas las normas de dicha legislación que regulen los conflictos de leyes.*

O sea que, profundizando un poco más, el tratamiento legislativo que reciban las demandas provenientes del extranjero, no gozarán de un trato normativo uniforme, como en principio podría pensarse, ya que pueden concretarse diversas soluciones. Veamos cuáles son.

- ***Si hay Tratado, éste primará por sobre las normas nacionales de Derecho internacional privado***. Esta solución es conforme a lo dispuesto por la *Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado* de 1979, ratificada por Argentina y Uruguay. E igualmente con el art. 2594 del Código Civil y Comercial (CCyC) argentino, que solo "en defecto" de Tratados y Convenciones internacionales permite la aplicación de normas de fuente interna. Por tanto, cabría pensar en la aplicación del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940, que al considerar que la solución consiste en aplicar la ley del lugar donde emanó la ofensa, se pliega indirectamente, al enfoque adoptado por la Convención de Viena. Igual solución cabe con Paraguay, porque estos tres países son los ratificantes del mencionado Tratado.

- ***Si no hay Tratado o Convención aplicable***. Fuera del mismo, no parece visualizarse otro Tratado relacionado con las obligaciones que nacen sin convención en la región, porque ninguno de los tres países mencionados ha ratificado el Código Bustamante de 1928. Por consiguiente, habrá que acudir a las normas nacionales de Derecho internacional privado contenidas en el nuevo CCyC del vecino país.

Esta situación genera importantes implicaciones, incluso desde la teoría general del Derecho internacional privado. Pues, será aplicable, en lo pertinente, el Capítulo 1 destinado a las *Disposiciones generales* del referido Código. Por consiguiente, deberá tomarse en consideración el art. 2595, referido a la aplicación del Derecho extranjero como Derecho, a Estados con sistemas territoriales y personales diferentes y (muy pertinente para nuestro análisis) es la literal c) que aconseja la armonización en la aplicación de Derechos de diferente origen. Se deberá tener en cuenta el reenvío (art. 2596); la atención dada al criterio de los vínculos más estrechos (art. 2597); la noción de fraude a la ley (at. 2598); las normas de aplicación inmediata del foro y de los terceros Estados (art. 2599); y el reconocimiento de la excepción de orden público internacional (art. 2600).

En cuanto al Capítulo 2 destinado a la *Jurisdicción internacional,* debemos aclarar que la base de competencia reconocida en la Convención de Viena de 1963 es fija

e inamovible. Esta solución, al ser de fuente convencional, primará sobre cualquier otra de las normas nacionales del Derecho internacional privado argentino (art. 2601). Por lo cual, no sería pertinente acudir al art. 2602 sobre foro de necesidad, al art. 2604 sobre litispendencia, al art. 2605 sobre acuerdo de elección de foro, o la prórroga expresa o tácita de competencia del art. 2607. Rige en cambio, el art. 2610 sobre igualdad de trato; el art. 2611 sobre cooperación jurisdiccional internacional; y el art. 2612 sobre asistencia procesal internacional.

Examinemos, en consecuencia, el art. 2657 que regula específicamente la cuestión de la responsabilidad civil, el que consigna que:

> *excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el Derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil, es el del país donde se produce el daño, independientemente del país 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 en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país al momento en que se produzca el daño, se aplicará el Derecho de dicho país.*

Adviértase entonces, que de no estar vigente el Tratado de Montevideo de 1940, las soluciones que pueda llegar el magistrado ante demandas provenientes de diferentes países, serán distintas, porque serán diferentes las fuentes normativas a las que deberá acudir (convencional o nacional) ya que, de no haber Convención aplicable, deberá acudirse a las normas nacionales del Derecho internacional privado argentino, que toma en cuenta la ley del lugar del daño sufrido y no la ley del lugar de origen de la conducta.

3) Reconocimiento extraterritorial de las sentencias

En este tramo, ya no deberá analizarse el Derecho argentino, sino que cobra primacía la aplicación del Derecho uruguayo y la contemplación de sus intereses. El art. XII está dedicado a determinar los efectos extraterritoriales de la sentencia que dicte el tribunal competente en la esfera internacional. A esos efectos declara que la sentencia

> *será reconocida en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, a menos que: a) la sentencia se haya obtenido mediante fraude, b) no se le haya dado a la parte contra la que se dicte la sentencia, la posibilidad de presentar su causa en condiciones equitativas; c) la sentencia sea contraria al orden público de la Parte Contratante en la que se gestione el reconocimiento o no se ajuste a las normas fundamentales de la Justicia.*

Como puede advertirse, si bien la Convención de Viena de 1963 declara enfáticamente la eficacia extraterritorial de la sentencia que dicte el magistrado internacionalmente competente, en el caso en estudio (un accidente nuclear producido en Argentina), la propia Convención proclama tres causales de rechazo a la circulación internacional del fallo del juez argentino. Veamos cuáles son.

- ***la presencia de un fraude***. Existen dos tipos de fraude, el fraude simple, cuando el punto de conexión se realiza aparentemente, pero en realidad no se produce; se parte entonces de una mentira, y dado que el punto de conexión es aparente, no podrá aplicarse la ley que dicha conexión indique. Pero hay otro fraude, denominado "fraude a la ley", que solo tiene relación con las normas formales o indirectas de Derecho internacional privado. Acontecida esta hipótesis, el interesado traslada verdaderamente su domicilio al Estado A pero con el fin de tornar aplicable la ley de A. (…) El punto de conexión se ha realizado, pero no espontáneamente, sino mediante una maniobra de los interesados para obtener la aplicación de una ley más beneficiosa a sus intereses. Estas maniobras pueden realizarse con muchos puntos de conexión".[51]

En el presente tema, pensamos que el legislador convencional ha aludido a este último tipo de fraude, pues de lo contrario atacaría el fondo de la sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada e, implicaría, una revisión de la solución del pleito, algo que en Uruguay se considera inadmisible. Como se ha mencionado, tanto Argentina como Uruguay han ratificado la *Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado* de 1979, que en su art. 6 regula el fraude a la ley en los siguientes términos:

> *no se aplicará el Derecho extranjero de un Estado Parte cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.*

Uruguay ha formulado una especie de "reserva-declaración" respecto de este art. 6, rechazando la posibilidad de interposición de esta excepción en base a una aludida vocación internacionalista que propicia favorecer en la mayor medida de lo posible, la circulación de la sentencia con efectos extraterritoriales. De todos modos, Uruguay no rechazó totalmente la excepción de fraude a la ley sino que la aceptó únicamente en dos casos: a) cuando la utilización del fraude a la ley pueda perjudicar los intereses del Estado y no ante el perjuicio que puedan sufrir las relaciones puramente privadas; y b) cuando se actúe contra las normas de aplicación inmediata del foro receptor de la sentencia extranjera, algo que va de suyo, pues en tal caso no ha funcionado la regla de conflicto.[52] Partiendo de estos dos supuestos, es probable en consecuencia, que la sentencia dictada en Argentina pueda no tener efectos en Uruguay con referencia a un accidente nuclear.

- ***la afectación del orden público internacional de Uruguay***. La misma Convención sobre normas generales regula igualmente la excepción de orden público internacional en el art. 5. Se encuentra redactada de la siguiente manera:

51 Alfonsín, Quintín. (1982). P. 164 y 165. Santos Belandro, Ruben (2015). P. 125 y ss.

52 Santos Belandro, Ruben (2015). P. 141, donde se abunda en las características de esta "reserva-declaración".

> *la ley aplicable por una Convención de Derecho internacional privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público.*

Uruguay también ha realizado una declaración interpretativa de la mencionada disposición, a través de la cual adopta una interpretación restrictiva de la excepción ya que solo puede interponerse si la solución judicial adoptada ofende "normas y principios esenciales del orden público internacional en los que cada Estado asienta su individualidad jurídica". Además, del hecho de que la aplicación de la ley extranjera debe ofender "en forma concreta, grave y manifiesta" a los mencionados principios.[53] De lo dicho cabe deducir que serán excepcionales las hipótesis de aplicación de la excepción de marras. Una de ellas será la que expondremos a continuación, la otra cuando las disposiciones de la Convención se aplican discriminadamente por razones de nacionalidad, domicilio o residencia (art. XIII).

- ***el irrespeto a los principios y reglas del debido proceso***. Corresponde reproducir la literal b) del art. XII, que dice así:

> *b) (que) no se le haya dado a la parte contra la que se dicte la sentencia, la posibilidad de presentar su causa en condiciones equitativas.*

Esta literal bien puede ser considerada redundante al día de hoy, por cuanto es opinión generalizada en doctrina, que el respeto al debido proceso forma parte del orden público internacional (o auténticamente internacional).

- ***Prohibición de interponer la inmunidad de jurisdicción***. la competencia del tribunal internacional (en el caso, el argentino, no podrá tener obstáculo alguno en su ejecución pues la Convención afirma que "queda prohibido alegar inmunidad de jurisdicción" para oponerse al cumplimiento de la sentencia extranjera (art. XIV).

- ***exoneración del procedimiento intermedio o exequátur***. Como señala el numeral 2, la sentencia definitiva mencionada tendrá fuerza ejecutiva "*como si se tratase de una sentencia dictada por un tribunal de esa Parte Contratante*", lo cual, a nuestro entender, la exime del trámite del exequátur. Y de conformidad con el numeral 3, la sentencia tiene efectos de cosa juzgada, lo que impide la iniciación de un nuevo pleito sobre el fondo. Respecto de aquellas cuestiones no reguladas por la Convención de Viena de 1963, podrían perfectamente aplicarse las disposiciones de la *Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros* de 1979.

Algunas apreciaciones finales

1) Todos estamos subsumidos en una sociedad de riesgo, cualquier actividad humana genera peligros, de los cuales algunos podemos evitar con nuestra propia conducta. Pero hay otros, denominados "riesgos globales", que escapan en su mayoría, al dominio individual, y la humanidad en su conjunto debe buscar formas de minimizar su producción, sin poder llegar en algún momento, a su eliminación total.

53 Santos Belandro, Rubén. (2015). P. 89 y ss.

2) Las sociedades actuales han aceptado este tipo de situaciones, las consideran no necesariamente normales, porque no lo son, ante las consecuencias altamente destructivas que pueden originar, pero sería el precio a pagar para el desarrollo de una economía cada vez más potente, que podría traer un mejor modo de vida para todos.

3) Es así que, ante un evento molesto, imprevisible, pero sobre todo incalculable por sus efectos destructivos, las personas se parapetan detrás de dos principios:

a) quien sea beneficiario de esa actividad riesgosa debe pagar los daños que ella provoque, y

b) debe asegurarse una reparación integral a las personas, bienes y medioambiente, por los daños sufridos.

4) Existe un principio de Derecho internacional que confirma el derecho soberano de todo Estado a desarrollar en su territorio, las actividades que libremente determine. Pero también se ha creado un principio paralelo que fomenta la práctica del "buen vecino", que significa que ningún Estado puede permitir en su territorio actividades que dañen a otros Estados. Se trata del principio bastante antiguo *neminen non laedere,* que también rige sobre el plano personal y, muy especialmente, para el caso de los enfermos terminales que desean que la naturaleza prosiga el curso normal sobre su cuerpo enfermo, sin interferencias médicas y familiares. Por ello, quedan excluido totalmente, de principio, que el Estado permita en su territorio prácticas ultrarriesgosas, o sea aquellas donde el peligro ya no es probable y eventual sino seguro y cierto. Esas actividades deben cesar inmediatamente.

5) El establecimiento de plantas nucleares para el suministro de energía eléctrica es una de las posibles soluciones para proveer de energía a una sociedad. Sin embargo, debería adoptarse como una solución de último remedio, por los efectos que produce. Como también ocurre con los recursos fósiles, dándose preferencia a la producción de energía eólica, solar e hidráulica. De darse la inevitabilidad de la instalación de una central nuclear, cabrá extremar las tareas de precaución y prevención, hijas de la prudencia. Precaución significa, percepción o advertencia del riesgo y el convencimiento de que algo hay que hacer. Pero con ello no basta si no se acompaña de prácticas efectivas, las de prevención. Una (la precaución), es la toma de conciencia, la otra (la prevención) es la ideación, diagramación de aquellas actividades que tratarán de disminuir lo más posible el riesgo aceptado. Como hemos mencionado más arriba, se trata de una responsabilidad a largo termino, tanto frente al entorno como a las generaciones futuras que, incluso, heredarán los desechos nucleares de la producción de esta energía. No es tanto el tipo de actividad lo que debe ser tomado en cuenta sino la amplitud del perjuicio.[54]

6) El Derecho nuclear es entendido como "conjunto de reglas jurídicas específicas, que regulan las consecuencias sociales de los fenómenos físicos de liberación de energía por fisión, fusión u otras transformaciones de los núcleos atómicos, comprendida la

54 Medina Bolívr, Rocío. (1995). P. 60.

energía de las radiaciones ionizantes, cualquiera que fuere su fuente".[55] Sin embargo no es suficiente acceder o limitarse a la aplicación de tal rama del Derecho para atender una tragedia nuclear, sino que parece necesario la intervención del Derecho internacional público, del Derecho administrativo internacional, del Derecho del medioambiente, del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional privado. Este último regulando los conflictos normativos entre autoridades y entre Estados, que deberían cooperar para su solución o minimización. El carácter innatamente transfronterizo del problema impide realizar un enfoque puramente nacional. Incluso se ha considerado que la presencia de un *soft law,* a través de un Código de ética mundial para esta actividad, sería conveniente para asegurar una gobernanza global del problema.

Por tanto, debemos asumir la consideración de una "miscelánea" normativa (si cabe la expresión), la que debe ser coordinada, en aras del objetivo común, que es proteger a las personas ubicadas en una situación no solo de debilidad sino de vulnerabilidad. Por tanto, no consideramos válida la oposición que plantea Gaudemet-Tallon, entre la justicia conflictual y a la justicia material y la pregunta que formula, de si podemos servir a dos patrones a la vez, ya que implica forzar una situación que no demanda tal dilema. Una postura tal, parte de la base de que uno de los dos sistemas debe predominar o vencer; sin embargo, no es aceptable un único patrón absoluto, ante un problema tan complejo y doloroso, teniendo en cuenta los alcances que tocan a la propia Humanidad. Ciertamente, cada Derecho será apto para actuar en algunos campos y otros lo serán en otros, por lo que habría pensar más bien en una internormatividad y la forma de llegar a ella.[56] Como señala Beck, en tales casos hay que "tratar al globo como si hubiera un solo cuerpo mundial, en lugar de una plétora de naciones independientes".[57]

7) Para un mejor tratamiento del tema, hemos procedido a dividirlo en este trabajo en tres etapas: aquella previa al accidente; la siguiente, cuando el accidente acontece; y la última, la más dolorosa y compleja, por la concreción de sus efectos y por la dispersión geográfica de los mismos. Hemos percibido que, en la primera etapa, donde rigen indiscutiblemente los principios de precaución y de prevención, cada Estado (sin diferenciar a Estados propiciadores y Estados proscriptores de la energía atómica con fines pacíficos) se han volcado a la redacción de normas materiales o sustantivas. ¿Qué objetivo tienen? Pues, comenzar por definir los principales conceptos relacionados con la actividad nuclear donde cabe una sola interpretación, luego la consagración de ciertos principios, para seguir más adelante,

55 El Rherabie, Assia. (2018). P. 19.

56 Gaudemet-Tallon, Hélène. (2009). P. 263. Más bien, la autora parece darle preferencia a la regla de conflicto en cuanto examina aquellas situaciones donde su aplicación podría verse descartada. Formulando la siguiente reflexión final: "se concluye que el Derecho internacional privado de la responsabilidad delictual no puede ser indiferente a la tendencia del Derecho en general de querer proteger mejor los intereses de la víctima, sin embargo, no debe olvidar su preocupación primera, que es su vocación de reparto de competencias entre órdenes jurídicos. El reparto objetivo de las competencias judiciales, la neutralidad de la regla de conflicto de leyes queda, a nuestro entender, como principios primeros en Derecho internacional privado. La centralidad de la víctima, no deberá desconocer el objetivo primero de la disciplina, la de un reparto objetivo de leyes y de jurisdicciones". P. 279.

57 Evans, Fred. (2020). P. 21.

con el nombramiento de las Autoridades Reguladoras y de aquellas autoridades públicas y privadas con competencia para desarrollar las tareas de control, evacuación y sanidad que, reconozcamos, serán extremadamente complejas en una situación social que puede volverse caótica, al desmadrarse. Es necesario no solo empoderar a organismos, sino que tal actitud debe ir acompañada de una profunda cultura social ante el riesgo nuclear, propio (si se tiene una instalación) o ajeno (si no se tiene).

Una vez producido el accidente (segunda etapa), debe existir una cooperación estrecha entre el Estado del accidente y los Estados afectados. La transparencia del primero es esencial o fundamental para salvar vidas o protegerlas de los daños. Todo parece que los medios de cooperación judicial no serían los más adecuados para la tragedia, y deberían implementarse formas de cooperación directa entre las autoridades especializadas de cada país, entre los Estados por vía directa o por medios diplomáticos. A cada Estado se le planteará un duro *tour de force:* suministrar yodo y otras atenciones sanitarias, trasladar contingentes importantes de población, darles alojamiento provisorio y comida, suministrar medios de transporte para tamaños desplazamiento, evacuación del ganado, todo en un tiempo record. Sería un verdadero éxodo, esta vez ecológico. Pero ¿hacía donde desplazarse si todo el país resulta contaminado?

Para resolver la indemnización de todos los daños asumirá competencia internacional (en la tercera etapa), un único juez y se aplicará una sola legislación, consagrándose de este modo, un paralelismo entre *fórum* y *jus.* La solución es ingeniosa: evita la proliferación de jurisdicciones, pero no podemos decir lo mismo respecto de la variedad de leyes que resultarán aplicables por cuanto la Convención de Viena de 1963 comprende en el Derecho aplicable no solo el Derecho de fondo sino el Derecho internacional privado del ordenamiento en el que está inmerso el juez competente. Ello hace que sean aplicables las normas nacionales de Derecho internacional privado, lo que impediría adelantar para cada caso, cual podría ser el fundamento legal de la decisión del magistrado, conspirando contra la certeza jurídica.

Sin duda que, desde el punto de vista del Derecho procesal, agilita y uniformiza la presentación de las demandas (no del proceso en sí, que merecería la creación de una sede judicial expresa para atender con justicia los reclamos que se interpongan) y, adicionalmente, asegura que la sentencia de condena al pago de una suma de dinero líquida y exigible, o a una obligación de hacer o de no hacer, tenga efectos extraterritoriales sin necesidad de recurrir al exequátur. De trasfondo se halla vigente un Derecho procesal internacional abundantemente regulado entre los dos países. Como decíamos al comienzo, el viejo *Tratado de Derecho civil internacional* de 1940, consagró la responsabilidad del que realiza el acto, desde una concepción de castigo por el hecho ilícito, lo cual coincide, sorprendentemente, con la proporcionada por la Convención de Viena de 1963. De todos modos, se ha pensado en la gobernanza basada en un sistema que reconoce una variedad de fuentes jurídicas, de origen público y privado, debido a la propia insuficiencia de la Convención citada, por cuanto ésta se centraliza en el accidente y desestima la prevención, pero también

porque la aproximación de todos los involucrados favorecerá la disminución de los riesgos.

8) Del examen de las tres etapas reunidas, llama la atención el inevitable protagonismo que adquieren los Estados en el manejo del problema, su presencia se vuelve inevitable y, no hay inconveniente en afirmar que es la más apropiada. Por tanto, la tantas veces criticada presencia del Estado en los asuntos privados, y la propia declinación del Estado como rector social y político, en esta hipótesis, parece fuera de lugar. Sin la presencia de los Estados interviniendo en un incidente o accidente nuclear, todo podría ser mucho peor.[58]

9) Argentina comenzó a transitar por el desarrollo de la energía nuclear desde hace, por lo menos, 70 años. Cuenta con varias instalaciones nucleares en su territorio, se ha preocupado por dominar el conocimiento de la fisión y fusión atómica creando centros universitarios; aliándose con otros países para fortalecer su desarrollo independiente y el aprovechamiento de los recursos propios de uranio. Ha tenido una política inteligente con resonancia internacional, actuando en consonancia con el OIEA, lo que ha merecido que dicho organismo haya tenido un presidente argentino. Y ha exportado conocimientos e instalado centrales nucleares en diversos países.

Pero nada de eso es suficiente. El riesgo de un incidente o accidente nuclear estará siempre omnipresente, dado que se trata de una actividad riesgosa y muy perjudicial para los humanos y el medioambiente. El riesgo nuclear no reconoce fronteras.

10) Uruguay, país hermano, con un origen histórico común, detenta una extensa franja fronteriza con Argentina y se vería expuesto a graves perjuicios si en un malhadado día, ese accidente nuclear llega a producirse, tomando en consideración la distancia de la central nuclear de Atucha con la costa uruguaya, de solo 70 klms. La posibilidad de la instalación de una nueva central nuclear en dicho complejo (la número V), genera una legítima preocupación, pues algunas ONG han manifestado que no goza de antecedentes, ni en el propio país exportador de la tecnología, la República Popular China.

¿Qué puede hacerse? De acuerdo al Derecho internacional no es posible oponerse a su construcción. Queda entonces crear o acrecentar vías estrechas de comunicación en información sobre las características y la marcha de la construcción, así como sobre la renovación de las otras centrales, ya vetustas. Ante la hipótesis de que un daño nuclear efectivamente se materialice, la prioridad debe ser que la preservación de la vida y de la salud humanas no se vean perjudicadas, o lo sea dentro de límites tolerables. La implantación pues, de medidas rápidas y eficaces. Un desastre nuclear en el complejo nuclear de Atucha, podría significar la inviabilidad de un pequeño país como Uruguay. Así de simple.

58 Salmon señala la ausencia de una alternativa creíble. (2010) p. 40 y ss. Por su parte Chemillier-Gendreau (2011) p. 39, en su Conferencia Inaugural concluye que no se trata aquí de hacer desaparecer a los Estados, los cuales corresponden a comunidades políticas a menudo antiguas y sólidas. Lo que sostengo es que es inútil ponerles el traje ridículo de la soberanía. Los Estados son un cierto escalón de manifestaciones del vínculo político. Hay otros más amplios y otros menos amplios. Esas comunidades deben poder combinarse entre sí sin excluirse. El Derecho internacional debe encontrar otro fundamento que el de una delegación de las soberanías". Ver igualmente, Santos Belandro, Ruben (2013) y también del mismo autor (2002).

JURISPRUDENCIA

Comentarios

LA PETICIÓN DE NULIDAD COMO ÚNICO RECURSO CONTRA EL LAUDO ARBITRAL: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2020

APPLICATION FOR SETTING ASIDE AS EXCLUSIVE RECOURSE AGAINST ARBITRAL AWARD: REFLECTIONS CONCERNING THE SUPREME COURT RULING, PASSED ON SEPTEMBER 14, 2020

Felipe Montero Rafols[1]

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la sentencia de la Corte Suprema, de 14 de septiembre del 2020, que declara que la apelación deducida en contra de una sentencia arbitral dictada con fecha 2 de agosto de 2019 es admisible, invalidando de oficio dos resoluciones en sentido contrario dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago. Se busca dilucidar si el razonamiento del máximo tribunal, conforme al cual las partes se encuentran facultadas para alterar, en ejercicio de su autonomía, el régimen recursivo de la Ley N°19.971, se adecúa a los estándares aplicables en la materia.

Palabras Clave: *arbitraje internacional, laudo, nulidad, recurso, apelación, sede arbitral.*

ABSTRACT

This paper analyzes the Supreme Court ruling, passed on September 14, 2020, which declares that the appeal against the arbitral award handed down on August 2, 2019 is admissible, invalidating two resolutions dictated by the Court of Appeals of Santiago. It seeks to elucidate whether the reasoning of the highest court, according to which the parties are allowed to alter the recursive regime of Law No. 19,971, is consistent with the applicable standards in the matter.

Keywords: *international arbitration, arbitral award, nullity, recourse, appeal, seat of arbitration.*

I. ANTECEDENTES

Ante la Cámara de Comercio de Santiago se presentó solicitud de inicio de arbitraje comercial internacional, procedimiento que culminó con la sentencia definitiva dictada por el tribunal arbitral con fecha 2 de agosto de 2019. El laudo fue impugnado por la demandante mediante recurso de apelación, arbitrio que el tribunal *a quo* tuvo por interpuesto, para luego concederlo y elevar los antecedentes

1 Egresado de Derecho de la Universidad de Concepción.

al tribunal de alzada. La Corte de Apelaciones de Santiago lo declaró inadmisible, argumentando que, tratándose de un arbitraje comercial internacional, resultaban aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.971 (en adelante, LACI), cuyo artículo 34 dispone que contra un laudo arbitral sólo puede recurrirse mediante petición de nulidad, de modo que, sin perjuicio de lo acordado por las partes, la apelación no puede ser admitida a tramitación.

Dicho pronunciamiento fue objeto de un recurso de reposición, el cual fue desestimado mediante resolución de fecha 12 de febrero de 2020. En contra de esta última, la recurrente interpuso recurso de queja.

En el fallo que es objeto del presente análisis, dictado en causa Rol N° 19.568-2020, la Corte Suprema rechazó el recurso de queja interpuesto en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, al estimar que no incurrieron en ninguna de las conductas que la ley reprueba. Sin embargo, actuando de oficio, invalidó lo resuelto por la Corte de Apelaciones y declaró admisible la apelación deducida en contra del laudo.

II. ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA

A continuación, se reproducen, en sus partes relevantes, los principales considerandos del fallo en comento:[2]

5°. - Que, siendo la cláusula compromisoria, independientemente de su naturaleza institucional, doméstica o internacional, de carácter consensual, el sentenciador debe tener en consideración la intención de las partes al contratar y su comportamiento posterior (...).

6°. - Que, recogiendo este concepto de la buena fe procesal, en tanto los litigantes no pueden ir en contra de sus propias actuaciones, no es posible soslayar que al momento de suscribir la cláusula compromisoria las partes determinaron que cualquier conflicto sería sometido a arbitraje, el que se regiría por el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, sin aludir a la Ley N° 19.971.

Por otra parte, en las bases del presente arbitraje establecieron que este se sujetaría al citado reglamento, los Estatutos del CAM y, en lo no previsto, a la voluntad de las partes, sin perjuicio de que supletoriamente se aplicarían las normas del Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales, sin hacer mención, nuevamente, a la Ley N° 19.971.

Cabe también destacar que en lo relativo a los recursos los comparecientes, libre y voluntariamente, establecieron que "*respecto a la sentencia definitiva se estará a lo establecido en la cláusula arbitral, esto es, serán procedentes los recursos de apelación y casación en la forma*".

2 Corte Suprema, 14 de septiembre de 2020, Rol N° 19.568-2020.

7°. - Que, en estrados, los litigantes dieron cuenta que posteriormente, con ocasión de otros conflictos que se suscitaron a raíz del mismo contrato de compraventa de acciones, modificaron los términos de sus Bases del Procedimiento, eliminando la procedencia del recurso de apelación. Esta circunstancia revela que después de un mayor análisis se estimó necesario adecuarlas a la Ley N° 19.971 pero, para los efectos de este juicio, en su inicio y tramitación consideraron como mecanismo válido de revisión el recurso de apelación; en otras palabras, no se había contemplado como alternativa recursiva válida el recurso de nulidad especial contemplado en la citada Ley.

Entenderlo de otro modo atentaría contra el principio de la buena fe procesal, que recoge como uno de sus elementos él no ir en contra de las propias actuaciones que los litigantes han desplegado durante el juicio (…).

8°. - Que, al declararse inadmisible el recurso de apelación deducido en autos en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal arbitral, se privó a uno de los litigantes del mecanismo de revisión que los contratantes expresamente habían estipulado. En este punto no es posible soslayar que nuestro sistema procesal consagra la existencia de diversos principios que pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer su revisión, mismo que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso (…).

Corte Suprema, 14 de septiembre de 2020, Rol N° 19.568-2020.

III. COMENTARIO

Más allá de las consideraciones trazadas por la Corte Suprema en torno a las nociones de buena fe procesal, teoría de los actos propios y derecho al recurso, este autor considera que una adecuada resolución del caso en comento pasa por responder tres preguntas elementales: (1) ¿cuál es la naturaleza del arbitraje en cuestión?; (2) ¿cuál es la ley aplicable al arbitraje?; y (3) ¿pueden las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, alterar el régimen recursivo contemplado en dicha normativa?

1. ¿Cuál es la naturaleza del arbitraje?

No parece necesario referirse en este punto al carácter voluntario del arbitraje, cuestión que desarrolla latamente el fallo en comento, como si se ignorara que el instituto arbitral es por naturaleza consensual y que la figura del arbitraje forzoso es excepcional e idiosincrática. Tampoco resulta pertinente entrar a discutir si se está o no en presencia de un arbitraje administrado y de derecho, rasgos que fácilmente se desprenden del tenor literal de la cláusula compromisoria, o si la disputa sobre la que versa el procedimiento puede ser calificada de comercial, atendida la noción amplísima de dicha voz y que al día de hoy comprende "cualquier actividad económica desarrollada con fines de lucro por entes privados".[3] En realidad, la discusión se

3 Puga, Juan, "Mercantilidad y el Arbitraje Comercial Internacional", en: Picand, Eduardo (Ed). Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed., p. 415.

circunscribe a solo una de las categorías en que se suele subsumir la figura, y que atiende a su internacionalidad. El *quid* del asunto radica pues en dilucidar si el arbitraje controvertido es de carácter doméstico o internacional.

Curiosamente, y pese a que la recurrente fundó su reposición en que no se está en presencia de un arbitraje comercial internacional, la Corte Suprema evita pronunciarse sobre el punto. No se pretende conocer las razones que existen detrás de dicha omisión, mas no es posible soslayarla. Al fin y al cabo, la declaración, ajustada a derecho, de que el citado procedimiento corresponde a un arbitraje nacional, hubiese bastado para dar por cerrado el asunto: no está discutida, en el ámbito doméstico, la procedencia del recurso de apelación, particularmente en el caso de los árbitros de derecho y mixtos.[4] Estimo, sin embargo, que semejante declaración hubiese resultado difícil de conciliar con los antecedentes fácticos y jurídicos a considerar.

En el decir de Sandoval, "*el arbitraje es internacional cuando se refiere a litigios surgidos o que surjan en relaciones jurídicas cuyos elementos no se vinculan en su totalidad a un único derecho nacional*".[5] Los factores a considerar son muchos y pueden variar según la normativa aplicable,[6] pero los lineamientos de la CNUDMI han permitido alcanzar un cierto grado de uniformidad en la materia. Así, el artículo 1.3 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, LMA), que fuera incorporado en forma textual al ordenamiento jurídico chileno a través de la LACI, enumera una serie de "causales de internacionalidad", de modo que el arbitraje es internacional si cumple con alguna de ellas.[7] En particular, el artículo 1.3.a prescribe que, si las partes tienen, al momento de pactar el arbitraje, establecimiento en Estados diferentes, el arbitraje es internacional.

No es controvertido que, al momento de celebrarse el contrato que liga a las partes, la recurrente fijó su domicilio en México, lo que a juicio de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago basta para dar por configurada la causal del artículo 1.3.a de la LACI. La recurrente, en cambio, arguye que las partes son chilenas y, como sociedades, están constituidas en Chile. Procede a descartar también la causal del artículo 1.3.b, por ser Santiago el lugar del arbitraje, y del artículo 1.3.c, por no haberse convenido que la cuestión objeto del acuerdo arbitral concerniera a más de un Estado. El arbitraje en comento sería, en consecuencia, uno de carácter nacional.

Hasta aquí el tema es discutible, toda vez que, de acuerdo a la jurisprudencia del máximo tribunal, para que un caso tenga carácter internacional, debe contener un elemento extranjero relevante, esto es, importante o significativo.[8] En sintonía con lo anterior, se ha entendido que el vocablo "establecimiento", que emplea el

4 Delgado, Jordi; Vásquez, María, "El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral chileno", Revista Derecho del Estado, 2020, Nº 45 (enero-abril), p. 197.

5 Sandoval, Ricardo, Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional: análisis de la ley N° 19.971 de 29 de septiembre de 2004 sobre arbitraje comercial internacional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1° ed., p. 16.

6 Betancourt, Julio, El contrato de arbitraje internacional, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 38.

7 Mereminskaya, Elina, Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo, Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, 1° ed., p. 10.

8 Ossa, Felipe; Zamora, Rosana, El arbitraje internacional en la jurisprudencia, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 18.

artículo 1.3.a de la LACI, hace referencia al lugar en que habitualmente se ejerce una actividad, lo que supone la existencia de un vínculo real de índole productivo o económico.[9] Esto último parece ser precisamente lo que refuta la recurrente, y es una lástima que la Corte Suprema dejase pasar la oportunidad de aclarar el punto, más aún cuando su propia sentencia da cuenta de dos antecedentes que, sin ser concluyentes, favorecen la tesis informada por la Corte de Apelaciones de Santiago: en primer lugar, que con ocasión de otros conflictos que se suscitaron a raíz del mismo contrato, los litigantes modificaron los términos de las Bases del Procedimiento para adecuarlas a la LACI, eliminando la procedencia del recurso de apelación; y segundo, que desde un comienzo las partes pactaron que la normativa aplicable a la conducción del procedimiento sería el "Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional" del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante, CAM), lo que hace presumir que las partes estaban conscientes y conformes con la internacionalidad de la relación jurídica.

2. ¿Cuál es la ley aplicable al arbitraje?

Asumiendo que se trata de un arbitraje internacional, conclusión que parece compartir la Corte Suprema, dado que, en caso contrario, su extenso razonamiento resultaría insustancial, es necesario determinar la ley aplicable al arbitraje, la *lex arbitri*. Para ello, se debe estudiar la sede del mismo.

La sede arbitral es un concepto estrictamente jurídico,[10] en cuanto corresponde al lugar en que se entiende domiciliado el arbitraje, ya sea porque así lo han pactado las partes o porque el tribunal arbitral, en subsidio, lo ha instituido. No implica, en otras palabras, un vínculo "espacial" o "territorial", sino que uno de naturaleza eminentemente jurídica, entre el arbitraje y un derecho estatal.[11] Así las cosas, es perfectamente posible que las actuaciones y diligencias del procedimiento se lleven a cabo en otros sitios, distintos de la sede. Clarificar el punto resulta indispensable, pues es frecuente que se confundan las nociones de "sede" y "lugar": la misma LMA emplea esta última expresión para referirse a la primera, imprecisión que ha heredado la LACI.

La elección de la sede arbitral es una mención facultativa del acuerdo de arbitraje, en tanto su omisión no acarrea la invalidez o ineficacia del mismo, pero no cabe duda que se trata de uno de los aspectos más relevantes a considerar al momento de su redacción,[12] atendidas sus importantes consecuencias jurídicas. En lo que atañe a esta presentación, la elección de la sede arbitral determina, entre otras cosas, los tribunales estatales que excepcionalmente pueden intervenir para auxiliar a los árbitros en el desempeño de sus funciones y, al menos en parte, las normas jurídicas

9 Vásquez, María, Tratado de Arbitraje en Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2018, p. 731.

10 Vásquez, María, "Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección", Revista Chilena de Derecho Privado, 2011, Nº 16 (julio), p. 80.

11 Silva, Eduardo, "La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, 2003, Año II, N° 4, p. 94.

12 Betancourt, op. cit., p. 148.

que gobiernan el procedimiento.[13] Es lo que se denomina la *lex loci arbitri*, ley del lugar del arbitraje, y que, por regla general, viene a configurar el marco normativo aplicable al arbitraje en cuestión, es decir, la *lex arbitri*, sin que sea necesario para ello que las partes hagan referencia expresa a la misma. Ello no obsta, por cierto, a que las partes modifiquen, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el régimen jurídico que rige el asunto, eligiendo al efecto un reglamento institucional o diseñando sus propias reglas procedimentales. Sin embargo, el grado de libertad del que gozan las partes dependerá, en gran medida, de la misma *lex loci arbitri*. De ahí la importancia de esclarecer la cuestión de la sede.

De la lectura de la cláusula compromisoria se desprende que las partes, al momento de contratar, no escogieron en forma explícita una sede arbitral, limitándose en cambio a elegir una institución a cargo de la administración del procedimiento, el CAM. Que dicha institución se encuentre radicada en Santiago, Chile, puede interpretarse como un indicio de que las partes convinieron que dicha localidad fuera la sede, criterio que se ha utilizado en alguna ocasión en la jurisprudencia internacional.[14] No obstante, es perfectamente posible que se escoja una determinada institución para el solo efecto de conducir un arbitraje que se llevará a cabo en una sede completamente distinta a la de su domicilio. Más decisiva resulta en cambio la manifiesta voluntad de las partes de someterse al ordenamiento jurídico chileno, según consta de las bases del compromiso, puesto que, como se ha adelantado, la sede se define precisamente como un vínculo de naturaleza jurídica entre el arbitraje y un derecho estatal. En todo caso, de los hechos de la causa se infiere que todos los intervinientes en el procedimiento arbitral están contestes en que éste tiene su domicilio jurídico en Chile. Lo han afirmado: la recurrente, para renegar de la causal del artículo 1.3.b de la LACI; la recurrida, al pretender que se aplique dicha ley para declarar la improcedencia del recurso de apelación; e incluso el tribunal arbitral, al tener por interpuesto dicho recurso, para luego concederlo y elevar los antecedentes a un tribunal de la sede, la Corte de Apelaciones de Santiago.

Habiendo establecido que la sede del arbitraje controvertido es, precisamente, Santiago de Chile, resta dilucidar si las partes se encuentran facultadas para alterar el régimen especial legal que gobierna la materia, y en qué medida. Pues bien, aunque la LACI consagra en buena medida la autonomía de la voluntad, no es menos cierto que establece claros límites a su ejercicio, sobre todo en vista del principio de territorialidad que infunde su articulado, y que decreta una suerte de nacionalización del arbitraje conforme al lugar en que se desarrolla.[15] En efecto, y como se ha adelantado, la regla general es que la *lex arbitri*, el derecho que gobierna al arbitraje, sea la *lex loci arbitri*, la ley de la sede arbitral. La prevención es necesaria en tanto existen jurisdicciones, como la francesa, que han acogido y desarrollado la teoría de la "deslocalización" del procedimiento arbitral, en cuya virtud es posible que las partes

13 Silva, op. cit., p. 95.

14 Tal fue el criterio aplicado por el Alto Tribunal de Singapur en FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others, [2014] SGHCR 12.

15 Picand, Eduardo, Arbitraje comercial internacional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1° ed., T. I, p. 149.

convengan la aplicación de una *lex arbitri* distinta a la que correspondería según la sede. Sin embargo, tal determinación resulta improcedente en aquellos países que, como Chile, han adoptado el esquema de la LMA,[16] atendido el contenido de sus artículos 1.1, 1.2 y 19. En otras palabras, la aplicación de la LACI ha de prevalecer, en tanto *lex specialis,* cuando se desarrolle un arbitraje comercial internacional con sede en Chile,[17] y la libertad de las partes para convenir el procedimiento a que haya de ajustarse el tribunal arbitral ha de ejercerse con sujeción a lo dispuesto en dicha ley. Irrelevantes resultan entonces las consideraciones de la Corte Suprema en cuanto a que las partes, al momento de contratar, jamás aludieron a la LACI: en tanto norma especial vigente, dicha ley rige el arbitraje, lo quieran las partes o no.

3. ¿Pueden las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, alterar el régimen recursivo contemplado en dicha normativa?

Ahora bien, dentro de los márgenes de la LACI, no cabe duda que las partes gozan de amplia libertad para regular el procedimiento. La gran mayoría de sus normas son más bien disponibles,[18] de modo que el tribunal arbitral debe siempre observar lo dispuesto en la cláusula compromisoria y las Bases del Procedimiento. En este caso, las partes han acordado que el arbitraje se ajuste a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del CAM y, en lo no previsto, a la voluntad de las partes, sin perjuicio de que supletoriamente se apliquen las normas del Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales.

Lo anterior no contraviene el espíritu de la LACI: un arbitraje comercial internacional se encuentra regulado por una "ley general", a saber, la *lex arbitri*, y por una "ley especial", un "*conjunto de reglas más detalladas que tienen por objeto controlar un determinado procedimiento arbitral*".[19] Esta última puede ser, por ejemplo, un reglamento de arbitraje. Tiene plena aplicación en esta materia el principio de especialidad, en virtud del cual la ley especial prevalece, siempre y cuando no se vulneren las normas imperativas de la *lex arbitri*.

Llegamos así al meollo del asunto: el recurso de apelación. Las partes, primero en la cláusula arbitral y luego en las Bases del Procedimiento, han pactado expresamente su procedencia en contra del laudo. ¿Resulta ello compatible con la LACI?

Como bien explica Picand, la autonomía de la voluntad hace excepción en el arbitraje tratándose de las normas que regulan las relaciones entre el tribunal arbitral y la jurisdicción ordinaria.[20] En otras palabras, no pueden las partes extender la competencia que la propia ley otorga a los tribunales chilenos, pues ello pugnaría con un principio que es "esencial para la debida operación de un sistema de arbitraje

16 Mereminskaya, Elina, "Cuando la sede del arbitraje no es el lugar del arbitraje y la lex arbitri no es la ley de la sede", Lima Arbitration, 2016-2017, N° 7, p. 171.

17 Sateler, Ricardo. "Historia de la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional", en: Picand, Eduardo (Ed). Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed., p. 386.

18 Sandoval, op. cit., p. 22.

19 Betancourt, op. cit., p. 157.

20 PICAND, Eduardo, Arbitraje comercial internacional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1° ed., T. II, p. 375

comercial internacional",[21] como lo es la mínima intervención jurisdiccional. La LACI al respecto es bastante clara, al prescribir, en su artículo 5: "*En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga*". Se trata de una disposición que encontró alguna resistencia al momento de discutirse la implementación de la LMA en nuestro país, pero que finalmente se mantuvo por considerarse un "requisito *sine qua non* de un régimen arbitral moderno", de modo que el éxito de la iniciativa legislativa, que buscaba, entre otras cosas, convertir a Chile en una importante sede arbitral a nivel regional, dependía en buena medida del respeto a dicho estándar. El precepto recién transcrito debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 19.1 de la LACI, que restringe la libertad de las partes para regular el procedimiento a los mandatos que contiene la propia ley.

En definitiva, las partes no están facultadas para ampliar el ámbito de competencia de los tribunales ordinarios en el contexto de un arbitraje internacional, opción que inevitablemente desnaturalizaría una institución que, entre otras cosas, debe ofrecer garantías de autonomía en relación a la justicia estatal. Es por ello que la LACI, siguiendo los lineamientos de la LMA, provee una certera regulación del acotado rol que deben desempeñar los jueces ordinarios, procurando respetar, en la medida de lo posible, la concepción del arbitraje como un método de resolución de conflictos en *single shot*,[22] en que una revisión del mérito, como la que se pretende al interponer un recurso de apelación, resultaría contraproducente.

Pese a ello, y haciéndome cargo de las aprehensiones de la Corte Suprema en relación al derecho al recurso, es menester recordar que la LACI contempla un régimen recursivo propio, acorde a las particularidades de la institución que regula, a través del artículo 34, titulado: "*La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral*". Dicha norma, redactada en términos claramente imperativos, señala en su numeral primero: "*Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) de este artículo*". El establecimiento de un medio de impugnación único, extraordinario y de derecho estricto, con causales taxativamente enumeradas que permiten denunciar infracciones graves cometidas en el transcurso del proceso arbitral, sin que se revise el fondo del asunto,[23] viene a salvaguardar el derecho al recurso, amparando el debido proceso,[24] al tiempo que constituye una manifestación más del principio *favor arbitrandum* que inspira a la LACI.

En suma, de la lectura de los artículos 5, 19 y 34 de la LACI, no queda sino concluir que las partes no pueden convenir válidamente la procedencia del recurso de apelación contra el laudo dictado en un arbitraje comercial internacional, teniendo a

21 Sateler, op. cit., p. 386.

22 Delgado; Vásquez, op. cit., p. 205.

23 Vásquez, María, "Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena", Vniversitas, 2018, N° 136. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/136%20(2018-I)/82555137010/

24 Sateler, op. cit., p. 388.

su disposición, en todo caso, la llamada petición de nulidad, único remedio procesal admisible al efecto, como de forma consistente lo ha resuelto la jurisprudencia chilena, observando la importancia de "*dar certeza y estabilidad a la decisión arbitral, impidiendo el ejercicio de acciones que directa o indirectamente pretendan revertir el resultado del proceso arbitral*".[25]

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión del presente análisis, es importante recordar que la LACI no existe en el vacío. No es una regulación aislada, que mire al territorio nacional, sino que apunta al exterior, forma parte de un sistema transnacional que opera al alero de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958. En particular, responde a la necesidad de brindar un marco normativo acorde a estándares y principios latamente desarrollados en la doctrina y jurisprudencia internacionales, con miras a facilitar el intercambio comercial y la resolución de disputas que surjan en el seno de dichas relaciones jurídicas. Pues bien, difícilmente accedería un agente comercial extranjero a someterse a un procedimiento arbitral con sede en Chile si temiera, con justa razón, que sus jueces estatales pueden en cualquier momento inmiscuirse en el litigio.

Sin perjuicio de las razones esgrimidas por la Corte Suprema, que son por cierto muy atendibles, lo concreto es que el fallo pronunciado con fecha 14 de septiembre de 2020 induce al equívoco de pensar que las partes pueden ampliar el régimen recursivo que contempla la ley para el arbitraje comercial internacional, extendiendo la competencia de la jurisdicción ordinaria a cuestiones no previstas por la LACI.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

Betancourt, Julio, *El contrato de arbitraje internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

Delgado, Jordi; Vásquez, María, "El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral chileno", *Revista Derecho del Estado*, 2020, Nº 45 (enero-abril).

Mereminskaya, Elina, *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, 1° ed.

Mereminskaya, Elina, "Cuando la sede del arbitraje no es el lugar del arbitraje y la lex arbitri no es la ley de la sede", Lima Arbitration, 2016-2017, N° 7.

Ossa, Felipe; Zamora, Rosana, *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

25 Ossa; Zamora, op. cit., p. 71.

Picand, Eduardo, *Arbitraje comercial internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1° ed., T. I y II.

Puga, Juan, "Mercantilidad y el Arbitraje Comercial Internacional", en: Picand, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed.

Sandoval, Ricardo, *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional: análisis de la ley N° 19.971 de 29 de septiembre de 2004 sobre arbitraje comercial internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 1° ed.

Sateler, Ricardo. "Historia de la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional", en: Picand, Eduardo (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 1° ed.

Silva, Eduardo, "La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2003, Año II, N° 4.

Vásquez, María, *Tratado de Arbitraje en Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.

Vásquez, María, "Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena", *Vniversitas*, 2018, N° 136. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/136%20(2018-I)/82555137010/

Vásquez, María, "Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, Nº 16 (julio).

2. *Jurisprudencia*

Alto Tribunal de Singapur, 19 de junio de 2014, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*, [2014] SGHCR 12.

Corte Suprema de Chile, 14 de septiempre de 2020, Rol N° 19.568-2020.

Constanza Saavedra Garín[1]

Tribunal: Tribunal Constitucional de Chile
Rol: 7774-2019
Partes: Cecilia Vera Pérez Gacitúa y Cristina Ibars Mayor con Servicio de Registro Civil e Identificación, en Recurso de Protección N° Rol 168.844-2019
Tipo de Recurso: Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad
Tipo de Resultado: Rechazado
Fecha Sentencia: 4 de junio de 2020

RESUMEN

Se interpone ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto al artículo 12 inciso final de la Ley 20.830 que crea el acuerdo de Unión Civil, y además del artículo 80 de la Ley 19.947 en tanto "siempre que se trate de la unión de un hombre y una mujer.", enmarcado en procedimiento de recurso de protección "Vera con Servicio de Registro Civil e Identificación" de la Corte de Apelaciones de Santiago N° Rol 168.844-2019. Finalmente, el requerimiento es rechazado en todas sus partes, sin embargo, mantiene un importante voto disidente.

I. Antecedentes y argumentos constitucionales sometidos al conocimiento del Tribunal

Las requirentes habrían contraído matrimonio en España el 24 de marzo del año 2012 luego de mantener una relación y convivencia desde el año 2015, tanto en España como en Chile, puesto que Cristina Ibars es ciudadana española. Posteriormente comienzan a someterse a un tratamiento de inseminación artificial que resulta exitoso, y cuyo resultado de embarazo todavía se encontraba al presentar el requerimiento por inaplicabilidad.

Al concluir exitoso el tratamiento ambas se dirigen al Servicio de Registro Civil e Identificación en Chile para poder inscribir su matrimonio, cuestión que no ocurrió porque fue inscrito como un acuerdo de unión civil. Sostienen que este acto deja desprovisto a su hijo de la presunción de maternidad del matrimonio y no permite tener por reconocida la maternidad de Cecilia Vera. Frente a esto presentan un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago reclamando la

1 Abogada, ayudante de la Catedra de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

ilegalidad y arbitrariedad de la falta de inscripción de su matrimonio. Este recurso, al momento del requerimiento de inaplicabilidad, se encontraba con tramitación suspendida.

En tanto el requerimiento ante el Tribunal Constitucional (o indistintamente Tribunal) hace alusión a cuatro puntos principales con relación al artículo 80 de la Ley 19.947 y el artículo 12 de la Ley 20.830:

1. La desprotección del sistema jurídico chileno, en tanto la diferencia que hace con las familias matrimoniales conformadas por parejas de distinto sexo y las del mismo sexo, éstas últimas que han celebrado su matrimonio en el extranjero, atentatorio a lo dispuesto por el artículo 1° y artículo 19 n°4 de la Constitución chilena. A mayor desarrollo, el prohibir el reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo atenta contra la protección de la familia como base fundamental de la sociedad, discriminando a cierto tipo de familia.
2. Que esto constituye una discriminación arbitraria únicamente por su orientación sexual, de acuerdo al artículo 19 n°2 de la Constitución.
3. Al negar la inscripción y protección del matrimonio directamente se vulnera el derecho a la identidad de su hijo en común, y con ello la protección a su dignidad puesto que lo priva de nacer en una familia matrimonial compuesta por sus dos madres, vulnerando el artículo 1° de la Constitución y el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del niño.
4. Finalmente señalan que vulnera el mandato y principio de interés superior del niño, reconocido en tratados internacionales suscritos por Chile en aplicación del artículo 5 inciso segundo de la Constitución, pues se le invalida la posibilidad a su hijo de ser hijo matrimonial y niega el reconocimiento legal de la filiación de sus madres.

II. Puntos y temas centrales de la Sentencia que resuelve el asunto

a. Concepto de familia

En razón del estudio de la vulneración al artículo 1 y artículo 19 n°4 de la Constitución Política de la República (o indistintamente Constitución), la sentencia estima que es necesario también implicar el estudio de los conceptos de familia y de matrimonio. En el primer caso, en el considerando DECIMO se refiere al artículo 1° en tanto "*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*", y el supuesto de que, si bien no define qué *tipo* de familia se refiere, supone, a partir de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y considerando la época del origen de la Carta Fundamental, que se refiere a la familia compuesta por *un marido, mujer e hijos*. Reafirma la postura con el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica que señala *"Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta*

Convención.". Sin embargo, señala, en su considerando DÉCIMO SEGUNDO que de todas formas es un concepto que no puede ser cristalizado o estático, pero aun así que dentro de nuestro ordenamiento no es posible modificarlo antojadizamente. Entonces, el Tribunal decide que este concepto se adapta de mejor manera a la situación país y que al mismo tiempo coincide con el *orden público familiar*, por lo que este *es* el concepto de familia que protege nuestro derecho, por lo que otras formas afectivas y de unión no tienen el mismo resguardo.

En lo que respecta a uniones de parejas del mismo sexo, señala que el ordenamiento jurídico les otorga reconocimiento a través del acuerdo de unión civil de la Ley 20.830.

b. El matrimonio

Aunque no estaba contemplado en el requerimiento original, el Tribunal Constitucional estima que está directamente vinculado con las disposiciones que se alegan como discriminatorias. Determina en el considerando DÉCIMO QUINTO que el *orden público familiar* está compuesto por el artículo 1 y 2 de la Ley 19.947, y que de tales disposiciones se desprende que "(…) *constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia, aunque después derive en otros tipos de aquellas (…).* Continúa en el DÉCIMO SEXTO que la autorización legal en el sistema chileno "(…) *no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condena la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva (…).*

Finalmente indica que la responsabilidad de generar nuevas formas de protección es del legislador, no de la judicatura y termina citando un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos referente a la validez y la libertad que cada Estado le otorga a los matrimonios (Orlandi y Otros con Italia, fecha 14 de marzo de 2018 n°132, Corte Europea de Derechos Humanos).

c. El acuerdo de unión civil

Comienza por asimilar el concepto protegido por la Ley 20.830 con la institución del matrimonio, y finaliza con que la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero por personas del mismo sexo, les otorga la seguridad y certeza suficiente con la figura de la unión civil, y que, en el considerando VIGÉSIMO PRIMERO, las normas impugnadas entonces "(…) *en nada afectan la dignidad y la voluntad de las requirentes de hacer familia y ser reconocidas como tal.*

d. Infracción del articulo 19 N°2 de la Constitución

En tanto la igualdad ante la Ley, establece en el considerando VIGÉSIMO SEGUNDO que existe una diferencia arbitraria cuando el precepto respectivo carece de razonabilidad ni de justificación, de modo que tal diferencia es intolerable constitucionalmente.

Del considerando VIGÉSIMO TERCERO, el concepto que debe primar según el Tribunal es el *orden público matrimonial*, por lo que asegura, no se puede aceptar el requerimiento debido a que se deberán aceptar otras figuras contrarias a este orden: "*(…) conduciría a la afectación del orden público matrimonial, cuyas reglas son esenciales y obligatorias para todos los habitantes de la República. Además de aceptarse que dichos preceptos legales originan arbitrariedades, podría ello conducir a extremos intolerables, en relación con legislaciones foráneas que aceptan vínculos matrimoniales sui generis, tales como matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños en países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros;*

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en todo caso, no puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto;".

Para concluir sobre este artículo de la Constitución nuevamente adhiere a la similitud entre el matrimonio y la unión civil, aludiendo que este último tiene un *estatuto bastante completo, similar al matrimonio*, por lo que no existe discriminación para el Tribunal en este sentido.

e. Vulneración del artículo 5 inciso segundo de la Constitución

En particular sobre los derechos del niño, los ordena en dos puntos: primero, a la falta de protección en la identidad de este hijo y su dignidad, y segundo, en la afectación del principio de interés superior del niño.

En tanto su dignidad, la relaciona con las condiciones de vida de este niño y el trato específico hacia aquel, y sostiene que de la lectura del requerimiento en el considerando VIGÉSIMO NOVENO, este niño *desde su gestación ha sido atendido con esmero y cariño,* por lo que presupone que este niño no ha sido ni será vulnerado en dignidad, como además estima que el ambiente familiar es más bien lo determinante en tanto su personalidad y rasgos, y no afecta, en el caso, la determinación de su filiación - en tanto imposible porque, señala, la legislación chilena no permite que una persona tenga dos madres o dos padres (se trata más adelante este punto).

Sobre el interés superior del niño, no advierte el tribunal cómo el Estado podría contribuir a crear las condiciones para que *el niño alcance su mayor realización espiritual y material posible*, de modo que no se vulneraría este principio. Inclusive, señala que aun reconociendo el matrimonio de las madres no implica esto que su filiación podría verse alterada.

III. Consideraciones a la luz de perspectivas actuales del Derecho Internacional Privado

a. Normas de Derecho Internacional Privado con respecto al matrimonio y al matrimonio celebrado en el extranjero en Chile

Es atingente relacionar el área del derecho internacional privado, puesto que éste está encargado de regular las relaciones jurídicas de los particulares, o de los sujetos que actúen como tales, cuando existe en ellas algún elemento internacional[2]. En este sentido, especialmente se preocupa de regular las relaciones personales de quienes contraen matrimonio en el extranjero. En el mundo la existencia del matrimonio tiene una historia diversa y compleja que depende de la cultura, religión y tradiciones como puntos variables, aunque, dentro de la civilización occidental, es un hecho que tradicionalmente se ha considerado éste como el constituido por un hombre y una mujer, celebrado ante algún tipo de autoridad, por ejemplo, en Chile, antes de la Ley de Matrimonio Civil (la ya derogada) el matrimonio era celebrado ante autoridades eclesiásticas, por lo que evidentemente el matrimonio no es una institución estática y que cambia a medida que también cambia la sociedad[3].

El Tribunal Constitucional en considerando NOVENO analiza conjuntamente el concepto de familia y matrimonio, y determina, muy al contrario de la tendencia actual, que la familia se debe entender por la constituida por un marido, mujer e hijos, ya que era la idea imperante de la época de la elaboración de la Constitución actual. Esta idea de familia es una de las concepciones de ésta, en declive y que en ningún caso debiese restringir relaciones afectivas a futuro, puesto que es un concepto esencialmente mutable y cambiante[4]. El mismo Tribunal en el considerando DÉCIMO SEGUNDO se contradice y manifiesta que es posible que el concepto cambie con el tiempo, pero al mismo tiempo delimita el concepto a preconcepciones ya expresadas en la ley nacional y al *orden público familiar*.

Es natural relacionar la familia con el matrimonio, pero es imposible sintonizarlos de tal forma que uno coincida – y conlleve – al otro, al menos ya no es posible en tiempos actuales. Es un hecho que la familia chilena ha cambiado, así lo demuestran las cifras de matrimonios celebrados en el país, el número de nacimientos fuera de esta institución, y un número creciente de cambios sociales en relación[5].

---

2 Ramírez Necochea, M. (2010). Curso Básico de Derecho Internacional Privado. Santiago, Chile: Editorial Abeleto Perrot. p. 7.

3 Pulsticnik, T. (2011). Nueva Ley de Matrimonio Civil ¿y su armonía internacional?. Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p. 8.

4 Becker, S. (sin n°). El concepto de familia en el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Recuperado de: ≤https://www.academia.edu/3080995/El_concepto_familia_en_el_ordenamiento_jur%C3%ADdico_chileno≥ Consultado: 1 septiembre de 2020. pp. 2-6, Obiedo, G. (2015) Familias lesboparentales en Chile reinterpretando el parentesco. Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp.6-25, 100, García N. (2009). El concepto familia en la Constitución. Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p. 20.

5 El año 2016 se registraron 64.431 enlaces; en el 2017, 63.921 y hasta el 30 de noviembre de este año, ya se han celebrado 60.555. La Tercera. [en línea]. Santiago, Chile. 18 de diciembre de 2018. Recuperado de: ≤https://www.latercera.com/nacional/noticia/la-institucion-del-amor-chile-matrimonios-se-mantienen-divorcios-bajan-predomina-la-sociedad-conyugal/449277/≥. Consultado: 3 de septiembre de 2020. Con respecto a los nacimientos, Punto n°47 del voto disidente

Evidente es que la institución del matrimonio contiene elementos que no concuerdan entre todas las naciones, pero no por ello se debe descartar como tal, es decir, existen matrimonios poligámicos, consensuales, igualitarios, entre otros, que son *matrimonios* pero que al mismo tiempo no concuerdan con la idea tradicional de tal[6]. Ante esta situación y la creciente movilidad de las personas en nuestro mundo globalizado, el derecho internacional privado es la rama que se encarga de estudiar la ley aplicable a la celebración del acto, los efectos de éste en otro territorio y los efectos para los contrayentes. Los conectores en juego más comunes son la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual[7], pero también se distinguen entre los requisitos de forma y fondo del matrimonio. En tanto el primero de ellos, el criterio que rige principalmente la materia es *locus regit actum* o el lugar de celebración[8].

El principio antes mencionado tendría un doble sentido, por un lado, los matrimonios en Chile se rigen por la ley chilena puesto que es el lugar de celebración (además amparado en el principio de territorialidad, muy inculcado en las normas chilenas, reflejado en el artículo 14 del Código Civil), y, por otro lado, que los matrimonios celebrados en el extranjero se rigen por la ley del país extranjero. Aunque es una conclusión simplificada y un poco apresurada, con ello podemos entender de una mejor forma como nuestro legislador y nuestros tribunales todavía no dimensionan la complejidad de las relaciones o actos jurídicos que contemplan elementos foráneos, puesto que en nuestro derecho todavía rigen limitaciones localistas y conservadoras.

Dentro de las normas que rigen la institución del matrimonio, uno, de cierta forma, de los *pilares* que han dado forma a este contrato es el artículo 102 del Código Civil, de cuyo texto nos convoca (…) *un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.* Estos requisitos se han estudiado latamente por la doctrina, y de ellos se ha concluido que no deben concurrir todos necesariamente, de lo contrario generaría una situación absurdo en ciertos casos, como por ejemplo caso en que los contrayentes nos vivan juntos o no deseen tener hijos[9].

En particular el artículo 80 de la Ley 19.947 se refiere a los matrimonios celebrados en el extranjero: *Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. (…),* de aquel texto se extrae claramente el principio *locus regit actum,* principio que actúa como regla general para estos casos, sin embargo el legislador agrega (…) *siempre que se trate de un hombre y una mujer.*

---

de la sentencia en cuestión comentada.

6 Ramírez Necochea, Op.Cit., p. 97.

7 Villarroel, G. (2019) Ley aplicable a la celebración y efectos del matrimonio. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año V (5) p. 88. Recuperado de: ≤http://adipri.cl/v1/wp-content/uploads/2017/09/Revista-ADIPRI-2019.pdf≥ Consultado: 28 de agosto de 2020.

8 Loc. Cit.

9 Villar G. (2004). El matrimonio de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno. Gaceta Jurídica. Sin Vol. (293) pp. 28-29 y Pinto, J. (2017). Análisis crítico de la sentencia del tribunal constitucional de Chile, de 3 de noviembre de 2011, en relación al matrimonio igualitario. Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.123.

Ante tal restricción, matrimonios celebrando entre personas del mismo sexo que serían válidos en el país de celebración no lo son en nuestro país, carecen de efectos y no son reconocidos en nuestro país[10]. De esta forma, el legislador mantiene una situación hostil a la libertad de circulación, una clara discriminación - no sólo por la orientación sexual de los contrayentes sino también hacia el *acto mismo* del matrimonio celebrado en el extranjero - y falta a los principios y estándares actuales del Derecho Internacional Privado en general.

b. Orden público Internacional y su relación con la institución del matrimonio

El orden público es un concepto de difícil definición pues depende de varios factores sociales, culturales, políticos en relación a una sociedad en un determinado momento, por lo que debe ser tratado con precaución.

La relación de los conceptos de matrimonio, unión civil y familia debe verse según estándares del orden público pero internacional. Al aplicar un concepto extranjero o foráneo (por ejemplo, el reconocer una institución o contrato desconocido en Chile), tal concepto es restringido en caso de que altere principios básicos del ordenamiento nacional chileno[11]. Por su parte, una parte de la doctrina lo define como el que *constituye un límite a la aplicación de la ley extranjera, y su contenido no corresponde exactamente al que tiene el orden público en el sentido interno (…)*[12].

En la sentencia, el Tribunal insiste en la utilización del término *orden público familiar* u *orden público matrimonial,* así en los considerandos DÉCIMO TERCERO y VIGÉSIMO TERCERO respectivamente, para limitar la intromisión de parámetros extranjeros a la institución del matrimonio chileno. De la historia de la Ley[13] es claro que esa fue la intención del legislador a lo referente del artículo 80 de la Ley 19.947.

A este respecto, sobre este orden público, el Tribunal considera, en el considerando DÉCIMO QUINTO, que está compuesto por el contenido de los artículos 1 y 2 de la Ley 19.947. Este concepto está en realidad se compone por varios principios que protege el derecho de familia principalmente - aunque también se relacionan otras ramas como el derecho sucesorio - dentro del cual podemos encontrar la protección de la familia (como grupo fundamental, la protección a niños, niñas y adolescentes, o la sucesión), del matrimonio (el consentimiento libre y espontaneo, la compensación económica, derecho de alimentos), igualdad entre los cónyuges, igualdad de los hijos, la protección del más débil, entre otros[14].

10 Cornejo, P. (2013). Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil. [en línea]. Revista Tribuna Internacional. Vol. 2 (3) pp. 15-16. Recuperado de: <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/27068> Consultado: 27 de agosto de 2020.

11 Picand, E. (2016). La Ley extranjera y su aplicación en el derecho chileno. Material de apuntes de clases de Derecho Internacional Privado. p. 158

12 Ramírez Necochea, Op. Cit., p. 85

13 Cornejo, Op. Cit., p. 18. Y Segundo Informe en trámite Constitucional del Senado. (2013). Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.947. [en línea]. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5731/> Consultado: 4 de septiembre de 2020.

14 Lepin, C. (2014). Los Nuevos Principios del Derecho de Familia. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado. Sin Vol. (23). pp. 12-13. Recuperado de: <http://rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/120/107> Consultado: 5 de septiembre de

Sin embargo, si bien el *matrimonio* de por sí está protegido por nuestro derecho, su concepto no es estático, lo que implica, más que una protección del matrimonio prescrito en el Código Civil, es a la *institución del matrimonio* y no un determinado concepto de éste, por ejemplo, desde que existe el divorcio se entiende que el matrimonio *no es para toda la vida*, comprendiendo que aquel apartado se encuentra tácitamente derogado. Aun así el matrimonio como institución continua protegido por nuestro derecho, por los principios antes mencionados[15].

Como se ha comentado, el orden público, sea el caso que fuere, debe ser de aplicación restringida y clara, con el fin exclusivo de garantizar intereses generales de la nación[16]. Además de lo extremadamente territorialista que es la ley chilena sobre asuntos con elementos internacionales y la poca legislación y desarrollo del derecho internacional privado nacional, la jurisprudencia tampoco colabora con expandir la visión del derecho; así es como para un asunto que se podría resolverse utilizando el principio de *lex locus regit actum,* criterios internacionales del orden público y una visión actualizada de la sociedad chilena, se llegó en la sentencia a un punto alejado de la realidad y de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia moderna[17].

De particular interés es el considerando VIGÉSIMO TERCERO que menciona que, de aceptarse la inaplicabilidad de autos, se deberán aceptar situaciones como *matrimonios polígamos de países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres (…) y bodas masivas (…).* Ante tales declaraciones, la ley chilena resguarda ciertas situaciones en el mismo artículo 80 de la Ley 19.947, como el consentimiento libre y exento de vicios, con sus propios contratiempos[18]. Por otro lado, comparar el matrimonio de dos personas adultas que han convivido y compartido un plan de vida voluntaria y libremente, con las situaciones descritas, evidencia solamente criterios tradicionalistas y conservadores, más allá de toda explicación jurídica.

Finalmente con respecto a las normas utilizadas por el Tribunal para justificar esta delimitación por el *orden público matrimonial* u *orden público familiar,* el concepto dentro de la doctrina es mucho más amplio, implicando principios tan importantes como la igualdad, el interés superior del niño y la protección de los más débiles, como niños, niñas y adolescentes o la mujer. No sólo la sentencia utiliza este concepto de forma cerrada, sino que también antojadiza, puesto que aunque la protección de la familia y del matrimonio está dentro de este orden, ninguno - especialmente la familia - está restringido a un único tipo o con *ciertos elementos esenciales.*

2020.

15 Ramírez Necochea, Op. Cit., p. 97.

16 Calvo Caravana, A. y Carrascosa González, J. (2016). Derecho Internacional Privado. 16° ed. Granada, España: Comares. Vol. I. p. 288.

17 Cornejo, Op. Cit., pp. 23-24.

18 Ibid, pp. 22-23.

c. Análisis de los artículos 80 de la Ley 19.947 y 12 de la Ley 20.830

De la materia comentada, si bien existen varios conceptos relacionados, el requerimiento al Tribunal se basó básicamente en las normas de este apartado. Primero, el artículo 80 de la nueva Ley de Matrimonio Civil, con la tarea de regular los matrimonios celebrados en el extranjero y evaluar cuales son los que el sistema jurídico reconoce. Junto con el artículo 102 del Código Civil, la idea de limitar el matrimonio a personas del mismo sexo está muy fuertemente arraigada, como también el número de contrayentes - sólo es entre *un* hombre y *una* mujer - puesto que bajo esta misma idea se apoya el Tribunal al mencionar los *matrimonios poligámicos de países musulmanes*.

De la sentencia, el artículo 80 no es tratado a profundidad (sólo en el voto disidente), más bien, el Tribunal se enfoca en los requisitos del matrimonio en Chile, cómo es visto éste y los derechos de la Constitución que se estimaban vulnerados según los principios generales. En ningún considerando se analiza con perspectiva internacional (ni internacional privada) el alcance de las disposiciones del artículo.

De lo expuesto, el artículo presenta una clara limitación a la falta de armonía y a la cooperación internacional, como también establece una discriminación en base a la orientación sexual, sin mayores sustentos más que pensamientos conservadores, pues de otros requisitos no se cuestiona su modificación (piénsese sobre *vivir juntos* por ejemplo).

Ahora, no sólo es un asunto que atañe a los contrayentes, sino también, como es el caso, a otros integrantes de una familia, tal por ejemplo los hijos reconocidos dentro de estos matrimonios, o, en el caso de matrimonios poligámicos, a los demás contrayentes. Menciono a los matrimonios poligámicos porque también son un ejemplo de discriminación y falta de armonía con los principios del Derecho Internacional Privado, y que deriva en efectos que el sistema chileno no soluciona ni otorga alguna solución justa. Nada más claro que un ejemplo: en el caso que un angelino (en Argelia existe el matrimonio poligámico) que ha contraído matrimonio con otras dos mujeres, viene a Chile con ellas y sus hijos a vivir. Que sucede entonces si quiere inscribir su matrimonio?, cuál de las dos mujeres quedara inscrita como su esposa?, que pasa con el estado de *hijo matrimonial* de su descendencia?, aún más problemático, qué sucede si una de las mujeres desea el divorcio y compensación económica, pero su matrimonio no está inscrito? O su derecho de alimentos?, si este angelino muere, heredan ambas esposas? El sistema chileno debe velar porque estos derechos se respeten y resguarden, no por mandato de normas extranjeras, supranacionales o principios del derecho internacional, sino por las mismas normas chilenas y el orden público familiar, tan mencionado en la sentencia.

En tanto, el artículo 12 de la Ley 20.830 viene a recalcar el conservadurismo que también remarca el artículo 80 antes citado. La sentencia, en el considerando DÉCIMO TERCERO, señala que, aunque no se pueden reconocer y proteger todas las uniones afectivas, el sistema jurídico chileno sí reconoce las uniones de personas del mismo sexo mediante la Ley 20.830. Luego, en varios considerandos indica su

similitud con el matrimonio, atendidos sus requisitos de existencia y validez, y su relación con el derecho a la igualdad y la dignidad humana.

Previo a la existencia de esta ley, surgían las mismas interrogantes actuales que para el matrimonio celebrado en el extranjero. Aunque esta ley vino a llenar un vacío que desde hace mucho era necesario, todavía es insuficiente e incluso ha generado problemas interpretativos que tienen mucho que ver con la visión limitada y restrictiva del orden público chileno en materias de familia. Uno de los primeros puntos conflictivos del acuerdo de unión civil es la falta casi completa de regulación sobre la filiación[19], cuestión atingente especialmente en la sentencia analizada. Al parecer fue un acuerdo que se pensó exclusivamente *sin hijos* – bastando la aplicación supletoria de las normas generales - sin consideración, por ejemplo, de madres no gestantes en familias lesboparentales, dejándolas sin protección y visibilidad legal[20], como también a su hijo o hija.

El acuerdo de unión civil se entiende como una regulación de la vida en común con el acento puesto en las consecuencias patrimoniales, más que en las relaciones de familia o deberes morales[21]. Dista mucho de ser comparable con el matrimonio en aquellos aspectos; una institución *similar* a otra nunca puede suplirla, menos con la importancia y la implicancia cultural y social que tiene la institución del matrimonio. Incluso, el legislador chileno no tuvo en cuenta la creación de un acuerdo según parámetros internacionales, sino como un nuevo contrato o acuerdo parte del derecho de familia[22].

Tal como menciona el apartado n°19 del voto disidente, además de la limitación del artículo 80, la legislación, de una manera contradictoria, da cuenta de la existencia de matrimonios celebrados por personas del mismo sexo, *pero* que serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil. Como señala desde el apartado n° 44 a n°46 del voto disidente, se reconoce que existen estos matrimonios, pero al mismo tiempo les quita cualquier efecto, cuya principal consecuencia es la menor protección del sistema jurídico, especialmente respecto a los hijos o hijas, como se mencionó.

Con respecto al último punto existe una diferente considerable. La sentencia en el considerando VIGÉSIMO NOVENO indica, de una manera muy desconsiderada y fuera de lugar, de que del requerimiento se deduce que el niño en cuestión será tratado *con esmero y cariño,* elementos que nivela a los requerimientos del principio del interés superior del niño y su dignidad, concluyendo que así no es necesario cualquier otro reconocimiento o ejercicio por parte del sistema jurídico. Olvida el Tribunal que el cariño y esmero no son suficientes para una protección jurídica adecuada, puesto que el sistema normativo debe prever todas las situaciones posibles

19 A este respecto se refiere sólo a dos aspectos, por un lado una presunción de paternidad con convivientes de distinto sexo y una modificación al artículo 226 del código civil sobre materias del cuidado personal del hijo de uno de los convivientes. de 2020, Azúa I. (2016). Acuerdo de Unión Civil ¿Punto de partida o regulación suficiente? Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 52-54.

20 Obiedo, Op. Cit., pp. 95-96.

21 Cornejo, Op. Cit., p.31.

22 Loc. Cit.

de cuidado, aun cuando el *cariño* o vínculo afectivo no exista, así por ejemplo, toda la regulación que norma los alimentos, el cuidado personal, la relación directa y regular, y primeramente el reconocimiento, ligado a la búsqueda del origen biológico y el derecho a la identidad, que en ningún caso se relacionan necesariamente a un cariño familiar. Inclusive, esta búsqueda de reconocimiento social y jurídico es un reflejo claro de los principios que protege el derecho con las materias normadas antes citadas.

De las normas analizadas entonces, es posible concluir que presentan una especie de contradicción, tal como señala el voto disidente, al no otorgar existencia a los matrimonios celebrados en el extranjero mediante el artículo 80 de la Ley 19.947 pero al mismo tiempo los reconoce aunque no le otorga efecto a estos actos según el artículo 12 de la Ley 20.830. Por otra parte, según la normativa constitucional generan una situación de discriminación por motivos de orientación sexual que no tienen relación necesaria con las normas de orden público ni el orden público familiar a la luz de criterios internacionales, sino más bien se basan en concepciones antojadizas y conservadoras, pues no presentan razonabilidad ni justificación ante la sociedad chilena actual.

d. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Como bien menciona el voto disidente, la materia del requerimiento contiene aristas que no están sólo determinadas por normas de carácter privado ni personales. El ámbito de injerencia de los Derechos Humanos ha notoriamente crecido y ha permeado varias ramas del derecho nacional, incluyendo la institución del matrimonio y relaciones familiares, que, más allá de la protección nacional, contienen elementos que se reflejan en instrumentos internacionales y constitucionales en referencia al artículo 5 inciso 2° de la Constitución chilena.

De las discusiones parlamentarias según los registros de la historia de la Ley 20.830 mucho se habló sobre los derechos humanos con el derecho a contraer matrimonio, la no discriminación por orientación sexual y el reconocimiento de todas las formas de familia. De la sentencia, el Tribunal Constitucional analiza los distintos ámbitos en que las normas indicadas fueron estimadas como inaplicables, mencionando especialmente la dignidad humana y el derecho a formar una familia. De todas formas dentro de este ámbito en relación existen más conexiones, tales como el derecho a contraer matrimonio y el interés superior del niño.

d.1. Dignidad Humana: El artículo 1° de la Constitución prescribe que *Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos,* pero sin señalar su contenido.

El contenido en relación a la familia, el matrimonio y la persona ha ido cambiando gracias a los derechos humanos y los cambios sociales. La Declaración Universal de

Derechos Humanos[23], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[24], y la Convención Interamericana de Derechos Humanos[25], todos ordenan la protección de la familia, la no discriminación hacia la misma y el derecho a la igualdad en relación al núcleo familiar.

La dignidad, como valor intrínseco humano, y los derechos fundamentales establecen valores y garantías que el Estado debe proteger[26]. Esta protección trasciende las normas nacionales gracias al artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental, por lo que no puede limitarse cualquier derecho humano o transgredirse por la sola justificación de no estar expreso éste en el sistema nacional[27].

La protección a la familia constituye un principio de nuestro sistema jurídico, también reflejado en nuestra Constitución, y que claramente está ligado a los sentimientos de cercanía, afectos, convivencia y situaciones de hecho[28], sin un modelo estático o determinado, inherente a la persona y que debe ser protegida, por las razones antes mencionadas.

Luego de esta somera relación, de la sentencia podemos indicar que en particular existe una confusión con los conceptos de familia, matrimonio, dignidad y orientación sexual - este último concepto no abordado incluso - que se empaña con conceptos extremadamente tradicionales. Por último, el considerando VIGÉSIMO CUARTO indica, en una falta clara e incluso burlesca *"(…) no puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto;"*. De lo trascrito es claro que para el Tribunal la institución misma no es relevante, de lo contrario los fines del matrimonio (vivir juntos, procrear y auxilio mutuo) no se cumplirían (considerando el elemento afectivo y la orientación sexual), no sería de relevancia su cumplimiento, o quiere decir que el sistema se mantiene indiferente ante ciertas faltas (por ejemplo violencia o separación de hecho), mientras se cumpla una apariencia antojadiza de elementos esenciales, situación que es contraria a cualquier forma de convivencia, resguardo físico y psicológico y, aún más relevante, dignidad.

23 Artículo 2.1: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición.

24 Artículo 23.1: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

25 Artículo 2: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

26 Nogueira Alcalá, H. (2003). Los Derechos esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. [en línea]. Ius et Praxis, 9(1), pp. 403-466. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100020 > Consultado: 12 de septiembre de 2020.

27 Loc. Cit.

28 Lepin, Op. Cit., pp. 13-19.

d.2. Derecho a formar una familia: Como se mencionó anteriormente, el concepto de *familia* es extremadamente cultural y variable, sin embargo siempre debe mantener una protección estatal.

El derecho a formar una familia está ligado a la voluntad libre y consentida, sin ser coartada por prácticas culturales violencias ni que se limite por normas nacionales[29], pues es un concepto que trasciende los Estados.

Dentro de la legislación chilena - aunque también en instrumentos internacionales - podemos encontrar variadas normas que se refieren al *orden público familiar* - comprendiendo éste como un conjunto de valores y principios relevantes para el sistema jurídico dignos de protección[30] - con un contenido mucho más amplio que las normas citadas en la sentencia. Muchas de ellas se refieren a un cierto derecho a formar una familia, aunque no explícitamente.

Tales manifestaciones las encontramos en el artículo 1 de la Constitución, inciso 2°: *"la familia es el núcleo fundamental de la sociedad"* y el 5°: *"es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, 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 y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"*. Por su parte, la Ley 19.947 prefiere mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación y mediación (artículos 67, 69 y 90), similar tratamiento entrega la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, bajo el principio de colaboración del artículo 14 (como también en los artículos 57 inciso 2°, 61 n° 4 y 5 y 103 y siguientes)[31].

De las referidas normas entonces podemos entender que si bien no es explícito el derecho a *formar una familia*, de la protección como grupo intermedio, se entiende que es preferible y recomendable formar una *familia* - distinta es la discusión si aquella debe ser exclusivamente la matrimonial o todas las situaciones de hecho afectivo-sociales. De esta última distinción, por ejemplo podemos mencionar el artículo 16 n°1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[32], que asegura el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, como también el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[33] que señala la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad. Se debe recalcar que ninguno de estos instrumentos especifica el concepto de familia ni lo delimita, y de hecho expanden el concepto y derechos, en particular para la protección de

29 Badilla, E. (1996) El Derecho a constitución y protección de la familia en la normativa y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. pp. 110-112. [en línea]. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf> Consultado: 13 de septiembre de 2020.

30 Aldunate, R. (2006). Orden Público Familiar y su relación con los aspectos sustantivos de la relación filial personal. Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 31-33.

31 Lepin, Op. Cit., p. 17.

32 Artículo 16, n°1: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.".

33 La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

madres solteras y niños, niñas y adolescentes[34], estrechamente relacionado con el derecho de la igualdad y la no discriminación.

d.3. Derecho a contraer matrimonio: Si bien en Chile estamos lejos de un concepto sobre el derecho a contraer matrimonio en sentido amplio, sí encontramos principios tales como la protección del matrimonio[35] - al menos - con la protección para parejas de distinto sexo. Este derecho ha sido plasmado en variada jurisprudencia[36], que lo califica como parte de la naturaleza humana, implícitamente ligado a la dignidad de la persona.

El derecho a contraer matrimonio debe entenderse como un derecho distinto al de formar una familia, así es como se ha entendido desde una perspectiva internacional[37]. De esta perspectiva los puntos más delicados a tener en consideración, más allá de la orientación sexual o afectiva de los contrayentes, son el consentimiento libre, la igualdad entre contrayentes, contra cualquier tipo de violencia o tradiciones discriminatorias, especialmente de niñas y mujeres[38].

La sentencia relaciona de una manera exagerada el concepto de familia y el del matrimonio, especialmente en su considerando DÉCIMO QUINTO, en cuyas palabras *recomienda* el matrimonio como manera para formar una familia, cuestión que no está determinada ni en la Ley de Matrimonio Civil ni en la Constitución.

La familia, y como incluso lo señala la sentencia, no es un concepto estático. Que el matrimonio constituya la *base principal de la familia*, no la convierte en la única forma de concretarla, ni la más preponderante, ni menos la más adecuada, pues de su conformación como matrimonio, en Chile no hay una co-relación por ejemplo, con índices menores de violencia intrafamiliar, permanencia de vínculos afectivos o proyectos de vida a largo plazo que se concreten más por esta circunstancia[39].

En relación a la protección del matrimonio, la Ley 19.968 protege en particular el *ius connubis* en su artículo 2°, señalándolo como un derecho *esencial* inherente a la persona humana. Lamentablemente tal derecho no fue considerado en la sentencia, quizás sólo se puede extraer del considerando VIGÉSIMO TERCERO, pues implica que las personas homosexuales *pueden* contraer matrimonio (mientras sea

34 Badilla, Op. Cit., pp.109-111.

35 Ibid, pp. 19-24.

36 "(…)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." Considerando noveno, Sentencia Rol 12130-2018 de 12 de julio 2018.

37 Badilla, Op. Cit., p.111.

38 Pulsticnik, Op. Cit., pp. 59-62.

39 Para mayor información: Sanhueza, T. (2016). Violencia en las relaciones amorosas y violencia conyugal: Convergencias y Divergencias. Reflexiones para un debate. [en línea]. Ultima Década. Vol. 24 (44). pp. 113-167. Recuperado de: < https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362016000100006> Consultado: 13 de septiembre de 2020, y Salazar D. y Vinet E. (2011). Mediación Familiar y violencia de pareja. [en línea]. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. 24 (1). pp. 9-30. Recuperado de: < https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100001 > Consultado: 13 de septiembre de 2020.

con alguien del sexo opuesto), claro que en contra de todo trato humanitario y falta de dignidad.

d.4. Interés Superior del Niño: este principio ha calado profundo en el sistema jurídico chileno durante los últimos años. Si bien es de difícil definición, por un lado en consenso, es un principio que obliga al legislador y al juez no solo a considerar el bienestar y la mejor opción para los niños, niñas y adolescentes, sino también es parte obligación de velar por su bienestar y, especialmente, sus derechos fundamentales[40].

En la sentencia en referencia a este principio, distingue dos cuestiones a estudiar, primero, la falta de protección del niño y su dignidad, y segundo, la afectación del interés superior del niño en relación a las normas impugnadas. Básicamente, en el considerando VIGÉSIMO NOVENO señala que el niño ha sido concebido con esmero y cariño, por lo que no se advierte daño a su dignidad, y en tanto su identidad tampoco puede ser afectada, pues, aunque se declare por un lado válido el matrimonio de sus madres, en Chile *la legislación no permite que una persona tenga dos padres o dos madres.*

Posterior a esta sentencia, en el mes de julio, por primera vez en Chile se inscribe a un niño con dos madres, luego de que en el mes de junio (mismo mes que esta sentencia) el 2° Tribunal de Familia de Santiago ordenara la inscripción de dos madres para un niño, ante un caso, en los hechos, muy similar a este. Más allá de la similitud y las fechas, y en lo que respecta al interés superior del niño, éste fue un concepto clave para otorgar este reconocimiento a ambas madres. Esta sentencia considera una gran cantidad de factores tales como la opinión de expertos, consejero técnico, opiniones consultivas y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, variada doctrina sobre el derecho a la identidad, y finaliza: *"DECIMO QUINTO: Que, además, privar a XXXX de su filiación con respecto a la demandada, lo priva de una serie de beneficios y derechos determinados: disfrute de beneficios como bonos de escolaridad, nacimiento, y orfandad, derecho de alimentos; derechos hereditarios abintestato; posibilidad de reclamar indemnizaciones, y de todos los derechos consignados por la perito social, que se dan por reproducidos, y que provocan un perjuicio y menoscabo real en el niño."*[41].

Claramente, es deber del Estado proteger los derechos fundamentales que como sujetos particulares del derecho tienen los niños, niñas y adolescentes, en vista de un derecho a la identidad, como parte de la dignidad humana, más allá de la constatación de un núcleo de cariño que los resguarde, pues el sistema jurídico debe velar por un reconocimiento efectivo y real de la identidad y de los derechos filiativos.

IV. Conclusiones

A modo de conclusión, el Tribunal Constitucional ha mantenido los mismos argumentos desde hace varios años sobre los matrimonios celebrados en el extranjero

40 Aldunate, Op. Cit., pp. 34-39

41 2° Tribunal de Familia de Santiago, Sentencia Rol C-10028-2029, fecha 8 de junio del 2020.

con contrayentes de mismo sexo, y sobre el matrimonio igualitario en Chile. Desde el fallo del año 2011[42], que también analiza la normativa chilena sobre esta institución, especialmente el artículo 102 del Código Civil y el artículo 80 de la Ley 19.947, el Tribunal continua con una visión extremadamente conservadora y territorialista de actos celebrados en el extranjera y la aplicación de un orden público familiar que dista mucho con los nuevos principios en el derecho de familia, especialmente con elementos internacionales envueltos.

Son innegables los cambios en la concepción de la familia y del matrimonio de nuestra sociedad, lo demuestran así las cifras de las diversas situaciones relacionadas, tales como los niños que nacen dentro o fuera del matrimonio, los matrimonios que se celebran y la actual configuración de la familia chilena. Bajo estos hechos, el sistema jurídico debe velar por el cumplimiento de la igualdad, la no discriminación y la protección de la familia, con aun mayor interés para niños, niñas y adolescentes.

Los Derechos Humanos, especialmente la dignidad, juegan un papel preponderante en el caso, como también otros derechos expresamente consagrados en la legislación chilena que no fueron suficientemente considerados por el Tribunal a la hora de ponderar la actual normativa y los derechos en juego, tales como el interés superior del niño y el derecho al matrimonio, y el principio de progresividad[43]. Es deber del Estado proteger la familia, siendo una de sus manifestaciones la familia matrimonial, aún celebrado éste entre personas del mismo sexo - por ahora en el extranjero -, institución que al estar desprotegida y no reconocida, constituye una discriminación arbitraria por motivos de orientación sexual, en contra de toda armonía internacional y de los principios básicos del derecho internacional privado.

De lo referido, se concluye entonces que la sentencia contiene una interpretación antojadiza del orden público familiar, de los principios del derecho internacional, del concepto de familia y matrimonio. Corresponde que los artículos objetos del requerimiento hubieren sido declarados inconstitucionales por lo señalado y por los argumentos también del voto disidente.

42 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1881 – 2010, de fecha 3 noviembre del 2011.

43 Nogueira, Op. Cit.

Ley N°19.971 e impugnación de laudos arbitrales internacionales ¿Pueden las partes de mutuo acuerdo modificar los medios de impugnación? Comentario a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N°19.568-2020

Pablo A. Cornejo[1]

Los hechos que suscitan el caso en análisis ocurren con ocasión de un contrato de compraventa de acciones celebrado en septiembre de 2015 entre Sudamérica SpA y CCF Sudamérica SpA, por una parte y actuando como compradoras, y Farmacéutica Inversiones SpA y otras, actuando como vendedoras, en que las primeras, pese a ser sociedades constituidas en Chile y con domicilio en el país, declararon tener su domicilio en México. El contrato contempló una cláusula arbitral, conforme con la cual toda disputa relacionada con él se resolverá mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación del CAM Santiago. Con todo, en esta misma cláusula arbitral las partes expresamente convinieron que en contra de la sentencia definitiva procederían los recursos de apelación y de casación en la forma, lo que fue reiterado al momento de convenirse las bases de procedimiento.

Si bien los árbitros tuvieron por interpuestos los recursos deducidos por las compradoras contra el laudo y elevaron los autos a la Corte de Apelaciones de Santiago, este último tribunal los declaró inadmisibles en virtud de lo dispuesto en los artículos 19 y 34 de la Ley N°19.971, sobre arbitraje comercial internacional ("LACI"). En particular, el tribunal de alzada consideró en su decisión que el hecho de que las compradoras fijaran su domicilio en México permite calificar el arbitraje como internacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 N°3 (i) LACI, lo que implica que el laudo arbitral sólo puede impugnarse a través de la petición de nulidad. Por esta razón, no obstante lo que hubieren acordado las partes, la apelación no puede ser admitida a tramitación. Como esta última disposición hacía imposible la continuación del proceso, la recurrente interpuso un recurso de queja[2], sosteniendo que los ministros de la Corte de Apelaciones actuaron con falta grave o

1 Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Master droit international et comparé, Université de Lausanne, Suiza. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Alberto Hurtado. Miembro ADIPRI.

2 Contemplado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, el recurso de queja forma parte de las facultades disciplinarias que puede ejercer el superior jerárquico en contra del juez sujeto a su control, con miras a "corregir las faltas o abusos graves cometidas en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional."

abuso al declarar inadmisible un recurso que fue expresamente contemplado por las partes en las bases de procedimiento.

En su decisión, la Corte Suprema ("Corte") descarta la existencia de una falta grave o abuso por parte de los ministros de la Corte de Apelaciones, pues su actuar se circunscribió a "la interpretación y aplicación de un precepto legal efectuada […] sobre la base de un razonamiento que fue explicado suficientemente en la resolución que censura la quejosa"[3]. Con todo, la Corte invalidó de oficio las actuaciones efectuadas por la Corte de Apelaciones y accedió a dar tramitación al recurso. Para fundamentar esta decisión recurre principalmente a dos grupos de consideraciones.

El primero se refiere a la importancia que tiene la autonomía de la voluntad como fuente del arbitraje, lo que se refleja en que "la jurisdicción del tribunal proviene de las partes, específicamente del convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades para someter un asunto a la justicia arbitral, sacándola de la competencia de los tribunales ordinarios o especiales."[4]

De esta manera, el consentimiento de las partes resulta esencial para el funcionamiento de esta institución, lo que obliga al sentenciador a tener en especial consideración "la intención de las partes al contratar y su comportamiento posterior."[5]

El segundo, mira al comportamiento sostenido por las partes en el transcurso del proceso, y busca proteger el principio de la buena fe procesal, en cuanto impide a las partes ir en contra de sus actuaciones anteriores. En este razonamiento la Corte consideró especialmente que las partes no sólo confirmaron la procedencia del recurso de apelación en el presente arbitraje, sino que además y *a contrario*, corrigieron las bases de procedimiento con ocasión de posteriores conflictos que se suscitaron en relación con el mismo contrato, con la finalidad de excluirlo. Esta última circunstancia, en concepto de la Corte, "revela que después de un mayor análisis se estimó necesario adecuarlas a la Ley N°19.971 pero, para los efectos de este juicio, en su inicio y tramitación consideraron como mecanismo válido de revisión el recurso de apelación; en otras palabras, no se había contemplado como alternativa recursiva válida el recurso de nulidad especial contemplado en la citada Ley."[6]

Sobre esa base, la Corte consideró que privar a una parte del medio de impugnación que expresamente dispusieron y entendieron procedente para revisar lo decidido por los árbitros atentaría en contra del principio de buena fe procesal e implicaría admitir que las partes puedan contravenir su propia conducta anterior, lo que atenta en contra de la teoría de los actos propios[7], de modo que:

"8°.- Al declararse inadmisible el recurso de apelación deducido en autos en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal arbitral, se privó a uno de los litigantes del mecanismo de revisión que los contratantes expresamente habían

3 Considerando Cuarto.

4 Numeral 1°.

5 Numeral 5°.

6 Numeral 7°.

7 Numeral 7°

estipulado. En este punto no es posible soslayar que nuestro sistema procesal consagra la existencia de diversos principios que pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer su revisión, misma que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso.

Ligado a lo anterior están los demás derechos, de acceso a la justicia, de tutela judicial efectiva que conduce a que en el proceso de interpretación de normas se prefiera aquella que permite el acceso a la jurisdicción, a obtener una sentencia motivada y, en su caso, el cumplimiento de lo resuelto. En la perspectiva recién indicada, surge con nitidez, entonces, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que pudieran dar pábulo a limitar o restringir tales derechos o garantías."

Como se puede advertir, la sentencia de la Corte plantea al menos tres cuestiones problemáticas. La primera se refiere a cómo se aplican los criterios destinados a calificar como internacional un arbitraje con sede en Chile. En efecto, este tema es pacífico, pues la recurrente fundó su recurso de queja precisamente en el hecho que no concurrían las circunstancias que permiten calificar el arbitraje como internacional, a lo cual además podría agregarse que los medios de impugnación que las partes se reservaron, propios del arbitraje doméstico, "contradecían la pretendida naturaleza internacional del arbitraje."[8] Sin embargo, pese a que tiene incidencia directa en el régimen de impugnación procedente, esta cuestión no fue abordada por la Corte.[9] La segunda concierne a la calificación de las actuaciones de los árbitros y su carácter jurisdiccional, y se expresa en particular en el tratamiento conjunto que efectúa la Corte a propósito del convenio arbitral como fuente de la jurisdicción del tribunal. Con ello pareciera que la Corte extiende la calificación de "tribunal" contemplada en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales a los árbitros internacionales, y que, en consecuencia, adopta una visión "jurisdiccional" del arbitraje internacional, cuestión debatida en la doctrina[10] y que puede tener consecuencias prácticas de relevancia[11]. La última mira estrictamente a los medios de impugnación que proceden en contra del laudo arbitral emanado de árbitros internacionales con sede en Chile. Este último aspecto será abordado en el presente comentario.

8 PALOMINOS, Orlando (2020): "Importante sentencia em Chile sobre interpretación de cláusulas de Arbitraje", recurso electrónico disponible en: https://ciarglobal.com/importante-sentencia-en-chile-sobre-interpretacion- de-clausulas-de-arbitraje-por-orlando-palominos/ [Consulta: 05/10/2020]

9 DITTUS, Carla (2020): "La voluntad de las partes y el régimen de recursos en atención al carácter internacional del arbitraje: análisis del fallo Rol 19.568-2020 de la Corte Suprema", recurso electrónico disponible en: https://estadodiario.com/al-aire/la-voluntad-de-las-partes-y-el-regimen-de-recursos-en-atencion-al-caracter- internacional-del-arbitraje-analisis-del-fallo-rol-19-568-2020-de-la-corte-suprema/ [Consulta: 05/10/2020]

10 La explicación contractual pone el énfasis en el origen convencional de este mecanismo de resolución de controversias y tiende a identificar el arbitraje con un sistema privado de tutela de los derechos y acceso a la justicia, en tanto que en la vertiendo jurisdiccional, el arbitraje constituye una manifestación más de la función jurisdiccional. v. ROMERO, Alejandro y DÍAZ, José Ignacio (2016): *El arbitraje interno y comercial internacional*, Ediciones PUC, Santiago, pp. 59-64.

11 En particular, porque la calificación de los árbitros internacionales como "jueces" puede ser el preámbulo para la extensión de los controles disciplinarios hacia ellos. Con todo, pese a que el Tribunal Constitucional al momento de efectuar el control preventivo de constitucionalidad de la LACI expresamente declaró su conformidad, en la medida que no afecte la superintendencia directiva, correccional e económica que corresponde a la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la república (Sentencia Rol N°420-2004, considerandos 16° y 17°), la jurisprudencia uniforme de los tribunales superiores de justicia ha declarado que la nulidad es el único recurso procedente.

La LACI recoge íntegramente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("Ley Modelo"), en su versión original. Por esta razón, no es de extrañar que la doctrina[12] y jurisprudencia nacional[13] hayan entendido de manera uniforme que la nulidad prevista en el artículo 34 LACI es el único medio de impugnación de que disponen las partes en contra del laudo pronunciado en un arbitraje que tenga su sede en Chile. Esta conclusión no sólo se sostiene a partir del tenor literal de lo dispuesto en el artículo 34 LACI, que reconoce a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, de modo que éste *sólo podrá recurrirse* mediante una petición de nulidad, y de la historia de la ley N°19.971[14]; sino que además es consistente con las finalidades perseguidas por la Ley Modelo, que contempla un único recurso en contra del laudo arbitral con miras a desarrollar el principio de intervención mínima[15] y de evitar los problemas que puede implicar la aplicación de una variedad de recursos previstos por cada legislación nacional, con sus propios plazos y motivos de interposición[16].

Con todo, si bien lo previamente expuesto permitiría justificar la existencia de un régimen único de impugnación, no anticipa una respuesta respecto del carácter disponible o no de dicho medio. Esta es una cuestión relevante, por cuando la propia LACI confiere a las partes una amplia libertad con miras a definir las reglas procedimentales aplicables a su arbitraje, conforme con lo dispuesto en su artículo 19 N°1. Desde esta perspectiva, podría argumentarse que el propio carácter convencional del arbitraje supone el reconocimiento de un mayor control para las partes en lo que concierne al objeto de la controversia, lo que se extendería hacia la determinación de los medios de impugnación admisibles. Sin embargo, esa conclusión sería errónea conforme con lo dispuesto en la propia LACI. En efecto, pese a que el arbitraje es una institución fundada en la autonomía privada y la libertad de las partes, estas no conservan un control absoluto en lo que se refiere a los medios de impugnación.

Por una parte, como bien lo destaca la Corte de Apelaciones en su informe[17], porque la libertad que se reconoce a las partes en el artículo 19 se ejerce "con sujeción a las disposiciones de esta ley", de manera que por sí sola no permite alterar el régimen de impugnación, si la ley no lo admite en el artículo 34. Por otra, como lo ha destacado la doctrina[18], porque el régimen de nulidad no sólo mira a un interés privado, sino que involucra cuestiones de orden público.

12 ROMERO y DÍAZ (2016): pp. 276-277; VÁSQUEZ, María Fernanda (2011): "Entre la pervivencia y el ocaso del recurso de nulidad en el arbitraje comercial internacional: ¿Qué camino debe seguir Chile?", En: VV.AA. *Estudios de Derecho Comercial*, AbeledoPerrot, Santiago, p. 487; OSSA, Felipe y ZAMORA, Rosana (2014): *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 71-72.

13 v. Sentencias dictadas por la Corte Suprema en autos Rol N°7.341-2013; Rol N°6.648-2013; Rol N°7.701- 2012.

14 Según se consigna en el Mensaje N°15-349 presentado por la Presidencia de la República, "De acuerdo con el proyecto se contempla en el artículo 34 la petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral que se dicte."

15 VÁSQUEZ (2011): p. 487;

16 CAIVANO, Roque (2011): *El control judicial en el arbitraje*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, pp. 279-280 y 526-528.

17 Oficio N°9/2020, Rol N°19.568-2020.

18 CAIVANO (2011) pp. 571 y ss.

La indisponibilidad del régimen de impugnación tiene dos consecuencias. La primera, que la nulidad no puede ser renunciada *ex ante*, a menos que exista una regla legal que así lo admita[19]. La segunda, que las partes no podrían ampliar convencionalmente las causales de impugnación previstas por la ley, ni establecer recursos distintos si el arbitraje es internacional[20]. Por nuestra parte, consideramos que esta última afirmación se confirma a partir de la naturaleza que tiene el artículo 34 LACI. En efecto, como bien lo consideró el Tribunal Constitucional[21], desde una perspectiva orgánica el artículo 34 LACI es una regla que determina la competencia *ratione materiae* de las Cortes de Apelaciones, pues determina su posible intervención en relación con los conflictos que forman parte de un arbitraje internacional y la circunscribe al conocimiento de las nulidades en contra del laudo arbitral. Como se trata de una regla de competencia absoluta, no podría ser ampliada en el sistema chileno por medio de un acuerdo entre partes.

Conforme con lo expuesto previamente, la decisión dictada por la Excma. Corte resulta compleja y difícil de justificar, más allá de su intención de evitar un perjuicio procesal a una parte que actuó de buena fe. En primer lugar, porque resulta improcedente recurrir a los fundamentos contractuales del arbitraje o a la importancia que en él tiene la autonomía privada, si nos encontramos en presencia de una materia regulada a través de normas imperativas. Luego, porque el argumento de la buena fe procesal y de la doctrina de los actos propios supone que exista una legítima expectativa que debe ser protegida en contra de un actuar inconsistente de la otra parte. Por el contrario, si estamos en presencia de una materia indisponible conforme a derecho, dicha expectativa no puede existir, pues no es posible tener una expectativa protegida en contra de la ley, o bien no debería ser relevante al momento que la Corte de Apelaciones revisa su competencia. Finalmente, porque el debido proceso y el derecho al recurso como argumentos materiales suponen un actuar del justiciable de acuerdo con la ley.

De esta forma, una mejor comprensión sistemática de la cuestión planteada exigía que la Corte se hubiere pronunciado acerca de los fundamentos últimos de la queja interpuesta. Esto implicaba calificar las circunstancias de hecho comprendidas en la relación, para efectos de definir si efectivamente el arbitraje era internacional, o si tenía un carácter puramente doméstico. Si llegaba a la primera conclusión, la Corte debió rechazar la queja interpuesta por resultar improcedente la vía de impugnación empleada. En último término, el derecho al recurso se encontraba suficientemente resguardado, pues la misma ineficacia que afecta a la incorporación de la apelación, hace improcedente la renuncia a la nulidad. Por el contrario, si concluía que era un arbitraje nacional, debió conceder el recurso de apelación, por ser el medio de

19 ROMERO y DÍAZ (2016): p. 277; MATURANA, Cristián (2014): "Los medios de impugnación en la ley de arbitraje comercial internacional", En: PICAND, Eduardo (editor), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, LegalPublishing, Santiago, pp. 1006 y 1022-1023; CAIVANO (2011): pp. 286-294. En contra, VÁSQUEZ (2011): p. 498, quien argumenta a partir de la admisión general de la renuncia a objetar que contempla el artículo 4 LACI.

20 CAIVANO (2011) pp. 550-553. Con todo, esto no obsta a la posibilidad que tendrían las partes de establecer un recurso para ante un tribunal arbitral de segunda instancia. VÁSQUEZ (2011): p. 489; MATURANA (2014): pp. 1015-1016.

21 Sentencia Rol N°420-2004, Considerando Octavo.

impugnación procedente en contra de las decisiones dictadas por árbitros de derecho, de acuerdo con las reglas generales (art. 239 Código Orgánico de Tribunales). Con su decisión la Corte evita este problema. En el intertanto, mientras no se clarifiquen los criterios que definen la internacionalidad del arbitraje, corresponderá a las partes advertir la existencia de estas contingencias y prevenirlas contractualmente.

Sentencias Destacadas

1) Quiebra transfronteriza

Segundo Juzgado de Letras de Santiago, Rol 8553-2020, de fecha 4 de junio de 2020 (Reconocimiento de procedimiento concursal de LATAM Airlines Group S.A.)

Santiago, cuatro de Junio de dos mil veinte

Proveyendo la presentación de fecha 1 de junio de 2020

A lo principal y primer otrosí: Estese a lo que se resolverá.

Al segundo otrosí: Téngase por acompañados los documentos, con citación. Al tercer otrosí: Téngase presente.

Al cuarto otrosí: Téngase presente la personería que invoca y por acompañado, con citación, el documento donde consta.

Al quinto otrosí: Téngase presente el patrocinio y poder.

Al sexto otrosí: Téngase presente y estese a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 20.720.

Visto y considerando:

Primero: Que comparecen en estos autos los abogados José María Eyzaguirre Baeza, Cristóbal Eyzaguirre Baeza, Nicolás Luco Illanes y José Miguel Huerta Molina, en representación convencional de LATAM Airlines Group S.A., entidad del giro aeronáutico, todos domiciliados en avenida Presidente Riesco N° 5711, piso 20, comuna de Las Condes, quienes solicitan el reconocimiento en Chile del procedimiento concursal extranjero principal de reorganización, bajo las reglas del Capítulo 11 del Título 11 del Código de Estados Unidos, seguido en dicho país, ante el Tribunal de Quiebras para el Distrito Sur de Nueva York, bajo el N° 20-11254, y al cual se dio curso con fecha 28 de mayo de 2020.

Segundo: Que el artículo 314 de la Ley N° 20.720 dispone que la presentación por medio de la cual se solicite el reconocimiento en Chile de un procedimiento concursal extranjero deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Ser efectuada por el representante extranjero que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero.
2. Ser acompañada de una copia autorizada de la resolución en la que se declare iniciado el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero;

o un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o cualquier otro documento emitido por una autoridad del Estado extranjero en cuyo territorio se haya abierto el referido procedimiento, y que permita al tribunal competente llegar a la plena convicción de su existencia y del nombramiento del representante extranjero.

3. Ser acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros iniciados respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.
4. Ser acompañados traducidos al idioma castellano todos los documentos fundantes de la solicitud.
5. Ser acompañados debidamente legalizados de acuerdo al artículo 345 del Código de Procedimiento Civil todos los documentos públicos emitidos en el extranjero a los que se refiere el Capítulo VIII de la Ley N° 20.720.

Tercero: Que las dos primeras exigencias arriba enunciadas se satisfacen en la especie con el mérito de los documentos acompañados con la solicitud y singularizados como "Orden que autoriza a los deudores a operar sus negocios en el curso ordinario y ordena la suspensión automática de las actuaciones en su contra" y "Orden que autoriza al deudor Latam Airlines Group S.A. a actuar como representante extranjero de los deudores", ambos correspondientes a copias de resoluciones dictadas por el Juez Federal de Quiebras de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, con fecha 28 de mayo de 2020. Mediante el primero de estos pronunciamientos se da curso a una solicitud de reorganización bajo el Capítulo 11 del Título 11 del Código de Estados Unidos, presentada por LATAM Airlines Group S.A. (la "Sociedad Matriz de LATAM"), y sus deudores relacionados y deudores en posesión de sus bienes; mientras que por el segundo se autoriza a la Sociedad Matriz de LATAM a actuar como representante extranjero y obtener en Chile, en nombre y representación de los deudores, el reconocimiento del procedimiento de reorganización bajo el Capítulo 11 del Título 11 del Código de Estados Unidos.

En cuanto al tercer requisito mencionado en el motivo que antecede, se adjuntó con la solicitud de autos una declaración suscrita por Nicolás Luco Illanes, en representación de LATAM Airlines Group S.A., en la cual se consigna que el único procedimiento extranjero, en los términos de la Ley N° 20.720, que afecta a las deudoras respecto de las cuales se ha solicitado el reconocimiento extranjero, corresponde a aquel seguido ante el Tribunal de Quiebras de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, bajo el nombre "LATAM Airlines Group y otros Deudores" y con el N° 20-11254.

Tratándose de los dos últimos requisitos enumerados en el considerando anterior, cabe señalar que los documentos acompañados con la solicitud aparecen todos ellos traducidos al idioma castellano, encontrándose, además, aquellos correspondientes a instrumentos públicos emitidos en Estados Unidos –estado miembro de la de la Convención Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos

Públicos Extranjeros- debidamente legalizados, protocolizados y apostillados en la forma prevista por el artículo 345 y 345 bis del Código de Procedimiento Civil.

Cuarto: Que habiéndose cumplido con los requisitos formales previstos en el artículo 314 de la Ley 20.720, corresponde ahora abordar los presupuestos sustantivos exigidos por el artículo 316 de dicho cuerpo normativo para la concesión de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, los cuales consisten en:

1.- Que las medidas específicas dictadas por el tribunal extranjero no atenten contra el orden público interno.

2.- Que el procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido de la letra a) del artículo 301 de la Ley N° 20.720.

3.- Que el representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido de la letra d) del artículo 301 de la Ley N° 20.720. 4.- Que la solicitud cumpla los requisitos del N° 2) del artículo 314 de la Ley N° 20.720.

5.- Que la solicitud haya sido presentada ante el tribunal competente conforme al artículo 303 de la Ley N° 20.720.

6.- Que el procedimiento extranjero principal se esté tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses.

Quinto: Que las resoluciones dictadas por el Juez Federal de Quiebras de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, con fecha 28 de mayo de 2020, ordenan básicamente: (i) dar curso a una solicitud de reorganización, (ii) suspender todas las ejecuciones, procedimientos y cobros en contra de las deudoras, (iii) designar a LATAM Airlines Group S.A. como representante extranjero, y (iv) solicitar respetuosamente a los tribunales y organismos reguladores o administrativos que tengan jurisdicción en Chile reconocer la calidad de representante extranjero a la Sociedad Matriz de Latam, prestándole asistencia a esta en dicha calidad y a sus deudores. Lo anterior, en modo alguno importa una perturbación o amenaza al orden público interno, razón por cual se tendrá por concurrente el primero de los requisitos anteriormente enunciados.

Tratándose de la segunda exigencia del artículo 316 de la ley concursal, esta se cumple en la especie, al corresponder el procedimiento seguido ante Estados Unidos, del que dan cuenta los documentos ya ponderados, a uno de reorganización, el cual se sustancia conforme a la regulación del país mencionado relativa a la insolvencia, y en el que los bienes y negocios del deudor han quedado sujetos al control o a la supervisión del tribunal o representante extranjero.

En el caso de los requisitos mencionados con los numerales 3.- y 4.- del motivo que antecede, estos se encuentran satisfechos según ya se ha discurrido en el primer párrafo del considerando tercero.

Sobre la quinta exigencia del artículo 316 de la ley concursal, cabe señalar que este tribunal es competente territorialmente para conocer del asunto planteado, toda vez que la sociedad requirente se encuentra domiciliada en Chile, específicamente en avenida Presidente Riesco N° 5711, piso 20, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

Respecto al último de los requisitos del artículo 316 de la ley concursal, la memoria del año 2019 acompañada con la solicitud de autos, da cuenta que el Grupo Latam desarrolla parte relevante de su negocio en Estados Unidos, transando sus acciones en la bolsa de valores de Nueva York, emitiendo bonos en el mercado internacional para obtener financiamiento conforme a las leyes de valores de dicho país, y siendo además este el lugar donde actualmente se tramita su reorganización. En razón de lo expuesto, resulta dable estimar que Estados Unidos constituye el Estado donde el deudor tiene el centro de sus principales intereses, constatándose así la efectividad del último de los presupuestos analizados.

Sexto: Que cumpliendo la solicitud con todos los requisitos formales y sustantivos, se hará lugar a esta, tal como se dirá en lo resolutivo.

Y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 299, 300, 301, 305, 308, 313, 315 y 319 de la Ley N° 20.720, se resuelve:

I.- Que se reconoce en Chile el procedimiento concursal de reorganización extranjero de la sociedad LATAM Airlines Group S.A., correspondiente a aquel seguido ante el Tribunal de Quiebras de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, bajo el N° 20-11254.

II.- Que a partir de la fecha de la presente resolución, y durante el periodo en que se tramite el procedimiento referido precedentemente, se suspende:

a) El inicio o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor.

b) Toda medida de ejecución contra los bienes del deudor.

c) Todo derecho a transferir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

III.- Que el alcance, la modificación y la extinción de los efectos de suspensión tratados en el románico que antecede estarán supeditados a lo establecido en la Ley N° 20.720 y se referirán exclusivamente a aquellos bienes que se encuentren en el territorio del Estado de Chile.

IV.- Que lo dispuesto en la letra a) del románico II.- no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

V.- Que lo dispuesto en el románico II.- no afectará el derecho a solicitar el inicio de un procedimiento concursal con arreglo a la Ley N° 20.720 o a verificar créditos en el procedimiento respectivo.

Notifíquese la presente resolución en el Boletín Concursal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 20.720.

Resolvió Gustavo Cerón Seguel, Juez Interino.

En Santiago, a cuatro de Junio de dos mil veinte, se notificó por el estado diario, la resolución precedente.

Segundo Juzgado de Letras de Santiago, Rol 8553-2020, de fecha 20 de agosto de 2020 (Protocolo de Cooperación y Comunicación transfronteriza entre Tribunales entre LATAM Airlines Group S.A. y ciertas filiales)

Santiago, veinte de agosto de dos mil veinte

VISTO:

Atendido lo dispuesto en los artículos 299, 324, 325 y 326 de la Ley 20.720, que tratan sobre la cooperación y comunicación entre tribunales, representantes extranjeros y demás organismos involucrados en los procedimientos concursales de Chile y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza; y teniendo presente, además, el Oficio N° 12967, de fecha 27 de julio de 2020, emitido por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, que efectúa observaciones al protocolo de comunicación presentado por la sociedad deudora Latam Airlines Group S.A. el día 30 de junio de 2020, a folio 28; se decreta el siguiente "Protocolo de Cooperación y Comunicación Transfronteriza entre Tribunales":

PROTOCOLO DE COOPERACIÓN Y COMUNICACIÓN TRANSFRONTERIZA ENTRE TRIBUNALES

Este protocolo de comunicaciones transfronterizas entre tribunales (el "Protocolo") regirá la conducta de todas las partes interesadas en los Procedimientos (según este término se define en el presente).

Las Guías aplicables a la Comunicación y Cooperación entre Tribunales en materia de Insolvencia Transfronteriza (las "Guías") adjuntas al presente como Anexo A, se incorporarán por referencia y formarán parte de este Protocolo. Las Modalidades aplicables a la Comunicación entre Tribunales (las "Modalidades de Comunicación") adjuntas al presente como Anexo B, se incorporarán como referencia y formarán parte de este Protocolo. En caso de que exista alguna discrepancia entre el Protocolo y las Guías y/o Modalidades de Comunicación, prevalecerá el presente Protocolo.

I.- ANTECEDENTES

1.- LATAM Airlines Group S.A. (Sociedad Matriz de Latam) y ciertas de sus filiales (en forma conjunta, los "Deudores Estadounidenses") han iniciado un procedimientos de reorganización (los Procedimientos del Capítulo 11) de

conformidad con lo dispuesto en el capítulo 11 del United States Bankruptcy Code (Código de Quiebras de los Estados Unidos), título 11, artículo 101 et seq el Código de Quiebras"), ante el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York (el "Tribunal de los Estados Unidos") los cuales han sido acumulados (solo para efectos procesales) en la Causa N° 20-11254 (JLG). Los Deudores Estadounidenses continúan en posesión de sus respectivos bienes y están operando administrando sus negocios, como deudores en posesión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1107 y 1108 del Código de Quiebras. El 5 de junio de 2020, el U.S. Trustee para la Región designó un comité oficial de acreedores valistas (el "UCC" -por sus siglas en inglés: Committee of Unsecured Creditors). No se ha designado ningún trustee (síndico) o examiner (veedor) en este Procedimiento de Reorganización del Capítulo 11.

2.- El 28 de mayo de 2020, el Tribunal de Quiebras dictó una Resolución autorizando al Deudor LATAM Airlines Group S.A. para actuar como Representante Extranjero de los Deudores, ECF N° 52, en la que permitía que la Sociedad Matriz de LATAM actuara como representante extranjero de los Deudores en los procedimientos extranjeros (cuando la Sociedad Matriz de LATAM actúe como representante extranjero también se la denominará como el "Representante Extranjero"), y solicitara al Segundo Juzgado Civil de Santiago, Chile, (el "Tribunal de Chile"), la Superintendencia de Sociedades en Colombia (el "Tribunal de Colombia"), y cualesquiera otros tribunales adicionales que le otorguen reconocimiento a los Procedimientos del Capítulo 11.

3.- El 4 de junio de 2020, el Tribunal de Chile dictó una resolución reconociendo estos Procedimientos del Capítulo 11 bajo la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento de Chile (el "Procedimiento de Chile"), que adaptó la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI. El 19 de junio de 2020, el Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento (el "Superintendente"), una rama del Estado chileno responsable de la transparencia y de promover el interés público en los procedimientos de reorganización, presentó un oficio ante el Tribunal de Chile sugiriendo el establecimiento de un protocolo de coordinación y cooperación entre el Tribunal de Chile y el Tribunal de Quiebras. El oficio presentado por el Superintendente señalaba que este protocolo permitiría una coordinación más eficiente entre el procedimiento concursal extranjero principal en los Estados Unidos y el procedimiento de reconocimiento en Chile.

4.- El 12 de junio de 2020, el Tribunal de Colombia dictó una resolución reconociendo estos Procedimientos del Capítulo 11 bajo la Ley de Insolvencia y Reorganización de Colombia (el "Procedimiento de Colombia "), que adaptó la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI.

5.- El 27 de mayo de 2020, la División de Servicios Financieros del Gran Tribunal de las Islas Caimán (el "Tribunal de Caimán") dictó resoluciones designando a Kris Beighton y Jeffrey Stower como liquidadores provisionales conjuntos (los "JPL" - por sus siglas en inglés: Joint Provisional Liquidators) para dos de los Deudores, LATAM Finance Limited y Peuco Finance Limited (los "Deudores de Caimán")

de conformidad con lo dispuesto en la Companies Law (2020 Revisión) de las Islas Caimán (el "Procedimiento de Caimán") (las "Resoluciones de Caimán"). Los Deudores esperan que estos procedimientos sean conducidos de forma sumaria y servirán para implementar y ejecutar órdenes de este Tribunal bajo la supervisión de los JPL y de acuerdo con la ley de las Islas Caimán. Las Resoluciones de Caimán expresamente establecen que los JPL, si lo estiman necesario, puedan suscribir acuerdos y protocolos con LATAM, bajo el Código de Quiebras y otros procedimientos análogos para liquidación, restructuración y/o reorganización de los Deudores de las Islas Caimán y otras sociedades dentro de LATAM, sujeto a la aprobación del Tribunal de las Islas Caimán y de este Tribunal.

6.- Por razones de conveniencia: (a) los Procedimientos del Capítulo 11, el Procedimiento de Chile, el Procedimiento de Colombia y el Procedimiento de Caimán se denominarán de forma conjunta como los "Procedimientos", y (b) el Tribunal de los Estados Unidos, el Tribunal de Chile, el Tribunal de Colombia y el Tribunal de Caimán se denominarán en forma conjunta como los "Tribunales", y cada uno individualmente como un Tribunal.

II.- EL PROTOCOLO

7.- No obstante cualquier disposición en contrario en los anexos, en estos Procedimientos, el término Procedimientos Paralelos se referirá exclusivamente a los Procedimientos del Capítulo 11, el Procedimiento de Chile, el Procedimiento de Colombia y el Procedimiento de Caimán, y no tendrá ningún otro significado. Según se utiliza en el Protocolo, el término Procedimientos Paralelos no debe considerarse sinónimo del término procedimientos paralelos, tal como se utiliza en el Capítulo V de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El Protocolo no se aplicará ni contemplará ningún procedimiento adicional en ausencia de una resolución adicional de cada uno de los Tribunales.

8.- Como se establece en las Guías y Modalidades de Comunicación, los Tribunales pueden, en la medida permitida por la práctica y el procedimiento, y con el consentimiento previo de cada Tribunal, participar en comunicaciones entre los Tribunales y celebrar audiencias conjuntas por videoconferencia o por teleconferencia, con respecto a cualquier cuestión relacionada con la administración de los Procedimientos, en caso de que sea necesario para facilitar la administración adecuada y eficiente de los Procedimientos. Los Deudores y el Representante Extranjero contratarán un traductor para una audiencia de ese tipo, quien deberá pertenecer a la lista de peritos judiciales confeccionada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. Asimismo, Los Deudores y el Representante Extranjero deberán poner a disposición de este Tribunal Chileno al referido traductor para las comunicaciones que este juzgado estime necesarias tanto escritas como verbales. Para evitar cualquier duda, durante comunicaciones entre Tribunales, un Tribunal no revelará a otro Tribunal ningún documento ni información presentada bajo reserva ante ese Tribunal.

9.- Si los Tribunales acuerdan que es necesario o apropiado celebrar una audiencia conjunta por videoconferencia o por teleconferencia, la parte que presente una notificación, escrito o cualquiera solicitud que sea, deberá enviar una copia de estas por correo electrónico a cada una de las siguientes partes:

a. Abogados de los Deudores, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, One Liberty Plaza, New York, NY 10006, Atención: Richard J. Cooper, Esq., Lisa M. Schweitzer, Esq., y Luke A. Barefoot, Esq. (email: rcooper@cgsh.com, lschweitzer@cgsh.com, y lbarefoot@cgsh.com);

b. United States Trustee, 201 Varick Street, Room 1006, New York, New York 10014, Atención: Brian Masumoto, Esq. y Serene Nakano, Esq. (email: brian.masumoto@usdoj.gov y serene.nakano@usdoj.gov);

c. Abogados del UCC, Dechert LLP, Three Bryant Park, 1095 Avenue of the Americas, New York, New York, 10036-6797 Atención: Allan Brilliant, Esq. Y Craig Druehl, Esq. (email: allan.brilliant@dechert.com y craig.druehl@dechert.com)

d. JPL, KPMG, P.O. Box 493, SIX Cricket Square, Grand Cayman, KY1- 1106, Cayman Islands Atención: Kris Beighton y Jeffrey Stower (email: krisbeighton@kpmg.ky y jstower@kpmg.ky);

e. Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (Superir), Amunátegui 228, Santiago, Chile. Atención: Eduardo Cáceres y Rocío Vergara (email: ecaceres@superir.gob.cl y rvergara@superir.gob.cl);

f. Abogados del Representante Extranjero, Claro & Cía., Apoquindo 3721, piso 13, Las Condes, Santiago. Atención: José María Eyzaguirre and Nicolás Luco (email: jmeyzaguirre@claro.cl y nluco@claro.cl);

g. Abogados del Representante Extranjero, Brigard Urrutia, Calle 70 Bis No. 4 41, Bogotá, Colombia. Atención Carlos Lázaro Umaña Trujillo, Jaime Elías Robledo Vásquez, y Paola Guerrero Yemail (emails: cumana@bu.com.co, jrobledo@bu.com.co, y pguerrero@bu.com.co);

h. Abogados del Consejo de Defensa del Estado de Chile, Agustinas Nº 1687, comuna de Santiago, Chile. Atención: Ruth Israel López, a la casilla de correo electrónico que esta entidad indique mediante presentación escrita en la causa del Tribunal de Chile; y

i. Cualquier otra persona o entidad con respecto a cuestiones específicas cuya participación haya sido solicitada de forma razonable por cualquiera de las partes anteriores.

Para evitar cualquier duda, los Escritos Judiciales presentados bajo reserva ante cualquier Corte no serán entregados a ninguna parte mencionada en este párrafo, excepto si es requerido por las resoluciones del Tribunal en que dicho Escrito Judicial fue presentado.

Será obligación de Los Deudores y el Representante Extranjero realizar las traducciones de las resoluciones pronunciadas por este Tribunal Chileno, según se disponga en cada caso, las que se efectuaran por medio de un perito traductor que figure en las nóminas que mantiene al efecto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.

10.- El Representante Extranjero, los Deudores y los JPL presentarán informes escritos ante los Tribunales: (i) en el momento en que consideren apropiado para informar a los Tribunales sobre el avance de la reestructuración o la evolución de cualquiera de los Procedimientos; (ii) según lo indique cualquiera de los Tribunales (los "Informes"). Esos informes deberán estar acompañados de una traducción profesional de todos los documentos adjuntos que no estén en el idioma en el que el Tribunal respectivo conduzca sus actuaciones; (iii) Los Deudores o Representantes Extranjeros deberán evacuar estos informes de manera mensual, ello, sin perjuicio, que este Tribunal Chileno pueda requerir de estas comunicaciones en un periodo de tiempo diferente y sobre materias específicas.

11.- Cualquier Informe presentado ante cualquiera de los Tribunales será presentado simultáneamente ante cualquier otro Tribunal y se enviará por correo electrónico al U.S. Trustee, el UCC y al Superintendente (en forma conjunta, las "Partes a Notificar", y cada una de ellas, individualmente una "Parte a Notificar"). Las copias de cualquier Informe se presentarán ante los Tribunales (junto con las traducciones cuando sea necesario), censurados si correspondiere. Para evitar dudas, cualquier Informe presentado bajo reserva ante cualquier Tribunal no será entregado simultáneamente a los otros Tribunales ni a las Partes a Notificar, salvo que sea requerido por resolución del Tribunal en que el Informe fue presentado, sujeto a restricciones de confidencialidad substancialmente similares a las que ordenó el Tribunal que dispuso la reserva de los documentos relevantes.

12.- A solicitud de cualquier Tribunal, los Deudores y los JPL se pondrán a disposición para responder a las consultas de los Tribunales con respecto al contenido de cualquier Informe (una "Audiencia Privada"). Los Deudores de los Procedimientos del Capítulo 11, el Representante Extranjero para el Procedimiento de Chile y el Procedimiento de Colombia, y los JPL para el Procedimiento de Caimán deberán notificar de inmediato por correo electrónico a las Partes a Notificar sobre la celebración de cualquier Audiencia Privada. Los abogados de las Partes a Notificar tendrán derecho a comparecer en cualquiera de las Audiencias Privadas.

13.- Para evitar dudas, cada Tribunal tendrá jurisdicción única y exclusiva sobre cualquier representante del patrimonio o cualquier profesional contratado por, o con la aprobación de, ese Tribunal. Ninguna disposición en este protocolo requerirá que un representante del patrimonio o profesional contratado tome medidas que violen una disposición de la ley o norma profesional a la que estén sujetos.

14.- Cada Tribunal tendrá jurisdicción única y exclusiva sobre la conducción de las actuaciones ante dicho Tribunal y el conocimiento y determinación de las cuestiones que surjan de las mismas.

15.- Todos los documentos presentados en nombre de los Deudores en relación con cualquier solicitud de aprobación de este Protocolo se deberán enviar a las Partes a Notificar.

16.- Con excepción de lo que se establece expresamente en este documento, nada en este Protocolo afectará o perjudicará los derechos de los Deudores o las Partes a Notificar para realizar cualquier acción en relación con los Procedimientos.

17.- Este Protocolo entrará en vigencia una vez que sea aprobado por el Tribunal de los Estados Unidos, el Tribunal de Chile, el Tribunal de Colombia y el Tribunal de Caimán. Este Protocolo no tendrá efecto vinculante ni será legalmente exigible hasta que sea aprobado por el Tribunal de los Estados Unidos, el Tribunal de Chile, el Tribunal de Colombia y el Tribunal de Caimán. Este Protocolo no podrá ser modificado, excepto con previa notificación a los Deudores y a las Partes a Notificar y deberá contar con la aprobación del Tribunal de los Estados Unidos, el Tribunal de Chile, el Tribunal de Colombia y el Tribunal de Caimán.

18.- En lo que respecta a las comunicaciones con el Tribunal Chileno, se determina estas se llevaran a efecto preferentemente por medios escritos, siendo excepcional la modalidad oral.

III.- ANEXO A: GUÍAS DE PROCEDIMIENTO PARA LA COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNALES EN CUESTIONES DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

INTRODUCCIÓN

A.- El objetivo general de estas Guías es mejorar, en interés de todos los interesados, la eficiencia y la eficacia de los procedimientos transfronterizos en materia de insolvencia o de ajuste de deuda iniciados en más de una jurisdicción (los "Procedimientos Paralelos") mejorando la coordinación y la cooperación entre los tribunales bajo cuya supervisión se llevan a cabo esos procedimientos. Estas Guías representan las mejores prácticas para abordar los Procedimientos Paralelos.

B.- En todos los Procedimientos Paralelos, estas guías deben considerarse lo antes posible.

C.- En particular, estas Guías tienen como objetivo promover:

(i) la coordinación y administración eficiente y oportuna de los Procedimientos Paralelos;

(ii) la administración de los Procedimientos Paralelos con el fin de garantizar que se respeten los intereses de las partes interesadas relevantes;

(iii) la identificación, preservación y maximización del valor de los activos del deudor, incluidos los negocios del deudor;

(iv) la administración del patrimonio del deudor de manera proporcional a la cantidad de dinero involucrada, la naturaleza del caso, la complejidad de los

problemas, el número de acreedores y el número de jurisdicciones involucradas en los Procedimientos Paralelos;

(v) el intercambio de información para reducir costos; y

(vi) evitar o minimizar los litigios, costos e inconvenientes para las partes en los Procedimientos Paralelos.

D.- Estas Guías deben implementarse en cada jurisdicción de la manera que la jurisdicción considere adecuada.

E.- Estas Guías no pretenden ser exhaustivas y, en cada caso, deben tenerse en cuenta los requisitos especiales en ese caso.

F.- En todos los casos que involucren Procedimientos Paralelos los tribunales deben considerar si deben implementar estas Guías así como también la manera de hacerlo. Los tribunales deben alentar y, cuando sea necesario, ordenar, si tienen la facultad para ello, a las partes a presentar las solicitudes necesarias ante el tribunal para facilitar dicha implementación mediante un protocolo o una resolución derivados de estas Guías, y alentarlos a actuar para promover los objetivos y las metas de estas Guías siempre que sea posible.

ADOPCIÓN E INTERPRETACIÓN

Guía 1: En cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo F anterior, los tribunales deben alentar a los administradores en los Procedimientos Paralelos a cooperar en todos los aspectos del caso, incluida la necesidad de notificar a los tribunales lo antes posible sobre todas aquellas cuestiones presentes y potenciales que pueden (a) afectar esos procedimientos; y (b) beneficiarse de la comunicación y coordinación entre los tribunales. A los fines de estas Guías, "administrador" incluye un liquidador, síndico, administrador judicial, administrador en procedimientos administrativos, deudor en posesión en una reorganización o concurso preventivo, o cualquier fiduciario del patrimonio o persona designada por el tribunal.

Guía 2: Cuando un tribunal tenga la intención de aplicar estas Guías (ya sea en forma total o parcial, y con o sin modificación) a los Procedimientos Paralelos específicos, deberá hacerlo mediante un protocolo o una resolución, previa solicitud de las partes o de acuerdo con una orden del tribunal, si este último está facultado para hacerlo.

Guía 3: Ese protocolo u orden debe promover la administración eficiente y oportuna de los Procedimientos Paralelos. Debe abordar la coordinación de las solicitudes de aprobaciones del tribunal para decisiones y acciones relacionadas cuando sea necesario, y la comunicación con los acreedores y otras partes. En la medida de lo posible, también debe prever procedimientos que ahorren tiempo para evitar audiencias judiciales y otros procedimientos innecesarios y costosos.

Guía 4: Estas Guías, una vez implementadas, no están destinadas a:

(i) interferir o derogar la jurisdicción o el ejercicio de jurisdicción por un tribunal en cualquier procedimiento, incluida su autoridad o supervisión sobre un administrador en esos procedimientos;

(ii) interferir o derogar las normas o principios éticos que debe acatar un administrador de acuerdo con cualquier ley y normas profesionales aplicables;

(iii) evitar que un tribunal se niegue a tomar una medida que sea manifiestamente contraria al orden público de la jurisdicción o que no proteja suficientemente los intereses de los acreedores y otras partes interesadas, incluido el deudor; ni

(iv) conferir o cambiar la jurisdicción, alterar los derechos sustantivos, interferir con cualquier función u obligación que surja de cualquier ley aplicable, o menoscabar cualquier ley aplicable.

Guía 5: Para evitar dudas, un protocolo u orden bajo estas Guías es de naturaleza procesal. No debe constituir una limitación o renuncia por parte del tribunal a una facultad, responsabilidad o autoridad ni la determinación sustantiva de cualquier cuestión controvertida ante el tribunal o ante otro tribunal, ni una renuncia por cualquiera de las partes de cualquiera de sus derechos sustantivos y pretensiones, excepto en la medida específicamente prevista en ese protocolo u orden según lo permitido por la ley aplicable.

Guía 6: En la interpretación de estas Guías o de cualquier protocolo u orden aprobado en virtud de estas Guías, se tendrá debidamente en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la buena fe y la uniformidad en su aplicación.

COMUNICACIÓN ENTRE LOS TRIBUNALES

Guía 7: Un tribunal puede recibir comunicaciones de un tribunal extranjero y puede responderle directamente. Esas comunicaciones pueden realizarse con el objeto de recibir presentaciones de manera ordenada y emitir decisiones por parte de los tribunales, y para coordinar y resolver cualquier asunto de naturaleza procesal, administrativa o preliminar relacionado con cualquier audiencia conjunta donde sea aplicable el Anexo A. Esas comunicaciones pueden realizarse a través de los siguientes métodos o cualquier otro método que puedan acordar los dos tribunales en un caso específico:

(i) Enviar o transmitir copias de órdenes formales, sentencias, opiniones, fundamentos de decisiones, ratificaciones, transcripciones de actuaciones o procedimientos u otros documentos directamente al otro tribunal y notificar por

adelantado al abogado de las partes afectadas de la manera que el tribunal considere apropiada.

(ii) Ordenar a los abogados que transmitan o entreguen copias de documentos, escritos, declaraciones juradas, memoriales, u otros documentos que se presenten o que se presentarán ante el tribunal, al otro tribunal u otra persona apropiada, de la manera que sea adecuada, y que notifiquen por anticipado a los abogados

de las partes afectadas de la manera que el tribunal considere. La referida orden deberá efectuarse en el plazo máximo que en cada caso fije el Tribunal.

(iii) Participar en comunicaciones bidireccionales con el otro tribunal, incluso por teléfono, videoconferencia u otros medios electrónicos, en cuyo caso debe considerarse la Guía 8.

Guía 8: En el caso de comunicaciones entre tribunales, que no sean de naturaleza procesal, a menos que cualquier tribunal involucrado en las comunicaciones indique lo contrario, ya sea ex parte o de otra manera, o lo permita un protocolo o resolución, se aplicará lo siguiente:

(i) En general, las partes pueden estar presentes.

(ii) Si las partes tienen derecho a estar presentes, se enviará una notificación por anticipado de las comunicaciones a todas las partes de conformidad con las normas de procedimiento aplicables en cada uno de los tribunales que participarán en las comunicaciones, y las comunicaciones entre los tribunales se registrarán y podrán transcribirse. Se puede preparar una transcripción escrita a partir de una grabación de las comunicaciones que, con la aprobación de cada tribunal involucrado en ellas, podrá ser considerada como la transcripción oficial de las comunicaciones.

(iii) Las copias de cualquier grabación de las comunicaciones, de cualquier transcripción de las comunicaciones preparada de conformidad con cualquier orden de cualquier tribunal involucrado en las comunicaciones, y de cualquier transcripción oficial preparada a partir de una grabación pueden archivarse como parte del expediente de la causa y ponerse a disposición a las partes y sujeto a las obligaciones de confidencialidad que cualquier tribunal considere apropiadas.

(iv) Los tribunales indicarán la fecha y el lugar para las comunicaciones entre los tribunales. El personal, con excepción de los jueces de cada tribunal, puede comunicarse entre sí para establecer los arreglos apropiados para las comunicaciones sin la presencia de las partes.

Guía 9: Un tribunal puede ordenar que se envíe una notificación de las actuaciones a las partes de los procedimientos que tramitan en otra jurisdicción. Se puede ordenar que todas las notificaciones, solicitudes, peticiones y otros materiales diligenciados a los fines del procedimiento ante el tribunal se envíen también a las otras partes, poniéndolos a disposición de ellas en formato electrónico en un sistema de acceso público o mediante su transmisión por fax, correo certificado, o entrega por mensajería privada, o de cualquier otra manera que ordene el tribunal de acuerdo con los procedimientos aplicables en el tribunal.

COMPARECENCIA ANTE EL TRIBUNAL

Guía 10: Un tribunal puede autorizar a una parte, o una persona idónea, a comparecer y ser oído ante un tribunal extranjero, sujeto a la aprobación de dicha comparecencia por el tribunal extranjero.

Guía 11: Si así lo permite su ley y es apropiado, un tribunal puede autorizar a una parte de un procedimiento extranjero, o a una persona idónea, a comparecer ante y ser oída en una cuestión específica por, el tribunal sin llegar a estar sujeta a su jurisdicción para cualquier propósito que no sea la cuestión específica objeto de su comparecencia.

DISPOSICIONES CONSIGUIENTES

Guía 12: Un tribunal deberá, excepto previa objeción procedente basada en fundamentos válidos y luego solo en la medida de dicha objeción, reconocer y aceptar como auténticas las disposiciones de las leyes, reglamentos legales o administrativos y las normas del tribunal de aplicación general que rigen los procedimientos en otras jurisdicciones sin prueba adicional alguna. Para evitar dudas, el reconocimiento y la aceptación no constituyen el reconocimiento ni la aceptación de sus efectos o consecuencias legales.

Guía 13: Un tribunal deberá, excepto previa objeción procedente basada en fundamentos válidos y solo en la medida de dicha objeción, aceptar que las decisiones o resoluciones dictadas en los procedimientos en otras jurisdicciones fueron debida y correctamente dictadas o pronunciadas en sus respectivas fechas, y aceptar que esas decisiones o resoluciones no requieren prueba adicional alguna a los fines del procedimiento que se tramita ante ese tribunal, sujeto a la ley aplicable y a todas las reservas adecuadas que, en opinión del tribunal, sean apropiadas con respecto a los procedimientos de apelación o de revisión que estén efectivamente en trámite con respecto a tales decisiones o resoluciones. La notificación de cualquier enmienda, modificación, prórroga o sentencias de apelación con respecto a esas decisiones o resoluciones se diligenciará a los otros tribunales involucrados en los Procedimientos Paralelos, tan pronto como sea posible.

Guía 14: Un protocolo o resolución dictada por un tribunal bajo estas Guías está sujeto a las enmiendas, modificaciones y prórrogas que el tribunal considere apropiadas de acuerdo con estas Guías, y para reflejar los cambios y avances realizados de tanto en tanto en cualquier Procedimiento Paralelo. La notificación de esas enmiendas, modificaciones o prórrogas se diligenciará a los otros tribunales involucrados en los Procedimientos Paralelos, tan pronto como sea posible.

ANEXO A (AUDIENCIAS CONJUNTAS)

El Anexo A de estas Guías se refiere a las guías sobre la celebración de audiencias conjuntas. El Anexo A se aplicará, y formará parte de estas Guías, a los tribunales que pueden manifestar su consentimiento al Anexo A de manera oportuna. Se alienta

a las partes a abordar las cuestiones establecidas en el Anexo A en un protocolo o resolución.

ANEXO A: AUDIENCIAS CONJUNTAS

Un tribunal puede celebrar una audiencia conjunta con otro tribunal. Las siguientes disposiciones se aplicarán en relación con esa audiencia conjunta, o cuando corresponda, se considerarán para su inclusión en un protocolo o resolución:

(i) La implementación de este Anexo no privará ni disminuirá la competencia respectiva de un tribunal sobre el objeto del procedimiento. Al implementar este Anexo, no se considerará que un tribunal o cualquiera de las partes hayan aprobado o incurrido en una violación de la soberanía de la otra jurisdicción.

(ii) Cada tribunal tendrá jurisdicción única y exclusiva sobre la conducción de sus propias actuaciones y el conocimiento y determinación de las cuestiones que surjan de las mismas.

(iii) Cada tribunal debería poder entender simultáneamente las actuaciones del otro tribunal. Se debe considerar la manera de proporcionar el mejor acceso audiovisual posible.

(iv) Se debe considerar la coordinación del proceso y el formato para las presentaciones y pruebas presentadas o que deban presentarse ante cada tribunal.

(v) Un tribunal puede dictar una orden que permita que un abogado extranjero o cualquiera de las partes en otra jurisdicción comparezcan y sea oído por él. Si se dicta esa orden, se debe considerar si un abogado extranjero o alguna de las partes se someterán a la jurisdicción del tribunal pertinente y/o a sus reglamentos profesionales.

(vi) Un tribunal debe tener derecho a comunicarse con el otro tribunal antes de la celebración de una audiencia conjunta, con o sin la presencia de un abogado, para establecer los procedimientos para la recepción ordenada de las presentaciones y la toma de decisiones de los tribunales, y para coordinar y resolver cualesquiera otras cuestiones procesales, administrativas o preliminares relacionadas con la audiencia conjunta.

(vii) Un tribunal, después de celebrada la audiencia conjunta, tiene derecho a comunicarse con el otro tribunal, con o sin la presencia de abogados, con el propósito de determinar las cuestiones pendientes. Se debe considerar si las cuestiones incluyen cuestiones de procedimiento y/o sustantivas. También se debe considerar si algunas o todas estas comunicaciones deben ser grabadas y preservadas.

IV.- ANEXO B: MODALIDADES DE LA COMUNICACIÓN ENTRE TRIBUNALES

ALCANCE Y DEFINICIONES

1.- Estas Modalidades se aplican a las comunicaciones directas (escritas o verbales) entre tribunales en casos específicos de procedimientos transfronterizos en materia de insolvencia o de ajuste de deuda iniciados en más de una jurisdicción (los "Procedimientos Paralelos"). Ninguna disposición de este documento excluye a los medios indirectos de comunicación entre los tribunales (por ejemplo, a través de las partes o mediante el intercambio de transcripciones, etc.) Este documento está sujeto a cualquier ley aplicable.

2.- Estas Modalidades rigen solo la mecánica de comunicación entre los tribunales en los Procedimientos Paralelos. Para los principios de las comunicaciones (por ejemplo: las comunicaciones entre tribunales no deben interferir con la jurisdicción o el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal en cualquier procedimiento, etc.), se puede hacer referencia a la Orden General M- 511: Guidelines for Communication and Cooperation between Courts in Cross- Border Insolvency Matters (Guías de Procedimiento para la Comunicación y Coordinación entre Tribunales en Cuestiones de Insolvencia Transfronteriza) (las "Guías").

3.- Estas Modalidades contemplan el contacto iniciado por un "Juez Iniciador" (definido más abajo). Las partes ante este juez pueden solicitarle que inicie dicho contacto, o el Juez Iniciador puede realizarlo de oficio.

4.- En este documento:

a. "Juez Iniciador" se refiere al juez que inicia la comunicación en primera instancia;

b. "Juez Receptor" se refiere al juez que recibe la comunicación en primera instancia;

c. "Facilitador" se refiere a la(s) persona(s) designada (s) por el tribunal al que pertenece el Juez Iniciador o el tribunal al que pertenece el Juez Receptor (según el caso) para iniciar o recibir comunicaciones en nombre del Juez Iniciador o el Juez Receptor en relación con los Procedimientos Paralelos.

DESIGNACIÓN DEL FACILITADOR

5.- El Juez Receptor supervisará los pasos iniciales en el proceso de comunicación después de haber sido informado de la solicitud por parte del Facilitador.

6.- El Tribunal publicará de manera destacada los datos de contacto del Facilitador en su sitio web.

7.- Las comunicaciones iniciales pueden realizarse en idioma inglés. El Tribunal así lo publicará de manera prominente y especificará la tecnología disponible para facilitar la comunicación entre los tribunales (por ejemplo, y revelará las capacidades de conferencia telefónica o de video conferencia, cualquier capacidad de correo electrónico seguro, etc.) en su sitio web.

INICIO DE LA COMUNICACIÓN

8.- Para iniciar la comunicación en primera instancia, el Juez Iniciador puede exigir a las partes sobre las cuales ejerce su jurisdicción que obtengan la identidad y los datos de contacto del Facilitador del otro tribunal en los Procedimientos Paralelos, a menos que la información ya sea conocida por el Juez Iniciador.

9.- El primer contacto con el Juez Receptor debe realizarse por escrito, incluso por correo electrónico enviado por el Facilitador del tribunal del Juez Iniciador al Facilitador del tribunal del Juez Receptor y debe contener lo siguiente:

a. el nombre y los datos de contacto del Facilitador del tribunal del Juez Iniciador;

b. el nombre y el título del Juez Iniciador, así como los datos de contacto del Juez Iniciador si el Juez Receptor desea comunicarse directamente con el Juez Iniciador y dicho contacto es aceptable para el Juez Iniciador;

c. el número de referencia y el título de la causa presentada ante el Juez Iniciador y el número y título de referencia (si se conoce; de lo contrario, algún otro identificador único) de la causa presentada ante el Juez Receptor en los Procedimientos Paralelos;

d. la naturaleza de la causa (con la debida consideración a las cuestiones de confidencialidad);

e. si las partes ante el Juez Iniciador han dado su consentimiento para que se lleve a cabo la comunicación (también debe proporcionarse información relacionada con la existencia de alguna resolución del tribunal, orden o protocolo para la comunicación entre los tribunales para el caso aprobado por el Juez Iniciador);

f. si corresponde, la fecha y hora propuestas para la comunicación solicitada (con la debida consideración a las diferencias horarias); y

g. la(s) cuestión /cuestiones específicas(s) sobre la(s) cuales el Juez Iniciador solicita la comunicación.

ARREGLOS PARA LA COMUNICACIÓN

10.- El Facilitador del tribunal del Juez Iniciador y el Facilitador del tribunal del Juez Receptor pueden comunicarse plenamente entre sí para establecer los arreglos apropiados para la comunicación sin la necesidad de la participación de los abogados o las partes, a menos que uno de los tribunales ordene lo contrario.

11.- El tiempo, el método y el idioma de comunicación deben ser aceptables a satisfacción del Juez Iniciador y del Juez Receptor, con la debida consideración de la necesidad de una administración eficiente de los Procedimientos Paralelos.

12.- Cuando se requieran servicios de traducción o interpretación se tomarán las medidas apropiadas, según lo acordado por los tribunales. Cuando se entregue la traducción de una comunicación escrita, también se debe entregar la comunicación en su idioma original.

13.- Cuando sea necesario que se comunique información confidencial, se debe emplear un medio de comunicación seguro siempre que sea posible.

COMUNICACIÓN ENTRE EL JUEZ INICIADOR Y EL JUEZ RECEPTOR

14.- Una vez que se hayan hecho los arreglos para la comunicación, la discusión de los temas específicos sobre los cuales el Juez Iniciador solicitó la comunicación y las comunicaciones subsiguientes relacionadas con ello deberían, en la medida de lo posible, llevarse a cabo entre el Juez Iniciador y el Juez Receptor de acuerdo con cualquier protocolo u orden de comunicación y cooperación en materia de Procedimientos Paralelos.

15.- Si el Juez Receptor desea omitir el uso de un Facilitador, y el Juez Iniciador ha indicado que él o ella está dispuesto a hacerlo, los jueces pueden comunicarse entre sí acerca de los arreglos para la comunicación sin la necesidad de la participación de los abogados ni de las partes.

16.- Nada en este documento limitará la discreción del Juez Iniciador para contactar al Juez Receptor directamente en circunstancias excepcionales.

Publíquese la presente resolución en el Boletín Concursal.

Resolvió Gustavo Cerón Seguel, Juez Interino.

En Santiago, a veinte de agosto de dos mil veinte, se notificó por el estado diario, la resolución precedente.

2) Laudos arbitrales extranjeros

SCS, Rol 19.568-2020, de fecha 14 de septiembre de 2020 (rechaza recurso de queja, declara admisible de oficio Recurso de Apelación)

Santiago, catorce de septiembre de dos mil veinte.

VISTO:

Que en estos autos Rol Nº 19568-2020 el abogado José Ignacio Jiménez Parada, en representación convencional de las sociedades Sudamérica SpA y CCF Sudamérica SpA, recurre de queja en contra la resolución dictada por los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago señoras Dobra Lusic Nadal, Elsa Barrientos Guerrero y señor Alberto Amiot Rodríguez, quienes con fecha 12 de febrero en curso, en ingreso civil 12017-2019, rechazaron un recurso de reposición interpuesto en contra de la declaración de inadmisibilidad de un recurso de apelación, dictada por la misma Primera Sala, integrada por los Ministros señora Dobra Lusic Nadal, señor Rafael Andrade Díaz y el Abogado Integrante señor Rodrigo Asenjo Zegers, deducido este último en contra de la sentencia definitiva dictada por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Evacuando el informe de rigor, los jueces recurridos exponen que, si bien las partes establecieron en las bases del arbitraje que en contra de la sentencia definitiva serían procedentes los recursos de apelación y casación en la forma, dicha cláusula contraviene lo dispuesto en los artículos 19 y 34 de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Añaden que el recurrente, al momento de suscribir el contrato que dio origen al presente juicio, fijó domicilio en México, configurándose así el primero de los requisitos para entender que el arbitraje en cuestión tiene el carácter de internacional, lo que hace aplicable a su respecto la citada ley. Concluyen indicando que no han incurrido en falta o abuso grave, sino que se han limitado a interpretar la normativa aplicable al caso.

Con fecha 13 de marzo del presente se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante la Cámara de Comercio de Santiago el abogado José Ignacio Jiménez Parada presentó solicitud de inicio de arbitraje comercial internacional por sus representadas Sudamérica SpA y CCF Sudamérica SpA, lo que dio origen al proceso N° 3048-2017 que culminó con la sentencia definitiva dictada por los jueces árbitros Alberto Lyon Puelma, Enrique Barros Bourie y Manuel Jose Vial Vial. Dicha decisión fue impugnada por la parte demandante mediante el recurso de apelación, arbitrio que el tribunal a quo tuvo por interpuesto, para luego concederlo y elevar los antecedentes al tribunal de alzada.

SEGUNDO: Que la Sala Tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisible el recurso de apelación, argumentando que por tratarse de un arbitraje comercial internacional resultan aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.971, destacando que su artículo 34 dispone que contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad, siendo este el único medio de impugnación que dicha ley dispone, de modo que, sin perjuicio de lo acordado por las partes en las bases del arbitraje, la apelación no puede ser admitida a tramitación.

Dicho pronunciamiento fue objeto de un recurso de reposición y mediante resolución de fecha 12 de febrero de 2020 se le desestimó.

TERCERO: Que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales concede el recurso de queja en contra de resoluciones de carácter jurisdiccional dictadas con falta o abuso, con la sola limitación de que dichas resoluciones pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución.

CUARTO: Que el mérito de los antecedentes tenidos a la vista y aquellos agregados al recurso no permiten concluir que los ministros recurridos, al decidir como lo hicieron, hayan incurrido en alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte, pues lo cuestionado, en definitiva, es la interpretación y aplicación de un precepto legal efectuada por ellos sobre la base de un razonamiento que fue explicado suficientemente en la resolución que censura la quejosa.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza el recurso de queja deducido por el abogado José Ignacio Jiménez Parada.

Sin perjuicio de lo antes resuelto y a fin de justificar la decisión que más adelante se adoptará, este Tribunal estima pertinente tener en consideración las siguientes cuestiones:

1 °.-Que resulta necesario recordar que el arbitraje voluntario no nace de la ley, son las partes las que, de común acuerdo, a través de un convenio arbitral proceden a encomendar la resolución del asunto a un tribunal arbitral.

El arbitraje voluntario se diferencia del arbitraje forzoso en la fuente u origen. Es así como en el arbitraje forzoso la jurisdicción del tribunal arbitral emana de la ley, pero en el caso del voluntario la jurisdicción del tribunal proviene de las partes, específicamente del convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades para someter un asunto a la justicia arbitral, sacándola de la competencia de los tribunales ordinarios o especiales. En nuestro derecho el convenio arbitral puede provenir de dos actos: del contrato de compromiso o de la cláusula compromisoria (Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, N°2 pp. 405-430, 1999, "Nociones Generales sobre la Justicia Arbitral", Alejandro Romero Seguel).

2 °.-Que abordando esta materia el profesor Romero Seguel expone que "la cláusula compromisoria es un acuerdo de voluntades mediante la cual las partes acuerdan

someter un asunto litigioso futuro y eventual a la resolución de un árbitro. En otros términos, la cláusula compromisoria es un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias (o especiales), y las someten a juicio arbitral, obligándose a nombrar al árbitro o árbitros en un acto posterior". Como señala don Patricio Aylwin "El compromiso arbitral se diferencia de la cláusula compromisoria, la que expresa la intención general de las partes de someter sus asuntos litigiosos al conocimiento de los árbitros que no han sido personificados aún. Aunque este tipo de pacto no se encuentra contemplado en la ley, su validez actualmente no se pone en duda" (El juicio arbitral, Ed. Jurídica, Santiago, 2005, p 301-308).

En el mismo artículo, refiriéndose al arbitraje internacional, el autor expresa que, aunque este "no difiere en el concepto del arbitraje interno, en cuanto que los dos sirven para solucionar controversias jurídicas por medio de árbitros, tienen objetos distintos. En efecto, el arbitraje internacional viene impuesto de ordinario por las necesidades del comercio internacional, que exige seguridad y rapidez en la solución de los conflictos, y por lo mismo, demanda un mecanismo de solución de controversias acorde con esos objetivos". Luego, tratándose de uno u otro tipo de arbitraje, el consentimiento prestado por las partes en orden a someterse a este tipo de procedimiento resulta ser esencial. (En este mismo sentido, ELINA MEREMINSKAYA, "ARBITRAJE DOMÉSTICO E INTERNACIONAL EN CHILE: EN BÚSQUEDA DE LA ARMONÍA", Capítulo VI ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LAS AMÉRICAS, disponible en internet).

3 °.- Que del análisis de autos se advierte que las partes, al suscribir el contrato de compraventa de acciones que dio origen al presente juicio, en su cláusula décimo tercera, numeral 11, determinaron que "El presente Contrato de Compraventa se regirá la República de Chile". En la misma cláusula, numeral 12, establecieron que á "Todas las disputas que surjan de o que guarden relación con el presente Contrato o la ejecución de los actos aquí pactados o respecto de cualquier motivo relacionado con el presente Contrato, se resolver mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente al momento de su inicio".

4 °.- Que los mismos contratantes al constituir las bases del compromiso, en cuanto a las normas aplicables a la conducción del procedimiento, acordaron que "El arbitraje se regirá por el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, en adelante el Reglamento, y los Estatutos del CAM Santiago en actual vigencia, con las modificaciones que constan en la presente acta. En lo no previsto se estará a la voluntad de las partes, en su defecto a la del Tribunal Arbitral. Supletoriamente se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales".

También señalaron que "Respecto a la sentencia definitiva se estará a lo establecido en la cláusula arbitral, esto es, serán procedentes los recursos de apelación y casación en la forma".

5 °.- Que, siendo la cláusula compromisoria, independientemente de su naturaleza institucional, doméstica o internacional, de carácter consensual, el sentenciador debe tener en consideración la intención de las partes al contratar y su comportamiento posterior.

En este sentido es preciso traer a colación el principio de la buena fe procesal, recogido por la doctrina y jurisprudencia. Se ha dicho que "La buena fe procesal es una cláusula que contribuye a que el juez dicte una sentencia justa. Esta idea apela a una cuestión que se ha vuelto común en el Derecho Procesal moderno: las partes deben ayudar al tribunal a conseguir, en el lenguaje del proceso civil inglés, "el objetivo primordial del juicio".

Este fin primordial evoca el pensamiento de Jeremy Bentham en cuanto a que el

único fin directo del juicio es un veredicto justo (otros fines no son sino secundarios), premisa que goza hoy de bastante popularidad en la literatura procesal: así, por ejemplo, en su German Civil Justice, Peter Murray y Rolf Stürner dicen que la función principal de los procesos judiciales es la de establecer y cumplir los derechos subjetivos y las obligaciones de las personas, mientras que la solución del conflicto en conformidad a derecho no es más que un fin vinculado a ese objetivo principal. Esta fidelidad con el proyecto benthamiano, según el cual los jueces deben resolver los conflictos sobre la base de derecho como la mejor forma de implementar una vida en comunidad cimentada en derechos subjetivos y obligaciones, se ha redirigido, doscientos años después, hacia el debate sobre el espacio que la eficiencia (los costos y la duración del litigio) puede tener entre los fines del proceso. Pero sean cuales sean estos fines, lo que se hizo común, repito, es la intuición de que las partes deben colaborar para que se cumplan los objetivos que sirve la administración de justicia" (Revista Chilena de Derecho Privado N° 21, pp. 259-305, diciembre 2013, "Tres Lecturas de la Buena Fe Procesal", Jorge Larroucau Torres). Añade el autor antes citado que "de esta vinculación entre los fines del proceso y la conducta de las partes la concepción fuerte extrae al menos tres deberes para los litigantes: a) aportar evidencias, b) 'decir la verdad' y

c) no ir en contra de las propias actuaciones".

6 °.-Que, recogiendo este concepto de la buena fe procesal, en tanto los litigantes no pueden ir en contra de sus propias actuaciones, no es posible soslayar que al momento de suscribir la cláusula compromisoria las partes determinaron que cualquier conflicto sería sometido a arbitraje, el que se regiría por el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, sin aludir a la Ley N° 19.971. Por otra parte, en las bases del presente arbitraje establecieron que este se sujetaría al citado reglamento, los Estatutos del CAM y, en lo no previsto, a la voluntad de las partes, sin perjuicio de que supletoriamente se aplicarían las normas del Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales, sin hacer mención, nuevamente, a la Ley N° 19.971. Cabe también destacar que en lo relativo a los recursos los comparecientes, libre y voluntariamente, establecieron que "respecto a la sentencia definitiva se estará

a lo establecido en la cláusula arbitral, esto es, serán procedentes los recursos de apelación y casación en la forma".

7 °.- Que, en estrados, los litigantes dieron cuenta que posteriormente, con ocasión de otros conflictos que se suscitaron a raíz del mismo contrato de compraventa de acciones, modificaron los términos de sus Bases del Procedimiento, eliminando la procedencia del recurso de apelación. Esta circunstancia revela que después de un mayor análisis se estimó necesario adecuarlas a la Ley N° 19.971 pero, para los efectos de este juicio, en su inicio y tramitación consideraron como mecanismo válido de revisión el recurso de apelación; en otras palabras, no se había contemplado como alternativa recursiva válida el recurso de nulidad especial contemplado en la citada Ley.

Entenderlo de otro modo atentaría contra el principio de la buena fe procesal, que recoge como uno de sus elementos él no ir en contra de las propias actuaciones que los litigantes han desplegado durante el juicio. Esto último también ha sido recogido en el derecho sustantivo y denominado como la "Teoría de los Actos Propios". Sobre el particular, el jurista alemán Ludwig Enneccerus, en su "Tratado de derecho civil alemán" (tomo 1.2. 1950), manifiesta que: "a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta justifica la conclusión de que no se hará valer un derecho, o cuando el ejercicio posterior, choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe".

La citada tendencia presupone el despliegue de cierta conducta que induce a la creencia de que no se hará después valer una pretensión contraria con ella. (María F. Ekdahl Escobar, "La Doctrina de los actos propios; El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas", Santiago, 1989, Editorial Jurídica de Chile, N2º 6 pág. 38-39)

Como afirma don Luis Diez-Picazo en su obra "La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Barcelona 1963, pág. 143: "La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. El hecho de que una persona trate en una determinada situación jurídica de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí, señala este autor, por donde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos que anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas. Este principio, es pues, el fundamento más seguro para nuestra regla que deberá ser por ello estudiada, analizada e interpretada en armonía con él".

8 °.- Que, al declararse inadmisible el recurso de apelación deducido en autos en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal arbitral, se privó a uno de los litigantes del mecanismo de revisión que los contratantes expresamente habían estipulado. En este punto no es posible soslayar que nuestro sistema procesal consagra la existencia de diversos principios que pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, el derecho al recurso, que se traduce en el

de impugnar las resoluciones judiciales para proveer su revisión, mismo que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso.

Ligado a lo dicho están los demás derechos, de acceso a la justicia, de tutela judicial efectiva que conduce a que en el proceso de interpretación de normas se prefiera aquella que permite el acceso a la jurisdicción, a obtener una sentencia motivada y, en su caso, el cumplimiento de lo resuelto. En la perspectiva recién indicada, surge con nitidez, entonces, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que pudieran dar pábulo a limitar o restringir tales derechos o garantías.

En consecuencia, procediendo esta Corte de oficio, se invalidan las resoluciones de dieciséis de enero y doce de febrero del año en curso, del expediente Rol N°12017-2019 tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto se declaró inadmisible el recurso de apelación y se desestimó el recurso de reposición intentado en contra de dicha declaración de inadmisibilidad, respectivamente, y se declara que la apelación deducida en contra de la sentencia dictada con fecha dos de agosto de dos mil diecinueve es admisible, para cuyo efecto la Corte de Apelaciones proveerá la presentación del recurrente dando curso progresivo a los autos.

Comuníquese por el señor Secretario de esta Corte por la vía más rápida y agréguese copia autorizada de esta sentencia a los autos referidos.

Regístrese y oportunamente archívese.

Redacción a cargo de la Ministra señora Rosa María Maggi D. Rol N° 19.568-2020.-

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sra. Rosa María Maggi D., Sra. Rosa Egnem S., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., Sr. Arturo Prado P. y Sr. Jorge Zepeda A. (s).

No firman los Ministros Sra. Egnem y Sr. Zepeda no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso la primera y haber terminado su periodo de suplencia el segundo.

En Santiago, a catorce de septiembre de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

SCA, Santiago, Rol 4394-2019, de fecha 30 de diciembre de 2019 (acoge Recurso de nulidad en contra de Laudo Arbitral)

C.A. Santiago

Santiago, treinta de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTO:

En esta causa sobre cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, tramitada en procedimiento sustanciado de conformidad a la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional y seguida entre Inversiones VyV SpA por una parte y GyM CHILE SpA y GyM S.A. por la otra, ante el árbitro mixto don Felipe Ossa Guzmán, por sentencia arbitral de 4 de enero de 2019, se acogió la demanda principal y se rechazó la demanda reconvencional.

Contra ese fallo las demandadas y a la vez demandantes reconvencionales, dedujeron el recurso de nulidad contemplado en el artículo 34 de la Ley 19.971.

Comienza el libelo refiriéndose a los antecedentes del juicio, el cual se refirió a una demanda de indemnización de perjuicios relativa a un contrato de compraventa, en contra de GyM CHILE SpA y GyM S.A. Cuenta que por medio de dicha compraventa el demandante vendióa GyM la cantidad de 12.825.278 acciones de la sociedad Vial y Vives - DSD S.A., divididas en dos paquetes de 6.412.639 acciones cada uno. De esta forma, el precio del primer paquete se acordóen la cantidad de USD $6.529.559,34, que GyM pagó en su totalidad. El segundo paquete se vendió sujeto a un plazo suspensivo que vencía el 16 de noviembre de 2016, fecha en la cual se debía pagar el precio y se inscribirían en el Registro de Accionistas correspondiente. El precio de este segundo paquete se pactó< en la cantidad de USD $6.385.002,49.

El conflicto se genera porque las demandadas sostienen que la relación entre las compañías es mucho más compleja que lo sostenido en la demanda, pues el contrato que se reclama incumplido es solo una parte de un acuerdo mayor, que implicaba el ingreso de un agente econom<ico nuevo para el mercado chileno, la promesa de determinados negocios vigentes y de otros con expectativas de concretarse, todo con el compromiso de mantener duenõ s y ejecutivos por determinados plazos.

Refiere en el recurso de nulidad una serie de antecedentes que en su concepto dan cuenta de esa relación compleja constituida por varias compraventas de acciones.

Asimismo, expone hechos que demuestran en su opinión, que la demandante no dio cumplimiento a las obligaciones que específica: cumplir el backlog, prestar asesoría y mantener la relación con los clientes, porque opuso la excepción de contrato no cumplido e interpuso demanda reconvencional de indemnización de perjuicios.

El árbitro, declaró en el laudo inexistente la obligación relativa a cumplir el backlog, estimando el recurrente que al pronunciarse, se produjeron vulneraciones a las normas y principios mínimos del debido proceso y errores de apreciación y ponderación de los antecedentes.

El recurso de nulidad se funda en la causal contemplada en el número ii) de la letra b) del artículo 34 de la Ley 19.971, que dispone: "2) El laudo arbitral solo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:

…b) El tribunal compruebe: …ii) Que el laudo es contrario al orden pub< lico de Chile." argumenta afirmando que existe un orden público sustantivo y uno procesal, señalando que este último es el denominado debido proceso, particularizándolo

el derecho de ser llamadas a arbitraje de manera debida, la existencia de un procedimiento adversarial, con contradictoriedad e igualdad en el trato, posibilidad de rendir prueba, prohibición de parcialidad y falta de independencia fraude o corrupción por parte de los jueces, entre otros.

Al respecto, afirma que la sentencia recurrida se aparta del mérito de autos, al dar por establecidos hechos sin que exista prueba para ello. Para justificar tal reproche, transcribe los puntos de prueba fijados por el tribunal, acápites de la sentencia y citas a determinados documentos -tales como actas de sesiones de directorio- y declaraciones de testigos que el juez árbitro tuvo en consideración al asentar determinados hechos. Asimismo, se refiere a determinada prueba instrumental la cual, en concepto del recurrente, es considerada en determinadas dimensiones pero no de manera completa ni adecuada.

Se alega también que el laudo arbitral vulnera el principio de congruencia, ya que a pesar de reconocerse por una parte la existencia de variadas obligaciones derivadas de los pactos de accionistas que celebraron las partes y la compleja estructura compleja de contratación; rechaza la excepción de contrato no cumplido por emanar de contratos distintos, basándose en la teoría que sostiene que la excepción de contrato no cumplido sólo procede cuando esta se refiere al mismo contrato.

De ello deduce que el fallo fue dictado por el árbitro contra él mérito del proceso, contra texto contractual y legal expreso, incurriendo en incongruencias procesales, contradicciones argumentativas, saltos lógicos al fundar su decisión, en lo que dice relación con la excepción de contrato no cumplido, en meras especulaciones u opiniones, apartándose del mérito de autos. De ello deduce que el fallo no fue dictado en derecho, prudencia o equidad, todo lo cual constituye falta grave al debido proceso y al orden pub< lico.

Además, afirma que el fallo recurrido es arbitrario porque carece de los considerandos necesarios para ser fundado, todo lo cual importarían graves vulneraciones a las normas procesales y garantías mínimas de todo procedimiento, consagradas no sólo a nivel nacional si no que internacional, vulnerándose así el orden público.

CONSIDERANDO:

Primero: Que la parte recurrida, presentó un escrito haciendo presente una serie de consideraciones, solicitando el rechazo del presente recurso de nulidad, con expresa condena en costas.

Comienza sosteniendo la improcedencia del recurso. Previo a ello se refiere al contexto en el que se inicia el juicio arbitral, explicando que la demanda tuvo por objeto exigir el pago del saldo de precio de la compraventa de acciones, por la cantidad de US $5.690.312,88 más el interés moratorio convenido hasta la fecha del pago efectivo, señalando que dado que dicha compraventa consta en escrituras públicas, de no mediar una cláusula arbitral se hubiera resuelto a través de un juicio ejecutivo.

Luego se refiere al recurso de nulidad regulado en el artículo 34 de la Ley 19.971 y a la historia del establecimiento de la misma, haciendo énfasis en uno de sus principios inspiradores como lo es el de intervención excepcional de los tribunales ordinarios y la discusión del concepto de orden público chileno como causal de impugnación del laudo. Así, realiza un paralelo entre el recurso de nulidad y la Ley Modelo UNCITRAL, afirmando que ambos se construyen sobre la base de causales de impugnación relativa a la protección de garantías procesales mínimas o relativas a la validez del arbitraje, asimilable a algunas de las causales del recurso de casación en la forma.

Afirma que las causales de procedencia de la nulidad se configuran por vicios graves y taxativos, por lo que no basta cualquier infracción a una disposición procesal, sino que de afectaciones graves al principio del debido proceso, a las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje y a la causal que nos convoca.

En relación a ella, sostiene que la parte recurrente ha extendido de manera mañosa el concepto de orden público, clasificándolo en orden público sustantivo y en orden público procesal, argumentando que el laudo impugnado habría infringido su debido proceso y señalar que las vulneraciones al debido proceso implicarían una vulneración al orden público.

Hace presente asimismo, que el recurso de nulidad deducido es en realidad un recurso de apelación encubierto, por el cual se pretende la revisión de los hechos del proceso y del derecho aplicado siendo esta la razón por la cual se realiza en el libelo un detallado análisis de la prueba rendida, reclamando la forma en la cual el árbitro valoró la prueba.

Finalmente concluye este acápite señalando que el concepto de orden público no puede dársele la amplitud que pretenden los recurrentes, porque de ser así, toda disconformidad con el fallo podría ser recurrida invocando una infracción legal, sosteniendo que se afectaría el orden público nacional.

Argumenta además, que la sentencia recurrida ha sido dictada conforme a la ley, al mérito del proceso y a todas las disposiciones legales aplicables en la especie.

Continúa refiriéndose a cada una de las argumentaciones contempladas en el recurso, que se refieren al fondo de lo resuelto y finaliza señalando que las recurrentes han efectuado un largo análisis de la prueba rendida y, en lo sustancial, han denunciado a través de este recurso una serie de infracciones a las leyes reguladoras a la prueba, las que en su opinión, fuera de no ser efectivas no constituyen las causales que taxativamente contempla la ley para la interposición de este recurso.

Segundo: Que descritas las posiciones de las partes en relación a este arbitrio, es preciso tener presente que el recurso de nulidad se encuentra regulado en el artículo 34 de la ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, que establece, en la parte que interesa a este caso: "La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) de este artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:

   a) La parte que interpone la petición pruebe:

      i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7º 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 de este Estado, o

      ii) Que 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, sólo se podrán anular estas últimas, o

      iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o

   b) El tribunal compruebe:

      i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o

      ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile."

Tercero: Que previo a pronunciarse sobre el motivo de nulidad específico que alega la parte que impugna la sentencia arbitral, es preciso fijar el marco jurídico en que se funda esta especial forma de arbitraje. La

Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional estableció un tratamiento unificado y orgánico del arbitraje comercial internacional, teniendo como fundamento los siguientes cuerpos legales: la Ley Modelo UNCITRAL, sobre arbitraje comercial internacional; la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York); el Decreto Supremo N° 664 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 30 de octubre de 1975; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá); el Decreto Supremo N° 364 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de julio de 1976; y, El Convenio sobre

Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), adoptado en Washington, el 18 de junio de 1965, promulgado mediante Decreto Supremo N° 1304, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 9 de enero de 1992.

Cuarto: Que en esta justicia arbitral tiene plena aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, pues las partes son libres de establecer las reglas del procedimiento al que ajustarán sus actuaciones, salvo las limitaciones que la misma ley consagra. En este sistema, el único medio de impugnación a la sentencia que el procedimiento admite es la petición de nulidad, que debe conocer esta Corte. Sus singulares causales, que se han transcrito, tienen por finalidad velar por la regularidad del procedimiento arbitral y su apego a las normas establecidas, el respeto a las exigencias de validez del compromiso y el control frente a una eventual infracción al orden público chileno. La idea es que, dada la decisión de las partes de someter su conflicto a arbitraje, es deseable dar certeza y estabilidad a la decisión arbitral. Por esta razón, se han limitado los medios de impugnación.

Quinto: Que así las cosas, la petición de nulidad constituye un recurso de carácter extraordinario -pues sólo procede en contra una determinada resolución (el laudo arbitral); es el único medio de impugnación previsto para tal sentencia; y, requiere de la concurrencia de una causal establecida en la ley para prosperar-, y por tanto de derecho estricto. Entonces, es obvio -como tantas veces se ha afirmado-, la labor de esta Corte ha de limitarse a verificar la efectividad de los hechos que configurarían la causal que se invoca, pues como se ha explicado, el ordenamiento legal que rige este tipo de arbitraje, pretende que la intervención de los tribunales ordinarios, sea lo más limitada posible, sólo en aquellos casos expresamente establecidos por la ley.

Es por esta razón que el artículo 5 de la ley materializa expresamente este principio al preceptuar que: "En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga."

Sexto: Que la causal en que se asila el recurrente, es aquella prevista en el número 2, letra b) literal ii), consistente en "Que el laudo es contrario al orden público de Chile."

En consecuencia, corresponde verificar la efectividad de la causal invocada en relación a los hechos que la fundamentan de la forma en que han sido expresados en el libelo de nulidad, que se han descrito en el primer motivo de este fallo, las que en síntesis se refieren a la supuesta infracción a garantías del debido proceso, tales como que la sentencia recurrida se aparta del mérito de autos al dar por establecidos hechos sin que exista prueba para ello; se reclama respecto de la forma de valoración de determinada prueba instrumental; que se vulneraría el principio de congruencia; que existirían contradicciones argumentativas y saltos lógicos en su fundamentación; que carecería de consideraciones necesarias; y, en general, que el fallo fue dictado contra él mérito del proceso.

Séptimo: Que para resolver el arbitrio de nulidad interpuesto y atendida la forma en que se ha sostenido la causal invocada, esta Corte tiene en consideración que

lo primero que ha de determinarse son las normas por las cuales se debía regir el arbitraje. Se han acompañado a estos autos, las bases del Procedimiento Arbitral seguido ante el árbitro recurrido, de fecha 16 de octubre de 2017, las cuales expresan que el proceso se regiría por las normas establecidas en dicha acta, las cuales habían de ser complementadas en lo no previsto por las mismas, por el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, que se acompañó a estos autos, los Estatutos de la Cámara de Comercio de Santiago, las normas contenidas en la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, (habida consideración que los contratos y acuerdos que dieron origen a esta controversia lo estipularon de tal forma) y el Código de Procedimiento Civil. Asimismo, se señala de manera expresa que el árbitro estará facultado para dictar las normas procesales que complementen las de la referida acta.

Acorde, las partes pactaron de manera adecuada y suficiente el procedimiento al cual debía ajustarse la substanciación del juicio.

Octavo: Que como se ha adelantado, en este especial tipo de arbitraje, el juez goza de plena libertad para la tramitación del asunto sometido a su conocimiento, estando facultado incluso para suplir la voluntad de las partes en todas aquellas materias de orden procesal, respecto de las cuales nada hayan acordado. Así, de conformidad con la Ley 19.971, el árbitro puede conducir el arbitraje de la manera que lo estime más apropiado. El poder discrecional del árbitro incluye la facultad de determinar la admisibilidad, el valor probatorio, el peso y la producción de la prueba, según lo previsto en el mismo artículo 19 relativo a la determinación del procedimiento, que preceptúa en su numeral 2: "2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas."

Noveno: Que de la misma manera, la Ley contiene una serie de reglas adjetivas supletorias del silencio de los litigantes, que abarcan todo el espectro en el que se desenvuelve el procedimiento arbitral, desde su inicio hasta el pronunciamiento del laudo, tal como se ha explicado en el motivo octavo precedente -pues es lo que hicieron las partes-, la ley combina la libertad de las partes para elegir las normas aplicables al procedimiento arbitral, con un conjunto de reglas supletorias que no tienen carácter imperativo y que autorizan al juez árbitro, conducir el proceso con independencia de las reglas nacionales.

Consecuencia de lo anterior, y en base al "principio de intervención mínima", básico de esta clase de arbitraje, la actuación de los tribunales estatales en el procedimiento arbitral es limitada y los tribunales superiores ordinarios no tienen amplias facultades para la revisión de las resoluciones, como ya se advirtió al citarse el artículo 5 de la Ley y el artículo 34 del mismo cuerpo normativo, que contempla la petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral.

Décimo: Que los recurrentes sostienen en su petición de nulidad, que el laudo arbitral habría infringido diversas normas que conforman el orden público chileno y como

se viene razonando, frente a una acción de nulidad que tiene causales taxativas, las que por los motivos previamente dados no permiten una interpretación por analogía o de manera extensiva, es imprescindible analizar el concepto de orden público que en opinión del peticionario se ha vulnerado a través del laudo que se impugna y relacionarlo con los hechos que pretendidamente configurarían la causal.

De lo relacionado en la parte expositiva y el motivo séptimo de esta sentencia, todos los hechos que basamentan la nulidad dicen relación con aspectos formales, esto es, respecto del procedimiento seguido y del laudo mismo, pero no con aspectos sustantivos.

Undécimo: Que en adición, no puede soslayarse el hecho que la

Ley 19.971, constituye un estatuto normativo que recoge principios propios, que permiten conferir al arbitraje comercial internacional un estatuto diverso e independiente del arbitraje nacional. Uno de ellos, es el de la presunción de validez del laudo, mas, a través de la causal de nulidad que se analiza, del artículo 34 letra b) literal ii) de la Ley, se deja a salvo el pleno respeto a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, pues permite declarar la nulidad de la sentencia arbitral cuando el tribunal que conoce de la petición de la misma, compruebe que este es contrario al orden público chileno. Es obvio que este motivo de nulidad pretende evitar el pronunciamiento de sentencias que sean manifiestamente contrarias a la ley nacional y el concepto de orden público chileno necesariamente ha de ser entendido como causal de nulidad, cuando existan vulneraciones graves -de orden procesal o sustantivo-, a los principios y reglas fundamentales del derecho chileno.

Duodécimo: Que en en una dimensión procesal, que es aquella aludida en la petición de nulidad, el orden público relevante para estos efectos es posible de ser entendido como el debido proceso, comprendiendo este principios tan fundamentales como el trato igualitario a las partes, la bilateralidad de la audiencia, la existencia de un procedimiento contradictorio previamente conocido, la posibilidad de rendir prueba y observar la prueba contraria, la imparcialidad del tribunal arbitral, entre otras.

Decimotercero: Que esta Corte es del parecer que ninguno de los hechos invocados como constitutivos de infracciones procesales, es una vulneración al orden público chileno como se reclama, por varias razones.

La primera de ellas dice relación con que como se explicó, la circunstancia de haberse omitido o no ejecutado algún trámite procesal, previsto en el Código de Procedimiento Civil, el haberse valorado determinada prueba documental de una forma diversa a la esperada por el recurrente, el haberse establecido hechos distintos al mérito del proceso (en concepto del recurrente), no tiene aplicación en este proceso arbitral. Ahora, si bien, como se ha dicho, las leyes procesales locales no reciben aplicación alguna en procedimientos de esta naturaleza, lo cierto es que dicho análisis debe hacerse a la luz de las garantías del debido proceso, ya mencionadas.

Decimocuarto: Que en este sentido, las infracciones denunciadas no resultan efectivas toda vez que el árbitro aplicó correctamente la normativa aplicable al

conflicto suscitado entre las partes y se adhirió a las normas de procedimiento que estas se otorgaron y a las supletorias que se analizaron.

El laudo en estudio es un fallo completo que analiza pormenorizadamente las alegaciones de las partes y la abundante prueba rendida. Durante el procedimiento, las partes fueron debidamente emplazadas, presentaron numerosos escritos, rindieron copiosa prueba y ejercieron todos los derechos franqueados, todo lo cual es posible de ser apreciado de la lectura del laudo impugnado, el cual se encuentra suficientemente fundamentado y fue dictado con apego al mérito del proceso y al marco establecido por las partes.

Decimoquinto: Que en consecuencia, la causal que se ha esgrimido, no se configura en la especie, ni se ha demostrado en forma fehaciente, sino que más bien, los hechos en que se funda, se asemejan a causales propias de un recurso de casación en la forma y su argumentación a uno de apelación, ambos completamente improcedentes como medios de impugnación de un laudo arbitral como el que se revisa.

Acorde, el laudo comercial internacional dictado por el juez árbitro don Felipe Ossa Guzmán no ha infringido ninguna de las normas que integran el orden público chileno, constituyendo el recurso interpuesto, a juicio de esta Corte, una excusa para deducir recursos no previstos en la legislación comercial internacional.

Decimosexto: Que por todo lo antes lo expuesto, el Laudo dictado por el Juez Árbitro recurrido, no ha incurrido en la causal de nulidad que se invoca, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

Por todo lo razonado y expuesto y lo dispuesto en la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, se rechaza el recurso de nulidad deducido por el abogado don Gonzalo Cisternas Sobarzo, en contra del laudo arbitral dictado por el Árbitro don Felipe Ossa Guzmán, con fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve.

Acordado lo anterior, con el voto en contra del Ministro señor Poblete, quien estuvo por acoger el presente recurso de nulidad y en consecuencia invalidar el laudo impugnado mediante este arbitrio, teniendo para ello presente los razonamientos que a continuación se expresan, previo

a reproducir dicho laudo, tanto en su parte expositiva de la sentencia definitiva de 4 de enero de 2019, como en lo considerativo, a excepción de sus numerales 134 a 360, que elimina.

Y teniendo, en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, en estos autos sobre juicio arbitral internacional caratulados "Inversiones VyV SpA con GyM Chile SpA y GyM S.A.", seguidos ante el juez árbitro mixto don Felipe Ossa Guzmán; don Gonzalo Cisternas Sobarzo, abogado, actuando en representación convencional de las Demandadas Principales y Demandantes Reconvencionales GyM Chile SpA. y GyM S.A.; dedujo con fecha 4 de abril de 2019, Recurso de Nulidad contemplado en el artículo 34 de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional; en contra de la sentencia dictada con fecha 4 de enero de 2019, que en lo sustancial, rechazó la excepción de contrato

no cumplido opuesta por las demandadas principales, acogiendo por consiguiente la demanda principal, y rechazó la demanda reconvencional en todas sus partes, no haciendo lugar a la reserva efectuada por las demandadas principales y condenándolas por mitades al pago de los honorarios del árbitro y la tasa administrativa respectiva rechazando cualquier otra petición de las partes. Fundó su recurso debido a ser el fallo contrario al orden público nacional, ya que vulneraria el debido proceso y las garantías mínimas de un procedimiento racional y justo.

Segundo: Que, el recurrente expresa en lo sustancial, que el laudo arbitral, al condenar a las recurrentes a pagar la suma de US$ 5.690.312,88, más un interés moratorio de 10% anual por el plazo que se indica en el mismo, ha incurrido en vulneraciones a garantías mínimas de procedimiento y al debido proceso, por lo que su ejecución provocaría graves consecuencias para las demandadas principales.

Solicita, admitir a tramitación el recurso de nulidad, y en definitiva acogerlo, determinando la nulidad del laudo que causa agravio a la parte recurrente, dejando sin efecto la sentencia; rechazando en todas sus partes la demanda arbitral y acogiendo la demanda reconvencional; de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de este escrito, con costas.

Tercero: Que, por escrito de 27 de junio de 2019, don Alfredo Ossa de la Lastra, abogado, en representación de la sociedad Inversiones VyV SpA, demandante principal, demandada reconvencional y recurrida en estos autos; solicitó tener presente las consideraciones que detalla acerca del recurso de nulidad deducido por la contraria, que se resumen en el considerando siguiente.

Cuarto: Que, la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, estableció un tratamiento sistemático y excepcional del arbitraje comercial internacional, regulándolo de manera específica dentro de nuestro ordenamiento jurídico y limitando la intervención de los Tribunales ordinarios, pudiendo estos actuar sólo en aquellos casos establecidos por la ley. La norma citada ha seguido a la denominada Ley Modelo UNCITRAL, y estatuye como único sistema de impugnación del laudo arbitral el recurso de nulidad, contemplado en el artículo 34 de la norma que establece en su N° 2, que sólo podrá

ser anulado -en lo interesa a este recurso por ser el fundamento esgrimido por la recurrente- b) El tribunal compruebe: (…) ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile.”.

Las causales establecidas en esa ley coinciden con las que establece la Ley Modelo ya referida, la cual a su vez se identifica con otros instrumentos internacionales que regulan esta materia. Asimismo, esta acción de nulidad constituye un mecanismo de vigilancia de las garantías procesales básicas o de los presupuestos elementales para la validez jurídica de un arbitraje, sin constituir de modo alguno, una instancia. En este sentido el control debe limitarse la comisión de los hechos constituyentes de las causales legales.

Quinto: Que, si bien es cierto que la acción de nulidad en comento es extraordinaria y de derecho estricto, y por consecuencia, que la actuación de esta Corte se debe

limitar a verificar la ocurrencia de las causales invocadas para fundar la acción; ello no puede implicar a priori dejar en la indefensión a la recurrente, especialmente si el vicio fuere tal que de no haberse cometido podría haberse resuelto la controversia de manera diversa. Lo anterior hace necesario analizar los hechos que fundan el presente recurso y fundadamente pronunciarse acerca de su procedencia; porque si bien es cierto que la ley pretende dar certeza y estabilidad a la decisión arbitral, reduciendo el control del arbitraje por parte de la judicatura ordinaria, no es posible extremar esta interpretación hasta el punto de afectar las garantías que la carta fundamental asegura a todas las personas.

Sexto: Que, aunque los tribunales arbitrales del carácter del de esta controversia gozan de una gran libertad respecto de la aplicación de las normas procesales comunes, deben en todo caso obedecer a parámetros mínimos que garanticen el debido proceso y, en definitiva, el correcto ejercicio de la jurisdicción, entendida como la resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento por un tercero imparcial.

Para esto, es dable esperar una sentencia que plasme su decisión conteniendo los elementos básicos que gobiernan tal decisión, los que deben explicar por si mismos la resolución del conflicto, de manera lógica, guardando concordancia y coherencia entre ellos, de manera que no aparezca una decisión antojadiza, arbitraria o simplemente discrecional.

Séptimo: Que, una sentencia definitiva o un laudo que carezca de fundamentación en el sentido apuntado precedentemente, sería un falso ejercicio de la función jurisdiccional, consistiendo en un elemento falto de sentido y una mera apariencia de sentencia, y validarla, consistiría en una verdadera infracción al orden público, según su concepción universalmente arraigada.

Octavo: Que, aun cuando la ley recoge la presunción de validez del laudo y la consagración de que el límite de legitimidad y eficacia de un

laudo está dado por el orden público internacional, que conceptualmente

difiere del orden público nacional; esto no puede suponer una validez irrefutable del laudo que no pueda ser legalmente controvertida y acreditada por la parte que la alega.

Conforme a lo anteriormente apuntado, la misma ley deja a salvo el respeto a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, por medio de la excepción referida al orden público, que tiene por objeto evitar la

dictación o reconocimiento de una sentencia que sea manifiestamente contraria a la ley chilena, como, por ejemplo, si se vulnerase el derecho de las partes a un trato igualitario y a un debido proceso, o si implicase algún fraude o corrupción del tribunal arbitral.

Noveno: Que, establecido lo anterior, procede analizar el vicio de nulidad sobre el cual el recurrente construye su argumentación en análisis, esto es, aquel previsto en el punto ii) de la letra b) del artículo 34 de la Ley N° 19.971, consistente en que el

laudo arbitral es contrario al orden público chileno, por estimar el recurrente que la sentencia contraviene tal orden público, porque se aparta del mérito de autos al dar por establecidos hechos sin que exista prueba para ello, que además no atribuye valor a los documentos precontractuales como fuentes de obligación, pero se sirve de ellos, reconociendo hechos que ocurrieron entre las partes antes que el negocio jurídico se perfeccionara en sus diversos contratos, pero sin atribuir efectos a aquellos sino en la medida en que esos hechos fueron recogidos explícitamente como obligaciones contractuales, y que vulnera el principio de congruencia, entre lo expresado en los considerandos de la sentencia y lo resuelto en la misma la sentencia; ya que no obstante reconocer la existencia de las obligaciones de los pactos de accionistas y la contratación compleja rechaza la excepción de contrato no cumplido por emanar de contratos distintos. De este modo, el recurrente atribuye a las vulneraciones que indica la gravedad suficiente para justificar su recurso de nulidad como

único remedio para evitar la vulneración al orden público.

Decimo: Que, en la especie, resultan atendibles las alegaciones vertidas por la recurrente en el sentido que el laudo en comento establece como cierto en su numeral 165 que, "el árbitro concuerda con las Demandadas Principales en que la relación jurídica existente entre Inversiones VyV y el Grupo GyM es compleja. En efecto, todas las obligaciones relevantes para la controversia de autos fueron al menos esbozadas en la Oferta de Junio. Posteriormente se suscribieron diversos acuerdos, los que generan diversas obligaciones que tienen una clara vinculación entre sí."

Luego reafirma lo anterior en el numeral 166, explicitando que: "También debe destacarse la especial relación que existe entre el Pacto de 2014 y la Compraventa de 2016 pues, según se explicó más arriba, la última no es más que la ejecución de una obligación prevista en el primero". De este modo, establece no solo la íntima vinculación de los acuerdos y contratos celebrados entre las partes, sino que reconoce la existencia de un objetivo común de los mismos, estableciendo en sus asertos la existencia de una unidad en la negociación.

Todo lo anterior no se refleja en su decisión de restar efecto a lo que denomina pactos precontractuales, llegando a afirmar en los numerales 312 y 313: "que la Obligación de Backlog y la Obligación de Asesoría, tal como fueron planteadas por GyM Chile y GyM Perú, son inexistentes" y especialmente al rechazar los hechos en que la recurrente funda su excepción de contrato no cumplido, que también sostienen su demanda reconvencional, lo que acompaña de su expresión en el numeral 314 que "adicionalmente, la excepción de contrato no cumplido no podría prosperar por cuanto las Obligaciones Invocadas emanarían de un Contrato distinto a la Compraventa de 2016", afirmación esta última que contradice el reconocimiento previo de tratarse de una negociación compleja que se formó y consta en distintos contratos e instrumentos.

Undécimo: Que, la entidad de las infracciones que fundamentan el presente recurso o acción de nulidad, son de la gravedad necesaria para autorizar la intervención de la justicia ordinaria y sus tribunales superiores, puesto que si bien la amplitud

de accionar que se permite a los árbitros para resolver los asuntos entregados a su conocimiento, esto jamás puede implicar la desnaturalización de la labor jurisdiccional, puesto que aun sin estar obligados por las reglas procesales comunes, de valoración de las pruebas o de admisibilidad de las mismas; toda resolución debe ser coherente y envolver en sí misma la lógica o razonamiento adoptado por el sentenciador para llegar a una determinada conclusión.

De este modo, la sentencia debe ser coherente y no contener contradicciones internas que hagan cuestionable su contenido decisorio, especialmente si restableciendo la coherencia pudo haber llegado a una conclusión y decisión diversa. Una de las finalidades del ejercicio de la judicatura, sea cual sea su naturaleza, es mantener la paz social, evitando la autocomposición, el ejercicio de la fuerza física, social o económica para la resolución de los conflictos, por lo que el fallo debe estar exento de cualquier indicio de arbitrariedad en su construcción.

Duodécimo: Que, ante el mérito del propio laudo cuestionado y de

la causa tenida a la vista, aparecen verificadas y suficientemente justificadas, las contradicciones denunciadas por la recurrente.

Décimo tercero: Que, como corolario, el denominado recurso de nulidad debe ser acogido, por cuanto resulta ser procedente para procurar obtener la revisión del fallo arbitral ya que la contravención al orden público, exigida por la ley, se verifica en la incongruencia de un laudo dictado conteniendo contradicciones internas que hacen cuestionable las decisiones tomadas en él.

Décimo cuarto: Que, por las razones anotadas, el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, el análisis del fallo impugnado, esta Corte arriba a la convicción que el laudo dictado por el juez árbitro recurrido ha incurrido en el vicio de invalidación que se invoca, razón por la cual la acción en estudio procede sea acogida.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en la Ley N° 19.971, fue de opinión de hacer lugar al recurso de nulidad deducido por el abogado recurrente, en la representación ya dicha, en contra del laudo definitivo dictado por el juez árbitro don Felipe Ossa Guzmán, con fecha 4 de enero de 2019, declarando la nulidad del Laudo mencionado , ordenando que se dicte un nuevo fallo por juez no inhabilitado.

Redactó la Abogado Integrante señora Carolina Coppo Diez y del voto disidente el Ministro señor Poblete.

Regístrese y archívese. Rol N° 4394-2019.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago , presidida por el Ministro señor Alejandro Madrid Crohare, conformada por el Ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez y la Abogado Integrante señora Carolina Coppo Diez.

En Santiago, a treinta de diciembre de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, seis de mayo de dos mil veinte.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

1º.- Que en este juicio arbitral sobre cumplimiento de contrato sustanciado de conformidad a la Ley N° 19.971 seguido entre las sociedades YyV Spa, Gym S.A. y Gym Chile SpA ante el juez árbitro Felipe Ossa Guzmán, la parte de Gym S.A. y Gym Chile SpA recurre de casación en la forma y en el fondo en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de esta ciudad de treinta de diciembre de dos mil diecinueve, que desestimó el recurso de nulidad previsto en el artículo 34 del citado cuerpo legal que esa parte entabló en contra de la sentencia arbitral que acogió la demanda de cumplimiento de contrato y desestimó la acción resarcitoria deducida por vía reconvencional.

2 °. - Que conforme a lo estatuido en el artículo 34 de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, el recurso de nulidad que fue deducido ante la Corte de Apelaciones de Santiago -y que ha originado el pronunciamiento que motiva la casación que se revisa- es el único medio de impugnación procedente contra el laudo arbitral y persigue la anulación del laudo arbitral cuando la recurrente pruebe los presupuestos que prevé la letra a) del número 2 de la referida disposición y la Corte constate, de acuerdo a la letra b) del antedicho numeral, que según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público de Chile.

3 °.- Que, por otra parte, el artículo 766 del Código de Procedimiento Civil dispone que el recurso de casación en la forma se concede contra las sentencias definitivas, contra las interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación y, excepcionalmente, contra las sentencias interlocutorias dictadas en segunda instancia sin previo emplazamiento de la parte agraviada, o sin señalar día de la vista de la causa. A su turno, el artículo 767 del mismo texto adjetivo establece que el recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias, también inapelables, cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas -en lo que interesa para el presente caso- por Cortes de Apelaciones y siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley que haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

4 º.- Que el recurso formulado en la especie persigue la invalidación de la resolución que se pronunció sobre un recurso de nulidad impetrado en contra de una sentencia arbitral pronunciada en un proceso tramitado bajo los preceptos de la Ley N°19.971, desestimando tal pretensión invalidatoria, decisión cuya naturaleza jurídica no corresponde a ninguna de las descritas en el fundamento anterior ni se aviene al sistema recursivo contemplado en el referido texto normativo, lo que torna improcedente el arbitrio interpuesto.

Por estas consideraciones y de conformidad además a lo que dispone el artículo 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se declaran INADMISIBLES los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el abogado Gonzalo Cisternas Sobarzo, en representación de las demandadas y recurrentes, en contra de la resolución de treinta de diciembre de dos mil diecinueve.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

N º 11.139- 2020.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Rosa Maria Maggi D., Rosa Del Carmen Egnem S., Juan Eduardo Fuentes B., Carlos Ramon Aranguiz Z., Arturo Prado P. Santiago, seis de mayo de dos mil veinte.

En Santiago, a seis de mayo de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

3) Recurso de Protección contra Servicio de Registro Civil e Identificación por falta de inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero.

SCA, Santiago, Rol 168.844-2019, de fecha 1 de julio de 2020 (rechaza recurso de protección).

Santiago, uno de julio de dos mil veinte.

Visto:

Comparecen Cecilia Angélica Vera Pérez-Gacitúa, chilena, casada, arquitecta, y Cristina Ibars Mayor, española, casada, abogada, ambas domiciliadas en Silvina Hurtado, Nº 1539, departamento 702. Providencia, quienes interponen recurso de protección en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, representado por don Jorge Álvarez Vásquez, ambos domiciliados en calle Catedral Nº 1772, Piso 3, comuna de Santiago, por el acto ilegal y arbitrario consistente en la negativa a inscribir su matrimonio celebrado en España como tal y, en su lugar, hacerlo como un Acuerdo de Unión Civil.

Señalan las recurrentes que este acto constituye una privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales contempladas en los números 1º, 2º y 4º del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En consecuencia, solicitan que se restablezca de inmediato el imperio del Derecho, acogiendo esta acción de protección y que esta Corte ordene al Servicio de Registro Civil e Identificación realizar la correcta inscripción del matrimonio de las señoras Vera e Ibars, como tal, y no como un acuerdo de unión civil.

Luego de narrar la historia de cómo se conocieron, de las actividades profesionales que realizaron e iniciaron una relación amorosa, señalan que se casaron en España el 24 de marzo de 2012, en una ceremonia civil en una pequeña Masia, lo que corresponde a una casa típica catalana, en el municipio de Navàs, Provincia de Barcelona, a una hora de Barcelona. El régimen matrimonial bajo el que se casaron fue el de separación de bienes, porque nunca vieron su matrimonio como nada más que el deseo de estar juntas con independencia de lo que cada una tuviera antes, pero sí como el inicio de una vida sobre la que construir un futuro juntas.

Señalan que cuando el embarazo de Cristina avanzó, concurrieron a inscribir su matrimonio al Servicio de Registro Civil e Identificación.

Lamentablemente, no lo hizo; en su lugar inscribió un Acuerdo de Unión Civil, institución que de facto, deja a su hijo en común desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y no les permite tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia. Solo se enteraron de esta situación cuando solicitaron el 27 de octubre del año 2019, un certificado de matrimonio a través de la página Web de la recurrida. En este documento, que se acompaña, consta que explícitamente

solicitaron que se inscribiera su matrimonio, no un Acuerdo de Unión Civil. Señalan que ellas están casadas y hacen la vida de una familia que está casada. Comparten la vida juntas, enfrentan los desafíos personales, económicos y familiares como tal. En España tal reconocimiento está claro y solo quieren que el Estado chileno les dé el mismo trato que otorga a todas las parejas heterosexuales casadas en el extranjero: el reconocimiento de su matrimonio, nada más, pero nada menos. Y, claro está, que al reconocerse su vínculo matrimonial se reconozca que cuando Marc nazca será hijo matrimonial de sus dos madres, no solo de una de ellas.

En cuanto al derecho, señalan que el acto arbitrario e ilegal de

negar la inscripción de su matrimonio posiblemente encuentra explicación en lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley Nº20.830, que Crea el Acuerdo de Unión Civil, y el artículo 80 de la Nº 19.947, que Establece una Nueva ley de Matrimonio Civil, las que establecen un límite a la posibilidad de que un matrimonio celebrado legalmente en el extranjero por dos mujeres sea inscrito y reconocido como tal en Chile. Claramente estos preceptos son inconstitucionales y su aplicación deviene, por tanto, en un acto ilegal y arbitrario.

Citan los artículos 1 y 6 de la Constitución Política de la República, señalando que la recurrida debió dar cumplimiento al mandato de protección de las familias sin discriminación arbitraria y, por tanto, interpretar la normativa reguladora de la familia de forma tal que tendiera a la protección y fortalecimiento de esta, la cual corresponde al reconocimiento del matrimonio que válidamente celebraron en España. La decisión adoptada por el Servicio, por el contrario, tiene como resultado, por una parte, la desprotección de su familia, pues les niega la posibilidad de ser reconocidas por el Estado y la sociedad, de contar con una respuesta institucional y protección frente a los avatares que las familias enfrentan, especialmente considerando que ellas, activamente, decidieron casarse para optar a esta protección. Por otra, pues al privarlas de la condición de familia matrimonial privará a su hijo Marc del reconocimiento de un vínculo legal filial con su madre Cecilia.

Alegan vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución, y del derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, consagrado en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución Política de la República, señalando que las normas precedentemente citadas y la negativa de inscripción de su matrimonio celebrado en España y, en su lugar, su reconocimiento sólo como un Acuerdo de Unión Civil, son discriminatorios, pues el único criterio relevante que existe para hacer una distinción en el trato respecto de las parejas conformadas por un hombre y una mujer que se casan en el extranjero, es su orientación sexual. El acto reclamado ha vulnerado groseramente su derecho a la igualdad ante la ley y lo hará, también, respecto de Marc, cuando él nazca.

En segundo lugar, alegan vulneración del derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, consagrado en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución. La familia ha sido calificada como el núcleo fundamental de nuestra sociedad por nuestra Constitución. Su protección, así como el de las personas, su

vida privada y honra, es de primerísima importancia y el estatuto del matrimonio es uno privilegiado que, por ejemplo, asegura la filiación de los hijos nacidos en él. La negativa por parte del Servicio de Registro Civil de inscribir y reconocer su matrimonio válidamente celebrado en España, es un acto ilegal y arbitrario que deja, de facto, desprovista de protección a la familia que son y de la filiación que necesitan para su hijo Marc.

También alegan vulneración, perturbación y amenaza del derecho a la integridad física y psíquica de la persona, consagrado en el artículo 19 Nº1 de la Constitución, porque el acto ilegal y arbitrario del Servicio de Registro Civil de no inscribir su matrimonio celebrado en España como tal y, en su lugar, solo hacerlo como un acuerdo de unión civil, les ha provocado un hondo pesar y una acuciante angustia. Señalan que son mujeres que, durante sus vidas, han estudiado, trabajado, pagado impuestos y cumplido con todas y cada una de sus obligaciones como hijas, ciudadanas y trabajadoras. Ahora que necesitan recibir igual protección del Estado, se encuentran con que su familia es una de inferior categoría, una que no es digna de la misma protección ni reconocimiento. El agobio que esto les ha causado es en extremo doloroso, pues para ellas es evidente que la negativa de reconocerlas como matrimonio, redundará en que Marc no será reconocido en Chile como hijo de ambas.

Piden se deje sin efecto el acto impugnado y se ordene a la recurrida extender la inscripción de su matrimonio celebrado legalmente en España, cuyo certificado acompañan, o adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección a las afectadas, todo ello, con expresa condena en costas.

Habiéndose declarado admisible el recurso, informó la recurrida mediante oficio Ordinario N° 4656, el 14 de noviembre de 2019, solicitando el rechazo del recurso, con costas.

Se trajeron los autos en relación, alegando en estrados la abogada de las recurrentes.

Considerando:

Primero. Que, recurrentemente se viene sosteniendo por esta Corte que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

Segundo: Que, conforme a lo anterior, para la procedencia del recurso de protección se requiere la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos de fondo: a) que se compruebe la existencia de una acción u omisión reprochada; b) que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esa acción u omisión; c) que de la misma se siga directo e inmediato atentado -privación, perturbación o amenaza- contra una o más de las

garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía; y d) que la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección.

Tercero: Que, sobre la existencia de acto en contra del cual se recurre, no existe discusión que efectivamente el Registro Civil no inscribió el matrimonio celebrado entre las recurrentes en España, sino que sobre la base del mismo, inscribió sólo un Acuerdo de Unión Civil, pero según lo expuesto anteriormente, la cuestión deviene en establecer si dicha forma de proceder fue ilegal o arbitraria, lo que no se visualiza en la especie.

Cuarto: Que, sin perjuicio de compartirse el argumento que la Constitución Política de la República establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; que es deber del Estado resguardar y darle protección; propender al fortalecimiento de ésta, y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, protegiéndose a todas las familias, y no solo a un tipo de éstas, no es posible atribuir ilegalidad a la decisión del oficial de Registro Civil, porque ha fundado su actuar en la legislación vigente, correspondiéndole sólo al legislado su modificación, estableciendo el artículo 14 del Código Civil, que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. A su vez, el artículo 102 del mismo cuerpo legal, señala que "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente".

Quinto: Que, en lo que respecta a la inscripción del matrimonio celebrado por las recurrentes en España, la recurrida Registro Civil aplicó lo que el mismo legislador dispuso en el artículo 12 de la ley 20.830 (D.O. 21 de abril de 2015), norma que establece las reglas a las que se sujetan los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero. Ergo, como es el legislador el que ha definido lo que se entiende en el orden civil por matrimonio, la recurrida inscribió dicho contrato celebrado en España, acorde a la legalidad vigente, por lo que no es posible atribuirle ilegalidad.

Sexto: Que, tampoco se considera que se haya incurrido en

arbitrariedad, porque el Registro Civil no incurrió en ningún tipo de discriminación al aplicar la legislación vigente, no apareciendo del recurso que se haya realizado diferencia con respecto a otras personas determinadas, porque al obrar como se le reprocha, se ha fundado en la normativa interna vigente, siendo el legislador el que establece los requisitos para adquirir un determinado estado civil, siendo sus normas aplicables para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias dentro del territorio de la República.

Séptimo: Que, sin perjuicio que al considerarse que no existe un acto arbitrario e ilegal, es un antecedente relevante para el rechazo del presente recurso, tampoco se visualizan vulneradas las garantías fundamentales que las recurrentes señalan, porque, en lo que respecta a la igualdad ante la ley, según se ha señalado anteriormente, es

precisamente el legislador el que ha establecido tal diferenciación, no el Registro Civil, que se ha limitado a aplicar la legislación vigente; y en lo que respecta al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, como también respecto a la perturbación y amenaza del derecho a la integridad física y psíquica de la persona, porque el actuar del Registro Civil no tiene vinculación con los efectos que le atribuyen las recurrentes, en orden a que dejaría desprotegida la familia que conforman las recurrentes y su futuro hijo Marc, porque los efectos de un estado civil y la forma de adquirirlo, sólo es posible atribuirlo a lo que ha dispuesto el legislador y no el Servicio de Registro Civil.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación y fallo del recurso de protección, se rechaza, sin costas la acción de protección deducida por las recurrentes Cecilia Angélica Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Regístrese y en su oportunidad archívese.

Redacción del Fiscal Judicial señor Norambuena Carrillo.

N° Protección 168.844-2019

Pronunciado por la Undécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Manuel Muñoz P., Fernando Ignacio Carreño O. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, uno de julio de dos mil veinte.

En Santiago, a uno de julio de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

4) Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12 inciso final de la Ley 20.830 y artículo 80 de la Ley 19.947; matrimonio igualitario y filiación.

Rol 7774-2020, de fecha 4 de junio de 2020
(rechaza inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Sentencia Rol 7774-2019

[4 de junio de 2020]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 12, INCISO FINAL, DE LA LEY N° 20.830 Y DE LA FRASE "SIEMPRE QUE SE TRATE DE LA UNIÓN ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER" CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 80, INCISO PRIMERO, DE LA LEY N° 19.947.

CECILIA VERA PÉREZ GACITÚA Y CRISTINA IBARS MAYOR

EN AUTOS CARATULADOS "VERA CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL", SEGUIDOS ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, POR RECURSO DE PROTECCIÓN, BAJO ROL N° 168.844-2019

VISTOS:

Con fecha 13 de noviembre de 2019, doña Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y doña Cristina Ibars Mayor han presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, y de la frase "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer" contenida en el inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, acción constitucional que incide en el recurso de protección caratulados "Vera con Servicio de Registro Civil e Identificación", que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 168.844-2019.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna:

El texto impugnado dispone:

"Ley Nº 20.830, que Crea el Acuerdo de Unión Civil

(…)

Artículo 12.- Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

(…)

Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo.”.

(…)

“Ley Nº 19.947, que Establece una Nueva ley de Matrimonio Civil

(…)

Artículo 80.- Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.”

(…)

Síntesis de la gestión pendiente:

Las requirentes señalan haberse conocido el año 2005 virtualmente, e iniciado tras ello una relación afectiva, en la cual convivieron tanto en Europa como en Santiago de Chile, al ser una de ellas, doña Cristina, ciudadana española.

Afirman haber contraído matrimonio en España, el 24 de marzo de 2012 y posteriormente someterse a un tratamiento para iniciar un proceso de maternidad a cargo de doña Cristina Ibars Mayor.

Resultando efectivo dicho tratamiento, y una vez avanzado el embarazo, concurrieron a inscribir su matrimonio a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, cuestión que no ocurrió toda vez que el vínculo matrimonial que las une fue inscrito como un Acuerdo de Unión Civil en un acto que, sostienen, deja al hijo que esperan desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y que no les permitirá tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia.

Al tanto de lo acaecido, desde el 27 de octubre de 2019, tras haber solicitado un certificado de matrimonio, presentaron un Recurso de Protección ante la Corte de

Apelaciones de Santiago, reclamando por la ilegalidad y arbitrariedad de la decisión del Servicio de Registro Civil e Identificación al no inscribir su matrimonio.

Dicho recurso se acogió a trámite, con informe evacuado por el Registro Civil, encontrándose suspendida su tramitación por orden de esta Magistratura.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal:

Como consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas, refieren quedan desprovistas de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo, cuando el vínculo se celebra en el extranjero, lo que resulta del todo atentatorio con lo dispuesto por los artículos 1º y 19 N° 4, ambos de la Constitución Política de la República de Chile.

En segundo lugar, sostienen que ello les discrimina arbitrariamente por su orientación sexual, categoría para distinguir que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico conforme con lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Adicionalmente, en la especie se vulnera el derecho a la identidad de su hijo en común, y con ello la protección de la dignidad de toda persona (artículo 1º de la Constitución), puesto que se le priva del derecho de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres.

Por último, señalan que se vulnera el mandato de protección del interés superior del niño, reconocido en tratados internacionales e ingresado a nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, puesto que a su hijo se le impide ser hijo matrimonial y se le imposibilita contar con el reconocimiento legal de la filiación de una de sus madres.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 19 de noviembre de 2019, a fojas 74. Posteriormente, fue declarado admisible el día 17 de diciembre del mismo año, resolución que rola a fojas 91.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fueron evacuados traslados según sigue:

A fojas 109, la ONG de Desarrollo Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, MOVILH, acompaña informe en derecho amiccus curiae en abono de las pretensiones de la requirente. En el mismo refiere, en síntesis, que los preceptos cuestionados son inconstitucionales porque vulneran los artículos 19 N°s 1, 2 y 4, en relación con los artículos 1° y 5°, inciso segundo, de la Constitución, como asimismo los tratados internacionales sobre Derechos Humanos vigentes y ratificados por nuestro país, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Hombre, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Asimismo, a fojas 151, la ONG Comunidad y Justicia, corporación sin fines de lucro que tiene por finalidad la promoción y protección de los DDHH, procurando respeto a la legislación y a sus principios inspiradores, igualmente acompaña informe en derecho amiccus curiae.

En el mismo sostiene que el libelo de fojas 1 carece de fundamento jurídico y debe ser rechazado. Para ello aduce que:

i. El cuestionamiento resulta eminentemente abstracto, desvinculado del carácter concreto propio de un requerimiento de inaplicabilidad.

ii. En la especie no se afecta el principio de protección a la familia, en cuanto en Chile la familia como núcleo fundamental de la sociedad está basada en el matrimonio, que existe únicamente entre hombre y mujer.

iii. No existe discriminación en razón de orientación sexual puesto que la diferencia de géneros obedece a un requisito de existencia de matrimonio.

iv. No se afecta la dignidad del menor involucrado, toda vez que esta es un atributo intrínseco de todas las personas, ni su derecho a identidad, que dice relación con el conocimiento de sus orígenes biológicos.

v. En cualquier caso, la falta de reconocimiento de filiación respecto a una de las requirentes, no será revertida ante una sentencia estimatoria, toda vez que en Chile no existe filiación homoparental.

Con fecha 4 de marzo del presente año, Patricia Muñoz García, Defensora de la Niñez, ha efectuado presentación, en calidad de amicus curia, en autos. Sostiene en lo esencial que: el Estado de Chile ha ratificado distintos tratados internacionales de Derechos Humanos, incluida la convención americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño, cuyo contenido forma parte del ordenamiento jurídico, según lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, encontrándose afectadas en la especie, diversas garantías fundamentales, como protección de honra y dignidad, protección de la familia, no discriminación, y derecho a preservación de identidad, entre otros, en razón de no reconocerse un vínculo familiar respecto del hijo en común de las requirentes. Por lo que viene en solicitar sea considerado el interés superior del menor al emitir pronunciamiento.

El Servicio de Registro Civil e Investigación evacuó traslado en sede de admisibilidad, no así en cuanto al fondo del recurso de inaplicabilidad.

Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 5 de marzo de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos de la parte requirente, de la abogada Claudia Sarmiento Ramírez, y del Servicio de Registro Civil e Identificación, de la abogada Marisol Turres Figueroa. Fue adoptado acuerdo el 2 de abril de 2020, conforme certificó el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO

LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO: Que, las señoras Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor, representadas por la abogada, Claudia Sarmiento Ramírez solicitan a esta Magistratura declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830 y del inciso primero del artículo 80 de la Ley N ° 19.947 en aquella parte que dice "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer", por entender que su aplicación resultaría contraria a los artículos 1°, 5° inciso segundo, y 19 N ° s 1, 2 y 4 constitucionales, según el orden reseñado en el libelo que contiene la acción deducida;

SEGUNDO: Que, la impugnación de las normas jurídicas señaladas tiene incidencia en la gestión judicial pendiente, que consiste en un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el Servicio de Registro Civil e

Identificación, por la presunta ilegalidad y arbitrariedad en que ha incurrido ese órgano público por el hecho de negarse a inscribir el matrimonio de las requirentes, acto jurídico celebrado en España, como tal y en su lugar proceder a registrarlo en el libro de contratos de Acuerdo de Unión Civil, acción que constituye, a juicio de las requirentes, una privación, perturbación y amenaza de las garantías constitucionales que especifican en la referida acción cautelar.

El recurso de protección fue interpuesto el 30 de Octubre de 2019, según las requirentes, mientras que el certificado acompañado a fojas 28, señala que el recurso se presenta "el 30 de mayo último" y luego indica que el 6 de Noviembre del mismo año, fue declarado admisible por la sala de cuenta del Tribunal de Alzada, según agrega el certificado expedido por la señora Secretaria de ese órgano jurisdiccional, fechado el 12 de Noviembre de 2019;

EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD DENUNCIADO ANTE ESTA MAGISTRATURA

TERCERO: Que, las requirentes sostienen que, por haber contraído matrimonio en España, les es inaplicable el artículo 12 de la Ley N ° 20.830 que instaura en el ordenamiento jurídico chileno, el Acuerdo de Unión Civil, disposición legal que establece que los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile conforme a esta institución, siempre que cumplan con las reglas establecidas en este cuerpo legal, y sus efectos serán los mismos del acuerdo.

Agregan que, también les genera consecuencias inconstitucionales, la aplicación en la gestión pendiente del inciso primero del artículo 80 de la Ley N ° 19.947, que establece una nueva ley de Matrimonio Civil, en aquella frase que expresa "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer";

CUARTO: Que, se afirma en el libelo que contiene la acción de inaplicabilidad, que las citadas disposiciones legales resultan, en el caso considerado, contrarias a la Carta Fundamental por cuatro razones:

En primer lugar, tales preceptos legales al prohibir el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo se oponen a la Constitución en sus bases fundamentales que otorgan a la familia el carácter de núcleo esencial de la sociedad, vulnerando la obligación del Estado de respetarla y darle protección, mandato contenido en los artículos 1 y 19 N°4 constitucionales.

Así, el efecto contrario a la ley suprema se configuraría en cuanto la falta de reconocimiento de esta clase de vínculos matrimoniales discrimina entre tipos de familia, contraviniendo la debida consideración que esta clase de familia se merece. Siendo, además, que se les desprotege atendido que se les priva del estado civil que ellas libremente eligieron para regular los derechos y obligaciones que emana del matrimonio;

QUINTO: Que, en segundo término, dichas normas jurídicas en su aplicación, les resultan discriminatorias, atendido que les crea una realidad desmedrada, cuya única

causa es su orientación sexual, constituyéndose una desigualdad ante la ley que la Carta Fundamental no permite, al preceptuar que "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (art 19 N°2 CPR). Agregan que, hay un riesgo cierto que la gestión judicial pendiente se vea frustrada atendido que las normas jurídicas censuradas sean aplicadas, como lo hizo la entidad administrativa contra la cual se acciona;

SEXTO: Que, en tercer lugar, atendido el estado de gestación de una criatura en que se encuentra una de las requirentes, que al momento de la vista de la causa en esta sede constitucional el niño había nacido, aducen que, al impedírseles el reconocimiento de su matrimonio en Chile, se verá afectado la protección de la identidad y dignidad del infante, dado que se le priva el considerarse hijo de un matrimonio de dos madres. Esta situación conllevaría a incumplir lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución que asigna -expresan las requirentes- la dignidad de la persona como un elemento de justificación del orden político y coercitivo. Agregan que, la identidad forma parte de los derechos de los niños, que a su vez constituye una obligación del Estado, conforme lo prescribe el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño;

SÉPTIMO: Que, finalmente, explican que las disposiciones legales impugnadas vulneran el mandato de protección del interés superior del niño, en atención a que excluirían a los hijos e hijas de los matrimonios de igual sexo, de la protección del estatuto de filiación, el cual sólo está consagrado para la descendencia de los matrimonios heterosexuales. Ello quebrantaría el artículo 5°, inciso segundo, constitucional, por el cual se entiende incorporado a la legislación nacional, la Convención reseñada precedentemente, cuyo artículo 3° consagra el principio del interés superior del niño;

OCTAVO: Que, atendido lo expuesto por las requirentes, el conflicto de constitucionalidad que corresponde resolver a esta Magistratura se circunscribe a determinar si las normas jurídicas objetadas, las que sirven de fundamento a la negativa del funcionario del Servicio de Registro Civil e Identificación para registrar el matrimonio celebrado en el extranjero por una pareja del mismo sexo, resultan o no contrarias a la Constitución Política de la República de Chile;

SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 19 N°4 DE LA CARTA FUNDAMENTAL

NOVENO: Que, para dilucidar si los preceptos legales impugnados vulneran, en el caso concreto, las disposiciones constitucionales de los artículos 1 y 19 N°4 por desproteger a la familia matrimonial de parejas de igual sexo, cuando el vínculo se hubiera celebrado en el extranjero, se hace menester analizar la institución de la familia y del matrimonio, desde la perspectiva constitucional;

La Familia

DÉCIMO: Que, la Carta Fundamental en el artículo 1°, inciso segundo, establece que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad", agregando el inciso final

que es deber del Estado dar protección a la familia. A su vez el artículo 19 N ° 4 consagra a toda persona como garantía, el respeto y protección a la honra de la familia. De esta manera, el estatuto constitucional considera a la sociedad familiar como una de las bases esenciales de la institucionalidad. No obstante, al no conceptualizar el constituyente la reseñada institución, de los antecedentes emanados de las actas de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano que redactó la Carta Fundamental, y considerando la época de la redacción de la norma, es dable concluir que tal entidad está referida a la familia que comprende marido, mujer e hijos, concepto que en el derecho en general se entiende en un sentido restringido. La doctrina clásica confirma lo expresado al señalar que "es tal la unión que, un hombre y una mujer ligados en matrimonio, forman con sus hijos" (Cea Egaña, José Luis (2015) Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ediciones UC, p. 210);

DÉCIMO PRIMERO: Que, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17 expresa "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención". Esta regla es coincidente con el Estatuto Constitucional Chileno en orden a elevar a principio la institución de la familia y su protección, cuya base fundamental es el matrimonio entendido como unión de un varón y una mujer;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en el estado actual de las cosas interpretar el vocablo "la familia" usado por la Carta Fundamental, desde una posición originalista, esto es, hombre, mujer, hijas e hijos sería desconocer por el juez constitucional la realidad social, la que exhibe diversas tipologías de familias que no coinciden con el concepto tradicional manifestado y que pueden ser consideradas por el legislador según el principio de analogía. En este sentido, el criterio expresado por la Corte Constitucional de Italia (sentencia rol 138/2010), en orden a considerar que el concepto de familia no puede entenderse cristalizado o encapsulado, como se asimilaba al momento de entrar a regir el texto primero constitucional. No obstante, existiendo un estatuto jurídico sobre la familia plenamente vigente -señala el fallo constitucional italiano- "el significado del precepto constitucional no puede ser alterado por una interpretación creativa";

DÉCIMO TERCERO: Que, la interpretación reseñada es coincidente y es la más conforme a la situación del país, y a la que esta Magistratura se adherirá por cuanto, existiendo normas de orden público familiar claras y precisas, es otra la vía institucional para entender el sentido y alcance del precepto "la familia" en cualquier sentido. Por consiguiente, vigente un estatuto jurídico que regula la familia, su protección y efectos, no puede darse a todas las uniones afectivas el mismo reconocimiento y protección. Y en lo que respecta a las uniones de personas del mismo sexo, el Estado de Chile reconoce su existencia al dictar la Ley N°20.830, permitiendo la

celebración de un contrato solemne cuyas características y efectos, se expresan en dicho cuerpo legal;

El Matrimonio

DÉCIMO CUARTO: Que, aunque el matrimonio no tiene una consagración constitucional, siendo la institución básica de la familia, y más aún, no habiéndose

impugnado el artículo 102 del Código Civil, norma jurídica que define el matrimonio, es menester señalar que las disposiciones legales que se censuran en el requerimiento de estos autos constitucionales están directamente vinculados al referido precepto legal, que a su vez es el origen de toda la institucionalidad que regula el matrimonio y la familia.

Así, la Ley N°19.947 que establece una nueva ley de matrimonio civil, expresa en su artículo 1° que "La Familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.

La presente ley regula los requerimientos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.'

Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil.".

El artículo 2° del referido cuerpo es del siguiente tenor: "La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente.";

DÉCIMO QUINTO: Que, en consecuencia, el orden público familiar se encuentra estatuido principalmente en los cuerpos legales citados, constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia, aunque después se derive en otros tipos de aquellas, sea por separación de hecho de los cónyuges, estado de viudez, divorcio, nulidad, separación judicial de los cónyuges;

DÉCIMO SEXTO: Que, la inexistencia de autorización legal para celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno, "no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo

en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución." (STC Rol N° 1881, voto particular de los Ministros señores Venegas, Navarro y Aróstica);

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, este criterio ha sido expresado por la Corte Europea de Derechos Humanos que al respecto manifiesta "El Tribunal observa, en primer lugar, que no le corresponde evaluar la validez, de acuerdo con las leyes del Estado contratante, de los matrimonios contraídos por los solicitantes, un asunto que no ha sido determinado por las autoridades nacionales cuya responsabilidad es hacer tales evaluaciones" (Caso de Orlandi y Otros con Italia, sentencia 14/03/18 N°132, Corte Europea de DDHH);

DÉCIMO OCTAVO: Que, todo lo precedentemente señalado se refrenda en el hecho de tramitarse en el Congreso Nacional un proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial N°130-365 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, cuya Cámara de Origen es el Senado de la República, boletín N ° 11422-07;

El Acuerdo de Unión Civil

DÉCIMO NOVENO: Que, la Ley N ° 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil consagra la protección y reconocimiento jurídico de aquellas personas que teniendo un vínculo de carácter afectivo, compartiendo un hogar común, declaran la voluntad de otorgar a tal relación una estabilidad en el tiempo para lo cual deben, libre y consentidamente, celebrar una convención denominada "Acuerdo de Unión Civil" con el objeto asumir los derechos y obligaciones que dicho cuerpo legal establece para esta clase de contratos;

VIGÉSIMO: Que, el Estado de Chile, a través de dicho instrumento, ha querido reconocer y amparar aquellas relaciones estables entre dos personas, sean heterosexuales u homosexuales, a fin de que el ordenamiento jurídico les otorgue determinadas facultades en relación a la contraparte del antedicho contrato, constituyendo una institución jurídica similar al matrimonio, atendido los requisitos de existencia y de validez requerido por el cuerpo legal, para que nazca a la vida del derecho esa convención, creadora de derechos;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, la inscripción del matrimonio de las requirentes celebrado en España, en el registro de Acuerdos de Unión Civil, significa que están amparadas por la Ley N ° 20.830, y tengan entre sí los derechos y obligaciones que este cuerpo legal exige a los contratantes, otorgándoles la seguridad y certeza que ellas requieren. Por consiguiente, las normas jurídicas impugnadas en nada afectan la dignidad y la voluntad de las requirentes de hacer familia y ser reconocidas como tal;

SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19 N°2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, resulta ineluctable manifestar que esta Magistratura Constitucional se ha referido en innumerables oportunidades al principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N°2 constitucional, y a

la prohibición que tiene la autoridad y toda norma jurídica de establecer diferencias arbitrarias. En relación a la igualdad ante la ley, ha referido que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todos quienes se encuentran en la misma situación y, consecuentemente distintas para aquellos que se ubican en circunstancias diversas (STC roles N° s 53, 755, 790, 797, 1535 y 2330).

Por su parte, se está ante una diferencia arbitraria en el orden legislativo, si el precepto respectivo carece de razonabilidad, y la diferencia de trato no tiene justificación de esa naturaleza, en términos que la discriminación que afecta a la persona se torna intolerable constitucionalmente;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, el fundamento de la acción de inaplicabilidad, para estimar que los preceptos legales objetados discriminan a las requirentes, se produce a consecuencia de su orientación sexual, con lo que se obtiene como resultado un efecto contrario al texto constitucional. Acoger lo sustentado por las requirentes, conduciría a la afectación del orden público matrimonial, cuyas reglas son esenciales y obligatorias para todos los habitantes de la República. Además de aceptarse que dichos preceptos legales originan arbitrariedad, podría ello conducir a extremos intolerables, en relación con legislaciones foráneas que aceptan vínculos matrimoniales sui generis, tales como matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en todo caso, no puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, como se expresa ut supra la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que no es contrario al principio de igualdad ante la ley que algunos países de la Unión Europea no otorguen efectos como matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo, ya que esa decisión queda bajo el margen de apreciación de los Estados. En igual sentido, el Consejo Constitucional de Francia ha señalado que "el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de forma distinta situaciones diferentes, ni a que derogue la igualdad por motivos de interés general proporcionado que, en uno y otro caso, siempre que la diferencia de tratamiento que se produce se encuentre directamente relacionada con el objeto que la Ley persigue; que manteniendo el principio según el cual el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, el legislador ha estimado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 34 de la Constitución, que la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer puede justificar una diferencia de tratamiento en cuanto las normas del derecho de familia; que no corresponde al consejo constitucional sustituir la

presencia del legislador, que tome en consideración, en tal materia, esta diferencia de situación." (CCF Sentencia N°2010-92 QPC, de 28 de Enero de 2011 c.9);

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en lo que respecta al ordenamiento jurídico chileno, esta Magistratura coincide con los Tribunales citados, acogiendo aquello de que la ley no discrimina de modo alguno a las requirentes, al negárseles, por aplicación de los preceptos cuestionados, la inscripción de su matrimonio celebrado en España, en el registro específico y aceptárseles, por el contrario, el registro del mismo como Acuerdo de Unión Civil;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, precisamente, por la vigencia del artículo 12 de la Ley N°20.830, uno de los preceptos legales objetados, el vínculo matrimonial de las actoras adquiere un reconocimiento y protección jurídica, teniendo aplicación un Estatuto bastante completo, similar al matrimonial, en algunos aspectos con mayores beneficios para las partes, por lo que no se advierte que las requirentes sean discriminadas por la aplicación de las normas jurídicas consideradas, en el caso concreto;

SOBRE LA EVENTUAL VULNERACIÓN DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 5 CONSTITUCIONAL, EN CUANTO SE INFRINGIRÍA LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, tal como se señala en los considerandos referidos a explicar el conflicto de constitucionalidad, la acción de inaplicabilidad deducida reclama dos órdenes de cosas: a) La falta de protección de la identidad del hijo y su dignidad, por no considerarse a las requirentes cónyuges, en Chile y, b) la afectación del principio del interés superior del niño. Cabe señalar que, tanto en el libelo que contiene el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como en la vista de la causa, se relata que una de las requirentes se sometió al proceso de fertilización in vitro con semen de un donante al parecer anónimo, en el mes de mayo de 2019, naciendo un niño, cuyo nombre es Marc, y respecto del cual se reclama la señalada vulneración de derechos, como consecuencia de la aplicación de las normas jurídicas impugnadas;

VIGÉSIMO NOVENO: Que, en cuanto al menor Marc no podrá reivindicar el matrimonio de las requirentes, por falta de reconocimiento en Chile, lo que implicaría que afectaría su identidad y su dignidad como persona, lo cierto es que el trato de hijo que debe recibir el niño, según lo que emana de la atenta lectura del libelo, desde su gestación ha sido atendido con esmero y cariño, por lo que, no se advierte que dicho infante, vaya a ser lesionado en su dignidad, máxime si en Chile el Código Civil declara iguales a todos los hijos (art. 33).

Respecto a la eventual afectación de la identidad del menor, nuevamente es del caso considerar el sistema filiativo en el orden público familiar, en que se establecen reglas de determinación de la paternidad y la maternidad, cuya consecuencia es que la identidad del niño o niña, está constituida por la de su padre y la de su madre, y en

ese orden de ideas, la legislación no permite que una persona tenga dos padres o dos madres, como es en este último caso, la pretensión de las requirentes. Todo lo cual no origina un problema de constitucionalidad, sino que atañe a la institucionalidad propia del derecho de familia;

TRIGÉSIMO: Que, en lo que se relaciona con el interés superior del niño, hecho valer en estos autos, y tenido como vulnerado por la aplicación de las normas jurídicas ya conocidas, y cuyo contenido consiste en el respeto y protección del niño y de los adolescentes, donde su bienestar es el motivo prioritario de quienes sean sus responsables, y cuya exigencia alcanza también a toda autoridad, hay que considerar que el bienestar de un niño, tiene directa relación con su ambiente familiar en que lleva a cabo su existencia, el que irá marcando su personalidad y sus rasgos más característicos. Al ordenamiento jurídico sólo le cabe establecer reglas que fomenten y protejan su esfera de existencia, es decir, donde el niño desarrolla su vida.

Desde la perspectiva constitucional sólo se admite reseñar que el Estado debe contribuir a crear las condiciones para que el niño alcance su mayor realización espiritual y material posible, y en ese contexto no se divisa que los preceptos legales objetados vulneren el interés superior del niño;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, aun cuando se acogiera la inaplicabilidad de las normas impugnadas, ninguna consecuencia podría tener para la determinación de la filiación del niño, porque del hecho que se reconociera que su madre biológica está unida en matrimonio con otra mujer, para la legislación chilena esto no cambiaría en nada su estatus. Se incumple así a este respecto, el requisito que las normas impugnadas puedan ser aplicables en la gestión judicial;

CONCLUSIONES

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, las disposiciones legales censuradas en el requerimiento de estos autos constitucionales pertenecen al orden público matrimonial, y por consiguiente no presentan aspectos constitucionales que reparar. A quien corresponde corregirlos, si así se estimare procedente, es a los órganos colegisladores, llamados a fijar las reglas acerca del matrimonio civil;

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, los fundamentos sustentados en el requerimiento no alcanzan para persuadir a esta Magistratura, en orden a apreciar el efecto contrario a la Constitución, que el artículo 12 de la Ley N ° 20.830 y el artículo 80 de la Ley N ° 19.947, producen en el caso considerado, más aún si el Acuerdo de Unión Civil, en sus efectos, le otorga reconocimiento jurídico al matrimonio celebrado en país extranjero por las requirentes;

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, atendida las consideraciones precedentes este Tribunal procederá a declarar conforme a la Constitución, las normas jurídicas impugnadas por el requerimiento de autos;

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la

Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

I QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES.OFÍCIESE.

II ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.

III QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVOS PLAUSIBLES PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL (Presidenta), los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA y de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quienes estuvieron por acoger la impugnación de fojas 1.por las siguientes razones:

I.- Caso constitucionalmente planteado.

1° Las requirentes son dos mujeres que conforman un matrimonio celebrado válidamente en España entre personas del mismo sexo. Hace algunos años viven en Chile y desde el año 2017 comenzaron a informarse sobre procedimientos de fertilización asistida. Durante la interposición del presente requerimiento una de ellas estaba embarazada y al momento de la vista de la causa su hijo común tenía algo más de dos meses.

2° Cuando el embarazo de Cristina avanzó, concurrieron a inscribir su matrimonio al Servicio de Registro Civil e Identificación, el cual rechazó su solicitud y en su lugar inscribió un acuerdo de unión civil que deja a su hijo desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y no les permite tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia.

3°. Señalan que el matrimonio, para ellas, fue la formalización de la familia que constituían, estando amparadas por un marco legal que pone de manifiesto su condición de familia. Agregan que si bien el matrimonio no cambió su forma de vivir, sí fortaleció su unión, por la visión que ambas tienen de dicha institución. Consideran que "la familia es la unidad básica sobre la que se desarrollan las sociedades y creen firmemente en que el respeto hacia todos los modelos de familias son la clave para crear sociedades equitativas y justas. El matrimonio dota de protección a las familias y entrega certeza frente a fenómenos como la migración, los problemas económicos o los quiebres afectivos" (fojas 6).

4° Alegan que la aplicación de los preceptos impugnados contraviene las siguientes disposiciones constitucionales:

a) Artículos 1°, inciso segundo, y 19 N° 4, por cuando deja desprovista de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del

mismo sexo, cuando el vínculo se celebra en el extranjero. Explican que la noción de familia es amplia y su protección en el ámbito nacional tiene su correlato en el ámbito internacional. Ello obedece a la importancia que todas las sociedades entregan a la familia. Por ello, las requirentes sostienen que el derecho debiera proteger y propender al fortalecimiento de toda la diversidad de familias existentes en la sociedad. Sin embargo, la aplicación de los preceptos impugnados importa una falta de reconocimiento del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, discriminando entre tipos de familia, lo que, además, las desprotege, al despojárseles del tipo de arreglo jurídico que ellas voluntariamente eligieron para regular y resguardar sus derechos y obligaciones recíprocas e imponérseles otro (acuerdo de unión civil), que presenta diferencias con el matrimonio, importando la negación del reconocimiento de una decisión adoptada libremente, todo lo cual contraviene el mandato constitucional de protección y fortalecimiento de todas las familias.

b) Artículo 19 N° 2, pues discrimina arbitrariamente a las requirentes por su orientación sexual. Explican que si bien la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil y la Nueva Ley de Matrimonio Civil estuvieron orientadas por la idea de una noción amplia de familia, siguieron operando sobre la preferencia a las parejas heterosexuales, negando a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio. Esta diferencia carece de fundamento razonable, al fundarse en la orientación sexual de los contrayentes. La orientación sexual es una categoría sospechosa o prohibida para discriminar, de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Este criterio también es compartido por el derecho internacional de los derechos humanos. Agregan que la prohibición tampoco es idónea para la consecución del fin perseguido por las referidas leyes de reconocer un concepto amplio de familia y propender a su protección y fortalecimiento, ni proporcional en sentido estricto, puesto que solo satisface las pretensiones de una pareja heterosexual, con efectos adversos graves para las parejas homosexuales, a quienes se les desconoce su autonomía.

c) Artículo 1°, ya que vulnera el derecho a la identidad del hijo de ambas, una vez nacido, y, con ello, la protección de la dignidad de toda persona, al privársele de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres. Sostienen que el niño no podrá, normativamente, considerar a sus dos madres como tales, ya que la filiación solo se establecerá respecto de una de ellas, ni podrá sentirse cobijado por una noción de familia que comprenda el matrimonio entre personas de un mismo sexo.

d) Artículo 5°, inciso segundo, en relación con el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que vulnera el mandato de protección del interés superior del niño, ya que, al hijo de las requirentes, una vez nacido, se le inhibirá de ser un hijo fruto de un matrimonio y de contar con el reconocimiento legal de la filiación de una de sus madres. Ello, porque se le impedirá al niño crecer en una familia que ha sido plenamente reconocida y protegida y, en virtud de la cual, puede acceder a un reconocimiento de su filiación respecto de ambas.

II.- Normas legales impugnadas.

5° Las requirentes impugnan dos preceptos legales de dos leyes diferentes. Las normas legales las presentamos de un modo general a objeto de ilustrar mejor el conflicto, sin embargo, sólo la parte subrayada de ellas es lo que reprocha el requerimiento para que se declare inaplicable en el caso concreto.

El artículo 12 de la Ley N° 20.803 que dispone lo siguiente:

"Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

1ª. Los requisitos de forma y fondo del acuerdo se regirán por la ley del país en que haya sido celebrado.

2ª. Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el acuerdo celebrado en territorio extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 7°, 8° y 9° de esta ley.

3ª. Para que el acuerdo otorgado en país extranjero produzca efectos en Chile, deberá inscribirse en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil que establece el artículo 6°.

Los efectos de este acuerdo, una vez inscrito conforme a lo señalado precedentemente, se arreglarán a las leyes chilenas, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en el territorio nacional.

4ª. La terminación del acuerdo y los efectos de la misma se someterán a la ley aplicable a su celebración.

5ª Las sentencias que declaren la nulidad o la terminación del acuerdo, dictadas por tribunales extranjeros, serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil.

6ª. Los actos auténticos en que conste la terminación de uno de estos acuerdos serán reconocidos en Chile, en conformidad con la legislación chilena vigente en esta materia.

Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo."

6° Seguidamente, el artículo 80 de la Ley N° 19.947 que dispone lo siguiente:

"Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º de esta ley.

Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes."

III.- Caracterización del caso y cuestiones sobre las cuales no nos corresponde pronunciarnos.

7° Es un caso de Derecho Internacional Privado. El caso planteado por las requirentes se enmarca, primariamente, en una dimensión normativamente encuadrada en el Derecho Internacional Privado, según veremos más adelante. Esto implica que esa disciplina regula la competencia y jurisdicción derivada de relaciones jurídicas válidas originadas en distintos derechos soberanos, respecto de extranjeros o nacionales sometidos a dichas legislaciones. Normalmente, la aplicación de los mandatos normativos en este tipo de conflictos se rige por la ley del lugar de la celebración del acto jurídico. Pues bien, el caso consiste en el impedimento establecido en el artículo 80 de la Ley N° 19.947 para que ello ocurra.

8° Donde no aplica el artículo 102 del Código Civil. Por lo mismo, son irrelevantes las reglas nacionales que rigen la materia para un matrimonio celebrado en Chile entre contrayentes cuya aplicación sea dentro de nuestro territorio. Lo anterior, deviene en que el artículo 102 del Código Civil que establece la definición de matrimonio en el ordenamiento nacional no tiene aplicación y ello explica que no haya sido impugnado en estos autos.

9° Sin embargo, al tratarse de una discriminación operan como parámetro de control las normas constitucionales. Justamente, al identificar el requerimiento que el vicio que impide la inscripción del matrimonio como tal, se funda en un obstáculo que puede reprocharse de discriminatorio, el caso se transforma en un dilema constitucional.

10° En el cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos auxilia con argumentos. Se trata, en efecto, también de un caso de derechos humanos pero que puede determinarse con anterioridad a su definición no esencial. Por lo mismo, los contextos de la jurisprudencia de Cortes internacionales de derechos humanos como de jurisdicciones constitucionales nacionales sirven como un argumento auxiliar en la predeterminación del contexto del caso pero no para decidirlo únicamente conforme a sus criterios.

11° No nos pronunciaremos sobre el proyecto de ley que regula el matrimonio igualitario en Chile. Al tratarse de un entorno normativo como el indicado no podemos compartir la idea de que esta sentencia contenga los efectos abstractos y amplios que impliquen un pronunciamiento sobre un proyecto de ley que está en el Congreso Nacional y que avanza según el mérito impuesto por los parlamentarios. En consecuencia, estimamos que no es razonable extender la argumentación a una hipótesis no prevista en el caso.

12° El caso concreto manda. En consecuencia, tampoco creemos que nos encontremos frente a un caso abstracto definido de un modo en que esta Magistratura deba pronunciarse sobre el mérito del matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Aquí hay un matrimonio celebrado en el extranjero, existe una familia y se requiere un amparo sobre efectos precisos en una relación que supera la de las dos contratantes al involucrar al hijo de ambas. Esto es un caso concreto en cualquier lugar del mundo.

IV.- Criterios interpretativos.

13° Definiremos los criterios interpretativos que guiarán esta disidencia. En primer lugar, sostendremos la desarmonía existente entre los dos preceptos legales reprochados por las requirentes, la que es conducente a un efecto derogatorio por razones constitucionales del artículo 80 de la Ley N° 19.947, según explicaremos. En segundo lugar, nos apoyaremos en el sentido evolutivo que han tenido las instituciones jurídicas para resolver este caso. En tercer término, el orden público

nacional no puede imponer restricciones que vulneren la autonomía privada de las personas. En cuarto lugar, la historia de la Ley N° 19.947 acredita una discriminación inconstitucional en razón del sexo de las contrayentes. En quinto término, el bloqueo del artículo 80 de la Ley 19.947 discrimina a las personas del mismo sexo que han celebrado válidamente un matrimonio en el extranjero. Adicionalmente, sostendremos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los tribunales internacionales se han referido ampliamente a la materia, reconociendo la discriminación en las restricciones a los matrimonios entre personas del mismo sexo y definiendo la deferencia al legislador para su incorporación en sus respectivos ordenamientos. Finalmente, la Ley N° 20.830 reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero pero desconoce sus efectos. En particular, nos centraremos en los efectos filiativos, afectivos y patrimoniales que son abiertamente insuficientes.

a.- Disonancia entre el artículo 80 de la Ley N° 19.947 y el artículo 12 de la Ley N° 20.830.

14° Las requirentes han planteado el caso ante esta Magistratura de un modo tal en que ambos preceptos legales reprochados ofrecieran un modo unívoco de entender la exclusión de la inscripción del matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Discrepamos de dicha postura, según pasamos a explicar.

15° En este caso existen tres perspectivas para analizar el requerimiento. Por una parte, existe una dimensión de validez o vigencia del matrimonio celebrado en el extranjero. Una segunda perspectiva, es la denominación de dicho acuerdo. Y la tercera dimensión, son los efectos civiles que se deducen del mencionado matrimonio.

16° El artículo 80 de la Ley N° 19.947 excluye valor jurídico a la ley del lugar de celebración del matrimonio por un supuesto vicio de fondo consistente en ser un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, cuestión que profundizaremos más adelante pero que resulta clara.

17° Cuando ingresó al Congreso Nacional el proyecto de ley que devendría en la futura Ley 20.830 y durante buena parte de su tramitación, el legislador obró de una manera coherente con el artículo 80 antes mencionado, esto es, permanecería la existencia de ese vicio de fondo de los matrimonios igualitarios.

Hasta el segundo trámite constitucional de la Ley N° 20.830, el proyecto de ley sólo regulaba los acuerdos "no constitutivos de matrimonio", puesto que el estatus del acuerdo de unión civil era inferior al matrimonio, entendiendo así el legislador que la figura que creaba no era la del matrimonio igualitario. Estos criterios perduraron durante buena parte de la tramitación del proyecto de ley hasta que, en el último trámite en la Cámara de Diputados, el Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, señor Mauricio Tapia estimó que era discriminatorio que no tuvieran valor alguno los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero. Y sostuvo que, a lo menos, debería asignarse un valor tipo acuerdo de vida en pareja o acuerdo de unión civil (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.830, p. 823).

18° Lo anterior modificó sensiblemente la tramitación del proyecto de ley e impactó en una de las normas reprochadas en esta causa. A partir de esa intervención se incorporó una indicación del Diputado René Saffirio que incluyó el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero. No es del caso verificar el tránsito de dicha innovación sino quedarnos con el texto definitivo según se define en el inciso final del artículo 12 de la Ley 20.830.

Después de haber pasado el precepto por Comisión Mixta y aprobado finalmente por ambas corporaciones legislativas, el Senador Hernán Larraín sostuvo en el debate final en el Senado que, pese a la concurrencia de su voto favorable, "siento que hay una mala solución en el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero. (…) Hay una contradicción en el mismo artículo 12 entre la expresión de su inciso primero "los acuerdos no constitutivos de matrimonio" y el inciso final. (…) Y eso a mi juicio puede interpretarse como un reconocimiento a los matrimonios del mismo sexo en nuestra legislación. (…) Esta disposición incorpora un reconocimiento en nuestra legislación. Si así se quisiera tendría que haber un cambio legal propiamente tal, abierto y derecho. Reitero: por esta vía no se puede interpretar eso de una manera distinta" (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.830, pp. 1076-1077).

19° Y esta contradicción verificada es evidente, lo que jamás podría interpretarse como una derogación expresa del artículo 80 de la Ley N° 19.947 puesto que nadie se lo planteó así, pero sí como un efecto nuevo de reconocimiento, habida cuenta de la discriminación denunciada. Esto es muy relevante. El legislador del 2015 evolucionó respecto del legislador del 2004. Lo que parecía tan evidente a lo largo de más de una década dejó de serlo.

Y la consecuencia jurídica es que no es posible entender los textos fuera de los mismos por razones ideológicas. Así como el artículo 80 de la Ley N° 19.947 establece un vicio de fondo del matrimonio, el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, del

modo en que lo entendamos traduce un nuevo efecto a los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados válidamente en el extranjero.

Desde el argumento literal: "Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile …", hasta la historia de la ley relatada que da cuenta del propósito de otorgarle un valor específico. O el efecto sistémico y lógico del ordenamiento, en orden a que ese reconocimiento sería "como acuerdos de unión

civil" . Todo da cuenta de una nueva definición de valor para los matrimonios igualitarios como el que regula la legislación española (Ley 13/2005 de 1° de julio).

De este modo, esta disidencia no puede desandar el camino y sostener una armonía entre ambas normas. Existe contradicción y esa se corresponde con una evolución favorable a su reconocimiento, conforme lo indica parte del inciso final del artículo 12 de la Ley 20.830, por lo cual esta disidencia no puede acoger la idea de que este inciso refleje en plenitud cuestiones que sean plenamente inconstitucionales. En consecuencia, haremos una nítida distinción entre lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley N° 19.947 y el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, según lo iremos explicando en otros criterios interpretativos.

b.- El criterio evolutivo en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero.

20° Nuestra Magistratura ha hecho referencia en el pasado al criterio evolutivo como una fórmula interpretativa válida. Ahora damos un paso más allá. Hay que admitir seriamente la relevancia de utilizar el criterio evolutivo, en casos como el reseñado en el que se manifiesta ampliamente en el derecho y más allá de él.

21° En primer lugar, evoluciona en la dimensión sociológica de familia. La Constitución tiene un tipo de reconocimiento de la familia a un modo de concepto abierto que no solo permite sino que justifica la evolución de los diversos tipos de familia. El art. 1° de la Constitución establece que la familia es el núcleo de la sociedad y que el Estado debe protegerla. La primera disposición es una constatación sociológica, antropológica e histórica, mientras que la segunda importa la formulación de un principio jurídico que se traduce en un deber del Estado. Ninguno de los dos preceptos se refiere a un solo tipo de familia de contornos bien determinados. No se establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia.

En tal sentido, se concluye que el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no, y con mayor razón a familias legalmente constituidas bajo el matrimonio igualitario celebrado en España.

22° También es evolutiva la idea de matrimonio. La propia Ley N° 20.830 en los aspectos no reprochados de esta legislación advierte un conjunto plural y evolutivo de instituciones que dan cuenta de otro tipo de acuerdos y contratos entre personas

de diferente como de igual sexo. Existe el Pacto de Solidaridad francés, la Ley de Unión Civil o el partnerschaft alemán o el partenariat enregistré suizo, como uno de las tantísimas fórmulas que el Derecho chileno tuvo en cuenta a la hora de verificar una regulación ad hoc y diferente al matrimonio, como una acreditación de la desvinculación entre esta institución y el matrimonio; así como de la evolución plural del reconocimiento de maneras distintas y válidas de regularlo para el derecho interno.

23° También evoluciona el lenguaje. La Real Academia Española en su 22° versión (2001) del Diccionario de la Lengua Española no incluía dentro de la voz "matrimonio" aquellos celebrados entre dos personas del mismo sexo. En cambio, en la versión 23° del año 2014, nos indica en su segunda acepción que también es matrimonio el que "en determinadas legislaciones, (es la) unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses".

24° Y, en consecuencia, debemos admitir que el legislador del 2015 había evolucionado respecto del legislador del 2004. No vemos ninguna razón para que exista una dinámica interpretativa diferente de la familia, del matrimonio y del lenguaje que la describe y, a la vez, quedemos atados a los términos en que el legislador del año 2004 predeterminó un concepto, en nuestra tesitura, discriminatorio. Por lo mismo, sirva esta evolución para ampliar el sentido en que interpretamos el inciso final del artículo 12 de la Ley 20.830 en contra de lo dispuesto en el artículo 80, parte final del inciso primero, de la Ley N° 19.947 como interdicción del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero. Hoy eso no es posible.

c.- El Derecho Internacional Privado en la definición de un orden público internacional en materia civil.

25° En nuestro ordenamiento interno, los efectos de la ley en el espacio están regulados, principalmente, en los artículos 14 a 18 del Código Civil. De conformidad con esta normativa, en Chile opera el principio de territorialidad (artículo 14 del Código Civil).

Sin embargo, esta regla tiene excepciones, de manera que, en determinados casos, la ley chilena se aplica en el extranjero y la ley extranjera, en Chile. En particular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 Nº 1 del Código Civil, los chilenos deben ajustarse a la ley chilena en lo relativo al estado civil y a la capacidad para ejecutar el acto, luego, "los hechos que produzcan una alteración del estado civil del chileno que vive en el extranjero debieran regirse por la ley sustantiva chilena para tener validez en Chile" (Vial, María Ignacia (2001). Validez y alcance de las sentencias extranjeras de divorcio en Chile: análisis legal y jurisprudencial. Revista Chilena de Derecho, 28 (4), p. 717).

En consecuencia, existiendo una norma interna expresa en ese sentido, cabe descartar la aplicación de normas internacionales.

26° Por lo demás, las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), ratificado por Chile en 1933, no resultan aplicables en el

caso, ya que, primero, este tratado no ha sido ratificado por España, de modo que respecto de este país, solo constituye fuente de principios de Derecho Internacional (Ramírez, Mario (1994). Derecho Internacional Privado, p. 42) y, segundo, el tratado fue ratificado por Chile con la reserva que "Ante el Derecho Chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho código, en caso de desacuerdo entre unos y otros" y siendo la Ley de Matrimonio Civil posterior, prevalecerán sus normas por sobre las del Código de Bustamante en caso de conflicto normativo.

Por lo demás, en este ámbito, el Código de Bustamante no establece nada distinto a la ley chilena, puesto que, respecto del matrimonio, previene que los contrayentes están sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos, a los impedimentos y a su dispensa (artículo 36).

27° Definidos estos criterios del Derecho Internacional Privado cabe aplicarlos, en un ámbito conceptual y general, a la dimensión del matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo. Las dificultades que devienen de la aplicación de criterios diferenciados sobre los contrayentes de matrimonio entre diversos países, tienen reglas de solución del conflicto general, las que se pueden sintetizar en la adopción de la ley de la nacionalidad o del domicilio de los contrayentes. Por cierto, que hay fórmulas mixtas, máxime cuando los contrayentes son de diferentes nacionalidades.

Lo relevante es que el orden público internacional, como sostuvo el Profesor Enrique Barros en la tramitación de la Ley N° 19.947, valora la autonomía privada de los contrayentes. Tiene que ver con principios fundamentales; es un universo más pequeño y atiende a lo esencial, tolerando, naturalmente, las diferencias más o menos profundas que asumen las diversas legislaciones privadas. Por el contrario, "el orden público nacional es aquello que queda fuera de la autonomía privada en razón de leyes prohibitivas o imperativas, que incluso son de conveniencia u oportunidad de políticas económicas que pueden cambiar en el tiempo" (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.947, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, p. 377).

Es tal la relevancia que le otorgó al principio de la autonomía privada que propició la idea de una regla multilateral en virtud de la cual "podría tener especial interés como regla que autoriza ámbitos de la autonomía privada en cuanto a la legislación aplicable al matrimonio. En otras palabras, nada debiera impedir que, de común acuerdo, extranjeros domiciliados en Chile o chilenos domiciliados en el extranjero o matrimonios mixtos, pudieran someter su vínculo matrimonial a la ley chilena. Un cambio podría ser que se entendiera esa sumisión voluntaria cuando ambos cónyuges solicitan la inscripción de su matrimonio en Chile" (Historia de la Ley N°19.947: pp. 375-376).

Cabe constatar que esta opinión se dio en un contexto en dónde aún no se había plasmado la regla del artículo 80 cuestionado en este caso. En síntesis, el orden público nacional puede imponer limitaciones a reglas extranjeras siempre que no afecten el núcleo del ámbito de la autonomía privada de las personas. Lo anterior, es justamente uno de los principios por el cual se estiman nulos todos aquellos matrimonios celebrados en el extranjero que carecen de auténtico consentimiento.

En el marco del Derecho Internacional Privado se admiten como reglas de orden público, además del consentimiento, que estas modalidades de matrimonio supongan una relación afectiva mutua entre dos personas; en el marco de un proyecto común; con un mínimo de edad para contraer el vínculo; sometida a un registro solemne y excluyente de otras personas. Sin embargo, en otros ordenamientos se sigue debatiendo sobre el alcance de estas consideraciones en el reconocimiento de matrimonios poligámicos en la asignación de pensiones de viudedad para las esposas en el entendido de la función que cumple la buena fe en la interpretación de dichos vínculos y la admisión o no de diferencias en el tratamiento de seguridad social. (Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de España Roles STCE 69/2007, de 16 de abril y STCE 194/2014, de 1° de diciembre de 2014. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Muñoz Díaz contra España", STEDH de 8 de diciembre de 2009).

d.- El bloqueo por la Ley N° 19.947 al matrimonio igualitario celebrado en el extranjero.

28° Un cuarto criterio es examinar el modo en que el legislador de la Ley N° 19.947 estableció una excepción a la vigencia del principio de Derecho Internacional Privado en virtud del cual rige la ley del lugar de celebración del matrimonio, bloqueando no solo los efectos sino que la institución misma.

29° En el segundo trámite constitucional, según ya vimos, como consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, después de que el Profesor Enrique Barros definiera el contorno de los matrimonios celebrados en el extranjero, surgió, a partir de ese debate, una idea de obrar diferente en diversos senadores, con el objeto de imponer una nueva regla de orden público nacional que controvertía una incipiente configuración de matrimonios entre personas del mismo sexo que estaba aconteciendo en distintas legislaciones.

Preguntado el Profesor Barros por el Senador Rafael Moreno acerca de si en Chile "podría interpretarse que ese matrimonio (entre personas del mismo sexo) está contraído válidamente?" (Historia de la Ley N° 19.947, p. 379). Respondió "que ese es un caso típico en que el orden público internacional opera por la vía de la reserva general. Si se aceptara ese matrimonio por una legislación extranjera, los tribunales chilenos tendrían que discernir si puede ser reconocido en Chile, en particular si coincide con los principios fundamentales del ordenamiento de la familia". Después de explicar un conjunto de problemas prácticos indicó que "las normas que rijan la relación matrimonial, en lo posible, sean aquéllas que más cercanamente están vinculadas a la forma de vida que tienen las partes, y ese es el criterio que, en general,

sigue el derecho comparado en materia de familia" (Historia de la Ley N° 19.947, p. 380). En consecuencia, en el ámbito técnico del Derecho civil y en su aplicación al ámbito del Derecho Internacional Privado jamás se sugirió el establecimiento de una regla de orden público nacional que privara de reconocimiento al matrimonio igualitario celebrado en el extranjero.

30° De este modo, más allá del criterio técnico, el legislador se propuso doblemente el efecto de bloquear el matrimonio igualitario, no solo al no reconocerlo como tal sino que para definirlo como un vicio de fondo del matrimonio. Y, adicionalmente, para impedir que sea la jurisdicción nacional mediante los tribunales de justicia, los que verifiquen una interpretación sobre sus efectos.

Construyó una nueva regla de orden público nacional sobre la base de nociones como que ese matrimonio "sería inexistente" (Senador Aburto). Por lo mismo, el Senador Rafael Moreno propuso "condicionar la aplicación de la ley que rija en el lugar de celebración del matrimonio, a la circunstancia de que se trate de la unión entre un hombre y una mujer, cualquiera sea el valor que se le pueda asignar como matrimonio de acuerdo a la ley extranjera" (Historia de la Ley N° 19.947, p. 380).

Y estos criterios se extendieron a lo largo de su tramitación, aunque en un ámbito que se extendió a la idea misma de la regulación en Chile del matrimonio entre personas del mismo sexo.

"Pero no es necesario ser clarividente para darse cuenta que en los próximos meses se pretenderá que, ya que estuvimos dispuestos a reconocer parejas sin relación a compromisos ni a fines familiares, nos *modernicemos* también en otras materias y permitamos las uniones de parejas del mismo sexo. Si la ley puede terminar con la indisolubilidad, ¿por qué no podrá hacer lo mismo con la heterosexualidad y con la monogamia?" (Diputado Forni, Historia de la Ley N° 19.947, p. 1526).

"Algunos se preguntan por qué no se regula el matrimonio entre personas del mismo sexo. El día de mañana mayorías parlamentarias pueden terminar aprobando eso y mucho más" (Diputada Cubillos, Historia de la Ley N° 19.947, p. 1544). "En efecto si desaparece este principio elemental para muchos, de estimar el matrimonio como una materia para procrear y proyectarse hacia el futuro, su eliminación abre la puerta a un matrimonio entre personas del mismo sexo. Personalmente, no me gustaría ser testigo el día de mañana de un proyecto de esa naturaleza" (Diputado Bayo, Historia de la Ley N° 19.947, pp. 1577-1578)

31° Lo relevante es que el artículo 80 configuraba una función de bloqueo. Muy interesante resulta el efecto analizado once años después. Cuando se estudiaba lo que devino en la Ley N° 20.830, un asesor jurídico del Ministerio encargado de llevar adelante la ley sostuvo que "para que un matrimonio igualitario celebrado en el extranjero no pueda inscribirse como un acuerdo de vida en pareja en Chile, debiera fundarse en una regla que expresamente impidiera tal figura". Sin embargo, refutando esta apreciación el Senador Larraín replicó que "por aplicación del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, tal posibilidad está bloqueada" (Historia de la Ley 20.830, pp. 425-426).

e.- El bloqueo del artículo 80 de la Ley 19.947 discrimina a las personas del mismo sexo que han celebrado válidamente un matrimonio en el extranjero.

32° Esta norma sólo existe en razón de la orientación sexual de las personas, sin considerar los actos y el plan de vida de una pareja del mismo sexo dentro de nuestro ordenamiento.

33° La Constitución garantiza la igualdad ante y en la ley, exigiéndole al legislador una motivación específica acerca de las restricciones a las que somete a las personas en el ejercicio de sus derechos, desconociéndoles la igual protección que le debe la ley a todas las personas.

En tal sentido, el sexo y la orientación sexual son categorías sospechosas de discriminación, aunque nuestra Constitución no las desarrolle expresamente pero se verifican como una de las categorías y distinciones que al legislador le está vedado de hacer.

El no reconocimiento de las relaciones afectivas entre personas de un mismo sexo genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección.

Tal definición del legislador del año 2004 implica una introducción de un juicio cultural adverso sobre grupos minoritarios históricamente vulnerables, como es el caso de las lesbianas, lo que importa desconocer que el derecho a contraer matrimonio igualitario en un país que lo reconozca se ejerce sin daño a terceros. En tal sentido, se afirma que es deber del Estado respetar y brindar protección a todo tipo de familia.

Tal cual lo solicitan las requirentes, el obstruirle el reconocimiento jurídico que el ordenamiento español les amparó en plenitud, configura un daño a la dignidad de las personas y al modo en que desarrollan su unión afectiva.

34° El artículo 80, en la parte impugnada, de la Ley de Matrimonio Civil es discriminatorio. Esta ley no contempla una disposición expresa en el sentido de establecer como un elemento esencial del matrimonio la diferencia de sexo y si bien se discutió en el curso del trámite legislativo incorporar una disposición en tal sentido, ello fue desestimado, en atención a la definición de matrimonio prevista en el artículo 102 del Código Civil (Cornejo, Pablo (2013). Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil. Revista Tribuna Internacional, 2 (3), p. 11).

Sin embargo, el legislador de la época consideró relevante establecer una regla expresa en la materia al disponer sobre los efectos de los matrimonios celebrados en el extranjero, básicamente, considerando que recientemente otros países habían comenzado a otorgar reconocimiento jurídico a las relaciones entre personas del mismo sexo, bajo la forma del matrimonio o de otra institución jurídica, y que se seguía, respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero, el principio de territorialidad de la ley, de manera que tanto los requisitos de forma como los de fondo del matrimonio son los que establece la ley del lugar de su celebración.

Con todo, los incisos segundos y tercero del artículo 80 de la LMC establecen una excepción a ese principio, en efecto, los matrimonios celebrados en el extranjero en contravención a las prohibiciones previstas en los artículos 5º, 6º y 7º de esa ley, o que se hayan celebrado sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes, pueden ser anulados, toda vez que se estima contrarían el orden público nacional.

Luego, el precepto impugnado constituye una doble excepción: en primer lugar, a la regla general de territorialidad de la ley, puesto que, en cuanto a un requisito de fondo, el matrimonio celebrado en el extranjero queda sujeto a la ley chilena, y, en segundo lugar, a los efectos jurídicos producidos por un matrimonio celebrado en contravención a las prohibiciones previstas en los artículos 5º, 6º y 7º de esa ley, o que se haya celebrado sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes, ya que, a diferencia de estos casos, al matrimonio celebrado en el extranjero se le priva de todo efecto jurídico si los contrayentes son de un mismo sexo.

Esta doble excepción es discriminatoria, desde que solo atiende a la orientación sexual de los contrayentes y la institución del matrimonio, como ya se indicó, no justifica dicha diferencia de trato.

35° Así, respecto del artículo 80 de la Ley N° 19.947, se ha señalado que tal norma hace "especialmente arbitraria e injustificable la negación de reconocimiento establecida por nuestra ley, resultando sumamente cuestionable su constitucionalidad de cara al imperativo de protección a la familia establecido en el artículo 1 inciso 2º y 5º de la Constitución y al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política, sobre todo si consideramos la diferencia de tratamiento que existe con los otros casos en que el legislador nacional permite la intervención de la ley chilena frente a matrimonios celebrados en el extranjero, lo que puede llevar a que en la práctica nuestra legislación establezca verdaderas restricciones no escritas a la inmigración por parte de parejas del mismo sexo extranjeras" (Cornejo, Pablo (2013). Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil. Revista Tribuna Internacional, 2 (3), pp. 18-19).

f.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los tribunales internacionales se han referido ampliamente a la materia.

36° No hemos negado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos carezca de importancia en un caso de esta naturaleza. Más bien, hemos encuadrado normativamente en el modo en que se aplica el Derecho Internacional Privado. Sin embargo, tampoco creemos que las sentencias de diversas cortes nacionales e internacionales validen una discriminación de esta naturaleza en el contexto evolutivo en el que todas se encuentran durante el siglo XXI.

37° En principio nos parece que toda esta discusión de los tribunales internacionales se da en un contexto diverso al caso. Ninguno de estas cuestiones se da en el marco de la validez de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero. Los citaremos sólo a efecto de revalidar la naturaleza discriminatoria en la prohibición

o restricción de todos estos matrimonios, según lo han descrito colegas nuestros en diversos países, con mucha mejor expresión y calidad de sus argumentos.

38° En un análisis de reciente jurisprudencia comparada, nos encontramos con el caso del año 2013, en donde la Corte Suprema de los Estados Unidos, en "Estados Unidos vs. Edith Windsor", resolvió que el impedimento para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es una "denegación de la libertad de las personas protegida por la Quinta Enmienda.

La libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda contiene la prohibición de negar a cualquier persona la igual protección de la ley" y que el trato diferente respecto de las parejas homosexuales "degrada a la pareja, cuyas elecciones morales y sexuales son protegidas por la Constitución (…) Y humilla a decenas de miles de niños que ahora son criados por parejas del mismo sexo".

39° En el año 2018, la Sala Constitucional de la Corte de Justicia de Costa Rica (causa 15-013971-0007-CO), aludiendo a los criterios establecidos en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, anuló la prohibición del matrimonio homosexual establecida en la ley y ordenó al Congreso de ese país adecuar la legislación en un plazo de 18 meses, por cuanto "la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto".

40° El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el año 2017, en el caso Chapin y Charpentier v. Francia, mantuvo su jurisprudencia, por cuanto falló que es decisión de cada Estado brindar protección a las parejas homosexuales bajo la institución del matrimonio, o bien, bajo otro estatuto jurídico, al señalar que "los Estados son libres de reservar el matrimonio únicamente a parejas heterosexuales y gozan de un margen de apreciación para decidir acerca de la naturaleza exacta del estatuto otorgado por otros modos de reconocimiento jurídico".

Con ello, nos viene a recordar que no es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuestione la naturaleza del matrimonio igualitario sino que lo valida en función del margen de apreciación nacional que es el método que tiene el ordenamiento europeo de derechos humanos para ejercer una función de compatibilidad entre los ordenamientos constitucionales nacionales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, es un error estimar que este Tribunal desconozca este matrimonio, puesto que no hay casos en donde lo haya declarado inconvencional. Más bien, una afirmación de esa naturaleza es desconocer el modelo europeo de derechos humanos.

Los casos europeos son decenas y son agrupables en dos tipos de ordenamientos. Existen legislaciones orientadas a establecer las uniones entre personas del mismo sexo pero bajo denominaciones específicas (Dinamarca desde 1989 hasta el 2012; Noruega desde 1993 hasta el 2009; Suecia desde 1994 hasta el 2009; Islandia desde 1996 hasta el 2010; Francia desde 1999; Alemania desde el 2001; Portugal desde el 2001; Finlandia desde el 2002; Luxemburgo desde el 2004; Reino Unido desde el 2004; Austria desde el 2010, etc.). Y, por otro lado, están los casos de países que

aplican a las uniones de personas del mismo sexo el instituto clásico del matrimonio (Países Bajos desde el 2001; España desde el 2005; Noruega desde el 2009; Suecia desde el 2009; Islandia desde el 2010; Portugal desde el 2010; Francia desde el 2013, entre otros). La descripción de estos casos es dinámica y el registro anterior es una fotografía válida al 2013 (Ragone, Sabrina (2013), "El matrimonio homosexual en Europa, entre derecho político y derecho jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada", Foro, Nueva Época, Volumen 16, N° 1, España; pp. 241-261).

41° Esta transformación constitucional y legal se ha traducido en una inevitable tensión jurisprudencial en la que existen muy diversos tipos de pronunciamientos en sedes judiciales nacionales. La dimensión central en ellos reside en que la diferencia de sexos ha dejado de ser un elemento absoluto de los matrimonios. Y frente a ellos, la generalidad de los jueces se ha decantado por admitir que esa dimensión debe ser resuelta por el legislador. Los argumentos son diversos, desde estimar que se trata de una especie de political question hasta la precisión del modo en que están reconocidos los derechos constitucionales en el ámbito de la familia y el matrimonio en sus respectivos ordenamientos internos. (Ragone, 2013: 243- 253).

Si bien de la jurisprudencia de diversas cortes internacionales acreditan la condición evolutiva de los ordenamientos y el modo en que se ha expandido la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo abriéndose camino contra la

discriminación, también los documentos internacionales sobre derechos humanos que reconocen el derecho a contraer matrimonio disponen que su ejercicio se regula de acuerdo a la legislación interna de cada país.

Lo anterior, implica que no hay deber de incluir en los ordenamientos legales internos una específica modalidad de matrimonio plural sino que ese margen debe ser debatido al interior de cada Parlamento o Congreso. En consecuencia, de esta discusión constitucional de Derecho Comparado y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aparecen evidentes tendencias pero también un inequívoco respeto al legislador. Y, que el caso sigue siendo uno muy distinto a la pretensión de resolver para ahora y siempre la "naturaleza del matrimonio" sino que se trata de un efecto mucho más acotado consistente en el reconocimiento normativo de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero para ser aplicado en otro ordenamiento. En esto, el caso sigue siendo resorte del Derecho Internacional Privado en relación con la Constitución.

g.- La Ley N° 20.830 reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pero desconoce sus efectos.

42° El inciso final del artículo 12 nos indica que "los matrimonios celebrados en el

extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile", lo que importa para los Ministros que comparten esta disidencia es la evolución que el legislador del año 2015 recoge y que ha dejado huella en nuestra legislación, según ya lo explicamos antes.

43° Sin embargo, la continuidad de ese inciso final nos da cuenta de dos ideas adicionales. Primero, del título o denominación del matrimonio igualitario en Chile. Y, en segundo lugar, de sus efectos.

En cuanto al primer asunto, los entiende " como acuerdos de unión civil". Reconocemos que el dilema del legislador era darle algún tipo de reconocimiento pero es relevante que se vuelve a desconocer la autonomía privada de las contrayentes puesto que, para todos los efectos legales, son "un acuerdo de unión civil". El legislador convierte un matrimonio igualitario en un acuerdo de unión civil. Jurel tipo salmón. Sin embargo, entendemos que ello no es lo esencial.

44° Lo fundamental son los efectos del acuerdo del matrimonio igualitario puesto que dicho inciso nos indica que "si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus

efectos serán los mismos del referido acuerdo."

Y este es el corazón del conflicto planteado ante esta sede. No se trata sólo de que se pueda inscribir un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero. Se trata de enjuiciar el grado de desprotección que genera para el caso concreto esa figura jurídica.

45° De acuerdo a la historia del establecimiento del artículo 12 de la Ley N° 20.830, con él se persiguió evitar que se burlara la ley chilena, esto es, que los matrimonios entre parejas del mismo sexo celebrados en el extranjero tuvieran reconocimiento en Chile en circunstancias que el ordenamiento interno todavía no legaliza el matrimonio entre personas de un mismo sexo. En un principio, el precepto legal, introducido en segundo trámite constitucional por la Cámara de Diputados, establecía que el matrimonio entre parejas de un mismo sexo celebrado en el extranjero sería reconocido en Chile, pero produciría los efectos del acuerdo de unión civil. Esta propuesta fue rechazada por el Senado en tercer trámite constitucional y la Comisión Mixta propuso la redacción actual del precepto legal.

46° El nivel de protección del acuerdo de unión civil es inferior al del matrimonio. Los derechos y deberes que nacen por la celebración de un acuerdo de unión civil no son todos los que genera el matrimonio, deviniendo en una menor protección frente a contingencias sociales. Así, por ejemplo, en materia previsional, los requisitos de elegibilidad para acceder a una pensión de sobrevivencia son más exigentes y, en caso de término del acuerdo de unión civil por las causales señaladas en la ley, no podrá optarse por la modalidad de compensación económica relativa al traspaso de recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual. Asimismo, frente a accidentes del trabajo o enfermedades profesionales que resulten en el fallecimiento del asegurado, el conviviente civil sobreviviente no tiene derecho a pensión de sobrevivencia.

Pero la más relevante de todas es aquella que define el caso como una relación de familia. Tienen un hijo en común y nada dice sobre eso, generando un tipo de vínculo en donde la mujer que parió a su hijo es la madre y la otra contrayente, para efectos del derecho nacional, vendría siendo una suerte de su "mejor amiga", "tía

cercana", y un largo etcétera, sin que tenga en definitiva ningún vínculo jurídico con él.

47° Este efecto principal genera una infracción a la igualdad ante la ley, en relación con el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la privacidad.

En el caso concreto, las requirentes -una de nacionalidad española y la otra chilena- se casaron en España, de manera libre y voluntaria. Al llegar a Chile, por aplicación de los preceptos legales, el Estado les negó el reconocimiento del ejercicio de esa libertad, por razón de su orientación sexual. Esta diferencia de trato se fundaría en que el matrimonio tiene como finalidad la procreación, o bien, en que en él tiene lugar preferente la crianza de los hijos. Sin embargo, este planteamiento se debilita frente a la realidad actual, en la cual la mayoría de los niños nace fuera del matrimonio. Así, según datos del Registro Civil, en el año 2016, el 73% de los niños nació fuera del matrimonio y, en el año 2018, lo hizo el 75%. En tal sentido, el trato diferente deviene en arbitrario, al no existir una razón suficiente que lo justifique. Asimismo, el no reconocimiento del matrimonio celebrado válidamente en España implica una denegación de la autonomía de la voluntad de las requirentes, quienes adoptaron una decisión en el ejercicio de su libertad, que importa una negación a su sexualidad, así como a las relaciones de familia que libremente decidieron darse, menoscabándose, con ello, su autonomía como agencia moral, lo que lo que conlleva una vulneración al derecho a la integridad física y psíquica.

En el marco de su autonomía personal les corresponde el reconocimiento de la agencia moral de ellas, en cuanto personas libres e iguales en dignidad y derechos. Dicha agencia moral es uno de los fundamentos del principio de dignidad. Esta idea de autonomía presupone que los individuos son entes capaces de tomar sus propias decisiones para desarrollar un plan de vida. Los derechos fundamentales son parte de los presupuestos de dicha autonomía, es decir, a través del ejercicio legítimo de tales derechos, los individuos pueden desarrollarse en una comunidad.

Las requirentes no pueden materializar en la vida jurídica las decisiones que han adoptado para la consecución de su plan de vida, por aplicación de los preceptos legales objetados.

48° Es más, no solo no pueden cumplir con su plan familiar de vida, sino que además, para que lo puedan gozar en plenitud el ordenamiento jurídico nacional les indica que la única vía que tienen para el ejercicio en plenitud de sus derechos es ejerciéndolos en el lugar en que lo celebraron. Más allá de la factibilidad del retorno a España, no parece razonable ni lógico un ordenamiento que le otorga como única vía de satisfacción de sus derechos a reconocer, mantener y preservar su familia, el pedirle a una connacional que se exilie. Ese sacrificio demuestra que la discriminación ha llegado lejos en el marco de un simple efecto de reconocimiento pleno "como si se hubiera celebrado en España".

49° En consecuencia, este voto hará una interpretación conforme a la Constitución. El artículo 80, en la parte impugnada, de la Ley N° 19.947 priva de todo efecto al

matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo y en esa parte acogeremos el requerimiento íntegramente.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 12 de la Ley Nº 20.830 viene a reparar la situación de absoluta desprotección en que quedaban las personas del mismo sexo que contrajeron válidamente matrimonio en el extranjero, atribuyéndole al matrimonio los efectos del Acuerdo de Unión Civil y considerándolo como tal.

En vista de lo anterior, estamos por acoger y declarar inaplicable la expresión del inciso final del artículo 12 que indica: "como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo."

Con ello atendemos a la insuficiencia de protección que tiene en el caso concreto el acuerdo de unión civil al impedir el reconocimiento de las relaciones plenas de parentesco al interior de la familia de las requirentes con todos los efectos filiativos, afectivos y patrimoniales que se derivan de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero.

PREVENCIONES

Los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ concurren a la sentencia previniendo lo siguiente:

CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

1°. Que, dos personas del mismo sexo, casadas en España el año 2012, reclaman porque la ley chilena no les permitiría registrar ese matrimonio en el país, a no ser como un acuerdo de unión civil.

Objetan, por discriminatorio, el artículo 12, inciso final, de la Ley N° 20.830, en cuya virtud "Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil". E igualmente, por contener -en su concepto- una diferenciación arbitraria, impugnan el artículo 80, inciso primero, de la Ley N° 19.947, al señalar que el matrimonio celebrado en el extranjero puede ser reconocido como tal en Chile, "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer".

Aunándolo con el instituto del matrimonio, las requirentes agregan que el concepto de "familia" debe ser ampliado, por vía de interpretación evolutiva; pues -de lo contrario- la legislación de familia las dejaría al margen de su protección y en una situación de eventual desamparo;

2°. Que, en tercer lugar, atendido el estado de gestación de una criatura en que se encuentra una de las requirentes, que al momento de la vista de la causa en esta sede constitucional el niño había nacido, aducen que, al impedírseles el reconocimiento de su matrimonio en Chile, se verá afectada la identidad y dignidad del infante, dado que se le priva el considerarse hijo de un matrimonio de dos madres.

Explican que las disposiciones impugnadas, al menoscabar la protección al menor, además quebrantarían el artículo 5°, inciso segundo, constitucional, por el cual

se entiende incorporado a la legislación nacional la Convención pertinente, cuyo artículo 3° consagra el principio de interés superior del niño;

3°. Que, en relación a la materia, cabe tener presente que permanece inobjetado el artículo 102 del Código Civil, merced al cual "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Norma, esta última, que no fue objeto de modificación el año 2015 al dictarse la Ley N° 20.830 que creó el acuerdo de unión civil, por motivos que -junto a otros- enseguida se explicitaran, para no acceder a este requerimiento;

ANTECEDENTES

4°. Que, atendido que la Constitución española de 1978 se remite expresamente a la ley para regular las formas de matrimonio (artículo 32.2), es que en dicho país se dictó la Ley 13/2005 que, modificando el Código Civil (artículo 44), dio lugar a ambas posibilidades: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

Dicho cambio fue adoptado considerando no solo la competencia que al efecto la Constitución le otorga al legislador, sino que también ejerciendo éste el amplio margen de discrecionalidad que el constituyente de 1978 le abre al efecto, amén de tener presente -esa Ley 13/2005- el historial legislativo patrio que reseña su Preámbulo.

El cambio así ocurrido en el Reino de España, por ende, tuvo lugar por aplicación de su propio derecho positivo y sin pretensiones unificadoras con alcance universal;

5°. Que el lenguaje común, reflejado en el Diccionario de la Lengua Española, define el Matrimonio -en su primera acepción- como la "Unión de hombre y mujer, concretada mediante ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses", en un continuo que viene desde 1780, cuando se entendía por tal el "Contrato de derecho natural, que se celebra entre hombre y mujer por mutuo consentimiento externo". El Diccionario Ideológico de la Lengua Española, de Julio Casares, igualmente conceptualiza el Matrimonio como la "Unión de un hombre y una mujer para hacer vida común, con arreglo a derecho".

Solo con posterioridad al año 2001, dando cuenta de una realidad existente en algunos ordenamientos positivos, como en España aconteció, la Real Academia ha añadido -a aquella transcrita precedentemente- esta segunda acepción: "En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concretada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses".

"En determinadas legislaciones", pues, esto es "en algunas en particular", puede otorgarse el estatus matrimonial a parejas idéntico sexuales, según y cómo sea cada realidad normativa y en ningún caso con efectos de irradiación mundial;

6°. Que, en este sentido, conviene destacar la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos, de 21 de julio de 2015, que en un caso análogo al actual -y considerando la preceptiva vigente en ese continente- entendió que "En ausencia de matrimonio, la opción de una unión civil o pareja registrada sería la forma más adecuada para que las parejas del mismo sexo, como los solicitantes, tengan reconocida legalmente su relación" (Oliari y otros v. Italia).

De ahí que Italia, cumpliendo tal fallo, expidió válidamente la Ley N° 76/2016, que regula la unión civil entre personas del mismo sexo, sin por ello tener que desconocer que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer;

7°. Que, en nuestro continente, es útil mencionar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 17.2 "reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia". El que, interpretado de buena fe, lleva a colegir que, siendo éste el único derecho que en dicho cuerpo normativo hace alusión al sexo, es porque -lógicamente- el matrimonio presupone una diferencia sexual entre los contrayentes.

La Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, gira en torno a la misma idea, especialmente en su artículo 16, cuando propende a eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, las condiciones de igualdad que allí deben imperar "entre hombres y mujeres".

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva OC -24/17, de 24 de noviembre de 2017, remitiéndose a una sentencia anterior, constató -sin reproche alguno- que "diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario" (Párrafo 201);

CONSIDERACIONES

8°. Que este conjunto de antecedentes permite advertir, desde ya, que no hay tal cosa como una especie de consenso global, en orden a que el matrimonio ha perdido su carácter de asociación entre un hombre y una mujer o que, necesariamente, ha de ser deconstruido para hacer cabida en él a parejas del mismo sexo.

9°. Que, como ya se empieza a visualizar, el requerimiento carece de razón suficiente para ser atendido, a partir de las bases ideológicas en que fue planteado.

En primer término, porque no existe fundamento alguno que lleve a declarar inconforme con la Carta Fundamental la concepción del matrimonio recogida en la Ley N° 19.974 y en el Código Civil, que reconoce precedentes tan antiguos como Las Siete Partidas (Partida cuarta, Título II, Ley I), por no mencionar el Digesto (título De ritu nuptiarum, 23, 2, 1) y las Instituciones (1, 9, 1).

Y en segundo lugar, porque tampoco podría estimarse cometiendo un ilícito constitucional la Ley N° 20.830, al instituir los acuerdos de unión civil sin hacer

diferencias de nacionalidad, tanto para las parejas del mismo sexo que viven en el país como para aquellas que proceden del extranjero;

10°. Que, menester es tener en consideración, además, el Mensaje presidencial de 8 de agosto de 2011, con que se dio inicio a la tramitación de la Ley N° 20.830, donde se hace expresa defensa al "Carácter heterosexual del matrimonio".

"El presente proyecto -dice este revelador documento- no altera de modo alguno la definición legal de matrimonio contenida en el artículo 102 de nuestro Código Civil, ni tampoco la definición que de dicha institución hace el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales".

Reiterando -a continuación- que la iniciativa legal se basa en "una convicción muy profunda de nuestro gobierno, en el sentido que el matrimonio corresponde a un contrato que por su naturaleza, debe ser celebrado entre un hombre y una mujer";

11°. Que, por ende, el Tribunal Constitucional no divisa fundamento jurídico alguno que lo lleve a secundar una supuesta evolución habida en la materia, declarando que sería inconstitucional reservar el matrimonio para la asociación entre un hombre y una mujer, y estatuir -paralelamente- la unión civil para parejas del mismo sexo.

Solamente una aplicación muy voluntariosa de la Constitución, cuando prohíbe al legislador establecer "diferencias arbitrarias" (artículo 19, N° 2, inciso segundo), podría mover a esta Judicatura a cuestionar dichos textos legales, sin más argumento que les resultarían odiosos u opuestos a sus propias valoraciones ideológicas o convicciones personales;

12°. Que, sin abandonar indebidamente la Carta Fundamental, que compele a este Tribunal -en todo caso- a fallar "de acuerdo a derecho" (artículo 92, inciso quinto), el cuestionamiento a tales leyes en función de su arbitrariedad, podría tener lugar solo si estas carecen de justificación racional. Cuyo no es el caso, desde que las leyes N°s. 19.947 y 20.830 han consagrado regulaciones distintas para realidades diferentes, dentro de los márgenes razonables que permite la situación (STC roles N°s 53, 755, 790, 797, 1535 y 2330, entre muchas).

Así como, por lo demás, la institución legal de la unión entre personas del mismo sexo no resulta de suyo lesiva para el matrimonio, tampoco puede aducirse que la concepción del matrimonio entre un hombre y una mujer pueda resultar ofensivo o perjudicial para quienes contraen aquella forma de unión civil;

13°. Que, igualmente, el Tribunal Constitucional debe abstenerse de realizar esfuerzos activos para propiciar un cambio de legislación.

Esto es así dado que el "matrimonio", en cuanto a su característica esencial de estar conformado por un hombre y una mujer, no obedece a la capacidad legislativa de abstracción para crear conceptos, ex nihilo, que permiten distinguir relaciones de semejanza o desigualdad entre las personas identificadas por ellos. Hay abundantes elementos de juicio, en cambio, tanto en el génesis como en el texto de la Constitución, para sostener que el "matrimonio", aparte de estar incluido dentro del concepto

mayor de "familia", que es el "núcleo fundamental de la sociedad" en los términos del artículo 1°, inciso segundo, constitucional, asimismo queda comprendido dentro de aquellos "grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad", a que hace referencia enseguida el inciso tercero del propio artículo 1°, para imponerle al Estado el deber de reconocerlos, ampararlos y garantizarles su adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Siendo este un acto de mero reconocimiento constitucional, ello fuerza a aceptar que -en el caso de las comunidades necesarias como la familia y el matrimonio- su identidad consustancial viene predeterminada y que no es de competencia del Estado variar, sin perjuicio de las adecuaciones legislativas de que pueda ser objeto en sus aspectos accidentales, cuando sea menester y a fin de amparar el matrimonio y asegurarle su debida autonomía;

14°. Que, a este respecto, es importante enfatizar que el artículo 1°, inciso tercero, de la Carta Fundamental, al incorporar el principio de subsidiariedad dentro de las "Bases de la Institucionalidad", importa la consagración de un elemento vital para la efectiva vigencia del imperio del Derecho dentro de una sociedad auténticamente plural, al proteger a los cuerpos intermedios y a sus miembros especialmente de la acción transformadora del Estado, que pueda desnaturalizar su intrínseca o connatural constitución.

El bien común general, cuya promoción amerita crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, amén de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación, exigidos por el citado artículo 1°, no valida la transducción de conceptos pre constitucionales como son la familia y el matrimonio; sin perjuicio de que la riqueza que posibilitan esas mismas Bases de la Institucionalidad, abra puertas a la participación de otros muchos y diversos cuerpos menores o asociaciones intermedias en la sociedad;

15°. Que, despejado lo anterior, a continuación, cabe pronunciarse sobre el alegato consistente en que, las leyes impugnadas, les impedirían a las requirentes formar una familia, a los efectos de acceder a la protección que la legislación pertinente ofrece a esta comunidad de personas, unidas por el parentesco o el matrimonio, según su definición habitual. O como reconoce el legislador: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia", al tenor del artículo 1° de la citada Ley N° 19.947.

Cuestionamiento que, asimismo, debe ser descartado, habida consideración a que, si bien el inciso segundo del artículo 1° de la Constitución señala que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad", con el objetivo de otorgarle una atención preeminente, ello no releva al Estado de su obligación más general de "dar protección a la población", por mandato del inciso quinto del citado precepto constitucional. Mandato, éste, que ha de ser satisfecho con particular consideración tratándose de personas desvalidas o grupos vulnerables;

16°. Que, fue así que la propia Ley N° 20.830, que creó el acuerdo de unión civil, incorporó un extenso Título VII, referente a un número considerable de "Modificaciones a diversos cuerpos legales", justamente con el propósito de brindar protección a las personas vinculadas por este tipo de unión.

En materias de salud (artículo 29), de pensiones y régimen de seguridad social (artículos 30 y 31), de remuneraciones en el ámbito estatal (artículos 32 y 33), de

acceso a la justicia (artículo 34) y a las soluciones habitacionales (artículo 37), así como en lo relativo a la protección penal (artículos 39 y 40) y laboral (artículo 41), entre otras, dan cuenta de haberse cumplido, a cabalidad, el aludido imperativo constitucional.

Lo cual, por cierto, no obsta a que, si la aplicación práctica de estas u otras reglas legales genera una concreta inconstitucionalidad, puedan las requirentes impetrar -en su oportunidad- el correspondiente requerimiento de inaplicabilidad ante esta sede jurisdiccional;

17°. Que, sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que la Ley N° 20.609, que "Establece medidas contra la discriminación", es decir, contra cualquier acto que carezca de justificación razonable y que haga distinciones en razón de orientación sexual, permite justamente a las personas afectadas interponer la acción procesal allí establecida, a fin de restablecer el imperio del Derecho en cada caso de agravio.

No se observa a priori, por ende, alguna situación de amenaza inexorable e inminente, derivada de la aplicación de los preceptos legales cuestionados, que mueva a declararlas contrarias a la Constitución;

18°. Que, tocante ahora a la dignidad del menor involucrado, esto es, de aquella calidad que impide que las personas sean tratadas como objetos o medios en aras a la consecución de un fin estatal, lo cierto es que el trato de hijo que éste recibe de las requirentes, así como la atención con esmero y amor que le brindan, no se divisa amagada por la legislación chilena; menos cuando el artículo 33 del Código Civil declara iguales a todos los hijos.

Tampoco se divisa menoscabado el derecho a la identidad personal, consistente en tener un nombre y apellidos que le sirvan de identificación civil dentro de la sociedad, acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18), la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 7 N°s. 1 y 2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2). De manera que, por este concepto, no puede darse por infringido el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

19°. Que, en lo que se relaciona con el interés superior del niño, hecho valer en estos autos, y tenido como vulnerado por la aplicación de las normas jurídicas ya conocidas, y cuyo contenido consiste en el respeto y protección del niño y de los adolescentes, donde su bienestar es el motivo prioritario de quienes sean sus responsables, y cuya exigencia alcanza también a toda autoridad, hay que considerar que al ordenamiento

jurídico sólo le cabe establecer reglas que fomenten y protejan su esfera de existencia, es decir, donde el niño desarrolla su vida.

Desde la perspectiva constitucional solo se admite reseñar que el Estado debe contribuir a crear las condiciones para que el niño alcance su mayor realización espiritual y material posible, y en este contexto no se aprecia que los preceptos objetados vulneren tal interés superior;

CONCLUSIONES

20°. Que, de la normativa preanotada, es dable concluir, en primer lugar, que no es contraria a la Constitución la Ley N° 20.830, cuando en su artículo 12, inciso final, permite registrar en Chile los acuerdos de unión civil entre parejas del mismo sexo, al paso de ser conforme con la misma Carta Fundamental el que la Ley N° 19.947, en su artículo 80, inciso primero, reconozca que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer.

De los antecedentes tenidos a la vista, se infiere que la legislación nacional ofrece protección acabada a las parejas que se unen conforme al estatuto de la citada Ley N° 20.830, sin desmedro de otras medidas que pueda adoptar a futuro el legislador. La situación del hijo de una de las requirentes, no se divisa en este momento amagada por la aplicación concreta de los preceptos reprochados, lo que lleva a rechazar el presente requerimiento también por este concepto; sin perjuicio de las acciones tutelares que les franquea el ordenamiento jurídico chileno y que pueden ejercer en su oportunidad.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las siguientes consideraciones:

1º. Las normas impugnadas son el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, y la frase "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer" contenida en el inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947, que establece la Ley de Matrimonio Civil.

2º. El supuesto subyacente a la argumentación central desplegada en el requerimiento es que el régimen regulatorio matrimonial (incluyendo el uso de la voz "matrimonio") es la única opción constitucionalmente tolerable para parejas del mismo sexo. Se alega la existencia de una omisión legislativa incompatible con un derecho del que se sería titular y cuyo ejercicio autoriza a exigir una conducta positiva de los órganos del Estado.

3º. Sólo a modo ilustrativo, el requerimiento razona sobre la base de reproches tales como los que se indican a continuación: "[d]eja desprovista de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo"; "[d] iscrimina arbitrariamente a mis representadas por su orientación sexual" (obviamente no se refiere al Acuerdo de Unión Civil); "[s]e le priva del derecho de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres" (fojas 1). Es más, de la simple lectura de uno de los dos preceptos impugnados queda meridianamente claro que la objeción de fondo dice relación con la exigencia referida al distinto sexo de los

contrayentes: "(…) siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer" (artículo 80 de la Ley Nº 19.947, que Establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil).

4º. Teniendo presente lo recién señalado, lo cual se confirmará más adelante, es posible identificar la siguiente interrogante de relevancia constitucional cuya resolución se nos solicita: ¿Existe un derecho a que la unión de dos personas del mismo sexo pueda ser considerada por la legislación chilena como matrimonio, tanto respecto de sus efectos, como en cuanto a su denominación jurídica?

Si se llegara a la conclusión de que la institución del matrimonio no puede estar reservada a la unión entre un hombre y una mujer, sin infringir el derecho constitucional a la igualdad ante la ley (la principal de las infracciones alegadas), estaríamos ante la pretensión de considerar que el denominado matrimonio "homosexual" o "igualitario" es un derecho fundamental (supralegal). Tal como se explicará más adelante, dicho alegato carece de asidero.

Antes, incluso, es posible advertir que la parte requirente no ha demostrado por qué un régimen de acuerdo de vida en pareja, opción disponible en nuestro ordenamiento jurídico para todos los chilenos y extranjeros, independiente de su sexo, vulnera el derecho constitucional a la integridad física y psíquica.

5º. Una respuesta favorable a la existencia del derecho sobre la que versa la pregunta exige incurrir en un tipo de argumentación o raciocinio de índole constitucional o supralegal que, inevitablemente, alcanza diversas situaciones fácticas cuya distinción pasa a ser irrelevante. Nos referimos, indistintamente, al reconocimiento como matrimonio de uniones así consideradas de acuerdo a la legislación de un país extranjero, al de uniones inscritas previamente en Chile como pacto de unión civil (con independencia de si cuentan con un estatus jurídico matrimonial previo o no según algún ordenamiento jurídico extranjero), o al de uniones que pretendan celebrarse en calidad de matrimonio. Vale decir, si se llega a la conclusión de que la legislación de nuestro país no puede establecer diferencias en razón del sexo respecto de la institución del matrimonio sin violar el principio de igualdad ante la ley y, como también se reclama, la protección de la familia, el mismo resultado debiera alcanzarse, indistintamente, para todas las situaciones previamente mencionadas (En palabras de la parte requirente "solo queremos que el Estado chileno les dé el mismo trato que otorga a todas las parejas heterosexuales casadas en el extranjero: el reconocimiento de su matrimonio, nada más, pero nada menos. Y, claro está, que al reconocerse su vínculo matrimonial se reconozca que cuando Marc nazca será hijo matrimonial de sus dos madres, no solo de una de ellas" (fojas 7). Como puede advertirse, de la lectura conjunta de las dos oraciones, la referencia al lugar ("casadas en el extranjero") es irrelevante.)

6º. Lo recién señalado tiene importancia desde la perspectiva del legítimo ejercicio de las competencias jurídicas (internamente, en cuanto a la idoneidad de la acción de inaplicabilidad para resolver la interrogante y, externamente, respecto del margen de apreciación nacional sobre la materia). Sostenemos que éste es un asunto que

corresponde ser resuelto por los órganos constitucionalmente competentes de Chile. Y, desde la perspectiva interna, que debe ser definida, primeramente, a nivel legislativo y, en cuanto a su control por la judicatura constitucional, nunca por la vía de un control concreto ex post -característica esta última que define al mecanismo de inaplicabilidad. De hecho, considerando tan sólo la apreciación final, el requerimiento debiera rechazarse por improcedente.

7º. Como ya lo adelantamos, el líbelo funda la petición de inaplicabilidad en una supuesta vulneración a los artículos 19, Nº 1º (derecho a la integridad psíquica), Nº 2º (derecho a la igualdad ante la ley), Nº 4º (derecho a la honra), para lo cual busca sustento recurriendo a lo señalado en el artículo 1º, inciso segundo (la familia es el núcleo fundamental de la sociedad) e inciso cuarto (bien común). Por último, reclama una infracción al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución.

8º. En cuanto al agravio o lesión que los efectos de la aplicación de los preceptos impugnados les provocaría, la pareja requirente menciona la grave insuficiencia del Acuerdo de Unión Civil, la que sintetiza en la afirmación de que dicha institución "de facto, deja a su hijo desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y no les permitirá tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia [la pareja biológicamente no progenitora]". Sin perjuicio de lo anterior, la actora reconoce que "quizás lo más importante es el efecto simbólico que produce el que se niegue el reconocimiento de una decisión voluntaria de las señoras Vera e Ibars; una que ellas han adoptado para que la sociedad las reconozca de esa forma y para fundar su familia de ese modo: a partir de una unión matrimonial." (fojas 13, énfasis agregado).

9º. En su argumentación, la parte requirente busca apoyo en lo dispuesto en el artículo 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, disposición referida a la importancia que para la sociedad tiene la familia. Con el fin de sustentar la aspiración de personas del mismo sexo, la actora razona partiendo de la base de un concepto amplio de familia, para lo cual recurre a la legislación chilena y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el requerimiento se señala que "[t]ambién es demostrativo de la consagración constitucional de un concepto amplio de familia la creación del Acuerdo de Unión Civil en nuestro país" (fojas 11). Para tal efecto, se busca apoyo en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que expresa que en la Convención Americana de Derechos Humanos: […] no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma. Al respecto, [la Corte IDH] reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio" (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. FRC. 2012, párr. 142.)

En nuestra opinión, y sin necesidad siquiera de adoptar una postura, de esta afirmación se colige, a lo más, que bajo el paragua conceptual de "familia" (género) hay una modalidad jurídica o especie distinta al matrimonio. El recurrir a un concepto

amplio de familia implica admitir que existen diversas opciones jurídicas, lo cual no permite arribar a conclusión buscada, esto es, el reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo como única opción satisfactoria (La parte requirente manifiesta la conclusión lógica de considerar una noción amplia de familia de la siguiente manera: "[de] lo anterior se sigue que toda la diversidad de familias existentes en nuestra sociedad debieran contar con la debida protección por parte del derecho. Es por esto que la consideración de la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado no puede ser limitada a las familias compuestas solo por parejas heterosexuales".)

Intentando conciliar la diversidad de formas que admitiría una familia con la aspiración por un reconocimiento de su unión como matrimonio y no como acuerdo de unión civil, señalan que el Estado tiene la obligación positiva de "crear un régimen jurídico que ofrezca a los distintos tipos de familia las mismas posibilidades de protección y regulación de sus relaciones, derecho y obligaciones" (fojas 13). En otras palabras, se plantea, contradictoriamente, que pueden haber varias formas de unión, pero todas deben ser iguales en cuanto a su regulación.

Esta equivalencia de condiciones regulatorias no encuentra respaldo. Incluso si se atendiera a la pauta (no vinculante, por cierto) que sobre la materia ha dado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la postura de la parte requirente no resulta validada, toda vez que se reconoce que pueden existir diferentes grados de protección: "[…] Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, 'nuclear' y 'extendida', debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros" (Observación General N.º 19 "Protección a la Familia, el Derecho al Matrimonio y la Igualdad de los Esposos (artículo 23)", 1990, párr. 2.). En considerandos de más adelante, donde se citan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente, es posible apreciar lo mismo.

10º. En otra variante argumentativa, la parte requirente centra su atención en el hijo como titular de derechos constitucionales que le estarían siendo conculcados. Así, se alegan supuestas violaciones al derecho al nombre o al interés superior del

niño. Al respecto, compartimos lo señalado en el fallo en sus considerandos 18º y 19º. En nuestra opinión, se trata de desarrollos argumentativos incompletos. Es más, si consideramos el meollo de aquello a lo que aspira la parte requirente (recordémoslo nuevamente: el efecto simbólico de ser tratados de manera idéntica a los matrimonios heterosexuales) se hace más patente el carácter accesorio de este tipo de razonamiento.

11º. Para la parte requirente es tan evidente la existencia de un derecho fundamental (de jerarquía supralegal) a que dos personas de un mismo sexo puedan vincularse matrimonialmente, que apoyan su esfuerzo argumentativo recurriendo a lo que (equivocadamente) según ellos constituiría un indiscutible estándar jurídico internacional o global. Si se tuviera presente este "consenso global", razona, esta Magistratura debiera, igualmente, arribar a la misma conclusión. Tanto es así que, según los solicitantes, vulneraría, incluso, el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

12º. Por el contrario, una revisión atenta del desarrollo normativo y jurisprudencial a nivel nacional y supranacional permite aseverar que no hay antecedentes suficientes que respalden la pretensión de considerar que existe un derecho humano (de reconocimiento global) al matrimonio entre personas de un mismo sexo. Por de pronto, no existe disposición contenida en algún tratado internacional ratificado por Chile que permita arribar a la conclusión pretendida por la parte requirente. Y, en cualquier caso, las normas convencionales no tienen, en sí mismo, rango constitucional (parámetro esencial de control), tal como lo ha afirmado reiteradamente esta Magistratura (Véase, por ejemplo, las STCs 2387 (c. 11º y 12º), 2699 (c. 13º), 2703 (c. 11º), 4948 (c. 13º) y 4963 (c. 13º)).

13º. Las disposiciones sobre la materia contenida en instrumentos internacionales sobre la materia son similares y, subrayamos, ninguno hace mención al matrimonio entre personas del mismo sexo. A modo ilustrativo, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere sobre esta materia en el artículo 17 sobre Protección de la Familia, que en su numeral 2º, establece que "[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención". De manera similar, artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone que: "[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho". A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos, evitando aludir a restricciones referidas al sexo, prescribe en el artículo 16.1 que: "[l]os hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

14º. A nivel jurisprudencial, en particular de aquella emanada de Tribunales supranacionales, característica que se le puede reconocer al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tampoco la postura de la parte requirente resulta respaldada por el razonamiento interpretativo respecto de disposiciones similares a las de la Convención Americana de Derechos Humanos.

15º. Al respecto, merece ser destacada, en primer lugar, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de junio de 2016, en el caso de Chapin y

Charpentier contra Francia (n°40183/07). En dicha causa "[l]os demandantes afirman que fueron discriminados por su orientación sexual al negarles el derecho a contraer matrimonio en virtud del artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos [antes citado]. Sostienen que, de haber sido heterosexuales en su orientación, habrían tenido acceso a tres regímenes de protección de la pareja (cohabitación, Pacs y matrimonio) y señalan que la protección jurídica que ofrecen los Pacs es inferior a la del matrimonio. Consideran que esta discriminación no persigue ningún objetivo legítimo (y, en particular, la protección del equilibrio jurídico relativo a la familia y la filiación, citado por el Gobierno, no constituye tal objetivo) y no es proporcionada" (pf. 33).

En lo concerniente a a dicha alegación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo un repaso de su jurisprudencia relevante, comenzando por la sentencia Schalk y Kopf (§§ 58-63), fallo en el que "dijo que, aunque la institución del matrimonio había sido profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la adopción de la Convención, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Sostuvo que el artículo 12 del Convenio se aplicaba a la denuncia de los demandantes, pero que la autorización o prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo se regía por las leyes nacionales de los Estados contratantes. Sostuvo que el matrimonio tenía connotaciones sociales y culturales muy arraigadas que podían diferir considerablemente de una sociedad a otra y recordó que no debía apresurarse a sustituir su propia evaluación por la de las autoridades nacionales, que estaban en mejores condiciones de apreciar y responder a las necesidades de la sociedad. Por lo tanto, concluyó que el artículo 12 no imponía al gobierno demandado la obligación de abrir el matrimonio a una pareja del mismo sexo como los demandantes (véase también Gas y Dubois c. Francia, Nº 25951/07, § 66 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 2012)" (pf. 36). Luego, se nos dice que "[e]l Tribunal reiteró esta conclusión en las recientes sentencias Hämäläinen y Oliari y otras sentencias citadas anteriormente. En la sentencia Hämäläinen (§ 96), recordó que el artículo 12 consagraba el concepto tradicional de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer y que, si bien era cierto que varios Estados miembros habían abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, no podía entenderse que este artículo impusiera tal obligación a los Estados contratantes" (pf. 37). Por último, el Tribunal sostuvo que "[e]n la sentencia Oliari y otros (§§ 192- 194), […] estas conclusiones seguían siendo válidas a pesar de la evolución gradual de los Estados en este ámbito, ya que once Estados miembros del Consejo de Europa permiten actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Recordó que había dicho en la sentencia Schalk y Kopf que ni el artículo 12, ni el artículo 14 en relación con el artículo 8, que es más general en cuanto a su propósito y alcance, podían interpretarse en el sentido de que imponían a los Estados contratantes la obligación de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Llegó a la conclusión de que el mismo enfoque era válido para el artículo 12 en relación con el artículo 14 y rechazó esta queja por ser manifiestamente infundada (§ 194)" (pf. 38).

En un segundo acápite de la sentencia Chapin y Charpentier contra Francia, "[l] os denunciantes consideran que han sido discriminados por su orientación sexual en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Invocan el artículo 8 junto con el artículo 14 de la Convención. El artículo 8 dice lo siguiente: '1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, su hogar y su correspondencia. 2. No habrá injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo la que esté conforme a la ley y sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o la seguridad pública, para el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o la moral o para la protección de los derechos y libertades de los demás'" (pf. 45).

Sobre el reproche precedente, "[e]l Tribunal señala que los Estados siguen siendo libres, en virtud del artículo 14 en conjunción con el artículo 8, de abrir el matrimonio sólo a las parejas heterosexuales y que éstas gozan de un cierto margen de apreciación para decidir la naturaleza exacta de la condición que confieren las demás formas de reconocimiento jurídico (Schalk y Kopf citados anteriormente, § 108, y Gas y Dubois citados anteriormente, § 66)" (pf. 48). Enseguida, "[s]eñala que, aunque en el momento de los hechos el matrimonio no estaba abierto a los demandantes en el derecho francés, éstos podían, no obstante, celebrar un pacto de solidaridad civil, previsto en el artículo 515-1 del Código Civil, que confiere a los socios un cierto número de derechos y obligaciones en materia fiscal, patrimonial y social (véase el párrafo 25 supra)" (pf. 49). Finalmente, el Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea señala que "[e]n la medida en que los demandantes invocan las diferencias entre el régimen matrimonial y el del pacto de solidaridad civil, el Tribunal reitera que no tiene que pronunciarse sobre cada una de esas diferencias en detalle en el presente caso (Schalk y Kopf, antes citado, § 109). En todo caso, observa, como lo hizo en esa sentencia, que esas diferencias corresponden en general a la tendencia observada en otros Estados Miembros y no ve ninguna indicación de que el Estado demandado haya excedido su margen de apreciación en la elección que hizo de los derechos y obligaciones conferidos por el pacto de solidaridad civil (ibíd.)" (pf. 51) (Los énfasis están agregados.)

16º. En una línea similar y sobre un caso que presenta características muy atingentes a la ventilada en la actual acción de inaplicabilidad, resulta útil citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2018, Coman y otros contra Inspección General de Inmigración de Rumania y otros (C-673/16). El contexto de este caso es el siguiente: el señor Coman, nacional rumano y estadounidense, y el señor Hamilton, nacional estadounidense se casaron en Bruselas el 5 de noviembre de 2010. En diciembre de 2012, los señores Coman y Hamilton se dirigieron a la Inspección para que se les informase del procedimiento y los requisitos con arreglo a los cuales el señor Hamilton, nacional de un tercer Estado, podía, en calidad de miembro de la familia del señor Coman, obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por un período superior a tres meses. El 11 de enero de 2013, en respuesta a esta solicitud, la Inspección informó a los señores Coman y Hamilton de que este último disfrutaba únicamente de un derecho de residencia de tres meses, porque

no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, de conformidad con el Código Civil, y de que, además, la prórroga del derecho de residencia temporal del señor Hamilton en Rumanía no podía concederse en concepto de reagrupación familiar. Los interesados recurrieron a la justicia rumana, ocasión en la cual se requirió al Tribunal Constitucional de dicho país la declaración de inconstitucionalidad del artículo 277, apartados 2 y 4, del Código Civil ((El artículo 277, apartados 1, 2 y 4, del Código Civil de Rumania está redactado en los siguientes términos: "1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía. [...] 4. Serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.".) por vulnerar los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, así como las disposiciones relativas al principio de igualdad. Dicha Magistratura, a su vez, elevó el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sobre el particular y recalcando la importancia que el Tratado de la Unión Europea da al derecho a la libre circulación y residencia de los nacionales de un Estado miembro (y ciudadano de la Unión) en otro Estado miembro, el Tribunal aclaró que éste incluía el derecho de los nacionales de los Estados miembros "de llevar una vida familiar normal tanto en el Estado miembro de acogida como en el Estado miembro del que son nacionales cuando regresen a él, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de sus familias" (pf. 32). El Tribunal también reconoce que "[e]s cierto que el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, apartado 25; de 1 de abril de 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, apartado 59, y de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, apartado 16). Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo (sentencia de 24 de noviembre de 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, apartado 59)" (pf. 37).

Pero, al mismo tiempo, advierte que, "dejar a los Estados miembros la posibilidad de conceder o denegar la entrada y la residencia en su territorio a un nacional de un tercer Estado que ha contraído matrimonio con un ciudadano de la Unión del mismo sexo en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado en función de que las disposiciones de Derecho nacional contemplen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo tendría por efecto que la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión que ya hayan hecho uso de esta libertad variase de un Estado miembro a otro, según tales disposiciones de Derecho nacional" (pf. 39). "De ello se deduce que la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro a reconocer, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, el matrimonio de este con un ciudadano

de la Unión del mismo sexo, nacional de dicho Estado miembro, contraído durante su residencia efectiva en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros" (pf. 40).

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea "hace constar que la obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el Derecho nacional y que entra dentro de la competencia de los Estados miembros, como se ha recordado en el apartado 37 de la presente sentencia. No supone que dicho Estado miembro contemple, en su Derecho nacional, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo. Se limita a la obligación de reconocer tales matrimonios, contraídos en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este, y ello a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión." (pf. 45) (Los énfasis dispuestos en las citas están agregados).

17º. En cuanto a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible afirmar que no hay fallo en el que haya manifestado derechamente que el matrimonio entre personas de un mismo sexo es un derecho y, creemos, tampoco podría hacerlo. En efecto, bajo el pretexto de una interpretación llamada "evolutiva", los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos no podrían modificar las disposiciones de la Convención que los rige sin actuar fuera del ámbito de sus respectivas competencias. Si el matrimonio entre parejas del mismo sexo es o no una buena idea no debiera ser de su incumbencia. Una Corte no es una legislatura. Los Estados parte que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos no han autorizado a la Corte Interamericana (ni a ninguna otra) a ejercer la fuerza ni la voluntad, sino sólo el juicio. Si la judicatura constitucional a nivel nacional suele ser criticada en muchos países por su carácter contramayoritario (y que responde, vulgarmente, al apelativo de "tercera cámara"), debiera reconocerse que cuando se trata de una judicatura todavía más lejana de los mecanismos de decisión democrática, la cautela y deferencia ha de ser aún mayor. Y si se tiene presente los muy disminuidos niveles de "accountability" con que operan (algo de lo cual un juez no es responsable), la conciencia sobre el riesgo de usurpación de la voluntad de los nacionales de los países miembros debiera ser elevada. En este sentido, la noción de "Corte transformadora", la cual puede denotar un encomiable compromiso de sus jueces por el rol con que han sido investidos, puede, sin embargo, transformarse en una peligrosa tentación. Así como se suele decir que no hay tributo sin representación, en asuntos tan trascendentes para la vida en sociedad como aquellos concernientes a la familia y el matrimonio adquiere especial relevancia un principio todavía más fundamental: no hay transformación social sin representación.

18º. En el informe presentado por MOVILH se hace referencia al Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) suscrito entre el Estado de Chile y dicha organización no gubernamental (Ver fojas 131 a 133.). Sobre el particular, en el documento se sugiere que una negativa a consagrar legislativamente el matrimonio entre personas del mismo sexo o, incluso, a declarar la inaplicabilidad por esta Magistratura de los artículos impugnados, constituiría una inobservancia al mencionado acuerdo. Pretender que dicho "acuerdo" implica haber fijado una definición sobre la materia por parte de nuestra nación significa desconocer los mecanismos democráticos esenciales en virtud del cual expresa sus preferencias y se da sus propias reglas de convivencia. Y, en materias como éstas, tal manera de entender el funcionamiento del sistema hace preguntarse, efectivamente, por un principio invocado al efecto: la buena fe.

19º. Desde el punto de vista jurídico, a quien le corresponde, finalmente, el contenido y aplicación del derecho vigente en nuestro país, como lo serían aquellas materias relativas al matrimonio, son los órganos del Estado con competencia para ello.

20º. No desconocemos que este Tribunal Constitucional, como órgano del Estado, puede tener algún tipo competencia para conocer de algún requerimiento por parte de órganos. Pero, al respecto, es muy importante tener presente que las materias concernientes al matrimonio (más todavía cuando se refieren a la naturaleza de dicha institución) son de aquellas que, claramente, deben ser reguladas por ley (La STC 1881, tanto en el fallo, como en sus votos, confirma que cualquier eventual modificación al régimen de familia es materia de ley. El considerando 6º de dicho fallo explica muy bien este punto: "está fuera de toda duda que el matrimonio es una de las materias más importantes relativas a las personas y es por ello que desde su aprobación, en 1855, el Código Civil de Bello, en su Libro Primero, relativo a "Las personas" incluye el título IV "Del matrimonio", lo que demuestra que éste es un asunto propio de la codificación civil y, por ende, es materia de ley. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el artículo 63, Nº 20, de la Constitución antes citado, pues resulta evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca".).

También hay que tener en consideración que no existe disposición alguna en nuestra Constitución que en forma expresa se refiera al matrimonio, lo cual no es completamente inocuo -con independencia de si puede o no entenderse implícito en el artículo 1º, inciso segundo, sobre lo cual no nos pronunciamos-. Por último, hay que tener en cuenta la diferente naturaleza que tiene el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 93, inciso primero, Nº 6º (Inaplicabilidad de precepto legal) respecto de, por ejemplo, la contemplada en el Nº 3º del mismo artículo (cuestiones de constitucionalidad en proyectos de ley). El primero pretende resolver controversias constitucionales con impacto acotado, y no sólo por las consecuencias que tiene en la gestión judicial pendiente, sino también por su incidencia respecto

de aspectos básicos sobre las que se sustentan instituciones y sistemas legales. Por todo lo mencionado previamente, esta Magistratura ha de ser especialmente cauta.

21º. De hecho, de acogerse la presente acción de inaplicabilidad no habría razón alguna para no seguir haciéndolo en el futuro. Así, cualquier discusión legislativa se vería inevitablemente sustituida por lo que esta Magistratura ya habría zanjado. Cualquier controversia sobre la constitucionalidad de un cambio legal esencial respecto de la regla imperante en nuestro ordenamiento jurídico vigente (como los relativos a la institución del matrimonio) es un asunto cuyo conocimiento es más propio de un control abstracto de constitucionalidad. Por lo tanto, lo solicitado en virtud del presente requerimiento es una pretensión improcedente y ya, por esa sola razón, este Tribunal debe declarar su rechazo.

22º. Usando las palabras vertidas, en su oportunidad, en la STC 1881 (c. 9º) recaída sobre un caso parecido, este requerimiento tampoco puede prosperar, "toda vez que lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley Nº 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad".

23º. Para finalizar, cabe aclarar, nuevamente, que el análisis desarrollado en este voto particular concurrente no tiene el mismo sentido y alcance de si se estuviera discutiendo la constitucionalidad de un nuevo y fundamental cambio al régimen jurídico existente discutido y aprobado por el Congreso, si así ocurriera en el futuro. Decir que la Constitución no mandata o impone, como único modelo tolerable, que la institución del matrimonio esté disponible para contrayentes del mismo sexo, no es necesariamente equivalente a sostener que está constitucionalmente prohibido que el ordenamiento jurídico de un país contemple una regla que, en lo que al matrimonio se refiere, no haga distinciones según sexo. Esta última no es una materia respecto a la cual este Tribunal deba ser arrastrado a pronunciarse con ocasión, como se ha explicado, de una acción de inaplicabilidad.

El Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ concurre a la sentencia teniendo además presente que:

1°. El requerimiento de fs. 1 no puede prosperar, en primer lugar, porque, al no haberse solicitado también la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil -que contiene la misma exigencia prevista en el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil- deja desprovista de eficacia a la acción intentada en estos autos, aun cuando fuera acogida, desde que la condición exigida por esas normas consiste en un requisito

de existencia del matrimonio que no se puede omitir por tratarse de una norma de orden público, como lo había resuelto la Corte Suprema, incluso antes de entrar en vigencia el referido artículo 80, "(…) por la vía de la aplicación de la excepción de orden público, sosteniendo que un matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser reconocido en Chile, cualquiera sea el valor que se le atribuya en el país que se contrajo" (Diego Oliva Espinoza: "Análisis Comparativo entre el Matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil en Derecho Internacional Privado", Revista de Estudios Ius Novum N° 9, 2016, p. 44).

2°. Desde esta misma perspectiva, si se declarara la inaplicabilidad del inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, las requirentes quedarían en una situación de menoscabo, en cuanto el matrimonio que han celebrado en el extranjero ni siquiera podría inscribirse en Chile como Acuerdo de Unión Civil, volviendo a la situación de total desconocimiento anterior a dicha ley, dado que tanto el artículo 102 del Código Civil como el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil se encuentran vigentes y tienen plena aplicación en la gestión pendiente.

3°. Por último, el requerimiento tampoco puede prosperar porque los preceptos legales impugnados no resultan, en su aplicación, contrarios a la Constitución, ya que no configuran una diferencia arbitraria al reconocer dos estatutos jurídicos distintos -el matrimonio y el acuerdo de unión civil- y al disponerse -en el artículo 12- que el matrimonio celebrado por las requirentes en España debe inscribirse en Chile como uno de dichos acuerdos, reafirmando que la diferencia de sexo entre los contrayentes es requisito de existencia del matrimonio.

4°. En efecto, a juicio de este previniente, entre las razones que pueden invocarse para justificar el tratamiento jurídico distinto a la unión de un hombre y una mujer en el caso del matrimonio, respecto de la que se pacta entre dos personas del mismo sexo, cabe considerar aquélla que estima que es de la esencia de la institución matrimonial que se encuentre abierta a la procreación, ya que "[l]a unión orgánica entre los cuerpos de un hombre y una mujer es la característica que específica una clase de pareja que, junto a otras características, responde a la definición del artículo 102 del Código Civil. El coito es una característica que especifica a las parejas heterosexuales de las parejas homosexuales. La cuestión es si esta característica justifica un estatuto jurídico propio y excluyente de las parejas homosexuales (y de cualquier otra clase de unión).

El coito es el primer paso del proceso procreativo; nuevos seres humanos comienzan a existir como resultado de este acto. Y con la existencia de un nuevo ser, se crean nuevas relaciones interpersonales (entre los padres y el hijo) y se modifican otras (de los padres entre sí). Estas nuevas situaciones no son irrelevantes desde la perspectiva del orden social. Las obligaciones morales que nacen a partir de la existencia de un nuevo ser humano, tienen una dimensión social relevante y, por eso, exigen un reconocimiento legal. La regulación legal de esta dinámica y su estructura es lo que tradicionalmente se ha llamado matrimonio. Puesto que la unión corporal que puede dar origen a un nuevo ser humano es exclusivamente entre un hombre y una mujer, la exclusión de las parejas homosexuales del marco regulatorio no es

arbitraria. Esto es lo mismo que afirmar la conveniencia de un estatuto jurídico propio y específico para las parejas heterosexuales. Por el mismo motivo, se justifica un estatuto jurídico distinto para cada una de las dos clases de pareja" (Luis Alejandro Silva: "La Constitucionalidad del Artículo 102 del Código Civil ante el Tribunal Constitucional. Comentario Crítico del Requerimiento de Inaplicabilidad Fallado en la Sentencia Rol N° 1.881, de 3 de Noviembre de 2011", Ius et Praxis, Año 18, N° 1, 2012, p. 480), tal y como se sostuvo en los votos particulares de los Ministros Bertelsen (pto. 6), Peña (pto. 3) y Venegas, Navarro y Aróstica (pto. 9), en dicha sentencia.

5°. Siendo así, "[e]l matrimonio es una institución natural basada en la necesidad de la perpetuación de la especie humana que la racionalidad del hombre ha elevado a un rango especial y ha estabilizado a través de las costumbres y de las leyes" (Hugo Hanisch E.: "Historia de la Doctrina y Legislación del Matrimonio", Revista Chilena de Derecho, Vol. 7, 1980, p. 481). Esa alianza, abierta a la procreación y que se funda, más allá, en la unión integral y complementaria entre un hombre y una mujer, en lo jurídico, se manifiesta en un conjunto de derechos y deberes recíprocos que surgen de ese vínculo libremente pactado.

6°. Por eso, la definición del matrimonio no queda a completa merced del legislador - apartándome parcialmente de lo resuelto en la sentencia Rol N° 1.881-, pues, aunque no se encuentra explicitado en la Constitución, tiene indudable base en la Carta Fundamental, ya que "(…) de la historia fidedigna del establecimiento de su texto queda claro que cuando se establece el precepto de que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento (art. 1°) se está suponiendo implícitamente su organización jurídica a través del matrimonio (la discusión en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sobre si debía o no contemplarse la indisolubilidad del vínculo o dejar libertad al legislador para establecer el divorcio, lo pone de manifiesto). Por eso, no extraña que la ley de matrimonio civil de 2004 haya querido explicitar lo que estaba subyacente en el texto constitucional declarando que el matrimonio es la base principal de la familia (art. 1°) y que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial de la persona humana (art. 2°)" (Hernán Corral Talciani: "A Propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Matrimonio: ¿Sería Constitucional un Proyecto de Ley que Extienda el Matrimonio a las Uniones Homosexuales?, Diario Constitucional, 28 de diciembre de 2011).

7°. Así las cosas, sea que se sostenga que la Carta Fundamental se refiere sólo a la familia matrimonial, en su artículo 1° inciso segundo, o que, al menos, ésa es una especie de las familias allí reconocidas, en cualquier caso aquélla que se funda en el matrimonio sustenta la raigambre constitucional de esta institución, por lo que no queda, en su completa regulación, a disposición del legislador, de modo tal que "[l] a cuestión que se plantea, por tanto, es la del grado de originalidad que permite la Constitución al legislador matrimonial. En definitiva, se trata de saber qué caracteres -si existen- hacen reconocible el matrimonio de tal manera que su desaparición implicaría que el contrato de vida en común legalmente regulado no pudiera ser

denominado matrimonio; es lo que suele conocerse como garantía de instituto. La idea es asegurar un mínimo de recognoscibilidad a la institución matrimonial (…). Sin embargo, una postura en exceso rigurosa llevaría a la petrificación de una institución que está sociológicamente en permanente evolución" (Joaquín Urías: "El Régimen Constitucional del Matrimonio", María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Directores): Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018, p. 895).

8°. Sobre esa base, eliminar la diferencia de sexo, como requisito de existencia del matrimonio, es suprimir la institución misma, lo que queda fuera del alcance de la potestad legislativa y, aun, constitucional, salvo que se sostenga que todas las instituciones pueden ser deconstruidas y replanteadas en su significado y contenido por lo que decida quien circunstancialmente dicta las normas jurídicas. Como "[e] nseña Quintiliano (…) "la definición es la expresión adecuada al objeto propuesto, formulada en palabras con claridad y brevedad" (…)" (Tomás J. Aliste Santos: "¿Qué es el Matrimonio? Una Aproximación Dogmático-Conceptual", Esther Martínez et al.: La Igualdad como Compromiso, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 19).

Precisamente, "[l]a garantía institucional vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra ("Leit-Bild"). Éste es su significado típico, que en un principio se circunscribe a instituciones públicas (instituciones en sentido estricto -se habla así de garantías "institucionales" o garantías "de institución"-), pero que después se proyecta sobre instituciones privadas (institutos -se habla así de garantías "de instituto"-) e incluso sobre determinadas manifestaciones sociales (se habla así de garantías de instituciones sociales)" (Antonio Cidoncha Martín: "Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial", Teoría y Realidad Constitucional, N° 23, 2009, p. 150).

9°. Con todo, es evidente que la existencia de instituciones diversas no justifica que el legislador, al reconocer o diseñar otras formas de vinculación interpersonal, vulnere principios y normas constitucionales, como por ejemplo la igualdad en y ante la ley, debiendo precaverse que no se incurra en discriminaciones, sobre todo, respecto de los menores de edad y que tampoco se afecte su identidad que "(…) está constituida también por la identidad de su padre y de su madre (…). La vida humana, aunque se produzca mediante técnicas artificiales, requiere de un gameto femenino y uno masculino. Biológicamente, solo es posible una nueva vida humana mediante la fusión de células germinales de un varón y de una mujer, que se convierten en padre y madre del hijo común. Nadie puede tener más que un padre y una madre" (María Sara Rodríguez: "Inaplicabilidad para conseguir "Presunción de Maternidad": Otra Ofensiva de la Doble Maternidad", El Mercurio Legal, 25 de febrero de 2020).

Redactó la sentencia el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, la disidencia, el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO. Las prevenciones han sido redactadas por los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO,

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 7774-19-INA

SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

5) Recurso de Protección contra AFP que ordena devolución de fondos a cotizante extranjero.

SCA, Antofagasta, Rol 568-2020, de 17 de marzo de 2020
(concede recurso de protección).

Antofagasta, a diecisiete de marzo de dos mil veinte.

VISTOS:

Jaime Araya Guerrero, Abogado en representación de don Frank Alexander Ore Yanki, peruano, cédula nacional de identidad 21.248.375-3, operador de maquinaria pesada, ambos domiciliados para estos efectos en calle Maipú 499, oficina 303, Antofagasta, interpone recurso de protección en contra de A.F.P. CAPITAL S.A, Administradora de Fondos de Pensiones, RUT Nº98.000.000- 1, con domicilio en calle San Martin 251, Antofagasta, por estimar vulnerada las garantías constitucionales contenidas en los numerales 1º; 2º y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al rechazar de forma ilegal y arbitraria la devolución de fondos previsionales dispuesta en la Ley 18.156, mediante resolución de fecha 06 de enero del año en curso, dictada por don Ricardo Pérez Munita, Jefe del Área de Ahorros de la citada entidad de ahorro previsional y, en consecuencia, solicita se adopten las providencias necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del agraviado, con expresa condenación en costas.

Evacuando informe la recurrida, solicita el rechazo del mismo.

Puesta la causa en estado, se han traído los autos para dictar sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurrente, fundando su recurso de protección señala que don Frank Ore Yanki, ciudadano peruano residente en Antofagasta, es Operador de Maquinaria Pesada, del Instituto Superior de Capacitación Profesional de Lima, Perú, por tanto, es técnico y, además, extranjero, quien actualmente presta servicios en la empresa Innovex, cumpliendo la función de operador técnico, según consta en contrato de trabajo. Agrega, además, que su representado se encuentra afiliado a la AFP PRIMA en Perú, desde el 16 de julio del año 2.001 y que, conforme a la legislación nacional, se encuentra afiliado a la AFP Capital, motivo por el cual cumple con todos los requisitos para acogerse a los beneficios establecidos en la Ley 18.156. Es por ello, que con fecha 07 de junio de 2019, procedió a ingresar una solicitud en tal sentido, acompañando toda la documentación debidamente apostillada, conforme a lo prescrito en la Ley 20.711 (que suprime las exigencias de legalización de documentos públicos en el extranjero) y cuya copia acompaña.

No obstante lo anterior, expone que la recurrida, con fecha 06 de enero de 2020, procedió a rechazar la solicitud de devolución de fondos, establecida en la Ley

18.156, por la causal que se indica: "a) RECHAZADO, SE REITERA, Acompañar título a lo menos técnico debidamente apostillado y legalizado, se hace mención a que se acompaña solamente un certificado de título. Acompañar copia de título técnico o profesional con timbres y firmas de notario público por anverso y reverso certificando la calidad de copia fiel del documento original. Acompañar certificado de afiliación a sistema previsional extranjero legalizado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile", y en un anexo de la misma, se agrega que "no se puede apreciar y verificar el Certificado de Afiliación que se somete a legalización mediante la apostilla" y que, en tales casos, la Superintendencia ha instruido que los documentos deben ser legalizados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Es decir, niega la calidad de título técnico al certificado acompañado, solicitándose en la oficina que el indicado documento debía decir "Título" y no certificado, negándole valor al documento que acredita que su representado es técnico, en circunstancias que aquél es un documento oficial, que a la usanza propia de su país de origen utiliza la nomenclatura ahí señalada, en el cual se consigna la institución que lo emite, la resolución del Ministerio de Educación que lo autoriza, la capacitación como Operador de Maquinaria Pesada, mediante la aprobación del Módulo-Taller, con una duración de 4.720 horas pedagógicas, cursado entre el 04 de marzo de 2001 hasta el 18 diciembre de 2002; además, hace presente que el documento acompañado cumple con la exigencia de estar autorizado en el anverso y reverso por Notario Público, y encontrarse apostillado. Por otra parte, indica que el certificado de afiliación a sistema previsional extranjero, cumple con el apostillaje, el que tiene por objeto precisamente eliminar el trámite de legalización ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y, además, es verificable mediante una simple consulta en el sitio web https://apostillaconsulta.rree.gob.pe/consulta/.-

Atendido lo expuesto, señala que el actuar de la AFP Capital ha sido ilegal y arbitrario, pues se niega injustificadamente a entregar los fondos a que tiene derecho su representado, fundando la negativa en supuestos incumplimientos de requisitos, toda vez que se han cumplido celosamente todos y cada uno de los mismos, sin que exista causa legal que ampare la negativa, sino simplemente el actuar antojadizo del ente previsional recurrido.

Alega que el actuar de la recurrida ha infringido el artículo 19 Nº1 de la Constitución Política de la República, garantía constitucional que protege el derecho a la integridad psíquica de la persona, pues la impotencia que le genera el cumplir los requisitos establecidos, le ha generado una severa afectación en su psiquis. Además, vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley prevista en el artículo 19 Nº2, toda vez que la arbitrariedad denunciada ocurre solo con la AFP recurrida, ya que otras AFPs que administran fondos de trabajadores extranjeros, reconocen y aplican las normas del tratado internacional que regula la materia, de manera que la ley se aplica de manera desigual a los cotizantes de la AFP recurrida y, por último, estima vulnerada la garantía constitucional que protege el derecho de propiedad establecida en el artículo 19 N°24, atendiendo que el actuar de la recurrida, priva a su representado de los dineros que son de su propiedad, toda vez que sin ningún fundamento legal, la AFP se niega a entregar los dineros a su titular tal como lo

establece la Ley 18.156, sin que exista ningún tipo de normativa que permita que la AFP siga reteniendo de manera arbitraria los dineros, tal como lo ha hecho hasta la interposición del recurso.

SEGUNDO: Que, a su turno, Carlos Soto Barrera, en representación de la recurrida AFP Capital, evacua informe y solicita el rechazo del recurso de protección. Señala que, efectivamente, con fecha 07 de junio y 14 de agosto de 2019, el recurrente suscribió una solicitud de devolución de fondos previsionales, presentación que fue rechazada por la Fiscalía de AFP Capital, señalando que el sr. Frank Ore Yanqui, debía acompañar, tanto su certificado de afiliación a sistema previsional extranjero, como también su certificado de estudios, debidamente legalizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Luego, con fecha 29 de agosto de 2019, el recurrente nuevamente presentó una solicitud de devolución de fondos previsionales conforme a la Ley 18.156, solicitud que también fue rechazada por los motivos señalados anteriormente y, además, se solicitó al recurrente que acompañe su certificado de estudios con timbres de notario público certificando la calidad de copia fiel del documento original. Por último, con fecha 08 de noviembre de 2019, el sr. Frank Ore Yanqui realizó otra solicitud de devolución de fondos previsionales, que fue rechazada argumentando los motivos ya señalados anteriormente, agregando, además, que del estudio de los antecedentes, se aprecia que en la revisión de las apostillas puestas en los documentos presentados, no se puede comprobar el documento que se somete al proceso de legalización respectivo, por tanto, se requiere que el Sr. Frank Ore Yanqui acompañe tales documentos con timbre de legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Lo señalado, se enmarca dentro de las instrucciones recibidas de parte de su ente regulador, esto es, la Superintendencia de Pensiones, mediante oficio reservado N°13.661 de fecha 18 de junio del año 2019, el cual fue dejado sin efecto por la misma Superintendencia con posterioridad a la fecha de solicitud del recurrente, mediante Oficio Ordinario N°24089 de fecha 11 de noviembre del año 2019.

En cuanto a los antecedentes relativos a la solicitud de devolución de fondos previsionales del Sr. Frank Ore Yanqui, expone que de la sola lectura del "Certificado Oficial de Capacitación" acompañado por el recurrente, es posible advertir que no detenta la calidad de, a lo menos, técnico en una ciencia o arte, requisito que se encuentra señalado en la misma Ley 18.156 y en disposiciones especiales que la Superintendencia de Pensiones ha dictado. Al efecto, hace presente que AFP Capital jamás ha denostado la calidad educacional de su afiliado y tampoco desconoce la autenticidad de las apostillas puestas en los documentos acompañados, por el contrario, su representada no ha hecho más que aplicar la Ley 18.156 y, conforme al citado cuerpo legal, negar la solicitud del recurrente, considerando que aquel no detenta la calidad de a lo menos técnico, sino que posee estudios que lo capacitan para operar cierto tipo de maquinarias.

En cuanto al Certificado de Afiliación al Sistema De Previsión Social Extranjero, refiere que el documento acompañado a primera vista cumple con los requisitos para proceder con la devolución de fondos previsionales según Ley 18.156, sin embargo,

la información contenida en aquél no es consistente con lo informado por el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la República del Perú https://www.sbs.aob.pe/, debido a que en la constancia de afiliación que acompaña el recurrente se informa que el Sr. Frank Ore Yanqui, registra afiliación a sistema previsional peruano de fecha 16 de julio del año 2001, en circunstancias que al constatar esta información en el sitio web oficial de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la República del Perú, se aprecia que dicha fecha de afiliación no es la correcta, y que, por el contrario, la afiliación del recurrente fue con fecha 05 de junio del año 2019. Al efecto, hace presente que la Superintendencia de Pensiones, en uso de sus facultades normativas, ha dictado el Oficio Ordinario N°24472, de fecha 26 de octubre del año 2015, en virtud del cual, se instruye a la Administradora de Fondos de Pensiones a no proceder con la devolución de fondos cuando conste que la fecha de afiliación al sistema previsional extranjero sea posterior a la fecha en que el solicitante comienza sus labores en Chile.

Refiere que la Ley 18.156, que "establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y deroga la ley 9.705", señala, en su artículo N°1, los requisitos que deben cumplir los solicitantes que pretendan acogerse al beneficio de exención de cotizaciones previsionales establecidas en la misma, indicando: "Letra a).- Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte; Letra b).- Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida." Por su parte, el Oficio Número 24472, de fecha 26 de octubre del año 2015, de la Superintendencia de Pensiones, instruyó a todas las Administradoras de Fondos de Pensiones que, en el análisis de la solicitud de devolución de fondos previsionales tuviesen en consideración la calidad de técnico de los solicitantes para acceder a la devolución de fondos previsionales, calidad que debe ser acreditada mediante documentos justificativos de estudios especializados o profesionales debidamente legalizados y en su caso traducidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Agrega que, atendida la escasa certeza relativa a la fecha de afiliación al sistema previsional peruano del recurrente, y conforme a lo instruido por el regulador de AFP Capital (Superintendencia de Pensiones), para proceder con la devolución de fondos previsionales de una persona conforme a La Ley, las Administradoras deben comprobar que la afiliación al sistema previsional extranjero sea anterior a la fecha en que comienza sus cotizaciones y actividad laboral en nuestro país, requisito que conforme a lo indicado en el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la República del Perú https://www.sbs.qob.pe/, no se cumple.

Concluye que el actuar de su representada no ha sido arbitrario ni ilegal, por cuanto la negativa de proceder con la devolución de fondos previsionales solicitada por la recurrente, se ha fundado en la aplicación de la normativa legal vigente que rige la materia, sin necesidad de consultar siquiera el espíritu de la ley, debido a que el tenor de la misma es muy claro, y conforme lo señala el Artículo 19º del Código Civil,

"cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", claramente la interpretación de la recurrida se ajusta a derecho, no siendo por tanto, en lo absoluto ilegal.

TERCERO: Que, el recurso de protección, como acción cautelar de urgencia, carece de las garantías procesales de un juicio declarativo de lato conocimiento, razón por la que sólo ampara derechos no controvertidos o indubitados.

En este sentido, un acto u omisión es arbitrario cuando carece de razonabilidad, de fundamentación suficiente, de sustentación lógica, es decir, cuando no existe razón que lo fundamente y quien actúa lo hace por mero capricho y, será ilegal, cuando no reúne los requisitos legales, es contrario a derecho o a la ley o no se atiene estrictamente a la normativa legal vigente.

CUARTO: Que, dado el carácter cautelar de la presente acción, es requisito fundamental de la misma, que se solicite el amparo de un derecho preexistente e indubitado, lo que debe dilucidarse en el caso sub lite.

QUINTO: Que, la presente acción constitucional, se centra en determinar si el actuar del recurrido, mediante la resolución administrativa de fecha 06 de enero de 2020, en virtud de la cual procedió a rechazar la solicitud de devolución de fondos requerida por el cotizante y recurrente de autos, constituye o no un acto ilegal y arbitrario, y, en caso afirmativo, determinar la vulneración de las garantías constitucionales que el recurrente estima infringidas.

SEXTO: Que, el recurrido, en la resolución administrativa señalada, sostiene que, en base a lo previsto en la Ley 18.156, a las interpretaciones administrativas sustentadas por la Superintendencia de Pensiones, en Oficio Nº10.640 de fecha 12 de Mayo de 2015, modificado por el Oficio Ordinario Nº24.472, de fecha 26 de Octubre del año 2015; Oficio reservado Nº13.661, de fecha 18 de Junio de 2019, modificado por el Oficio Ordinario Nº24.089, de fecha 11 de Noviembre del año 2019; y la Jurisprudencia Administrativa contenida, entre otros, en el Oficio Nº19.577, de fecha 26 de Noviembre del año 2008, procede el rechazo de la solicitud de devolución de fondos previsionales, por la causal que se indica: "a) RECHAZADO, SE REITERA, Acompañar título a lo menos técnico debidamente apostillado y legalizado, se hace mención a que se acompaña solamente un certificado de título. Acompañar copia de título técnico o profesional con timbres y firmas de notario público por anverso y reverso certificando la calidad de copia fiel del documento original. Acompañar certificado de afiliación a sistema previsional extranjero legalizado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile", y en un anexo de la misma, se agrega que "no se puede apreciar y verificar el Certificado de Afiliación que se somete a legalización mediante la apostilla".

La citada causal de rechazo, al decir del recurrente, devela la legalidad del actuar de la AFP recurrida, por cuanto, el mismo análisis de la solicitud respectiva se funda y ampara en la misma Ley 18.156 y en la normativa vigente de la Superintendencia de Pensiones, más aún teniendo en consideración la claridad con la que el legislador ha redactado el citado cuerpo legal, invocando a su favor la regla interpretativa del

artículo 19º del Código Civil, sin prevenir por el recurrido, a juicio de esta Corte, que las normas sobre interpretación, en materia administrativa, son diametralmente opuestas a las consignadas en la interpretación de la ley prevista entre los artículos 19º a 24º del Código Civil, las cuales podrían utilizarse sólo con carácter subsidiario.

SEPTIMO: Que, para resolver la presente acción de protección, debemos tener presente lo previsto en la Ley 18.156, que "establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y deroga la ley 9.705". La citada ley especial, señala en su artículo 1º, los requisitos que deben cumplir los solicitantes que pretendan acogerse al beneficio de exención de cotizaciones previsionales establecidas en la misma, e indica lo siguiente: "Letra a).- Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte; Letra y b).- Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida". A su turno, el artículo 7º de la citada Ley, señala que: "En el caso de que trabajadores extranjeros registraren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones, podrán solicitar la devolución de los fondos previsionales que hubieren depositado, siempre que den cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 1º de esta Ley".

SEXTO: Que, del contenido de las disposiciones legales expuestas, debemos verificar si el recurrente cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en la Ley 18.156 para, luego, determinar si la negativa del recurrido a realizar la devolución de sus fondos previsionales constituye un acto ilegal y arbitrario.

En efecto, de los antecedentes documentales acompañados por el recurrente y de su lectura detenida, a saber: (i) copia del título técnico debidamente apostillado; (ii) copia del certificado de afiliación a AFP PRIMA emitido por Perú, debidamente apostillado; (iii) copia de los contratos de trabajos suscritos por el trabajador con la empresa Innovex SPA; (iv) certificado de afiliación a la AFP CAPITAL en Chile; (v) Suscripción de declaración jurada de veracidad de documentos; y (vi) suscripción de declaración jurada de toma de conocimiento sobre retiro de fondos previsionales, dan cuenta que el recurrido acreditó ante la AFP CAPITAL de nuestro país, que el trabajador se encuentra afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte y que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador expresó su voluntad de mantener la afiliación referida, a lo menos, al no existir descuentos legales en su contrato por concepto de previsión social.

SEPTIMO: Que, el recurrido, analizando los requisitos previstos en la Ley 18.156 y sustentando su rechazo, además, en las interpretaciones administrativas de la Superintendencia de Pensiones (órgano administrativo regulador de las Administradoras de Fondos de Pensiones), indica lo siguiente: (i) Respecto al certificado de capacitación. Sostiene que el recurrente presuntamente detenta la calidad de técnico debido a que es poseedor de un certificado oficial de capacitación,

otorgado por TECSUP, institución que de su país de origen presta servicios educacionales y de capacitación (https://www.tecsup.edu.pe/acerca-de-tecsup), sin embargo, indica en su informe del recurso que, el "CERTIFICADO OFICIAL DE CAPACITACION" del Instituto Superior de Capacitación Técnico Profesional TECSUP de Perú, se encuentra debidamente legalizado con las formalidades correspondientes relacionadas a las apostillas, señalando que nada tiene que argumentar en contrario respecto al cumplimiento del requisito previsto en la letra a) del artículo 1º de la Ley 18.156. Luego, indica que el recurrente efectivamente cursó los estudios que lo capacitan como OPERADOR DE MAQUINARIA PESADA, al haber aprobado el módulo taller en el mes de Diciembre del año 2002, pero, de la lectura del certificado oficial de capacitación, argumenta que el recurrente no detenta la calidad de a lo menos técnico en una ciencia o arte, no cumpliéndose con ello el requisito legal y con las interpretaciones administrativas de la Superintendencia (Oficio Nº24.472 de fecha 26 de Octubre de 2005), la que sostiene "se entenderá técnico para estos efectos, a los trabajadores que posean conocimientos de una ciencia o arte, que puedan ser acreditados mediante documentos justificativos de estudios especializados o profesionales debidamente legalizados y en su caso traducidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile". (ii)Respecto al certificado de afiliación al sistema de previsión extranjero. Indica el recurrido que se acompañó al recurso una constancia de afiliación al Sistema de Previsión Peruano (SPP) que, a primera vista, cumple con los requisitos, y, que, además, en dicha constancia se certifica el cumplimiento en el otorgamiento de las prestaciones básicas de enfermedad, invalidez, vejez y muerte. Sin embargo, el recurrido indica que la constancia de afiliación no es consistente con lo informado por el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la República del Perú (hhtps://www.sbs.gob.pe/), en el cual se indica que la afiliación al sistema previsional peruano sería el 05 de Junio del año 2009 y no el 16 de Julio del año 2001, como indica el certificado acompañado por el recurrente, argumentando y haciendo suyos la interpretación establecida en el Ordinario Nº24.472, de fecha 26 de Octubre del año 2015, en virtud de la cual "se instruye a la Administradora de Fondos de Pensiones a no proceder con la devolución de fondos cuando conste que la fecha de afiliación al sistema previsional extranjero sea posterior a la fecha en que el solicitante comienza sus labores en Chile", sosteniendo que, dicha instrucción, haría improcedente la devolución solicitada y se constituiría, además, en una flagrante infracción normativa. (iii) De los contratos de trabajo. Argumenta el recurrente que, respecto a la contratación del recurrente por la empresa Innovex SPA nada se puede argumentar, por cuanto no se acompañan todos los contratos, pero le resulta curioso el cambio de la función del trabajador de "OPERADOR TECNICO" a "OPERADOR DE MAQUINARIA".

OCTAVO: Que, de los argumentos expuestos por el recurrido para rechazar la devolución de los fondos previsionales de propiedad del recurrente, debemos indicar, en primer lugar, que respecto "CERTIFICADO OFICIAL DE CAPACITACION" del Instituto Superior de Capacitación Técnico Profesional TECSUP de Perú, es el propio recurrido quien indica que se encuentra debidamente legalizado con

las formalidades correspondientes relacionadas a las apostillas, por tanto, ninguna objeción se puede plantear, y, respecto al concepto de TECNICO, si bien, a juicio de esta Corte, dicho requisito se encuentra cumplido con el citado certificado, se cumple incluso con la interpretación sostenida en el Oficio Nº24.472 de fecha 26 de Octubre de 2005 de la Superintendencia de Pensiones, por cuanto, el recurrente acredita el conocimiento de una ciencia o arte, acreditándolo mediante documentos justificativos de estudios especializados o profesionales debidamente legalizados, en este caso, apostillados de conformidad a lo previsto en la Ley 20.711 que suprime las exigencias de legalización de documentos públicos en el extranjero. En segundo lugar, respecto a la constancia de afiliación al Sistema de Previsión Peruano (SPP), nuevamente el recurrido sostiene que dicha constancia, a primera vista, cumple con los requisitos legales previstos en la ley 18.156, y, además, en dicha constancia se certifica el cumplimiento en el otorgamiento de las prestaciones básicas de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, sin embargo, la objeción en cuanto a su consistencia, al existir una diferencia en la fecha de afiliación al sistema de previsión extranjero, entre lo indicado en el documento y el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la República del Perú, no es un requisito previsto en la letra a) del artículo 1º de la Ley 18.156 para ser aplicable en la especie, pero, además, es la propia recurrida quien hace suscribir al solicitante una serie de documentos denominados TOMA DE CONOCIMIENTO RETIRO DE FONDOS; DECLARACION DE VERACIDAD DE DOCUMENTACION PRESENTADA; y DECLARACION SIMPLE DE VERACIDAD DE DOCUMENTOS, de lo cual se colige que, no puede sustentar su rechazo porque en su revisión documental cotejada con un sitio web, genera una duda en cuanto a que el trabajador podría estar actuando de mala fe, e incluso sostiene que podría estar cometiendo una falsedad documental, porque indica que existen más de 100 casos de adulteraciones, sin embargo, en ningún caso el recurrente ha sido denunciado o se ha interpuesto en su contra una querella criminal por falsificación de instrumento privado, pero, además, ello, no es óbice para la devolución de los fondos solicitados, por cuanto, el solicitante ha cumplido con los requisitos establecidos en la Ley 18.156. Y, en tercer lugar, respecto a las dudas del recurrido respecto a los contratos de trabajo celebrados por el recurrente, en especial, la función declarada en los contratos de trabajo "OPERADOR TECNICO" y "OPERADOR DE MAQUINARIA", de ninguna forma dice relación con el incumplimiento de requisitos legales que impidan la devolución de los fondos, y sólo se pretende sostener que podría existir un actuar de mala fe del recurrente que no se vislumbra en ningún caso.

NOVENO: Que, conforme a los hechos asentados, debemos referirnos a las garantías constitucionales que el recurrente estima infringidas, a saber, las previstas en el numeral 1º, que protege el derecho a la integridad psíquica de la persona; numeral 2º, referida a la garantía constitucional de igualdad ante la ley; y numeral 24º, que protege el derecho de propiedad, todos del Artículo 19º de la Constitución Política de la República de Chile.

A juicio de esta Corte, y del análisis del cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 18.156, se estima que el rechazo de la AFP CAPITAL, en torno a la

no devolución de los fondos previsionales del recurrente, se estima que infringe la garantía del numeral 24º de la Constitución, por cuanto, estableciéndose por ley (artículo 7º de la Ley 18.146) la posibilidad del retiro de los fondos previsiones en Chile, siempre que se cumplan los requisitos legales, la negativa se transforma en un acto ilegal y arbitrario, por cuanto, las objeciones planteadas por la AFP CAPITAL, se sustentan en interpretaciones administrativas, pero del análisis realizado, los requisitos legales se encuentran cumplidos. Además, se debe tener presente lo previsto en el numeral 26º de la Constitución Política de Chile, el cual sostiene que: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio", y, en este caso, se ha afectado el derecho a solicitar de devolución de los fondos previsionales del recurrente en su esencia, lo que debe ser remediado por la presente acción de protección. Asimismo, y por los argumentos expuestos, se estima infringido, además, el numeral 1º del artículo 19º de la Constitución, por cuanto, el recurrente ha cumplido con todos los trámites administrativos requeridos por la AFP recurrida, sin embargo, éste última se ha negado en forma persistente, mediante el acto ilegal y arbitrario denunciado, lo que genera evidentemente una afectación a la integridad psíquica del recurrente. Finalmente, al no constar en la presente acción constitucional que otras Administradoras de Fondos de Pensiones, en casos similares, hayan entregado los fondos a los afiliados extranjeros, no puede esta Corte entender ni asumir que se ha infringido la garantía de igualdad ante la ley, prevista en el numeral 2º del artículo 19º de la Constitución Política de la República de Chile.

Por estas consideraciones y atendido además lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, SE ACOGE con costas, el recurso de protección deducido por el abogado Jaime Araya Guerrero, en representación de don Frank Alexander Ore Yanki, en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones Capital S.A., por estimarse infringidos las garantías constitucionales previstas en los numerales 1º y 24º de del artículo 19º de la Constitución Política de la República de Chile, debiendo esta entidad previsional proceder a la devolución de los fondos previsionales del recurrente y que se encuentran depositados en su cuenta de capitalización individual, dentro de un plazo de quince (15) días corridos contados desde que quede ejecutoriada la presente acción de protección.

Se deja constancia que se hizo uso de la facultad conferida en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y comuníquese.

Rol 568-2020 (PROT).

Redactada por el Abogado Integrante don Juan Paulo Ovalle Cerpa.

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por los Ministros (as) Myriam Del Carmen Urbina P., Jasna Katy Pavlich N. y Abogado Integrante Juan Paulo Ovalle C. Antofagasta, diecisiete de marzo de dos mil veinte.

En Antofagasta, a diecisiete de marzo de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

6) Competencia judicial internacional de los Tribunales de Familia en procedimiento de Divorcio encontrándose demandado en el extranjero. Excma. Corte Suprema anula de oficio incompetencia de tribunales chilenos.

SCS, Rol 1967-2010, de fecha 7 de junio de 2010 (anula de oficio sentencia de primera instancia, rechaza por ello recurso de casación en el fondo).

Santiago, siete de junio de dos mil diez.

Vistos:

En causa RIT C-5720-2009, Ruc 09-02-0289459-0, seguida ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, doña Paola Cecilia Guiloff Fassler deduce demanda de divorcio en contra de don Antonio Mendiet, chef, domiciliado en Israel.

El tribunal, por resolución de diez de septiembre de dos mil nueve, pronunciándose sobre la acción entablada, se declaró incompetente para conocer de la misma, atendido el domicilio en el extranjero que registra el demandado.

Se alzó la demandante y una sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, por sentencia de seis de enero del año en curso, escrita a fojas 15, confirmó la resolución apelada.

En contra de dicha resolución la demandante dedujo recurso de casación en el fondo. Y teniendo, además, presente:

Primero: Que como cuestión previa a toda otra consideración, esta Corte Suprema debe revisar la regularidad formal del procedimiento, puesto que si se advierte alguna anomalía debe emitir pronunciamiento a este respecto, careciendo de sentido entrar al análisis de la materia ventilada por el presente recurso.

Segundo: Que de los antecedentes se constata lo siguiente:

1) doña Paola Cecilia Guiloff Fassler ha deducido demanda de divorcio en contra de don Antonio Mendiet, fundada en la causal prevista en el inciso tercero del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, por cese efectivo de la convivencia conyugal por un plazo superior a tres años.

2) en el libelo se indica que el demandado está domiciliado en el extranjero, pidiéndose en el primer otrosí de dicha presentación, se despache exhorto o carta rogatoria, para efectos de su notificación.

3) el tribunal por resolución de diez de septiembre de dos mil nueve, se declaró incompete nte, basado en que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 87 de la Ley de Matrimonio Civil, es competente para conocer de las acciones de separación, nulidad o divorcio, el juzgado con competencia en materias de familia, del domicilio del demandado, el que en la especie, según se consigna en la demanda, se encuentra

en Israel. Asimismo, se considera que al revestir los tribunales de familia el carácter de tribunales especiales, no resulta procedente la prórroga de la competencia, la que sólo opera entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de negocios contenciosos civiles.

Tercero: Que la resolución impugnada se sustenta en el artículo 87 de la ley 19.947 que establece: "Será competente para conocer de las acciones de separación, nulidad o divorcio, el juzgado con competencia en materias de familia, del domicilio del demandado." Sin embargo, lo dispuesto en esta norma tiene plena aplicación en la medida que el demandado tenga domicilio en Chile, desde que atiende al domicilio del demandado para los efectos de determinar la competencia territorial entre los distintos jueces de familia de la República. Cuando la parte demandada lo consigna en el extranjero, -como ocurre en este caso- dicha norma no admite una interpretación meramente literal, debiendo recurrirse para su entendimiento a otras disposiciones y principios del ordenamiento jurídico.

Cuarto: Que en esta línea de razonamiento, debe considerarse el artículo 81 de la Ley de Matrimonio Civil, que prescribe "Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile". 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."

Quinto: 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, por consiguiente y por existir un vicio que afecta la regular marcha del procedimiento, este Tribunal debe, en uso de las facultades correctoras previstas en el inciso final del artículo 84 del Código de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 13 y 27 de la Ley 19.968, invalidar de oficio la resolución que declara la incompetencia del tribunal de familia, negando lugar a la tramitación de la demanda interpuesta en autos, al pronunciarse sobre ella, retrotrayendo la causa al estado que se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y normas legales citadas, se anula, de oficio, la resolución de diez de septiembre de dos mil nueve, dictada por el juez del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, sus notificaciones y todas las d emás resoluciones y actuaciones que de ellas deriven y se retrotrae la presente causa al estado de que un juez no inhabilitado, admita a tramitación la acción de divorcio impetrada.

De conformidad a lo anterior, se omite pronunciamiento sobre el recurso de casación en el fondo intentado por la demandante a fojas 17.

Redacción a cargo de la Ministra señora Rosa María Maggi Ducommun.

Regístrese y devuélvase.

Nº1967-2010.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Urbano Marín V., Patricio Valdés A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa María Maggi D., y Rosa Egmen S. Santiago, 07 de junio de 2010.

Autoriza la Secretaria Subrogante de la Corte Suprema, señora Francisca Arteaga Smith.

En Santiago, a siete de junio de dos mil diez, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

7) Residencia habitual e Interés Superior del niño, en tanto libertad de tránsito internacional de los padres.

SCS, Rol reservado, de fecha 6 de octubre de 2020
(acoge Recurso de casación en el fondo)

Santiago, seis de octubre de dos mil veinte.

Vistos

Considerando:

En estos autos RIT XXXX, RUC N° XXXX, seguidos ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de dos de agosto de dos mil diecinueve, se acogió la solicitud interpuesta por doña XXXX en contra de don XXXX, por lo que se autorizó que la hija salga del país, junto a su madre, con destino a Guatemala, hasta que cumpla su mayoría de edad, y se reguló un régimen comunicacional con el padre.

Se alzó el demandado y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante fallo de veinticuatro de febrero de dos mil veinte, la confirmó.

En contra de esta última decisión, la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando la invalidación de la sentencia impugnada y que se dicte la de reemplazo que rechace la solicitud.

Se ordenó traer los autos en relación.

Primero: Que el recurrente denuncia infringidos los artículos 9.3 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 32 de la Ley N° 19.968; 229 del Código Civil, en relación con los artículos 5 de la Constitución Política de la República, 9 y 18 de la citada Convención, y 49 de la Ley N° 16.618; y 224 del Código Civil, respecto de lo preceptuado en la Ley N° 20.068, porque la decisión afecta el ejercicio de la corresponsabilidad parental, el derecho de la niña a vincularse con ambos padres y a no ser sujeto pasivo de secuestro, incluso por estos.

Afirma que no se ponderó correctamente la prueba, lo que condujo a otorgar una autorización contraria al interés superior de la niña, quien mantiene un contacto permanente con su padre, del que ha nacido un lazo afectivo y un apego emocional, sin que el deseo de la madre de retornar a su país de origen o las mejores condiciones económicas con que pueda contar para solventar sus necesidades materiales constituyan factores que, atendida su actual etapa de desarrollo, sean más trascendentes que su derecho a mantener un vínculo afectivo con su padre.

Estima que se vulneró el derecho de la niña a mantener con su progenitor un verdadero régimen comunicacional, puesto que a la distancia, y dada su edad, no podrá compartir junto a él experiencias de vida significativas, por lo que se impide una relación regular y por sobre todo directa, que le permitan adquirir confianza en

sí misma y habilidades de integración que le aseguren un mejor desarrollo como persona, fines que en esta etapa de su vida son más trascendentes que los de conocer otro idioma o realidades socioculturales diferentes, o volver a su país de origen, que, por lo demás, es uno de los más peligrosos del mundo, sin que la circunstancia de encontrarse bajo el cuidado personal de su madre sea suficiente fundamento.

Por lo expuesto, solicita invalidar la sentencia y dictar la de reemplazo que revoque la sentencia de primer grado y rechace la solicitud.

Segundo: Que la sentencia impugnada dio por acreditados los siguientes hechos:

1. La requirente, de nacionalidad guatemalteca, y el requerido, chileno, son progenitores de la niña de iniciales XXXX nacida el 9 de diciembre de 2016, en Chile, quien posee ambas nacionalidades.

2. Las partes están ligadas por vínculo matrimonial no disuelto, que contrajeron el

13 de diciembre de 2015 en Guatemala, e inscribieron en Chile, cesaron su convivencia en noviembre de 2018, época desde cual la niña está al cuidado de la madre y mantiene con el padre el régimen comunicacional provisorio acordado en la causa RIT XXXX, interpuesta luego que el progenitor desistiera de igual pretensión planteada en causa RIT C XXXX por haber iniciado un proceso de reconciliación que no prosperó.

3. Asimismo, durante un viaje al país de origen de la solicitante, enmarcado en otra reconciliación que tampoco tuvo éxito, las partes regularon sus obligaciones de familia respecto de la hija, mediante acta voluntaria de convenio N° XXXX de 17 de octubre de 2017, aprobada por el Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de Familia del Departamento de Huehuetenango, Guatemala, en que establecieron el cuidado personal y patria potestad a favor de la madre, la relación directa y regular de la niña con su padre y los alimentos que éste debía pagar.

4. La niña permaneció en Chile junto a sus padres desde su nacimiento y hasta agosto de 2017, desde esa fecha y hasta enero de 2018 se mantuvo en Guatemala con la madre, y desde enero de 2018 a la fecha reside en Chile.

5. La principal figura de apego de la niña es la madre, sin perjuicio que con el padre también mantiene un vínculo de apego seguro, y que ambos presentan adecuadas competencias parentales.

6. La solicitante posee el título de profesora bilingüe y de administradora de empresas que puede ejercer en su país de origen, donde dispone de recursos familiares y económicos para cubrir las necesidades de su hija.

7. El padre ejerce un trabajo remunerado en Chile, y tiene como beneficiarias de su plan de Isapre a la cónyuge y a la hija.

8. Tanto en Chile como en Guatemala la niña tiene familia extendida con quienes mantiene una relación cercana y nutricia.

9. Los abuelos maternos adquirieron un inmueble en Santiago de Chile, que actualmente habitan la niña y su madre, y se encuentran en el país en forma transitoria, con la intención de retornar a Guatemala.

Sobre la base de tales presupuestos, y considerando que la madre, quien ejerce el cuidado personal de la niña y con quien tiene un apego seguro, decidió retornar a su país de origen, donde reside la familia extensa materna, constituida por abuelos que son muy cercanos y otros parientes, y donde cuenta con condiciones económicas adecuadas para solventar sus necesidades materiales; que el lazo sentimental de los litigantes se construyó en el extranjero, de modo que pudieron representarse que, en el evento de disolverse, uno de ellos debería postergarse en beneficio de la hija; y que el vínculo con el padre será protegido a través de la determinación de un régimen comunicacional, se concluyó que la radicación en Guatemala resulta beneficiosa para la niña, pues permite que se reencuentre con su familia, país y cultura de origen, por línea materna, por lo que se acogió la solicitud, autorizando su salida del país hasta que cumpla la mayoría de edad, y respecto del padre se estableció que la niña viajará a Chile a visitarlo una vez al año, durante a lo menos un mes, que él viajará a Guatemala en forma libre, todo en las condiciones y con los avisos previos que se indican, además de regular su contacto por videollamada, internet u otros medios, asegurando un mínimo de tres veces a la semana, y de imponer a la madre la carga de enviarle en forma mensual, por correo electrónico u otros sistemas de mensajería, fotografías e informes relativos al desarrollo físico, psicológico y educacional de la niña.

Tercero: Que, en cuanto a la infracción del artículo 49 de la Ley 16.618, dicho artículo en su inciso sexto señala que: "En caso que no pudiera otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de familia del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización".

En lo que aquí interesa, de acuerdo con lo preceptuado en dicha norma, las reglas son las siguientes: a) si el cuidado personal ha sido confiado a uno de los padres, el hijo no requiere sino de la autorización de éste para salir fuera de Chile;

b) no obstante, de encontrarse regulado un régimen comunicacional con el hijo en favor de aquel de los padres que no tiene su cuidado personal, sea por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización de éste; c) en caso que no pudiere otorgarse el permiso o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de familia (ex juez de menores) de la residencia del menor; d) para autorizar la salida del menor, el juez tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización.

Frente a lo preceptuado por esta norma, cabe tener presente los siguientes antecedentes:

a) el padre de la niña se ha opuesto a que su hija salga del país, para radicarse en forma indefinida en Guatemala.

b) el padre tiene regulado en su favor un régimen comunicacional.

c) no existe ninguna constancia en el tribunal, que el padre haya incumplido con el régimen comunicacional establecido.

d) de acuerdo con lo anterior, se requiere la autorización del padre para la salida de su hija.

e) por lo anterior, el juez debe pronunciarse si el menor de autos se beneficia con el traslado pretendido por la madre.

Cuarto: Que del mérito de los antecedentes ya relacionados, cabe concluir que se equivocan los jueces del grado que confirman la sentencia, al concluir que la salida del país para radicarse en forma indefinida en Guatemala le resulta beneficiosa para la niña, ya que no vinculan el beneficio, si existiera, con el interés superior de la niña; además centran el beneficio solo en cuanto permite que se reencuentre con su familia, país y cultura de origen, por línea materna; pero puestos en la balanza no se entiende como puede ser más importante vivir una cultura diferente, relacionarse con una familia materna, en la cual una parte importante como son los abuelos maternos actualmente viven en Chile y adquirieron para esto un bien raíz, que poder hacerlo en forma continua y directa, esto es, en persona, con su padre, en el entendido que la niña aún tiene solo 3 años y 10 meses de edad. El argumento esencial para autorizar la salida de la niña por tiempo indefinido radica en que eso le permitirá vincularse con el país de origen de su madre y sus familiares, a lo que se agrega que lo haría con su madre, con quien vive desde su nacimiento. Si se observa con detenimiento el fundamento, cabe descartar el que siga residiendo con su madre, pues eso es ahora de esa forma, sin que quede claro por qué sería más beneficioso para la menor que la residencia con su madre fuere en Guatemala. De ahí que ese fundamento queda descartado. Se reduce, en consecuencia, a la vivencia diaria en otro país, al que se encuentra vinculado, dado que es nacional también de Guatemala. Sin embargo, conforme los hechos de la causa, su cultura en ningún caso le es ajena, ella ha vivido algunos meses allá, la madre podrá viajar con frecuencia a ese país y ella y sus abuelos maternos con quien se relaciona a diario podrán infundirle las costumbres de Guatemala. Luego, la pregunta, que ha quedado sin respuesta en el fallo recurrido, es por qué le resulta más ventajoso para la niña apartarse del padre, con quien mantiene un régimen comunicacional y reducir su contacto a períodos inciertos y comunicaciones por vía telefónica o de otra especie. Sabido es que uno de los elementos propios para dilucidar el interés superior del niño en un caso específico es justamente que exista claridad y buenas razones para cambiar una situación dada. En este caso se encuentra acreditado que el padre mantiene una relación no sólo a título personal sino que con su entorno familiar con su hija, lo que se verá fracturado por la salida del país de la menor y ese trastorno en su cotidiano no aparece, de acuerdo a lo dicho en la sentencia recurrida, que sea mejor o que vaya a estar en mejores condiciones. No existiendo antecedentes

que permitan concluir que exista certeza o, al menos, una situación subjetiva rayana en la certeza, de que el cambio significa un beneficio cierto respecto de la situación actual, no parece conveniente, al menos por ahora, conforme al interés superior del niño, un cambio tan radical, que aleje a la menor del padre, lo que significaría un contacto físico escaso o, al menos, bastante esporádico, atendiendo además a la corta edad de la niña, lo que hará más difícil el recuerdo de la figura paterna. En estas condiciones, y a la luz del interés superior del niño, no se constata que la salida del país de la menor le resulte beneficiosa en contraste con la situación actual de la misma, que le permite, mantener una relación fluida con su padre, en consonancia con los derechos y deberes que emanan del vínculo paterno-filial. En el ejercicio de balancear los derechos del menor en cuestión, con aquellos de la madre, que por razones obvias desea trasladar su residencia a su país de origen y aquellos del padre, quien por razones también bastante claras pretende que su hija siga residiendo en Chile, se debe ponderar de acuerdo con la autonomía progresiva y los intereses del niño, quien conforme lo que aflora de la causa no se logra la certeza que estará mejor partiendo a Guatemala, sino que más bien no se percibe mejora en comparación a que resida en un mismo territorio junto a ambos padres, sin que esto sea óbice para que en el futuro, dadas las circunstancias, el trasladarse al país materno pueda tener un efecto positivo. En último término, cabe señalar que dejando las cosas como están, el padre podrá, por algún tiempo, difícil de mensurar, ejercer el privilegio de la paternidad. En consecuencia, se debe concluir que al haber otorgado la salida del país por un término indefinido a la niña junto a su madre para residir en Guatemala, se ha cometido una infracción de derecho que debe remediarse, puesto que no se logró acreditar un beneficio cierto para la menor, lo que constituye una condición insoslayable conforme el artículo 49 de la Ley 16.618, la que se ha visto vulnerada, teniendo en consideración el interés superior del niño previsto en el artículo 242 del Código Civil, el artículo 16 de la ley 19.968 y el artículo 3 N°1 de la Convención sobre los derechos del Niño.

Por ello, el recurso en análisis deberá **ser acogido** en lo que dice relación con el yerro analizado, siendo innecesario pronunciarse sobre los demás invocados.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, **y se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo** deducido por el demandado, contra la sentencia de fecha veinticuatro de febrero de dos mil veinte de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago la que resolvió confirmar la sentencia definitiva de primera instancia dictada con fecha de dos de agosto de dos mil diecinueve por el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, la que, en consecuencia, **se invalida,** reemplazándosela por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Acordada con el voto en contra de las **ministras** señoras Muñoz y Repetto, quienes estuvieron por rechazar el recurso en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- Como se advierte del fallo recurrido, los jueces de fondo establecieron como hechos inamovibles, en lo que interesa al recurso, los siguientes:

a.- Las partes de este juicio regularon con fecha 17 de octubre de 2017 ante el Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de Familia del Departamento de Huahuatanango, Guatemala en acta voluntaria de convenio N° XXXX el régimen regular respecto a la hija común, entregando a la madre su cuidado personal, la patria potestad, estableciendo la relación directa de aquella con su padre y, regularon el derecho de alimentos a su favor.

b.- Desde su nacimiento hasta agosto de 2017 la niña permaneció en Chile junto a sus padres y, desde agosto de 2017 a enero de 2018 en Guatemala junto a su madre, residiendo en nuestro país desde la última fecha indicada.

c.- La figura principal de apego de la niña es la actora- su madre- quien tiene la nacionalidad Guatemalteca, al igual que su hija, quien también es Chilena, como su padre quien reside en Chile.

d.- En Guatemala la demandante dispone de recursos familiares y económicos para cubrir las necesidades de su hija, siendo profesora bilingüe, teniendo además, como profesión el título de Administradora de Empresas.

e.- Tanto en Chile como Guatemala, la niña tiene familia extendida con quienes mantiene una relación cercana.

f.- Los abuelos maternos de la niña si bien adquirieron un inmueble en Santiago, lugar donde viven con su hija y nieta, pretenden retornar a su país natal.

2.- El inciso sexto del artículo 49 de la Ley 16.618 referido a la autorización sobre la cual debe pronunciarse el juez, en el evento que se rechace por parte de aquel padre que no tiene el cuidado personal de su hijo menor la autorización que se le solicita para salir del país, pero que si detenta una relación directa y regular con él dispone: "…….El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalara el tiempo por el que se concede la autorización."

3.- Que el principio del interés superior del niño consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño, recogido en el artículo 16 de la ley 19.968 constituye la motivación rectora que la justicia de familia debe considerar, principio que conforme lo dispone el artículo 222 del Código Civil debe constituir la preocupación fundamental de los padres, reiterando el artículo 242 del mismo cuerpo legal precitado, en su inciso final que los jueces deberán adoptar sus resoluciones teniendo como "consideración primordial, el interés superior del hijo".

4.- Que los jueces de fondo analizando la prueba que fuera incorporada al juicio, y apreciándola de acuerdo a la sana crítica, teniendo en consideración que la madre detenta el cuidado de la niña, que los padres así lo acordaron en Guatemala lugar donde se casaron, país de origen de la actora, donde reside una extensa familia suya, lugar donde cuenta con las condiciones económicas para solventar las necesidades de su hija, concluyeron que resultaba beneficioso para la niña, otorgarle autorización a la madre para que se traslade con ella a vivir a Guatemala, precisando que tal determinación no cede solo en favor de los intereses de la madre, sino también posibilita que la

niña se reencuentre con su familia y cultura por vía materna, puesto que también es Guatemalteca.

Asimismo, los jueces de fondo, se hacen cargo de lo perjudicial que pudiera ser la separación de la niña de su padre y familia paterna, por cuanto pudiera estimarse abandonada por él, indicando que la separación fue una decisión tomada por sus padres, haciendo referencia a lo avanzado de las comunicaciones existentes en la actualidad, lo que permite que pueda vincularse fácilmente con la menor, sin perjuicio de que el padre pueda ir a Guatemala a visitarla, y que la menor pueda viajar a nuestro país, regulando luego el sistema de relación directa y regular.

5.- El recurrente ha señalado que al acogerse la demanda se ha incurrido por los jueces en una errada interpretación del artículo 32 de la ley 19.968 infringiendo los principios de la lógica, reproduciendo algunos párrafos de fallo de primera instancia, indicando que la autorización que se le ha dado a la madre para que la menor salga del país, quebranta de manera clara el interés superior del niño, por cuanto se vulneró el derecho a tener un verdadero régimen comunicacional con su padre, aduciendo que el país de origen es uno de los más peligrosos del mundo. Señala como infringidos también los artículos 224, y 229 del Código del Código Civil en relación al artículo 5° de la Constitución Política de la República, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, 49 de la ley 16.618, los cuales reproduce.

6.- Como se observa, de la lectura del recurso, aparece con claridad que la parte recurrente no está de acuerdo con la valoración que los jueces de fondo hicieron respecto de la prueba introducida al juicio. En efecto quisiera que con los mismos antecedentes existentes, se hiciera una nueva valoración de ella donde se concluyera que no resulta beneficioso para la menor otorgar la autorización de salida del país, citando como infringidas las normas de la lógica, sin hacer referencia a ninguna de ellas y, sin indicar de qué manera se habría vulnerado alguno de los principios que la conforman.

7.- Como es sabido, los jueces son soberanos para valorar la prueba teniendo como límite los parámetros que dispone el artículo 32 de la ley 19.968, sistema que implica la realización por parte de los sentenciadores, de un proceso intelectual. Sin embargo las alegaciones en que se sustenta el recurso se presentan como reproches a la forma en que se valoró la prueba, sin que se haya denunciado que regla de la lógica, o que máxima de la experiencia, o qué conocimientos afianzados, se vulneró a fin que esta corte pueda modificar lo por esa causal.

8.- Que en cuanto a la infracción de los artículos 9 apartado 3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el primero de los cuales se refiere a la obligación de los Estados partes a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres y, el segundo que establece la obligación de los padres tendiente a velar por el interés superior del niño, las cuales aparecen incorporadas por nuestra legislación interna respectivamente en los artículos 229 y 222 del Código Civil, cabe señalar que, en este caso se está frente a una niña que tiene doble nacionalidad, la Chilena y la Guatemalteca, apareciendo que a partir que sus padres se separaron de hecho, ha tenido un mayor apego con su madre ,con quien

vive, manteniendo y pudiendo seguir haciéndolo una relación directa y regular con su padre y familia paterna a través de los medios tecnológicos, que hoy día permiten que si se quiere exista una comunicación diaria, sin perjuicio que además, podrá viajar sea la niña a Chile o el padre a Guatemala, conforme lo establece el fallo al fijar el régimen comunicacional, protegiéndose de esta manera la relación con su padre y con la familia paterna, y también la posibilidad que su identidad también se configure con la familia de su madre y con aquel otro país al cual también pertenece.

9.- Que la Convención de los Derechos del Niño asume, en su artículo 9 apartado N°1, que habrá circunstancias en que los niños puedan verse en la necesidad de vivir lejos de sus padres, como ocurre cuando éstos viven separados y deba adoptase una decisión acerca del lugar de residencia del niño, lo que en el caso de parejas con distintas nacionalidades es una realidad no sólo posible sino frecuente, a la que deberá adaptarse la familia que ellos formen, con las limitaciones que de ello se derivan para sus miembros.

10.- Que la observación General N° 14 de las Naciones Unidas señala claramente que "el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el, contexto, la situación y las necesidades personales". En este sentido, los jueces de fondo, tuvieron en cuenta el interés superior del niño al resolver como lo hicieron, al tener en consideración que el apego primordial de la niña es su madre, quien no es Chilena, quien ha vivido prácticamente toda su vida en Guatemala, junto a su familia, cuyos padres están en Chile solamente en forma transitoria, siendo una realidad, que los padres de la niña de diferente nacionalidad quienes se casaron en Guatemala, previeron tal situación ya que el padre estuvo de acuerdo y así lo hizo, en otorgarle no solo a la madre el cuidado personal, sino también la patria potestad de la niña, al celebrar en Guatemala un acuerdo, donde se reguló la contribución alimenticia, de lo cual fluye con claridad que estuvo de acuerdo con que la niña viviera en el país al cual también pertenece.

11.- Que como titular de la custodia de su hija, la madre tiene derecho a fijar el lugar de residencia donde vivirá con su hija y, en el caso de autos, resulta evidente que el arraigo de ésta se encuentra en su país de origen, dado el escaso tiempo en que ha vivido en Chile, sin que parezca razonable impedir que retorne a su país, en compañía de su hija, quien ha mantenido cercanía con la cultura de Guatemala, a través de su madre y también porque ha vivido en él, donde podrá desarrollarse y compartir con la familia extensa materna, sin perder, por esa sola razón, el vínculo con su padre.

12-.- Que en consecuencia, a juicio de las disidentes, no han podido infringirse las normas precitadas, ni el artículo 49 de la ley 16.618 al considerar los jueces que resulta beneficioso para la niña vivir con su madre en Guatemala y mantener un amplio régimen de relación comunicacional con su padre.

Redactada por la abogado integrante Leonor Etcheberry Court y del voto sus autoras.

Regístrese.

Rol XXXX-XXXX

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C. No firma la Abogada Integrante señora Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente.

"Santiago, seis de octubre de dos mil veinte.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue.

Vistos:

Se reproducen los motivos primero a sexto de la sentencia de primera instancia, lo restante se elimina. Se reproducen también, los considerandos segundo, tercero, y cuarto del fallo de invalidación que precede.

Y se tiene en su lugar y además, presente:

Primero: Que si bien las partes solicitan y se oponen a la salida del país en forma permanente de la menor de autos a través del artículo 49 de la Ley de menores, el juez no puede autorizar una salida del país en forma indefinida, como se ha hecho en este caso. Por lo cual la solicitud hecha por la madre solo es posible concederla o rechazarla, construyendo el interés superior de la niña, para determinar en definitiva si reportará un beneficio para ella el vivir hasta su mayoría de edad en Guatemala o por el contrario es mejor que continúe en Chile por lo menos por algunos años más.

Segundo: Que de acuerdo a lo anterior, entonces, es necesario construir el interés superior de la niña de iniciales XXXX., para entender cuál es el beneficio que gana al radicar su domicilio en Guatemala; para esto debemos tomar en cuenta lo que señala la Observación General N°14 de la Naciones Unidas al decir que "el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales"; y el artículo 225-2 del Código Civil que fija una serie de criterios que sirven para determinar el cuidado personal del niño y por ende sirven para la construcción del interés superior del niño en cada caso en particular; para establecer que los jueces del fondo si tuvieron presente el interés superior del niño al momento de declarar nos referiremos a dichos criterios en relación al caso de marras: a) **La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres y demás personas de su entorno familiar:** claramente la niña ha vivido con su madre desde que nació, pero ella tiene una buena relación con su padre; asimismo en Chile se ha relacionado en forma continua con sus abuelos paternos, pero también son sus abuelos maternos quienes se vinieron a vivir a Chile hace ya un tiempo, y se ha relacionado con el resto de su familia extendida por el lado materno las veces que ha vivido en Guatemala **b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado según su edad**: en cuanto a lo que debe entenderse por bienestar del hijo, claramente se

refiere a un bienestar afectivo y económico adecuado para el normal desarrollo del niño, en este punto debemos remitirnos a los informes periciales que declararon que ambos padres eran hábiles para ejercer sus roles parentales. **c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo**, es un hecho de la causa, que es el padre el que mantiene em la actualidad a su hija ya que la madre no trabaja remuneradamente, no hay duda que el padre lo seguirá haciendo en su totalidad mientras la madre no tenga un trabajo remunerado, lo cual hasta el momento no lo ha ejercido ni en Chile ni en Guatemala. **d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229"**. Lo anterior queda demostrado por el régimen comunicacional fijado, desde la separación los padres no han tenido problemas con el régimen comunicacional y es por eso que los jueces del fondo han señalado que seguirán relacionándose aún cuando la hija se radique en el extranjero, el problema en este punto se radica en la edad de la niña, ya que a su corta edad ella necesita la presencia física del padre, para lograr tener una figura paterna concreta en su vida, de lo contrario esta imagen desaparecerá con el tiempo aunque puedan usar los medios tecnológicos, lo que a esa edad tampoco es tan claro. **j)** "Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo"; es en este punto que debemos referirnos al efecto probable de cualquier cambio de situación del menor, tal como lo señala la Children's Act del derecho Inglés para fijar el interés superior de los niños, se valora aquí la incidencia que pueda tener para éste el cambio de residencia, y personas con quienes se relacione. Los tribunales ingleses, de acuerdo con la doctrina, tienden a no variar el *statu quo* del menor, salvo necesidad, y afecta por igual en relación con padres y madres.

Lo que se nos quiere decir, en definitiva, es que cada vez que el juez tome una decisión que provoque un cambio de circunstancias de vida al niño, éste debe acreditar que dicho cambio le traerá beneficios, tal como se lo exige el artículo 49 de la Ley de Menores. Tanto así que, de no traerle beneficios sino de dejarlos en igualdad de condiciones a la situación actual, el juez debe preferir la estabilidad de los menores. Lo anterior, se justifica por una razón bastante simple: todo cambio a cualquiera edad implica un riesgo y más en niños que no tienen aún un carácter formado como para oponerse a los efectos hostiles.

Respecto del beneficio se ha señalado que consiste en "permitir que se reencuentre con su familia, país y cultura de origen, por línea materna,", es sólo eso, no hay más supuestas ventajas, y se dice supuestas ya que no expresa en qué le beneficiaría al menor, respecto a la situación en la que vive aquí actualmente.

La niña de iniciales XXXX en Chile se encuentra bien, tiene satisfechas todas sus necesidades y está en contacto con ambos padres, y con todos sus abuelos, situación que aparentemente no se valora o bien se entiende que es igual mantener contacto directo con un padre, que verlo a través de internet. Sin acreditar nada más, se decide

que la niña cambie de país, de entorno, y de personas con las cuales se ha relacionado desde que nació.

En este punto, debe examinarse lo que establece la Observación general N°14 (2013) de las Naciones Unidas, en relación con la Convención de los Derechos del Niño, y a que su interés superior sea una consideración primordial. Dentro de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño se encuentra "La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. N°58. El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts. 9, 18 y 20) N°59. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención. N°60. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño. Asimismo, el niño que esté separado de uno o ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo (lo subrayado es nuestro) con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. N°61. Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida sólo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño".

En el caso de autos, la niña no se encuentra en ningún hipotético peligro, es cuidado por los dos padres, hábiles para hacerlo, dedicados y cariñosos, que le dan la estabilidad necesaria para permitirle insertarse como adulto útil a la sociedad en que viva. Esta niña sólo enfrenta las dificultades normales por la separación de sus padres, las que vivirá de igual forma o de manera más aguda por no poder estar en contacto con el padre no custodio.

Lo que queda claro del proceso, es que quien quiere cambiar imperiosamente de país es la madre de la niña; lo cual también es importante, pero lamentablemente no es ella el centro del problema en estos casos, es cierto que la madre también tiene derecho a vivir donde elija, pero los niños no son pertenencia de ninguno de los padres, y si con una solución la niña puede crecer al lado de ambos, para poder radicarse en el extranjero en el caso de autos deberá esperar algunos años, para que la niña pueda reconocer y tener un figura paterna más sólida que pueda resistir la lejanía física.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en el artículo 49 de la Ley N° 16.618, artículo 229 y 242 inciso segundo del Código Civil, artículo 16 de la ley 19.968 y artículos 3 N°1 5 de la Convención de los Derechos del Niño, **se revoca** la sentencia de fecha veinticuatro de febrero de dos mil veinte, en cuanto

autoriza a la menor XXXX a salir del país para radicarse en Guatemala y en su lugar se declara que **no se le concede dicha autorización**, debiendo la menor permanecer en Chile. No se condena a la recurrida en costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

Acordada con **el voto en contra** de las Ministras Sras. Muñoz y Repetto, quienes estuvieron por no dictar sentencia de reemplazo en esta causa, por los fundamentos y las razones esgrimidas en la disidencia del fallo de casación que antecede.

Redactada por la abogado integrante Leonor Etcheberry Court y del voto sus autoras.

Regístrese y devuélvanse. N° XXXX-XXXX

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la abogada integrante señora Leonor".

DOCUMENTOS

Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado

TÍTULO I
NORMAS GENERALES

Artículo 1º. Ámbito de aplicación de la ley.

El objeto de la presente ley es la regulación de las relaciones privadas internacionales, sin perjuicio de la aplicación de otras leyes especiales.

En particular, esta ley regula:

1. La competencia judicial internacional de los tribunales chilenos;
2. La determinación del derecho aplicable;
3. El reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras, y
4. La cooperación jurídica internacional entre autoridades estatales.

Artículo 2°. Materias excluidas.

Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente ley:

1. Las materias penales, tributarias, aduaneras y administrativas;
2. La seguridad social;
3. El arbitraje comercial internacional regulado en la ley Nº 19.971, y
4. Los procesos de liquidación y reorganización transfronteriza.

Artículo 3º. Tratados internacionales.

Las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes prevalecerán sobre las normas de la presente ley.

Artículo 4º. Definiciones.

Para efectos de esta ley, se entenderá por:

1. *Daño directo:* Aquel que resulte de la relación más estrecha entre el hecho generador y el hecho del resultado lesivo.
2. *Domicilio:* Se considerará el domicilio político de una persona. Ninguna persona puede tener simultáneamente más de un domicilio político. Ninguna persona puede perder su domicilio político en un Estado sin adquirir domicilio político en otro Estado.

3. *Fraude a la ley:* Manipulación dolosa de los factores de conexión de una norma de conflicto chilena con el objeto de evadir la aplicación de una norma material chilena.
4. *Lugar del hecho dañoso*: Se entenderá por lugar del hecho dañoso, alternativamente, a elección del demandante, el lugar del hecho generador o el lugar del daño directo.
5. *Niño, niña o adolescente:* Denominación de el o de la menor de edad con relación a su género.
6. *Norma de conflicto:* Aquella que determina la ley o el derecho aplicable.
7. *Norma imperativa de aplicación necesaria:* Aquella norma cuya aplicación no puede omitirse, incluso limitando total o parcialmente la de derecho extranjero designado por la norma de conflicto chilena, atendido que, por su naturaleza, contenido o finalidad, exige regir toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación.
8. *Orden público de Chile:* Las disposiciones o principios jurídicos imperativos del derecho interno chileno, no derogables ni renunciables por la voluntad de las partes y que deben aplicarse en Chile con prioridad al derecho extranjero.
9. *Orden público internacional:* Es el conjunto de principios básicos de moralidad y justicia que inspiran el ordenamiento jurídico chileno y que reflejan los valores de la sociedad chilena. Dentro de ellos se encuentran, entre otros, los siguientes: debido proceso; igualdad de trato procesal; procedimiento adversarial; derecho a ser oído en juicio; probidad e independencia judicial y respeto de la cosa juzgada; deber de actuar de buena fe; prohibición de abuso del derecho; prohibición de discriminación arbitraria; protección del interés superior del niño; respeto a la diversidad cultural.
10. *Relaciones privadas internacionales:* Aquellas que presentan vínculos relevantes y objetivos con más de un Estado.
11. *Residencia habitual*: Tratándose de una persona natural, será el lugar donde tiene su centro de vida, con independencia de su estatus migratorio o de su ánimo de permanecer en aquél. Para determinar ese lugar, se tendrán en cuenta las circunstancias de carácter personal, familiar o profesional que demuestren vínculos permanentes y estables con dicho lugar. Tratándose de una persona jurídica, será el lugar donde tenga su establecimiento o sede social, administración central o su centro de actividad principal de negocios.

TÍTULO II
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES CHILENOS

Artículo 5°. Norma general.

A los tribunales chilenos les corresponderá el conocimiento de los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, con arreglo a lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y a lo previsto en la presente ley.

No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación chilena y las normas de derecho internacional.

Artículo 6°. Foro general.

1. Los tribunales chilenos serán competentes cuando el demandado, sea persona natural o jurídica, tenga su residencia habitual en Chile.
2. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los tribunales chilenos cuando al menos uno de ellos tenga su residencia habitual en Chile, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que aconseje su acumulación.

Artículo 7°. Acuerdos de elección de foro y sumisión.

1. Las partes podrán acordar someter a la jurisdicción de los tribunales chilenos o extranjeros, de manera expresa o tácita, las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación privada internacional, contractual o no contractual.
2. El acuerdo expreso deberá constar por escrito.
3. El acuerdo tácito tendrá lugar cuando el demandante haya presentado la demanda ante un tribunal que, según esta ley, no es el naturalmente competente y el demandado, al contestar la demanda, no haya opuesto una excepción de incompetencia a su respecto.
4. El tribunal chileno al que se hayan sometido las partes estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de elección de foro. A ese efecto, una cláusula de elección de foro que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. Por ello, la declaración de nulidad del contrato no entrañará *ipso jure* la nulidad del acuerdo de elección de foro.

5. Salvo aquellas materias de competencia exclusiva de los tribunales chilenos, las partes podrán excluir mediante acuerdo la competencia de los tribunales chilenos siempre y cuando se trate de cuestiones o derechos susceptibles de disposición.

Artículo 8°. Competencia exclusiva de los tribunales chilenos.

1. Los tribunales chilenos serán competentes para conocer de las siguientes materias y para resolver sobre ellas, con carácter exclusivo:
   a) De los derechos reales y posesión sobre inmuebles situados en Chile;
   b) De la validez, nulidad o disolución de una persona jurídica constituida en Chile o de las decisiones o acuerdos que adopten sus órganos cuando éstos afecten su existencia o funcionamiento;
   c) De la validez o nulidad de inscripciones practicadas en registros públicos chilenos;
   d) De la validez o vigencia de derechos de propiedad intelectual o de derechos de propiedad industrial registrados en Chile;
   e) Del reconocimiento y ejecución en territorio chileno de sentencias o laudos arbitrales extranjeros;
   f) De otras materias establecidas en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes o en leyes especiales.
1. Las partes no podrán sustraerse de la competencia de los tribunales chilenos en las materias previstas en este artículo. Cualquier acuerdo en contrario no producirá efecto alguno.

Artículo 9º. Competencia especial de los tribunales chilenos respecto a la persona y la familia.

Los tribunales chilenos serán además competentes para conocer de las siguientes materias y para resolver sobre ellas:

1. De la declaración de muerte presunta o la comprobación judicial de la muerte, cuando la persona desaparecida sea chilena o hubiere tenido su última residencia habitual en Chile;
2. De la capacidad y cuidado personal respecto de incapaces, niños, niñas y adolescentes que tengan residencia habitual en Chile;
3. De las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges o convivientes civiles, cuando al menos uno de ellos tenga residencia habitual en Chile;
4. De la nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando cualquiera de los cónyuges tenga residencia habitual en Chile al momento de interponerse la acción, o bien cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad chilena;

5. De la nulidad y terminación de un acuerdo de unión civil, cuando cualquiera de los convivientes civiles tenga residencia habitual en Chile al momento de interponerse la acción, o bien cuando ambos convivientes tengan la nacionalidad chilena;
6. De la filiación, cuando el niño, niña o adolescente tenga su residencia habitual en Chile al tiempo de ejercerse la acción;
7. De la constitución de la adopción, cuando el adoptado resida habitualmente en Chile; cuando adoptante y adoptado posean la nacionalidad común chilena, o cuando ambos, el adoptante y adoptado sean chilenos;
8. De los alimentos, cuando el acreedor de éstos tenga su residencia habitual en Chile;
9. De las medidas cautelares o de protección que deban cumplirse en Chile, aun cuando no tengan competencia para conocer del asunto principal;
10. De otras materias previstas en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes o en leyes especiales.

Artículo 10. Competencia especial de los tribunales chilenos en materia patrimonial.

Los tribunales chilenos serán también competentes para conocer de las siguientes materias y para resolver sobre ellas:

1. De las acciones contractuales, cuando las obligaciones deban cumplirse sustancialmente en Chile;
2. De las obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido o pudiere producirse en territorio chileno;
3. De las acciones relativas a las actividades de una sucursal, agencia, comisión u oficina en Chile de una persona jurídica sin residencia habitual dentro del territorio chileno;
4. De los contratos celebrados por consumidores, cuando el proveedor ejerciere actividades profesionales en Chile, o por cualquier medio hubiere dirigido su actividad comercial hacia Chile y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral primero de este artículo;
5. De los seguros, cuando el asegurado o beneficiario del seguro tuviera su residencia habitual en Chile o el objeto asegurado estuviere situado en Chile;
6. De las acciones relativas a bienes muebles situados en Chile al momento de interponerse la acción;
7. De los contratos de trabajo, cuando el trabajador hubiere desempeñado su trabajo habitualmente en Chile o esté previsto que lo haga;

8. De las medidas cautelares y provisionales que deban cumplirse en territorio chileno respecto de bienes situados en Chile, aun cuando no tengan competencia para conocer del asunto principal.

Artículo 11. Competencia especial de las autoridades judiciales o administrativas chilenas en materia sucesoria.

1. Los tribunales o autoridades administrativas chilenos serán competentes para conocer de la sucesión hereditaria del causante que falleciere teniendo su última residencia habitual en Chile, que tuviere asignatarios chilenos o que poseyere bienes inmuebles situados en Chile, y para resolver sobre ella.
2. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que el causante falleciere teniendo su última residencia habitual en el extranjero y dejare bienes en Chile, deberá pedirse la posesión efectiva ante los tribunales chilenos.

Artículo 12. De la litispendencia internacional.

1. Los tribunales chilenos podrán suspender el procedimiento iniciado en Chile cuando se acredite que, ante autoridades judiciales extranjeras, se ha iniciado con anterioridad, entre las mismas partes, un procedimiento con idéntico objeto y causa de pedir, y éste se encuentra pendiente de tramitación.
2. La excepción de litispendencia internacional se alegará y tramitará en la forma prevista por la ley chilena para la excepción de litispendencia interna.

Artículo 13. Foro de necesidad y principio de conexión.

Los tribunales chilenos podrán excepcionalmente conocer de materias que según esta ley escapan de su competencia conforme a los artículos anteriores, cuando las partes, el objeto del litigio o la transacción guarden una conexión sustancial con Chile, y exista imposibilidad material o jurídica para ejercer la acción en el extranjero.

Artículo 14. Competencia interna o territorial.

Cuando las disposiciones de esta ley no permitan precisar el tribunal interno con competencia territorial para conocer de algún asunto, la demanda deberá presentarse ante el tribunal que corresponda dentro de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, según el turno que dicha corte fije a través de un auto acordado.

Artículo 15. Control de la competencia internacional.

Los tribunales chilenos apreciarán, de oficio o a instancia de parte, su competencia de conformidad con esta ley.

TÍTULO III
DERECHO APLICABLE

Capítulo I
Normas generales de aplicación

Artículo 16. Aplicación e interpretación del derecho extranjero.

1. Los jueces y autoridades chilenas, cuando así lo determinen las normas de conflicto chilenas, estarán obligados, de oficio, a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece.
2. Lo señalado precedentemente no impide que las partes puedan contribuir a determinar el texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero invocado.
3. El juez debe aplicar el derecho extranjero según los criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo de ese derecho.
4. El derecho extranjero que rija la relación privada internacional se aplicará aunque esté contenido en una disposición de derecho público del Estado al que pertenece.
5. Todos los recursos y acciones judiciales otorgados por la ley chilena serán igualmente procedentes para los casos en que corresponda la aplicación del derecho extranjero.

Artículo 17. Determinación del derecho extranjero.

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

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

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

Artículo 18. Reenvío.

1. La remisión de la norma de conflicto chilena al derecho extranjero comprende también las normas de conflicto de ese derecho.

2. Si el derecho extranjero reenvía al derecho chileno, se aplicará el derecho material chileno, con excepción de sus normas de conflicto.
3. Si el derecho extranjero reenvía a un derecho distinto del chileno, se aceptará ese reenvío; lo mismo ocurrirá con ulteriores reenvíos. Sin embargo, se aplicará el derecho material de aquel Estado cuyas normas de conflicto no reenvíen a otro derecho extranjero.
4. Si, en la cadena de reenvíos, alguno de los derechos designados reenvía, a su vez, al derecho de un Estado ya designado previamente en la misma cadena, se aplicará el derecho material de ese Estado.
5. No se aplicará el reenvío en los siguientes casos:
   g) Cuando las partes, estando facultadas para ello, han escogido el derecho aplicable a su relación jurídica; y
   h) Respecto de la ley aplicable a la forma de los actos.

Artículo 19. Calificación.

1. La calificación del acto o situación jurídica, para determinar la norma de conflicto aplicable, se hará siempre en conformidad a la ley chilena.
2. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero que el derecho chileno no regule una determinada institución, si existieren en el derecho chileno instituciones análogas.

Artículo 20. Reconocimiento de derechos adquiridos o constituidos válidamente en el extranjero.

Los derechos válidamente adquiridos o constituidos en el extranjero al amparo del derecho de otro Estado, con el cual presenten vínculos más estrechos, tendrán eficacia en Chile en la medida en que sean compatibles con el orden público internacional de Chile.

Artículo 21. Cuestión previa.

Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, se regirán por las normas de conflicto aplicables a cada una de ellas por separado, conforme lo determine la norma de conflicto del tribunal que conoce del asunto.

Artículo 22. Orden público internacional y normas imperativas de aplicación necesaria.

1. En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando resulte contrario al orden público internacional de Chile;
2. En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando resulte contrario a normas imperativas chilenas de aplicación necesaria.

Artículo 23. Fraude a la ley.

En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando éste resulte aplicable a consecuencia de un fraude a la ley chilena.

Artículo 24. Estados con más de un sistema jurídico.

Cuando un Estado esté integrado por dos o más unidades territoriales con sus propias normas jurídicas, las normas internas de dicho Estado determinarán la unidad territorial cuyas normas jurídicas deben ser aplicadas.

Capítulo II
Estatuto personal

Artículo 25. Estado civil.

1. La constitución, extinción y efectos del estado civil de una persona se rige por la ley de su residencia habitual.
2. El estado civil adquirido o extinguido conforme a la ley de la residencia habitual no se pierde ni se reestablece por el cambio de residencia habitual.
3. El estado civil es indivisible. En consecuencia, un determinado estado civil no puede, al mismo tiempo, existir respecto de uno de los sujetos de la correspondiente relación y no existir respecto del otro. Así, por ejemplo, la calidad de ser una persona cónyuge o hijo matrimonial de otra se extiende también al otro cónyuge o al respectivo padre o madre, en su caso.

Artículo 26. Capacidad.

Una persona es capaz si lo es conforme a la ley de su residencia habitual, a la ley de su nacionalidad o a la ley del lugar de celebración u otorgamiento del respectivo acto jurídico. La capacidad adquirida conforme a la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad no se pierde por cambio de la residencia habitual o de la nacionalidad, en su caso.

Artículo 27. Nombre.

El nombre de una persona se rige por la ley de su residencia habitual o de la nacionalidad del interesado.

Artículo 28. Personas jurídicas.

La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas se rigen por la ley del lugar de su constitución, esto es, la ley del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo exigidos para la creación de dichas personas jurídicas.

Capítulo III
Relaciones de familia

Artículo 29. Filiación.

1. La determinación de la filiación se rige por la ley de la residencia habitual del hijo o hija.
2. Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del hijo o hija, deberá considerarse la residencia habitual común de los padres o, en su defecto, la ley del lugar de nacimiento del hijo o hija.
3. La ley aplicable a las acciones en materia de filiación será la establecida de conformidad a los numerales precedentes.
4. En todos los casos, la ley aplicable queda determinada al momento del nacimiento, a menos que el interés superior del niño, niña o adolescente demande la aplicación de una ley diversa.

Artículo 30. Reconocimiento.

1. Los requisitos de forma del reconocimiento estarán sometidos, alternativamente, a la ley de la residencia habitual del hijo o hija, o bien a la ley del lugar donde aquél se lleve a cabo.
2. Los requisitos de fondo del reconocimiento serán sometidos, alternativamente, a la ley de la residencia habitual del hijo o hija al momento del nacimiento o del reconocimiento. En subsidio, será aplicable la ley de la residencia habitual común de los padres o, en su defecto, la ley del lugar de nacimiento del hijo o hija.

Artículo 31. Adopción.

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

Artículo 32. De las relaciones paterno-filiales.

1. Las relaciones entre padres e hijos estarán sometidas, alternativamente, a la ley de la residencia habitual del hijo o hija; la ley de la nacionalidad del hijo o hija, o bien a la ley nacional común de los padres.
2. El tribunal elegirá la ley aplicable teniendo en cuenta, en todos los casos, el interés superior del niño.

Artículo 33. Alimentos.

Las obligaciones alimenticias se rigen por la ley de la residencia habitual del alimentario al momento de interponerse la acción.

Capítulo IV
El matrimonio

Artículo 34. Requisitos de forma.

El matrimonio será válido si se cumplen los requisitos de forma de la ley del lugar de la celebración, los de la ley de la nacionalidad común de los contrayentes o los de la ley de su residencia habitual común.

Artículo 35. Capacidad.

La capacidad matrimonial se rige por la ley de la residencia habitual del contrayente o la ley de su nacionalidad o a la ley del lugar de la celebración del matrimonio.

Artículo 36. Efectos personales.

1. Los efectos del matrimonio sobre la persona de los cónyuges se regirán por la ley de su residencia habitual común. A falta de residencia habitual común, los efectos del matrimonio sobre la persona de los cónyuges se regirán por la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges.
2. En caso de que ninguno de los criterios anteriores fuera aplicable, los efectos del matrimonio sobre la persona de los cónyuges se regirán por la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Artículo 37. Efectos patrimoniales.

1. El régimen patrimonial del matrimonio será aquel que elijan de común acuerdo los contrayentes, de entre los contemplados en cualquiera de las siguientes leyes:
   a) La ley de su residencia habitual común al contraerse el matrimonio;
   b) La ley de su nacionalidad común al contraerse el matrimonio, o
   c) La ley del lugar de celebración del matrimonio.

2. La elección deberá hacerse antes, al momento de la celebración del matrimonio o, a más tardar, dentro del plazo de sesenta días contados desde la fecha de celebración del matrimonio.
3. La elección de ley aplicable y de régimen patrimonial que se efectuare antes o después de la celebración del matrimonio deberá constar por escritura pública o instrumento firmado ante ministro de fe del lugar en que se otorgue.
4. Para que la elección tenga efectos en Chile, el matrimonio deberá inscribirse en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, dejándose constancia de la elección de ley y de régimen patrimonial en la respectiva inscripción.
5. A falta de elección o si ésta no se acreditare, el régimen patrimonial del matrimonio será el que corresponda según la ley del lugar de su celebración.

Artículo 38. Separación judicial.

La separación judicial de los cónyuges que no constituya divorcio se regirá por la ley de la residencia habitual común de los cónyuges. A falta de residencia habitual común, esta separación se regirá por la ley de la última residencia habitual común que tuvieron los cónyuges.

Artículo 39. Divorcio.

1. El divorcio se regirá por la ley de la residencia habitual común de los cónyuges. A falta de residencia habitual común, el divorcio se regirá por la ley de la última residencia habitual común que tuvieron los cónyuges; a falta de ambas, se regirá por la ley de su nacionalidad común, y a falta de todas las anteriores, por la ley del lugar de celebración del matrimonio.
2. El divorcio obtenido en el extranjero será reconocido en Chile si ha sido concedido por la autoridad competente de conformidad con el numeral anterior.

Capítulo V
Acuerdos de unión civil celebrados en el extranjero

Artículo 40. Celebración y terminación.

Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

1. Los requisitos de forma serán los establecidos conforme a la ley del lugar de la celebración, a la ley de la nacionalidad común o a la ley de la residencia habitual común de los convivientes civiles.
2. Una persona es capaz para celebrar un acuerdo de unión civil o contrato equivalente si lo es conforme a la ley de su residencia habitual, a la ley de su

nacionalidad o a la ley del lugar de la celebración del mismo. La capacidad adquirida conforme a la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad no se pierde por el cambio de la residencia habitual o de la nacionalidad, en su caso.

3. La terminación del acuerdo y los efectos de ésta se regirán por la ley de la residencia habitual común de los convivientes civiles. A falta de residencia habitual común, la terminación y sus efectos se regirán por la ley de la última residencia habitual común que tuvieron los convivientes civiles; a falta de ambas, por la ley de su nacionalidad común, y, a falta de todas las anteriores, por la ley del lugar de celebración del acuerdo.

Artículo 41. Efectos.

1. La ley aplicable a los efectos de los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes celebrados en el extranjero será aquella que elijan de común acuerdo los contratantes, entre cualquiera de las siguientes:
   a) La ley de su residencia habitual común al celebrarse el acuerdo;
   b) La ley de su nacionalidad común al celebrarse el acuerdo, o
   c) La ley del lugar de celebración del acuerdo. La elección deberá hacerse antes, al momento de la celebración del acuerdo o, a más tardar, dentro del plazo de sesenta días contados desde la fecha de celebración del mismo. La elección que se efectuare antes o después de la celebración del acuerdo deberá constar por escritura pública o instrumento firmado ante ministro de fe del lugar en que se otorgue.
3. Para que el acuerdo de unión civil o contrato equivalente tenga efectos en Chile deberá inscribirse en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil, dejándose constancia de dicha elección en la respectiva inscripción.
4. A falta de elección de ley efectuada de conformidad con el inciso anterior o si ésta no se acreditare, la ley aplicable al acuerdo de unión civil o contrato equivalente será la del lugar de la celebración del acuerdo.
5. Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos que los del referido acuerdo.

Capítulo VI
Actos jurídicos unilaterales

Artículo 42. Ley aplicable.

1. Los actos jurídicos unilaterales se regirán por la ley elegida por la parte que los otorga o realiza o, en su defecto, por la ley de su residencia habitual.

2. Su validez formal quedará regida por la ley que rige el fondo del acto o por la ley del lugar de celebración u otorgamiento.

Capítulo VII
Protección de incapaces

Artículo 43. Ley aplicable.

1. Las medidas de protección sobre la persona o bienes de un incapaz se regirán por la ley de su residencia habitual.
2. Tratándose de menores de edad, el tribunal podrá aplicar una ley distinta en resguardo del interés superior del niño.

Capítulo VIII
Sucesiones y donaciones

Artículo 44. Norma general.

La totalidad de la sucesión por causa de muerte se rige por la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de su fallecimiento, con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar donde se encuentren.

Artículo 45. Elección de ley.

El causante extranjero con residencia habitual en Chile podrá someter la totalidad de la sucesión a la ley del Estado cuya nacionalidad posea al momento de realizar la elección por medio de testamento. La persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento realizar la elección, o en el momento del fallecimiento.

La elección de ley quedará sin efecto si, al momento de su deceso, el causante no tenía dicha nacionalidad o había adquirido la nacionalidad chilena.

Artículo 46. Sucesión de un chileno con residencia habitual en el extranjero.

La sucesión de un chileno que haya tenido su residencia habitual en el extranjero al momento de su fallecimiento quedará sometida a la ley chilena, en los siguientes casos:

1. Cuando el causante chileno por medio de cualquier acto *mortis causa* reconocido de conformidad a lo dispuesto en la ley del Estado donde tiene su residencia habitual, hubiere sometido su sucesión a la ley chilena, o
2. Cuando el causante chileno tuviere cónyuge, conviviente civil o parientes chilenos. En este caso, la ley chilena será aplicable únicamente respecto de los bienes situados en Chile.

Artículo 47. El testamento.

1. Las disposiciones testamentarias serán válidas, en cuanto a la forma, si se ajustan a lo dispuesto por la ley del lugar de su otorgamiento o por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su otorgamiento.
2. Sin perjuicio de lo anterior, los chilenos que se encuentren en el extranjero y los extranjeros que tengan su residencia habitual en Chile podrán otorgar válidamente testamento en el extranjero en la forma prevista en el artículo 1028 del Código Civil.
3. La capacidad testamentaria estará regida por la ley de la residencia habitual del causante.
4. Los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios otorgados en el extranjero serán válidos en Chile, en lo que concierne a su admisibilidad, validez material y efectos, si lo fueren conforme a la ley aplicable a la sucesión, comprendiendo la elección de ley que se haya realizado.

Artículo 48. Donaciones.

Las donaciones se rigen por la ley elegida por el donante o, en su defecto, por la ley de su residencia habitual.

Capítulo IX
Los bienes

Artículo 49. Posesión y derechos reales.

1. La posesión, dominio y demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles, se regirán por la ley del lugar de su situación, salvo las excepciones legales.
2. Los bienes en tránsito se regirán por la ley del lugar de su destino.
3. Los derechos derivados de la propiedad intelectual e industrial se entenderán situados en el lugar donde hayan sido registrados.

Artículo 50. Derechos personales.

Los derechos personales se rigen por la ley aplicable a la obligación correlativa.

Capítulo X
Contratos internacionales

Artículo 51. Internacionalidad del contrato.

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

2. Los vínculos objetivos relevantes que podrán tenerse en cuenta para determinar la internacionalidad del contrato serán, entre otros, los siguientes: el lugar de su celebración, el del cumplimiento sustancial de alguna de sus obligaciones o la ubicación de los bienes objeto del contrato.
3. El contrato que no tenga vínculos objetivos con más de un Estado no podrá ser internacionalizado por la sola voluntad de las partes.

Artículo 52. Libertad de elección.

1. El contrato internacional se rige por la ley elegida por las partes.
2. Las partes pueden elegir:
   a) La ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, y
   b) Diferentes leyes para diferentes partes del contrato.
1. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad a la celebración del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.
2. No se requiere vínculo alguno entre la ley elegida y las partes o el contrato al que rige.

Artículo 53. Ley aplicable al contrato.

1. Las partes pueden elegir, como ley aplicable al contrato, normas de derecho, costumbre o principios generalmente aceptados a nivel internacional, supranacional o regional, salvo que lo prohíba expresamente la ley del foro.
2. En este caso, los vacíos legales que estas normas, costumbres o principios dejaren serán suplidos por las normas de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección de ley.

Artículo 54. Elección expresa o tácita.

1. La elección de la ley aplicable o su modificación deberá efectuarse de manera expresa, o, en su defecto, deberá desprenderse de forma clara e inequívoca de la conducta de las partes o de las cláusulas contractuales o de las circunstancias del caso.
2. Un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituirá, por sí solo, una elección de ley aplicable.

Artículo 55. Validez formal de la elección de ley aplicable.

La elección de la ley aplicable no está sometida a formalidad alguna, a menos que las partes establezcan expresamente lo contrario.

Artículo 56. Separabilidad de la cláusula de elección de ley.

No se puede impugnar la elección de la ley aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido.

Artículo 57. Exclusión del reenvío.

La elección de la ley aplicable no incluye las normas de conflicto de la ley elegida por las partes, a menos que las partes establezcan expresamente lo contrario.

Artículo 58. Determinación de la ley aplicable a falta de elección.

1. Si las partes no hubieran elegido una ley aplicable, o si su elección resultara ineficaz, la ley aplicable será la del Estado donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.
2. Se entenderá por prestación característica del contrato, para los efectos del inciso precedente, aquella que sirve para caracterizar el contrato como de un tipo u otro y que, en general, es distinta del pago.
3. En aplicación de lo anterior, las leyes aplicables a los siguientes contratos serán las que se señalan a continuación:
   a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del Estado donde el vendedor tenga su residencia habitual;
   b) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del Estado donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;
   c) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del Estado donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
   d) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del Estado donde esté sito el bien inmueble;
   e) el contrato de distribución se regirá por la ley del Estado donde el distribuidor tenga su residencia habitual;
   f) el contrato de franquicia se regirá por la ley del Estado donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
   g) el contrato que tenga por objeto principal la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual se regirá por la ley del Estado de explotación de los derechos en el caso de que éstos sean relativos a un único Estado; cuando sean relativos a más de un Estado, se aplicará la ley de la residencia habitual del titular del derecho.
4. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado, distinto del indicado en los literales del numeral anterior, se aplicará la ley de este otro Estado. Para tales efectos, el tribunal deberá tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, para determinar la ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos.

Artículo 59. Ámbito de aplicación de la ley aplicable.

La ley que resulte aplicable rige todos los aspectos del contrato, entre otros:

1. su interpretación;
2. los derechos y obligaciones que genere;
3. su ejecución y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, inclusive la valoración de daños y perjuicios;
4. los diversos modos de extinguir sus obligaciones;
5. la existencia y validez sustancial o material del contrato o de cualquiera de sus cláusulas y las consecuencias de su nulidad, y
6. la carga de la prueba y las presunciones legales relativas al contrato y las obligaciones que genera.

Artículo 60. Validez formal.

1. Un contrato será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en la ley que rige el fondo del contrato o con los exigidos por la ley de lugar de celebración u otorgamiento, de cumplimiento, o de la residencia habitual de cualquiera de las partes.
2. No obstante lo anterior, si el contrato tuviere por objeto un derecho real sobre un inmueble, será válido, en cuanto a la forma, si cumpliere con los requisitos de la ley de la situación del inmueble.

Capítulo XI
Obligaciones extracontractuales

Artículo 61. Autonomía de la voluntad.

La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley elegida por la persona cuya responsabilidad se alega y por la víctima. La elección de la ley aplicable deberá ser expresa o resultar de manera evidente de las circunstancias del caso.

Artículo 62. Regla general.

1. En defecto de elección de ley, se aplicará la ley del lugar del hecho dañoso.
2. 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 directo, se aplicará la ley de ese Estado.
3. Para el evento de no poder aplicar las reglas de los numerales precedentes, y cuando del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto del indicado en el numeral precedente, se aplicará la ley de este otro Estado.

Artículo 63. Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

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

1. 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, o, en su defecto;
2. La ley del Estado en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho Estado, o, en su defecto;
3. La ley del Estado en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho Estado, o, en su defecto;
4. La ley del Estado donde que se encuentra situado el establecimiento de la persona cuya responsabilidad se alega, o,
5. Para el evento de no poder aplicar las reglas anteriores, y cuando del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto del indicado en el numeral precedente, se aplicará la ley de este otro Estado.

Artículo 64. Competencia desleal.

La ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de un acto de competencia desleal, que afecte exclusivamente los intereses de uno o más competidores en particular, se regirá por la regla general del artículo 62 de esta ley.

Artículo 65. Daño medioambiental.

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 manifieste o pudiere manifestarse o la ley del lugar donde se hubiere producido el hecho generador del daño.

Artículo 66. Derechos de propiedad intelectual.

1. La ley aplicable a las consecuencias civiles de la infracción de un derecho de propiedad intelectual será la ley del lugar del hecho dañoso.
2. La ley aplicable a las consecuencias civiles de la infracción de un derecho de propiedad industrial será la ley del Estado que reconoce el derecho.
3. En ambos casos, las partes podrán siempre elegir la ley aplicable.

Artículo 67. Ámbito de la ley aplicable.

La ley aplicable a la obligación extracontractual regula:

1. El fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos o por actos de terceros;
2. Las causas de exención, limitación y reparto de la responsabilidad;
3. La existencia, la naturaleza y la avaluación de los daños y la indemnización solicitada;
4. Las medidas para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;
5. Las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido, y
6. El modo de extinguir las obligaciones, y la prescripción y caducidad de las acciones.

Capítulo XII
Forma de los actos

Artículo 68. Norma supletoria.

Salvo regla especial contenida en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, o en la presente ley, la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar de su celebración o por la ley elegida por las partes.

TÍTULO IV
RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL DE ACTOS Y DECISIONES EXTRANJERAS

Capítulo I
Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales extranjeros

Artículo 69. Ámbito de aplicación.

La presente ley se aplicará al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales extranjeros, sin perjuicio de los requisitos y procedimientos establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Artículo 70. Principio de reconocimiento.

1. Las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales extranjeros, una vez reconocidos, tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por un tribunal chileno y podrán hacerse valer conforme a los procedimientos contemplados en la ley chilena y en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

2. Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales extranjeros, debidamente legalizados o apostillados, tendrán fuerza probatoria en Chile sin necesidad de reconocimiento, siempre y cuando no sean objeto de ejecución en territorio chileno.

Artículo 71. Requisitos de admisibilidad.

1. La parte que solicite el reconocimiento o ejecución de una resolución judicial o laudo arbitral extranjero deberá acompañar a la demanda los siguientes documentos:
   a) El original debidamente autenticado de la sentencia o laudo, o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
   b) El original del acuerdo arbitral, en su caso, que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, y
   c) El certificado que acredite que la resolución judicial o laudo arbitral extranjero se encuentra firme o ejecutoriado, de conformidad a la ley del tribunal que lo dictó.
2. Tratándose de documentos escritos en idioma extranjero, la parte demandante deberá presentar una traducción fiel al idioma castellano de dichos documentos.

Artículo 72. Motivos para denegar el reconocimiento o ejecución.

Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una resolución judicial o laudo arbitral extranjero, cualquiera que sea el Estado en que se haya dictado:

1. A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando ella pruebe:
   d) Que no ha sido debidamente notificada de la demanda. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa;
   e) Que la resolución judicial o laudo arbitral que se pretende reconocer vulnera la competencia exclusiva de los tribunales chilenos, y
   f) Que la resolución judicial o laudo arbitral extranjero es incompatible con una resolución dictada entre las mismas partes en Chile; con una resolución o laudo arbitral dictado entre las mismas partes con anterioridad en un tercer Estado, ya reconocido o susceptible de ser reconocido en Chile, o bien con un procedimiento pendiente en Chile entre las mismas partes y con el mismo objeto y causa, siempre que el procedimiento en Chile se haya iniciado antes que el procedimiento que dio lugar a la resolución dictada en el extranjero y que se pretende reconocer.
2. De oficio por el tribunal, cuando éste verifique que el reconocimiento y ejecución es manifiestamente contrario al orden público internacional de Chile.

Artículo 73. Prohibición de revisar el fondo.

Las resoluciones judiciales y laudos arbitrales extranjeros que se pretendan reconocer o ejecutar en Chile no serán objeto de revisión en cuanto al fondo.

Artículo 74. Procedimiento de exequátur.

1. *Tribunal competente.* Interpuesta la demanda, la Corte Suprema, conociendo del asunto en Sala, fijará día y hora para la realización de la audiencia a que se refiere el numeral 4° de este artículo.
2. *Control de oficio de los requisitos de admisibilidad.* El tribunal podrá controlar de oficio el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley, pudiendo otorgar un plazo razonable al demandante para subsanar los defectos que advirtiera. Si el demandante no corrigiera estos defectos dentro del plazo otorgado, la petición de exequátur no será admitida a tramitación.
3. *Ofrecimiento y producción de pruebas.* Si el demandante o el demandado quisieren rendir prueba, la deberán ofrecer con a lo menos cinco días de anticipación a la audiencia, individualizando a los testigos y peritos, si los hubiere, en la solicitud que presentaren. La prueba en este procedimiento deberá circunscribirse únicamente a los motivos para denegar o posponer el reconocimiento o ejecución, y se producirá en la audiencia a que se refiere este artículo.
4. *Audiencia de exequátur.* La audiencia será pública y a su inicio el demandante, en su caso, dará breve cuenta de los antecedentes en que se funda la petición de exequátur.

Luego, si lo hubiere, se le concederá la palabra al demandado para que conteste la demanda y para que efectúe las argumentaciones que estimare procedentes.

A continuación, se rendirá la prueba que las partes hubieren ofrecido.

En caso de que se hubiere rendido prueba, se le concederá la palabra al demandante y luego a la parte demandada, para que expongan sus conclusiones.

5. *Medidas precautorias.* La parte demandante podrá solicitar a la Corte Suprema las medidas precautorias previstas en la ley chilena, las que se tramitarán conforme a las reglas generales.
6. *Recursos.* La sentencia de exequátur será recurrible conforme las reglas generales de recursos establecidas en la ley chilena.
7. *Tribunal chileno a cargo de la ejecución de la resolución judicial o laudo arbitral extranjero.* Los trámites de ejecución estarán a cargo del tribunal al que le hubiera correspondido conocer del asunto en Chile en primera o en única instancia. En caso de que ello no pudiera determinarse, será competente el tribunal correspondiente al lugar de residencia habitual del demandado o, en subsidio, el tribunal del lugar donde deba producir sus efectos la sentencia extranjera.

Capítulo II
Eficacia probatoria e inscripción de documentos e instrumentos públicos otorgados en el extranjero

Artículo 75. Valor probatorio.

Tendrán valor probatorio en Chile los instrumentos y documentos públicos otorgados en el extranjero que cumplan con:

1. Los requisitos de forma de la ley del lugar en donde hubieren sido otorgados;
2. Haber sido legalizados o, en su caso, apostillados, de conformidad a las reglas generales, y
3. Presentarse traducidos fielmente al idioma castellano, en caso de haberse extendido originalmente en idioma extranjero.

Artículo 76. Inscripción y protocolización de documentos públicos extranjeros en Chile.

El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a la ley chilena.

TÍTULO V
COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Capítulo I
Exhortos internacionales o cartas rogatorias

Artículo 77. Objeto.

1. La presente ley regula la cooperación jurídica internacional entre las autoridades judiciales o arbitrales chilenas y extranjeras en materia civil, comercial, administrativa, laboral y de familia.
2. Podrán solicitar cooperación jurídica internacional en los términos de esta ley todos los tribunales mencionados en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales.
3. Las autoridades chilenas cooperarán con las autoridades extranjeras en las materias objeto de esta ley, aunque no existan tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes con el Estado al que pertenece dicha autoridad.
4. El presente capítulo se aplicará a los actos de cooperación jurídica internacional y de obtención y práctica de pruebas. La asistencia comprenderá, entre otros, los siguientes actos:
   a) notificación de resoluciones y sentencias;

b) recepción de testimonios y declaraciones de personas;

c) citación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio o informen, en su caso;

d) práctica de medidas precautorias y embargo de bienes;

e) realización de inspecciones o incautaciones;

f) examinar objetos y lugares;

g) desplazamiento al extranjero de autoridades judiciales chilenas o autorización para que autoridades judiciales extranjeras puedan intervenir en diligencias procesales realizadas en Chile;

h) exhibición de documentos judiciales;

i) obtención y remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba, y

j) cualquier otra diligencia de mero trámite o de prueba, siempre que hubiere acuerdo entre el Estado requirente y el Estado requerido.

Artículo 78. Autoridad central.

1. Las solicitudes de cooperación jurídica internacional se recibirán o enviarán desde o hacia el extranjero, respectivamente, a través de la autoridad central designada al efecto, la que deberá velar por su oportuna tramitación y cumplimiento de los requisitos formales de admisibilidad previstos en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y, en subsidio, en los señalados en esta ley.
2. A falta de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes en esta materia, las funciones de autoridad central serán cumplidas por la Corte Suprema.

Artículo 79. Comunicaciones judiciales directas.

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, los tribunales chilenos estarán autorizados para mantener comunicaciones judiciales directas con autoridades judiciales extranjeras, siempre que se respete la legislación en vigor en cada Estado.

Artículo 80. Transmisión de exhortos internacionales hacia el extranjero.

1. Los exhortos o cartas rogatorias que formulen las autoridades judiciales chilenas serán remitidas al extranjero a través de la autoridad central de Chile.
2. La transmisión podrá realizarse por cualquier medio que garantice la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones y que los documentos sean auténticos y legibles, incluidos correos electrónicos institucionales con firma electrónica.

Artículo 81. Transmisión de exhortos internacionales provenientes desde el extranjero.

1. Previo al examen de admisibilidad formal que realice la autoridad central de Chile, los exhortos o cartas rogatorias que reciba desde el extranjero serán transmitidos para su ejecución al tribunal correspondiente al lugar donde deba ejecutarse la diligencia.
2. Si debieren realizarse diligencias en más de un territorio jurisdiccional, podrá encargarse la ejecución de todas ellas al mismo tribunal del lugar con el cual las diligencias guarden una relación más estrecha.
3. Una vez ejecutados, los exhortos o cartas rogatorias y la documentación que dé cuenta de su cumplimiento serán remitidos a la autoridad extranjera requirente de la misma forma y por la misma vía en que fueron remitidos a Chile.

Artículo 82. Requisitos formales de admisibilidad de los exhortos o cartas rogatorias.

Las solicitudes de cooperación jurídica internacional que formulen las autoridades judiciales chilenas y aquellas que se reciban desde el extranjero, deberán mencionar y acompañar:

1. La identificación de la autoridad requirente y requerida;
2. La naturaleza y objeto del juicio o gestión en que se formula;
3. El nombre y domicilio de las partes o intervinientes del proceso, así como de la persona a que se refiere la diligencia. Los datos que se entreguen no podrán ser utilizados para fines diversos a los de la solicitud, sin expresa autorización de la autoridad del Estado requirente;
4. Una copia de la solicitud y resolución judicial que ordena el envío y tramitación del exhorto o carta rogatoria;
5. Una descripción detallada de la diligencia solicitada y del plazo para su ejecución;
6. Una traducción fiel de los documentos remitidos al idioma del Estado requirente o requerido;
7. La legalización o apostilla de los documentos remitidos, en caso de que corresponda, y
8. Cualquier otro documento que sea necesario para la correcta ejecución de la diligencia.

Artículo 83. Ejecución de las solicitudes en Chile.

1. Las diligencias que deban practicarse en Chile se ejecutarán conforme a la legislación chilena, sin perjuicio de que la autoridad extranjera pueda sugerir algún trámite especial en la ejecución.

2. Las diligencias deberán realizarse con rapidez y oportunidad, pudiendo utilizarse para ello cualesquiera medios técnicos y electrónicos de comunicación que fueran necesarios, incluida videoconferencia para la práctica de pruebas testimoniales y periciales entre la autoridad judicial chilena y extranjera.

Artículo 84. Motivos de denegación.

1. Las autoridades judiciales chilenas denegarán las solicitudes de cooperación jurídica internacional cuando:
   a) El objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público internacional de Chile o se trate de una materia de competencia exclusiva de los tribunales chilenos;
   b) No sea posible ejecutar la diligencia dentro del plazo solicitado por el tribunal requirente, o
   c) La solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos formales mínimos exigidos para su tramitación.
2. Se comunicará a las autoridades requirentes la resolución motivada por la que se deniega la solicitud de cooperación.

Artículo 85. Gastos y costas.

Los gastos y costas de ejecución de los exhortos o cartas rogatorias serán de cargo de los interesados a instancia de los cuales se formuló el exhorto internacional.

Artículo 86. De la práctica y obtención de pruebas.

1. Cuando se solicite en Chile la práctica de una prueba con anterioridad al inicio del procedimiento judicial extranjero, se exigirá que la práctica anticipada de la prueba sea admisible conforme a la legislación chilena.
2. La prueba practicada en Chile que haya de surtir efectos en un proceso extranjero deberá respetar las garantías previstas en la legislación chilena y practicarse conforme a la normativa procesal chilena.
3. La prueba practicada y obtenida en el extranjero sólo producirá efectos en un proceso judicial en Chile si respeta las garantías previstas en la ley chilena y en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.
4. Si se requiriere tomar declaración a una parte o testigo, la solicitud deberá indicar los datos de identificación de esa persona; las preguntas que hayan de formulársele o los hechos sobre los que ella debiera declarar; la solicitud de recibir la declaración bajo juramento o promesa de decir la verdad e informar acerca del derecho de la persona citada a negarse a declarar según la ley del Estado requirente, además de cualquier otra información necesaria para la realización de la diligencia solicitada.

Artículo 87. Información del derecho extranjero.

1. Las solicitudes de información sobre derecho chileno que formulen autoridades judiciales extranjeras y que se reciban a través de la autoridad central de Chile, serán respondidas directamente por ella.
2. Los tribunales chilenos podrán solicitar a autoridades extranjeras información sobre derecho extranjero, a través de la autoridad central de Chile, a efectos de ser utilizada en juicio, sin perjuicio de las comunicaciones directas que puedan entablar con ellas.
3. La información del derecho extranjero podrá referirse al texto, vigencia y contenido de la legislación; a su sentido y alcance; a la jurisprudencia; al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante.

Capítulo II
Obtención internacional de alimentos

Artículo 88. Obtención internacional de alimentos.

Las solicitudes de obtención internacional de alimentos que se inicien en Chile se tramitarán ante los juzgados con competencia en materias de familia y conforme al procedimiento que indique la ley chilena. No se exigirá mediación previa obligatoria en estos casos.

Capítulo III
Sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes

Artículo 89. Tribunal competente.

Será competente para conocer de la solicitud o demanda de ubicación y búsqueda de un niño, niña o adolescente sujeto a sustracción internacional el Juzgado de Familia del domicilio presunto del niño o niña. Si en la comuna respectiva existiere más de un Juzgado de Familia, el conocimiento de dicha solicitud corresponderá al que se designe conforme a las reglas generales de distribución de causas.

Artículo 90. Procedimiento.

Las solicitudes de restitución internacional que se presenten en Chile se tramitarán conforme al siguiente procedimiento:

1. *Orden de localización*. Ingresada la solicitud, el tribunal deberá emitir, cuando corresponda, para las distintas instituciones del Estado, las respectivas órdenes que fueren pertinentes para asegurar la ubicación del niño, niña o adolescente en el territorio chileno.
2. *Ausencia de formalidades*. No deberán requerirse legalizaciones ni otras formalidades similares a la documentación que se presente, salvo que estuviere

redactada en otro idioma, en cuyo caso deberá acompañarse una traducción fiel al idioma castellano.

3. *Aseguramiento nacional del menor*. Ingresada la solicitud, deberá decretarse, en forma inmediata, la orden de arraigo del niño o niña. Podrá, asimismo, disponer el tribunal la entrega del pasaporte del niño o niña, si contare con uno.

4. *Plazo máximo de resolución*. La solicitud deberá ser proveída en un plazo que no podrá exceder las 48 horas siguientes a su presentación, citándose a las partes a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba para dentro de quinto día hábil, plazo que deberá contarse desde la última notificación. En la misma resolución se designará un curador *ad litem* para el o los niños, niñas o adolescentes y se ordenará su notificación junto con las demás partes.

5. *Comparecencia*. El solicitante estará eximido de comparecer obligatoriamente en forma personal, bastando la comparecencia de su apoderado o apoderados a la audiencia única.

6. *Suspensión de procedimientos en curso*. Mientras se tramita la solicitud de restitución, quedarán en suspenso los procesos tendientes a resolver sobre el fondo de la guarda o custodia del niño, niña o adolescente que estuvieren en trámite.

7. *Notificación*. La resolución que cite a audiencia única se notificará por un funcionario *ad hoc* que el juzgado designará en su caso. La parte demandante podrá contratar un receptor judicial particular, si así lo deseare. Si el notificado no fuere habido, bastará que el ministro de fe certifique que se trata de su morada para notificarlo conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de establecer que éste se encuentra en el lugar del juicio. Si no pudiera realizarse la notificación en esa forma, la resolución se notificará al defensor público, quien deberá asumir la representación del ausente.

8. *Audiencia única*. La audiencia única procurará, en principio, asegurar el retorno seguro del niño, niña o adolescente a su lugar de residencia habitual o facilitar una solución amigable, y tendrá por objeto lo siguiente:

   a) Establecer si el niño, niña o adolescente se encuentra en Chile;

   b) Establecer si el traslado o retención del niño, niña o adolescente ha sido ilícito; y

   c) Determinar si conforme los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, concurre alguna circunstancia que autorice el rechazo a la solicitud de restitución del niño, niña o adolescente.

Atendida la naturaleza y urgencia del procedimiento, en la audiencia única se deberá ratificar oralmente la demanda, contestar la demanda de manera oral si no se lo ha hecho previamente por escrito, promoverse la conciliación y fijar los hechos a probar y las convenciones probatorias acordadas, si las hubiere.

No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconvenciones que obsten a la prosecución del trámite. El tribunal rechazará de plano toda excepción fuera de las enumeradas en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes sobre esta materia.

Si fuere necesario rendir prueba, las partes deberán producirla en la audiencia única, la que se apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El número de testigos se limitará a tres por cada parte.

En la audiencia se escuchará la opinión del Consejo Técnico si ha sido citado a la audiencia y las observaciones que a las partes les merezca la prueba, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por la parte contraria.

El tribunal podrá disponer, de oficio, que se acompañen todos los medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención a la acción intentada. Dichas diligencias deberán evacuarse dentro del plazo máximo de quince días hábiles, al cabo del cual aquellas que no hubieren sido cumplidas se tendrán por no decretadas. Para tal efecto, el tribunal deberá citar a audiencia de continuación para una fecha no posterior a los quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia única.

9. *Derecho a ser oído*. En la audiencia única, el tribunal deberá oír al niño, niña o adolescente, y se tendrá en consideración su opinión, atendida su edad y madurez.

10. *Sentencia*. Una vez concluido el debate, el juez comunicará de inmediato su veredicto, indicando los fundamentos principales tomados en consideración para emitirlo.

Excepcionalmente, cuando la audiencia se hubiere prolongado por más de un día, se podrá postergar la decisión del caso hasta el día siguiente hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que el veredicto será comunicado.

El juez podrá diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días hábiles.

11. *Recursos*. La sentencia definitiva sólo será impugnable a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación respectiva. El recurso será distribuido por el presidente de la corte dentro de los cinco días hábiles siguientes a su ingreso, sin esperar la comparecencia de las partes, y se conocerá en cuenta, salvo que aquéllas soliciten alegatos, caso en el cual se agregará preferentemente a la tabla.

Contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno.

Las demás resoluciones que se dicten durante la sustanciación del procedimiento sólo serán susceptibles de recurso de reposición.

12. *Ejecución de la sentencia y traslado segur*o. Los tribunales de familia adoptarán de oficio todas las medidas que sean necesarias para cautelar el traslado seguro del

niño, niña o adolescente al Estado de su residencia habitual. El tribunal fijará un plazo razonable para llevar a cabo el traslado.

Tratándose de niños, niñas o adolescentes que sean restituidos a Chile en el contexto de solicitudes de restitución internacional tramitadas en el extranjero, los tribunales de familia podrán adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar su retorno seguro, incluso antes de su ingreso a Chile.

Capítulo IV
Visitas internacionales

Artículo 91. Régimen comunicacional internacional.

Las solicitudes de régimen comunicacional internacional que se inicien en Chile se tramitarán ante los juzgados de familia competentes y conforme al procedimiento ordinario establecido en la ley chilena. En estos casos, no se exigirá mediación previa obligatoria.

TÍTULO VI
DISPOSICIONES FINALES

Artículo 92. Aplicación temporal.

La presente ley entrará en vigor seis meses después de su publicación en el Diario Oficial. La presente ley se aplicará a todos los procesos judiciales iniciados después de la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Artículo 93. Derogación.

Se derogan todas las disposiciones legales que regulen la materia objeto de esta ley.

****

HERNÁN LARRAÍN FERNÁNDEZ
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

PABLO RUIZ TAGLE VIAL
Decano Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

EDUARDO PICAND ALBÓNICO
Presidente Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
Anteproyecto de
Ley de Derecho Internacional Privado

I. Aspectos introductorios.

A) el derecho internacional privado en Chile

1. El Derecho internacional privado ha sido caracterizado clásicamente como una disciplina del *derecho interno* de cada Estado que busca regular aquellas relaciones privadas que presentan elementos de extranjería relevantes y cuya función esencial es dar respuesta a tres preguntas fundamentales: cuál es el tribunal competente, cuál es la ley que éste debe aplicar y cómo puede reconocerse en un país una sentencia dictada en otro país[22]. Se trata de derecho nacional al igual como lo es el derecho civil, procesal, laboral y comercial. Su carácter y denominación obedece exclusivamente a su objeto: regular relaciones privadas cuando ellas tienen elementos de extranjería relevantes como, por ejemplo, la nacionalidad de las partes, el lugar de cumplimiento de las obligaciones, el lugar donde se celebra el acto o contrato o la ubicación de los bienes. Lo anterior no importa desconocer, en ningún caso, la estrecha relación que existe entre el derecho internacional público y el privado[23].

2. Esta disciplina jurídica cumple su objetivo a través de diversos métodos[24] que, a su vez, recogen normas de conflicto, materiales e imperativas[25]. El método conflictual es aquél a través del cual se determina el derecho aplicable a la relación privada internacional; el método material entrega una solución inmediata y directa, y el método de aplicación necesaria es aquél que a través de normas imperativas limita la aplicación de normas extranjeras incompatibles con el orden público internacional. El método material ha tenido un desarrollo muy particular durante los últimos años, incluso, permitiendo que algunos postulen la "crisis del método conflictual"[26].

3. El Código Civil chileno de 1855, fue el primer texto legal en Chile y uno de los primeros a nivel internacional en incorporar normas de conflicto destinadas a

22 PEREZNIETO CASTRO, Leonel: Derecho Internacional privado. Parte General, Editorial Oxford, 10ª edición, Ciudad de México. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2020): Derecho Internacional Privado, Manuales Civitas, páginas 14 a 27.

23 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MBENGUE, Makane: Public and Private International Law in International Courts and Tribunals: Evidence of an Inescapable Interaction, Columbia journal of transnational law, Vol. 56, Nº. 4, 2018, págs. 797-854.

24 BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul (1981). Droit international privé, Tomo I, 7ª edición, París, L.G.D.J., pp. 23 y siguientes.

25 JUENGER, Friedrich (2006). Derecho Internacional Privado y Justicia Material, Porrúa/Universidad Iberoamericana, México DF, 2006, pp. 196 y ss.

26 GONZÁLEZ CAMPOS, Julio (2002). Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé», Recueil des cours, Vol. 287, pp. 9 y ss.

determinar el derecho aplicable (artículos 14, 15, 16, 17, 18, 56, 57, 60, 81, 119, 135, 444, 459, 482, 955, 997, 998, 1009, 1027, 1028, 1029, 2411, 2484 y 2508). La idea de don Andrés Bello de incorporar este tipo de normas en la legislación civil patria, fue influenciada, ciertamente, por las normas recogidas en el Código Civil francés, de 1804[27], en el Código Civil austriaco de 1811[28], las que luego fueron replicadas por el Código Civil italiano de 1865[29], el Código Civil español de 1889[30] y el Código Civil alemán de 1900[31].

4. El primer gran comentarista de esta disciplina en nuestro país fue el profesor José Clemente Fabres Fernández de Leiva, al publicar en 1892 su obra "*La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado*". En 1923, y a instancias del profesor Federico Duncker, se creó la cátedra de derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

5. Luego de algunos años se unieron otros Códigos y leyes que también recogieron normas de derecho internacional privado. Así, el Código de Comercio de 1865 (artículos 113, 114, 115, 468, 827, 830, 834, 844, 848, 975, 1087, 1173 y 1242); el Código Orgánico de Tribunales de 1943 (artículos 148 y 149) y el Código de Procedimiento Civil de 1902 (artículos 76, 242 a 251, 331, 345, 345 bis, 397 y 411), entre otras[32].

6. Los representantes más destacados de la Escuela Clásica chilena del siglo XX[33], consideraron que el objeto central del derecho internacional privado era el estudio de las *normas de conflicto de leyes* y, por tanto, aun cuando se tratare de materias de orden público, debían ser estudiadas dentro de la disciplina en la medida en que los Códigos y leyes contuvieren normas de esa naturaleza, como ocurría con el Código Penal de 1874 (artículos 5º, 6º, 106, 174 y 425); Código Aeronáutico; Código de Procedimiento Penal (extradición), Código Tributario, Código Orgánico de Tribunales (artículo 6º) y Ley de Impuesto a la Renta, entre otras. De esa forma entendieron que el objeto del derecho internacional privado era resolver cuatro grandes temas: los conflictos de leyes, los conflictos de jurisdicción, los conflictos de nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros. En contrapartida, la Escuela Moderna chilena ha puesto claramente

27 Artículos.3, 14-15, 309, 311.

28 Artículos 4, 33-38, 300.

29 Véase los artículos reproducidos en el Código Civil de 1942 (17-31).

30 Artículos 8 a 11.

31 Ley de Introducción al Código Civil alemán de 15 de agosto de 1896 (EGBGB). Artículos 3-38.

32 Una revisión completa del sistema normativo chileno puede consultarse en: PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2018). Derecho Internacional Privado chileno. Leyes, tratados y jurisprudencia, Editorial Thomson Reuters.

33 ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando (1950). Manual de Derecho Internacional Privado, 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile. DUNCKER BIGGS, Federico (1963). Derecho Internacional Privado. Parte General, Editorial Jurídica de Chile. HAMILTON, Eduardo, y otros (1966). Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile. (Derecho Internacional Privado), trabajo colectivo realizado bajo la dirección del Prof. Hamilton, por Ricardo Bezanilla R., Francisco Bulnes R., Guillermo Carey T., Raimundo Langlois V., Raúl Domínguez H., Fernando Bravo V. y James Hamilton D., Editorial Jurídica de Chile. GESCHE MULLER, Bernardo (1982). Jurisprudencia y Tratados en Derecho Internacional Privado chileno, Editorial Jurídica de Chile; GUZMÁN LATORRE, Diego (2003). Tratado de Derecho Internacional Privado, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed. MONSÁLVEZ MULLER, Aldo (2007). Derecho Internacional Privado, 3ª edición, Editorial Universidad Internacional Sek.

su atención en la regulación de las relaciones privadas internacionales a través de un pluralismo metodológico[34].

7. De esa forma nace el sistema chileno de derecho internacional privado marcando como punto de partida el *principio de territorialidad* de la ley chilena (artículo 14 del Código Civil), en virtud del cual la ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros. Así las cosas, chilenos y extranjeros, domiciliados y transeúntes, por el solo hecho de *habitar* territorio chileno, quedan sometidos a su imperio en su triple aspecto de persona, bienes y actos realizados en Chile. A su vez, chilenos y extranjeros, aun conservando domicilio en Chile, no quedarán sometidos a la ley chilena si no habitan territorio chileno. Con ello, el legislador nacional dejó en claro que no permitiría que leyes extranjeras pudieren aplicarse en Chile a menos que la propia ley chilena así lo dispusiera, y, a su vez, tampoco la ley chilena debía regir en el extranjero, salvo se tratare de situaciones excepcionales (artículo 15, 16 inciso 2º, 17, 955 y 998).

8. El *estatuto personal de los chilenos* fue precisamente una de esas hipótesis excepcionales en que la ley chilena seguiría a los nacionales como sombra al cuerpo, aun cuando se encontraren en el extranjero. Estas materias son las siguientes: constitución y extensión de su estado civil, capacidad para celebrar actos que produjeren efectos en Chile y derechos y obligaciones que emanaren de las relaciones de familia, pero sólo respecto a su cónyuge y parientes chilenos (artículo 15). Respecto al *estatuto personal de los extranjeros* el legislador chileno optó simplemente por desconocer para ellos la regla que sí recogió para los chilenos, esto es, que en estas materias se aplicara su ley nacional, desconociendo toda posibilidad que pudiera aplicarse en Chile la ley nacional o del domicilio de dichos extranjeros.

9. El estatuto real (bienes), por su parte, fue regulado a través de una norma de conflicto unilateral que sometió a la ley chilena todos los bienes situados en Chile, con independencia de la nacionalidad o domicilio del dueño. El legislador, sin embargo, no se refirió a la ley aplicable a los bienes situados en el extranjero.

34 Véase, entre otros: LEÓN STEFFENS, Avelino (1986). Nuevas normas de Derecho Internacional Privado", Editorial Jurídica de Chile. NAVARRETE BARRUETO, Jaime (1985): Derecho Internacional Privado. Parte General, Apuntes de Clases, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos y VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel (2015). Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición. RAMÍREZ NECOCHEA, Mario (2013). Derecho Internacional Privado, Editorial Thomson Reuters, 2013, pp. 253 y siguientes; RÍOS DE MARIMÓN, Hernán (2004). Derecho Internacional Privado, edición, Universidad Central. VIAL UNDURRAGA, María Ignacia (2013). La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado, Revista Chilena de Derecho, volumen 40, N° 3, 2013. GARCÍA PUJOL, Ignacio (2008). "Cumplimiento de sentencias extranjeras en Chile: alejándose del régimen de reciprocidad legal"; Estudios de Derecho Internacional, tomo II, Editorial Librotecnia, Santiago. GROB DUHALDE, Francisco (2014). La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes, Revista Chilena de Derecho, volumen 41, N° 1, páginas 229-265. GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime (2009). Aspectos generales del Derecho Internacional Privado en Chile. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. SCHLEYER ALT, Jorge (2013). La formación del consentimiento en los contratos internacionales, Editorial Thomson Reuters. MOSCOSO RESTOVIC, Pía (2019): Responsabilidad ambiental internacional en proyectos mineros binacionales: análisis desde el Derecho Internacional Privado, Editorial Civitas, España. CORNEJO AGUILERA, Pablo (2016). Derecho internacional privado de las sucesiones. Novedades desde la Unión Europea" en VV.AA "Temas actuales de derecho internacional. Homenaje al profesor emérito Mario Ramírez Necochea, Santiago, Editorial Thomson Reuters.

10. En materia de *actos y contratos*, habida cuenta la época de redacción del Código Civil, no es posible encontrar norma alguna en su articulado que refiera a los "contratos internacionales", limitándose el legislador a reconocer las estipulaciones contenidas en contratos celebrados válidamente en el extranjero, advirtiendo que si los efectos de los mismos se radicaban en Chile, quedarían sujetos a la ley chilena (artículo 16, incisos 2º y 3º). En 1978 y en un intento de llenar los vacíos de la legislación chilena, se aprueba el D.L. N° 2349 (1978), destinado a regular los contratos internacionales que el Estado, sus instituciones y empresas, celebrara con entidades extranjeras, buscando así incrementar el comercio internacional, atraer inversión e impulsar la economía de Chile en aquella época. En esta normativa se otorgó al Estado la facultad de elegir el tribunal competente y la ley aplicable al contrato, permitiéndose incluso que el Estado renunciara a su inmunidad de jurisdicción y ejecución, en caso de someterse a la jurisdicción de tribunales arbitrales u ordinarios extranjeros.

11. La ley aplicable a las *formalidades* de los actos quedó sujeta a la ley del lugar donde el acto se hubiera realizado (artículo 17 y 1027).

12. La *sucesión por causa de muerte*, por su parte, fue sometida a la ley del último domicilio del causante (artículo 955), sin perjuicio de las excepciones legales.

13. Los aspectos internacionales del matrimonio se encuentran regulados en los artículos 80 a 84 de la Ley Nº 19.947, sobre Matrimonio Civil, de 2003. Los requisitos de forma y fondo del matrimonio, por su parte, están sometidos a la ley del lugar de celebración del matrimonio, debiendo reconocérsele valor en la medida en que se trate de la unión entre un hombre y una mujer, y exista consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes (artículo 80 de la LMC). El divorcio está regulado por la ley que regula la relación matrimonial al momento de interponerse la acción. En cuanto a los regímenes patrimoniales, el legislador chileno considera que quienes se hayan casado en el extranjero e inscriban su matrimonio en Chile, quedan sometidos, salvo pacto en contrario, al régimen de separación total de bienes (artículo 135 inciso 2º del Código Civil).

14. Las normas de conflicto referidas a los Acuerdos de Unión Civil celebrados en el extranjero se encuentran en los artículos 12 y 13 de la Ley Nº 20.830.

15. En cuanto a los llamados *conflictos de jurisdicción,* la legislación chilena simplemente optó por el silencio, incorporando dos normas aisladas de competencia judicial internacional de los tribunales chilenos en materia sucesoria (artículos 148 y 149 del Código Orgánico de Tribunales). Ciertamente se trata de la laguna legal más sensible en el derecho internacional privado chileno que el Proyecto de ley busca solucionar con un sistema robusto de normas de competencia judicial internacional de los tribunales chilenos.

16. Junto a estas fuentes normativas internas, Chile aprobó en 1928 la Convención de La Habana, cuyo anexo tuvo por objeto darle vida en el continente americano

al Código de Derecho Internacional Privado[35], comúnmente conocido como "Código de Bustamante", cuya aplicación, sin embargo, ha sido especialmente restrictiva en nuestro país, a propósito de la reserva general con la cual fue aprobado dicho tratado internacional, consistente en que "… *ante el Derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros*" [36] [37].

17. No obstante lo anterior, con el tiempo, y en la medida en que Chile fue abriendo su economía al mundo, empezó a incorporarse con fuerza en los grandes foros de codificación del derecho internacional privado[38] (CIDIP[39], UNIDROIT[40], UNCITRAL y Conferencia de La Haya[41]), ratificando diversos tratados internacionales en materias de diversa índole, tales como arbitraje comercial internacional[42]; prueba e información del derecho extranjero[43]; exhortos y cartas

35 Véase el Decreto N° 374, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial el 25 de abril de 1934.

36 Ratificado por: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela.

37 La delegación chilena realizó la siguiente Declaración al momento de firmar la Convención de La Habana de 1928: "La Delegación de Chile se complace en presentar sus más calurosas felicitaciones al eminente y sabio jurisconsulto americano, señor Antonio Sánchez de Bustamante, por la magna labor que ha realizado redactando un proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, destinado a regir las relaciones entre los Estados de América. Este trabajo es una contribución preciosa para el desarrollo del panamericanismo jurídico, que todos los países del Nuevo Mundo desean ver fortalecido y desarrollado. Aun cuando esta obra grandiosa de la codificación no puede realizarse en breve espacio de tiempo, porque necesita de la madurez y de la reflexión de los Estados que en ella van a participar, la Delegación de Chile no será un obstáculo para que esta Conferencia Panamericana apruebe un Código de Derecho Internacional Privado; pero salvará su voto en las materias y en los puntos que estime conveniente, en especial, en los puntos referentes a su política tradicional o a su legislación nacional."

De igual manera, la Delegación de la República de Chile, formuló la siguiente reserva a la Convención de La Habana de 1928: "…ante el Derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros."

38 SANTOS BELANDRO, Rubén (2002): Bases Fundamentales La Haya, UNCITRAL y UNIDROIT", Asociación de Escribanos del Uruguay, Serie de Documentos Nº 5.

39 Conferencias Internacionales Especializadas de Derecho Internacional Privado (OEA).

40 Promulga la incorporación de Chile al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y a su Estatuto Orgánico, adoptado en Roma, Italia, el 15 de marzo de 1940", (Decreto N° 504), publicado en el Diario Oficial el 25 de agosto de 1982. Ratificado por Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, Dinamarca, Egipto, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Vaticano, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irak, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Países Bajos, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Paquistán, Paraguay, Polinia, Portugal, República de Corea, República de Serbia, Rumania, Federación de Rusia, San Marino, Arabia Saudí, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, Uruguay, Venezuela.

41 El Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado entro en rigor el 15 de julio de 1955. Véase el Decreto N° 1089, publicado en el Diario oficial el 15 de febrero de 1986.

42 Véase: Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975", (Decreto N° 364), publicado en el Diario Oficial el 12 de julio de 1976 y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscritas en Nueva York el 10 de junio de 1958", (Decreto N° 664), publicado en el Diario Oficial el 30 de octubre de 1975.

43 Véase: Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, adoptada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979, (Decreto N° 271), publicado en el Diario Oficial el 6 de junio de 1997; Convenio sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, suscrito entre los Gobiernos de la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, en Montevideo, el 28 de junio de 1984, (Decreto N° 752), publicado en el Diario oficial el 21 de octubre de 1985.

rogatorias[44]; ley aplicable a los cheques, letras de cambio, pagaré y facturas[45]; mandato internacional[46]; obtención internacional de pruebas[47]; compraventa internacional de mercaderías[48]; cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil[49]; sustracción internacional de menores[50], adopción internacional[51], apostilla[52]; y obtención internacional de alimentos[53], entre otras.

18. En suma, el sistema chileno de derecho internacional privado se alimenta y nutre no sólo de normas internas (exiguas y dispersas), sino también de diversos textos convencionales que ha recogido la comunidad internacional y que permiten advertir un proceso de paulatina desnacionalización[54] y unificación normativa en el que ciertas normas de esta disciplina ya no tienen origen estrictamente estatal y pueden ser aplicadas por jueces de distintas jurisdicciones[55]. Como sea, este reducido número de normas legales internas regulan de manera dispersa las relaciones privadas internacionales y con escasa sistematización, coherencia, principio de realidad y conexión social[56]. Basta traer a colación los contratos internacionales en donde existe una normativa completamente anacrónica y desfasada en el tiempo con más de 40 años y limitada exclusivamente a la

44 Véase la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, aprobada en Panamá, el 30 de enero de 1975, (Decreto N° 644), publicado en el Diario oficial el 18 de octubre de 1976. Este Convenio cuenta con Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, de 1975, adoptado en 8 de mayo de 1979, en la 2ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo", (Decreto N° 858), publicado en el Diario Oficial el 12 de febrero de 1990.

45 Véase: Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas. Decreto N° 363, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial el 13 de julio de 1976; Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, suscrita en Montevideo, en 1979. Decreto N° 1400, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial el 04 de marzo de 1997.

46 Véase: Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero, suscrito en Panamá el 30 de enero de 1975 (Decreto Nº 643), publicado en el Diario Oficial el 9 de julio de 1976.

47 Véase la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrito en Panamá el 30 de enero de 1975, (Decreto N° 642), publicado en el Diario oficial el 9 de octubre de 1976.

48 Véase: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrito en Viena, el 11 de abril de 1980", (Decreto Nº 544), publicado en el Diario Oficial el 3 de octubre de 1990

49 Véase el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, de 2002, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial en 2009.

50 Véase el Convenio de 1980 sobre Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Decreto Nº 386, publicado en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994. Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, suscrito en Montevideo, el 15 de octubre de 1981, aprobado por Decreto Nº 288, publicado en el Diario Oficial el 31 de mayo de 1982.

51 Véase la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Suscrita por la República de Chile, en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984. Véase el Decreto Nº 24, publicado en el Diario Oficial el 30 de abril de 2002. La Convención ha sido ratificada por Belice, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay. Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Adoptada el 29 de mayo de 1993 en la Décimo Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", (Decreto Nº 1215), publicado en el Diario Oficial el 4 de octubre de 1999

52 Véase: Convención por la que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 1961.

53 Véase la Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, suscrita en Nueva York en 1956. Aprobada por Decreto N° 23, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial el 23 de enero de 1961.

54 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (2019). Denationalising private international law – a law with multiple adjudicators and enforcers, Yearbook of Private International Law, Volume 20, 2019).

55 AUDIT, Bernard (2003). Le droit international privé en quete d'universalité. Cours général Recueil des cours, Haia, v. 305, 2001.

56 BUCHER, Andreas (2011). La dimension sociale du droit international privé, Cours général, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, tomo 341, 2011, p. 526.

contratación internacional del Estado, lo que resulta paradójico siendo nuestro país una de las economías más abiertas del mundo.

b) Fundamentos para la creación de una Ley de Derecho Internacional Privado.

1. El desarrollo actual del derecho internacional privado puede resumirse en la interacción[57] de los siguientes factores: existencia de sociedades abiertas[58]; globalización[59]; migración internacional; derechos humanos[60]; procesos de integración regional[61], internet y nuevas tecnologías de la sociedad de la información[62]; incremento del comercio internacional y las exportaciones a través de contratos internacionales[63]; turismo internacional; internacionalización de la familia[64]; diversidad normativa; multiculturalidad en la sociedad posmoderna actual[65]; desarrollo de los medios de transporte de personas y bienes; circulación internacional de capitales e inversión extranjera; litigación civil transfronteriza por daños al medioambiente y por efectos del cambio climático, y el rol de la sociedad civil como nueva protagonista en la elaboración de normas.
2. El fenómeno de la globalización ha producido múltiples transformaciones no solo en la economía, sino también en el derecho internacional privado[66]. Se trata de un proceso histórico[67] basado en una creciente movilidad de bienes, servicios, capital y personas entre fronteras[68].

57 KJAER, Poul (2019). L'idée sociologique de « connectivité » et le droit international privé, Revue Critique de Droit International Privé, pp. 925 y siguientes.

58 BASEDOW, Jürgen (2013). The law of open societies private ordering and public regulation of international relations, Recueil des cours, Vol. 360, 2013

59 VAN LOON, Hans (2016). The Global Horizon of Private International Law», Inaugural Lecture 2015, Recueil des Cours de l'Académie de La Haya, Vol. 380, pp. 9-108.

60 BASEDOW, Jürgen (2017). Droits de l'homme et droit international privé Human Rights and Private International Law, Yearbook of Institute of International Law, 2017, vol. 78. FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia (2014). Orden público internacional y derechos humanos en el Derecho internacional privado de familia. Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, No. 2. P. 113-125.

61 BORRÁS, A. Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir, Recueil des cours, Vol. 317, pp. 313 y ss.

62 DE MIGUEL ASENCIO, Pedro (2011): Derecho Privado de INTERNET, Editorial Civitas – Thomson Reuters, Madrid, España.

63 MUIR WATT, Horatia (2004). "Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de loiset de juridictions)", en Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye, Tome 307, 2004.

64 DREYZIN DE KLOR, Adriana (2010). "Los nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el Derecho internacional privado. Familia – posmodernidad – DIPr", en Revista Mexicana de derecho internacional privado y comparado, AMEDIP, México D.F., 2010, Nº 26, pp. 73-92.

65 FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia (2014). El diálogo cultural como nuevo paradigma en el Derecho internacional privado del siglo XXI. Estudios de Derecho Internacional Privado, chileno y comparado. Santiago de Chile, p. 105-141. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro (1998). Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado. Revista de Derecho Privado. España, p. 541-558.

66 ROOSEVELT, Kermit (2019). Certainty vs. Flexibility in the Conflict of Laws. Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance (F. Ferrari & D. Fernández Arroyo eds., Elgar 2019)., U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 18-40, disponible en https://ssrn.com/abstract=3301554

67 SYMEONIDES, Symeon (2011). Codification and Flexibility in Private International Law disponible en https://ssrn.com/abstract=1945924

68 FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2008): Globalisation: A Brief Overview.

3. En relación con la inmigración, el número de migrantes internacionales aumentó de 93 millones de personas en 1960 a 167 millones en el año 2000. Esto equivale a un aumento de un 80%[69]. Los procesos de integración regional han favorecido la creación de espacios de libertad, seguridad y justicia (Unión Europea y Mercosur), que ciertamente favorecen el desarrollo de las relaciones privadas internacionales.

4. En cuanto al desarrollo del turismo internacional, se estima que hubo 1,4 billones de turistas internacionales a nivel global en 2018[70].

5. La evolución del transporte de pasajeros (aéreo, marítimo y terrestre) ha permitido que miles de personas puedan trasladarse con facilidad de un país a otro, y que productos fabricados en un país puedan ser comercializados en otro.

6. La irrupción de internet durante los últimos 20 años[71] ha venido a relativizar el concepto clásico de fronteras[72] –y con ello las técnicas localizadoras del derecho internacional privado–, permitiendo que personas que se encuentran distanciadas por cientos de miles de kilómetros puedan comunicarse, negociar, celebrar y ejecutar contratos. Surgen así nuevas preguntas asociadas a esa realidad: ¿cómo se determina la competencia judicial internacional en el ciberespacio? ¿cuál es el derecho aplicable a las nuevas tecnologías contractuales *blockchain*?, ¿cómo se resuelve la responsabilidad extracontractual por daños transfronterizos al medioambiente?, ¿cuál es el tribunal competente y el derecho aplicable a los daños a la imagen cometidos por medio de redes sociales? ¿puede hablarse del efecto transfronterizo del derecho al olvido? Vemos así, que las sociedades del siglo XXI son cada vez más abiertas y el derecho internacional privado debe estar disponible para ofrecer soluciones adecuadas y justas, a través de métodos que estén en sintonía con la realidad social.

7. Hoy no sólo se puede hablar de movilidad de bienes, servicios, personas y capitales, sino también de ideas, conocimientos, creencias religiosas[73] y culturas[74]. Y es precisamente aquí donde puede advertirse, durante el último tiempo, una fuerte constitucionalización del derecho internacional privado, marcada por una interrelación inevitable con el derecho internacional de los derechos humanos[75], en la que derechos fundamentales, como el respeto a la identidad y a la diversidad cultural (multiculturalidad)[76], se erigen como pilares intransables

69 Ver CZAIKA, Mathias, y DE HAAS, Hein (2014): The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory?, The International Migration Review 48.2: pp. 283-323.

70 ROSER, Max (2018): Tourism. Our World in Data.

71 SVANTESSON, D. (2007). Private International Law and the Internet, Alphenaan den Rijn, Kluwer, p. 263.

72 SANTOS BALANDRO, Rubén (2013): Territorio, frontera, soberanía y espacios: cuatro conceptos que tensionan al Derecho internacional privado actual", Revista de Derecho Público, año 22, número 43, 2013, pp. 75-110.

73 JAYME, Erik. Ordre public, droits de l'homme et diversité de religión. En Christian von Bar. Islamic law and its reception by de Courts in the West. 1999. p. 221-229.

74 CASTLES, Stephen, y MILLER, Mark (2009): The Age of Migration (Houndmills, Basingstoke, Hampshire and London: MacMillan Pres ltd.), citado en CZAIKA y DE HAAS (2014), p. 285.

75 KINSCH, P. (2005) Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé, Recueil des cours, Vol. 318, pp. 9 y ss.;

76 JAYME, Erik (1995). "Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de

de una renovada justicia conflictual, a la que deben aspirar los jueces nacionales y en donde éstos juegan un rol protagónico. La globalización ha estimulado poderosamente la interacción entre los derechos humanos y el derecho internacional privado[77]. Como ha señalado de manera elocuente el profesor Van Loon "…no es una calle de un solo sentido. No se trata solo de que los derechos humanos anulen las normas de Derecho internacional privado que bloquean el reconocimiento de la «realidad social» de familias que han adquirido derechos conforme a sistemas legales extranjeros. También funciona en la otra dirección: *el Derecho internacional privado puede informar la norma de derechos humanos* para que se aplique tomando debidamente en cuenta la identidad cultural de la persona, su evolución en el tiempo y el pluralismo jurídico"[78].

8. Nuestro país ha vivido, recientemente, una ola de inmigración sin precedentes[79], transformándose en un país de acogida para miles de extranjeros[80], quienes establecen nuevas uniones familiares con chilenos y consolidan patrimonios compuestos por bienes situados en distintos Estados. Así, la "insularidad" que tanto caracterizaba a la sociedad chilena de los siglos XIX y XX, va quedando atrás muy rápidamente, y es posible constatar la transformación de una sociedad que cada día se vuelve más multicultural y en la que el respeto a la diversidad se erige como un derecho fundamental de todas las personas, con independencia de su origen, raza o religión.

9. De igual forma, durante los últimos años ha aumentado significativamente el número de chilenos que se han radicado permanentemente en el extranjero[81],

droit international privé 1995» en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II.

77 GANNAGÉ, L. (2013). Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures, Recueil des cours, Vol. 357, 2013, N.os 12 y ss.

78 VAN LOON, Hans (2016). The Global Horizon of Private International Law», Inaugural Lecture 2015, Recueil des Cours de l'Académie de La Haya, Vol. 380, pp. 9-108.

79 Pocos ponen en duda que Chile está viviendo una situación migratoria sin precedentes después de un largo período, iniciado con la Primera Guerra Mundial, durante el cual la proporción de inmigrantes en el total de nuestra población disminuyó de manera constante, alcanzando sus niveles más bajos en las décadas finales del siglo pasado. Según los censos, tanto de 1982 como de 1992, menos del 1 % (0,75 % y 0,86 % respectivamente) de la población del país había nacido fuera de Chile, porcentaje que era claramente inferior al reportado por el censo de 1907: 4,1 %. En contraste con ello, desde inicios del nuevo siglo se ha contemplado un desarrollo sin paralelos en nuestra historia, elevando el porcentaje de inmigrantes de 1,2 % (2002) a 6,6 % (2018) o de 185 mil personas a poco más de 1,25 millones, según el informe "Estimación de personas extranjeras residentes en Chile", publicado el 14 de febrero de 2019 por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (DEM).

80 El informe "Estimación de personas extranjeras residentes en Chile" (14 de febrero de 2019) ha dado a conocer la última actualización de extranjeros viviendo en el país. Según el referido informe, los extranjeros residentes en Chile llegan a 1.251.225 al 31 de diciembre de 2018. Asimismo, el informe detalla que la comunidad venezolana es la mayor en el país, con un 23 % del total de extranjeros residentes, desplazando a un segundo lugar la comunidad peruana. Los cinco países desde donde proviene la mayoría de las personas extranjeras son Venezuela (288.233), Perú (223.923), Haití (179.338), Colombia (146.582) y Bolivia (107.346). Si se compara estos datos con los del censo, se observa un crecimiento del 67,6 % para esta población en el período entre abril de 2017 y diciembre de 2018.

81 El 4 de julio de 2016, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, a través de la Dirección para la Comunidad de Chilenos en el Exterior (DICOEX), en conjunto con el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), presentó el Segundo Registro de Chilenos en el Exterior, dando a conocer que la población residente fuera de nuestras fronteras se elevó a 1.037.346 personas (el número de chilenos en el exterior, según el Primer Registro de 2005, era de 857.781) y que Argentina sigue siendo el país con la mayor cantidad de chilenos (42,4 %), seguido de Estados Unidos (13,4 %), España (10,2 %), Suecia (5,4 %), Canadá (4,1 %), Australia (3,6 %), Brasil (2,5 %), Venezuela (2,3 %), Francia (2,2 %) y Alemania (1,9 %). También se concluye que las diez mayores concentraciones de chilenos se encuentran en cuatro continentes: Sudamérica (Argentina, Brasil y Venezuela), Europa (España, Suecia, Francia y Alemania), Norteamérica (Estados Unidos y Canadá) y Oceanía (Australia).

casándose o constituyendo uniones de hecho con personas de distinta nacionalidad, y adquiriendo bienes que muchas veces se encuentran situados en un país distinto de aquél en donde la pareja tiene su domicilio o residencia habitual. Estas personas fallecen y, entonces, es necesario determinar cuál es el tribunal competente para conocer de la sucesión y qué ley deberá aplicarse, especialmente cuando el patrimonio del causante se encuentra en distintos Estados, o bien cuando tiene nacionalidad, domicilio o residencia habitual en otro país; cuando el testamento se ha redactado y otorgado en el extranjero, o bien cuando existan herederos de distintas nacionalidades.

C) Leyes especiales de derecho internacional privado a nivel global.

1. El aumento explosivo de las relaciones privadas internacionales durante los últimos cincuenta años, fruto de la globalización, ha motivado que muchos Estados consideren una prioridad su regulación normativa, ya sea en leyes especiales o a través de la actualización de las normas de conflicto contenidas en los códigos civiles[82].

2. A continuación mencionaremos los Estados que han actualizado sus normativas sobre Derecho Internacional Privado entre 1970 y 2020: Portugal[83], España[84], Jordania[85], Hungría[86], Austria[87]; Perú[88]; Paraguay[89]; Emiratos Árabes Unidos[90]; Alemania[91]; Suiza[92]; México[93]; Finlandia[94]; EE.UU. (Louisiana)[95]; Quebec[96]; Burkina Faso[97]; Rumania[98]; Yemen[99]; Australia[100], Letonia[101]; Reino Unido de

82 Véase: BASEDOW, Jürgen; FERRARI, Franco; DE MIGUEL ASENCIO, Pedro, y RUHL, Gisela (2018): Encyclopedia of Private International Law, cuatro volúmenes, Edward Elgar. FERNÀNDEZ ROZAS, José Carlos (2015): Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe, Editorial IPROLEX, Madrid, España. PICAND ALBÓNICO, Eduardo: Derecho internacional privado. Legislación extranjera, Editorial El Jurista, 2019.

83 Artículos 14 a 65 del Código Civil portugués, revisado en 1966.

84 Artículos 8 a 16 del Código Civil español, revisado en 1974.

85 Artículos 1-3, 11-29 de Código Civil jordano de 1976.

86 Ley Nº 13, sobre Derecho Internacional Privado, de 1979.

87 Código Civil austriaco de 1978, modificado por la ley Nº 135/2009.

88 Código Civil peruano de 1984 (artículos 2046 a 2111).

89 Artículos 11 a 26 del Código Civil paraguayo, revisado en 1985.

90 Artículos 1 a 3, 10 a 28 del Código de Transacciones Civiles de Emiratos Árabes Unidos, de 1985.

91 Ley de Introducción al Código Civil alemán, de 1986.

92 Código suizo de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987.

93 Artículos 12-15, 29-34, 2736-38 del Código Civil Federal.

94 Código Civil de Finlandia, de 1987.

95 Libro IV del Código Civil de Louisiana (Ley Nº 923, de 1991).

96 Libro X del Código Civil de Quebec, de 1991 (artículos 3076 a 3168).

97 Artículos 988 a 1050 del Código Civil de las personas y familias (Ley VII 0013, de 1989).

98 Ley de Derecho Internacional Privado Nº 105, de 22 de septiembre de 1992.

99 Ley de Derecho Internacional Privado de 29 de marzo de 1992.

100 Choice of Law Act, de 1992.

101 Artículos 8 a 25 del Código Civil de Letonia, de 1993.

Gran Bretaña e irlanda del Norte[102]; Italia[103]; Corea del Norte[104]; Vietnam[105]; Liechtenstein[106]; Armenia[107]; Bielorrusia[108]; Túnez[109]; Venezuela[110]; Kazajistán[111]; Eslovenia[112]; Macao[113]; Lituania[114]; Azerbaiyán[115]; Países Bajos[116],; Corea del Sur[117]; Oregón[118]; Rusia[119]; Estonia[120]; Moldova[121]; Mongolia[122]; Bélgica[123]; Qatar[124]; Bulgaria[125]; Ucrania[126]; Japón[127]; Turquía[128]; China[129], Polonia[130], Dinamarca[131], República Dominicana[132]; Panamá[133] y Ecuador[134].

102 Ley de Derecho Internacional Privado (Miscellaneous Provisions), de 8 de noviembre de 1995. Codificación de los conflictos de leyes sobre daños.

103 Ley de Derecho Internacional Privado, de 31 de mayo de 1995.

104 Ley de la República de Corea sobre Relaciones Civiles Externas, de 6 de septiembre de 1995.

105 Artículos 758 a 777 del Código Civil de Vietnam, de 2005. Artículos 405 a 418, 342 a 374 del Código de Procedimiento Civil, de 2004, en donde se regula la competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

106 Ley de Derecho Internacional Privado, de 1996.

107 Artículos 1253 a 1293 del Código Civil de Armenia, de 1998.

108 Artículos 1093 y siguientes del Código Civil, de 1998, modificado el 20 de junio de 2008.

109 Código de Derecho Internacional Privado, de 1998 (Ley Nº 98, de 27 de noviembre de 1998).

110 Ley de Derecho Internacional Privado, de 1999.

111 Artículos 1167 a 1208 del Código Civil, revisado en 1998.

112 Ley de Derecho Internacional Privado, de 1999.

113 Artículos 13 y siguientes del Código Civil, de 1999.

114 Artículos 1.10 a 1.62 del Código Civil, de 2000.

115 Ley de Derecho Internacional privado, de 6 de junio de 2000.

116 Código Civil de 2012 (Libro 10: Conflictos de Leyes).

117 Ley Nº 6465, de 2001, sobre Conflicto de Leyes.

118 Or. Rev. Stat. §§ 81.100–81.135 (2001) (codifying choice of law for contract conflicts). Or. Rev. Stat. §§ 31.850–31.890 (2009), effective 1 Jan. 2010 (codifying choice of law for tort conflicts).

119 Ley Federal Nº 146, de 26 de noviembre de 2001, que modifica la Parte III del Código Civil de la Federación Rusa. Las normas de Derecho Internacional Privado se encuentran en el Título VI (artículos 1186 a 1224).

120 Ley de Derecho Internacional privado de 22 de marzo de 2002.

121 Artículos 1578 a 1625 del Código Civil, modificado por la ley Nº 1107, de 6 de junio de 2002.

122 Artículos 539 a 552 del Código Civil de Mongolia, actualizado en 2002.

123 Código de Derecho Internacional Privado (ley de 16 de julio de 2004).

124 Artículos 10 a 38 del Código Civil de Qatar, actualizado por la Ley Nº 22 de 8 de agosto de 2004.

125 Código de Derecho Internacional Privado de Bulgaria (Ley Nº 42, de 2005, modificada a través de la ley Nº 59 de 2007).

126 Ley de Derecho Internacional Privado de 23 de junio de 2005.

127 Ley Nº 10 de 1898, modificada el año 2007, incorporando un Título sobre Reglas generales de Derecho Aplicable. Act on the General Rules of Application of Law, Nº 78, de 2007.

128 Código turco de Derecho Internacional Privado (Ley Nº 5718, de 27 de noviembre de 2008).

129 Ley de la República Popular de China sobre las Leyes Aplicables a las Relaciones Civiles con Elementos de Extranjería, adoptada en la 17.a sesión del Comité Permanente del 11.° Congreso Popular Nacional, en octubre de 2010. Texto y traducción al inglés en: BASEDOW, J. y PISSLER, K. (2014). Private International Law in Mainland China, Taiwán y Europa, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 439 y ss.

130 Act on Private International Law, de 2011.

131 Administration of Justice Act, consolidada a través de la Ley Nº 1308, de 2014.

132 Ley Nº 544-14, sobre Derecho Internacional Privado, de 2014. El mejor estudio publicado al día de hoy sobre la nueva ley puede verse en: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto y CONCEPCIÓN, Nathanael (2017): Derecho internacional Privado de la República Dominicana, Santo Domingo, Funglode.

133 Ley Nº 61, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, de 2015. Para un estudio del sistema anterior, véase la completa obra publicada en Panamá de quien es el redactor del Proyecto: BOUTIN, Gilberto (2006): Derecho Internacional Privado, 2ª edición, ciudad de Panamá.

134 Artículos 13-17 del Código Civil, revisado en 2016.

Asimismo, se encuentran en actual tramitación proyectos de ley de Derecho Internacional Privado en Bolivia (2009), Puerto Rico, República Checa (2009) y Uruguay (2013). Por último, en México existe una interesante iniciativa a cargo de AMEDIP (2015).

3. Como es posible advertir, el Proyecto de Ley que presentamos para Chile no es una novedad en el contexto internacional, sino todo lo contrario. Hace más de 50 años que los Estados integrantes de la Comunidad Internacional han comenzado un proceso de reforma y actualización a sus sistemas internos de derecho internacional privado y, ciertamente, nuestro país es uno de los últimos en afrontar esta tarea, no obstante haber sido pioneros en esta materia con la dictación del Código Civil en 1855.

II. Sobre la Comisión Técnica a cargo de la redacción del proyecto y el acuerdo de cooperación que le dio origen.

A) El Acuerdo de Cooperación entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), de 2017

1. La iniciativa surge en el mes de marzo de 2017, a propósito de una propuesta de trabajo que la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en conjunto con la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), formularon al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con el objeto de elaborar un texto técnico que sirviera de base para la presentación de un proyecto de ley sobre derecho internacional privado, que regulara de manera uniforme y sistemática las relaciones privadas internacionales en Chile.

2. El 2 de octubre de 2017, el Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos, el Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y el Sr. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado firmaron un "Convenio de cooperación", que tendría por objeto "… *crear una comisión técnica de profesores y expertos de Derecho Internacional Privado para el estudio y elaboración de una propuesta técnica que pueda servir de base para la redacción de un Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado en Chile*", comprometiéndose el Ministerio de Justicia a "… *recepcionar el producto final del trabajo conjunto entre las dos partes ya antes mencionadas, para efectos de su evaluación y estudio, con el propósito de determinar la pertinencia, utilidad y eventual uso de dicho insumo para efectos de la redacción de un Proyecto de Ley sobre Derecho Internacional Privado*".

3. La iniciativa fue rápidamente respaldada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, teniendo en consideración que "… *la actual legislación nacional relativa al Derecho Internacional Privado no regula de manera adecuada y moderna las relaciones privadas internacionales que surgen en una sociedad cada vez más globalizada y multicultural, especialmente en aspectos referidos a la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable, el reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones, y la cooperación jurídica internacional…*".

B) La formación de una Comisión Técnica a cargo de la redacción del texto y sus sesiones de trabajo.

1. En cumplimiento del Convenio de Cooperación celebrado entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), se formó, en octubre de 2018, una Comisión Técnica, integrada no sólo por profesores universitarios dedicados al derecho internacional privado, sino también por destacados abogados nacionales que trabajan en despachos jurídicos chilenos y extranjeros. Esta decisión fue adoptada precisamente para que el trabajo que se desarrollara tuviera la necesaria mirada teórica y práctica.
2. Anteriormente, en el año 2017, y a través de oficio remitido a ADIPRI, ya habían confirmado su apoyo al trabajo de la Comisión el presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia Sr. Hugo Dolmestch Urra, quien dispuso la participación en la Comisión de abogados de la Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos, así como de la Unidad de Estudios de nuestro máximo tribunal. También apoyó esta iniciativa la Subsecretaria de Relaciones Exteriores de Chile, Sra. Carolina Valdivia, disponiendo que participaran en las reuniones un representante de la Dirección General de Asuntos Jurídicos.
3. También se consideró necesario extender invitación al SENAME -considerando la importante función que cumple en materia de adopción internacional- y a la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial, institución que detenta la Autoridad Central en Chile, en materias de relevancia como las solicitudes de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes (Convención de La Haya, de 1980) y obtención internacional de alimentos (Convención de Nueva York, de 1956).
4. La Comisión sesionó en 19 oportunidades (entre el 2 de agosto de 2018 y el 11 de agosto de 2020), realizándose las reuniones en dependencias del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile.
5. La primera reunión tuvo por objeto formar subcomisiones de trabajo según las distintas materias que debía regular el texto, a saber: competencia judicial internacional; derecho aplicable; reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones, y cooperación jurídica internacional.
6. La Comisión estuvo integrada por los siguientes profesores y abogados:
   - Sr. Carlos Bellei Tagle, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Alberto Hurtado y abogado del Instituto de Derechos Humanos.
   - Sr. Tomás Barros Oehninger, ayudante de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
   - Srta. Sofía Bofill Frías, ayudante de Derecho Internacional privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

- Sr. Raúl Campusano Droguett, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad del Desarrollo.
- Sr. Pablo Cornejo Aguilera, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Alberto Hurtado.
- Sr. José Luis Diez Schwerter, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Concepción.
- Sr. Samuel Fernández Illanes, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Central de Chile.
- Srta. Constanza Fuentes López, ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile.
- Sr. Jaime Gallegos Zúñiga, profesor de Derecho Económico de la Universidad de Chile.
- Sr. Ignacio García Pujol, profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Sr. Carlos Gómez Cruz, jefe de gabinete del ministro de Justicia y Derechos Humanos.
- Sr. Francisco Grob Duhalde, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Adolfo Ibáñez.
- Sr. Hugo Llanos Mansilla, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Central de Chile.
- Sra. Pía Mosoco Restovic, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Atacama.
- Sr. Eduardo Picand Albónico, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile.
- Sra. Constanza Reyes Sabag, subdirectora de la Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos de la Excma. Corte Suprema.
- Sr. Hernán Ríos de Marimón, abogado y exprofesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Finis Terrae.
- Sr. Felipe Salgado Pino, abogado de la Unidad de Estudios de la Excma. Corte Suprema.
- Sr. Jorge Schleyer Alt, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Adolfo Ibañez.
- Sra. Francisca Terminel Salinas, jefa del Área de Cooperación Jurídica Internacional de la Excma. Corte Suprema.
- Sr. Claudio Troncoso Repetto, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Chile y ex director jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

- Sr. Kristoffer Verbeken Manríquez, profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Sra. Javiera Verdugo Toro, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Chile y abogada jefe de la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial.
- Sra. Ignacia Vial Undurraga, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Los Andes.
- Sr. Carlos Villarroel Barrientos, profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Sr. Gabriel Villarroel Barrientos, profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Carolina von Schakmann. Abogada de la Oficina de Adopciones Internacionales del Servicio Nacional del Menor (SENAME).
- Srta. María Elena Wurth Naveillan, ayudante de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Sra. Carolina Zamar Rabajille, abogada de la Universidad Gabriela Mistral.

Secretarias de la Comisión:

- Srta. Dione Meruane Osorio, profesora de arbitraje de la Universidad Andrés Bello.
- Srta. Camila Quintana Castillo, instructora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Alberto Hurtado.

III. El objeto del Proyecto de Ley y sus aspectos fundamentales

A) Estructura y contenido general del Proyecto de Ley

1. El Proyecto consta de 93 artículos distribuidos de la siguiente forma: *Título I* (Normas generales), *Título II* (Competencia judicial internacional de los tribunales chilenos), *Título III* (derecho aplicable), *Título IV* (Reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras); *Título V* (Cooperación jurídica internacional) y *Título VI* (Normas transitorias).
2. En nuestra opinión los aspectos estructurales y más significativos en los que descansa esta propuesta normativa son los siguientes:

- Incorpora de manera transversal *normas de conflicto materialmente orientadas*; esto es, aquellas que no se agotan simplemente en la localización espacial de la relación jurídica a través de un único y excluyente factor de conexión, sino que, por el contrario, ofrecen un abanico de alternativas posibles al tribunal para la determinación de la ley aplicable, facilitando con ello la búsqueda de soluciones justas al caso concreto. Esta nueva técnica conflictual importa una forma distinta de concebir la función que debe cumplir la norma de conflicto:

satisfacer valores y, entre ellos, el de la justicia[135]. Y es que la norma de conflicto multilateral concebida por Savigny en el Siglo XIX[136], recogida ampliamente por el legislador chileno en el Código Civil de 1855, no satisface las necesidades de las sociedades abiertas en que vivimos hoy, en donde resulta inaceptable concebir una norma jurídica axiológicamente neutra, como lo es aquélla;

- *Flexibiliza el territorialismo chileno* adoptando un nuevo sistema tendiente a dar continuidad espacial a las relaciones privadas internacionales que nacen en un mundo cada vez más globalizado, permitiendo con ello la aplicación del derecho extranjero en Chile;
- Recoge el factor de conexión "*residencia habitual*" como criterio central en la determinación de la ley aplicable a la persona (abandonando con ello la simple "habitación"), sin perjuicio del respeto del orden público internacional de Chile. La residencia habitual, respecto de personas naturales, no es simplemente el lugar en donde habitan, sino que algo mucho más relevante: el lugar donde tienen su centro de vida, con independencia de su estatus migratorio o de su ánimo de permanecer en aquél, pudiendo determinarse a través de circunstancias de carácter personal, familiar o profesional que demuestren vínculos permanentes y estables con dicho lugar. La residencia habitual de las personas jurídicas está definida por el lugar donde tienen su establecimiento o sede social, administración central o su centro de actividad principal de negocios

Uno de los grandes escollos de la "nacionalidad" como factor de conexión aplicable al estatuto personal es que no logró tener nunca el apoyo de los países del *common law*, en donde el "domicilio", a su vez, tiene un significado completamente distinto al asignado en el *civil law*. Aparece así el criterio de la "residencia habitual" como una alternativa flexible y de encuentro entre ambos sistemas para determinar la ley aplicable y la jurisdicción de los tribunales en relaciones privadas internacionales.

El factor de conexión "residencia habitual" no es nuevo en Chile. Fue reconocido por primera vez a través de la ratificación de la Convención de La Haya de 1980 sobre Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, siendo normativizado también por la Corte Suprema al dictar el auto acordado 205-2015, que regula esta materia.

- Posiciona con fuerza el principio *de autonomía de la voluntad* en materia de contratos internacionales, reconociendo expresamente la facultad de

135 MICHAELS, Ralf (2019). Private International Law and the Question of Universal Values, en: The Continuing Relevance of Private International Law (Franco Ferrari & Diego P. Fernández Arroyo eds.), Elgar.

136 VON SAVIGNY, F. C. (1851). Sistema de Derecho Romano Actual, Berlín, Veit, par. 360 y ss

las partes de elegir el derecho aplicable al contrato[137], incluso no estatal[138], entregando con ello una regulación sistemática en esta materia, en línea con los instrumentos internacionales más modernos y actualizados que existen a nivel global y con amplio reconocimiento en el derecho uniforme del comercio internacional[139].

La elección puede referirse a todo o parte del contrato, pudiendo modificarse en cualquier momento. No se requiere ningún tipo de vinculación entre el derecho elegido y el contrato o las partes, alejándose así de la exigencia de "base razonable" de *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, de 1971, del derecho norteamericano[140].

El Proyecto permite elegir normas de derecho que no sean derecho estatal, esto es, principios generalmente aceptadas a nivel regional, internacional o supranacional, como ocurre con los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales de 2016, o incluso la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, en casos en que no fuera aplicable según el artículo 1º de dicho tratado.

- De igual forma, permite la *elección del derecho aplicable por voluntad de las partes en materia de personas y familia*, incluyendo el matrimonio y la sucesión por causa de muerte, lo que facilita el reconocimiento a su identidad cultural y a la continuidad espacial de las relaciones familiares. En esta misma materia, las normas del proyecto ofrecen una especial protección a la familia y, especialmente, a los niños frente a los riesgos que la globalización pudiere ocasionar en su estabilidad, velando así por su interés superior a nivel transfronterizo.

- *Regula de manera sistemática la competencia judicial internacional de los tribunales chilenos*, precisando las hipótesis de competencia exclusiva y reconociendo la posibilidad de las partes de celebrar acuerdos de elección de foro. De esta forma, deja en claro que los tribunales chilenos no necesariamente tendrán competencia para conocer de todas las relaciones privadas internacionales sometidas a su conocimiento, evitando así foros exorbitantes;

137 PERTEGÁS, M. y MARSHALL, B. (2014). Party autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts», Brooklyn Journal of International Law, Vol. 39, pp. 975 y ss.

138 SAUMIER G. y GAMA, L. (2011). Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts, D. P. Fernández Arroyo y J. J. Obando Peralta (eds.), El Derecho internacional privado en los procesos de integración regional, San José, Editorial Jurídica Continental, pp. 41 y ss.; NEELS, J. L. y FREDERICKS, E. (2014). «Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts», De Jure, Vol. 44, pp. 101 y ss.; MICHAELS, (2014). Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts», K. Purnhagen y P. Rott (eds.), Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz, Heidelberg etc., Springer, pp. 43 y ss.

139 NYGH, P. (1999). Autonomy in International Contracts, Oxford, Clarendon.

140 CHESHIRE, G. y NORTH, P. Restatement of the Law Second, Conflict of Laws, 2ª edición, American Law Institute; Private International Law, 8ª edición.

- Establece un sistema de *reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros* en donde con estricto apego al respeto de las garantías procesales mínimas reconocidas por la ley chilena y los tratados internacionales, consagra el principio básico de reconocimiento, a menos que se pruebe fehacientemente la concurrencia de alguna de las hipótesis de denegación expresamente establecidas, e
- Incorpora una *regulación novedosa de la cooperación jurídica internacional* en materia civil, comercial, administrativa y de familia, precisando los requisitos y condiciones para que las autoridades chilenas puedan cooperar jurídicamente con autoridades extranjeras en la administración de justicia, ya sea de manera formal o bien a través de comunicaciones judiciales directas entre ellos.

B) Título I: Normas generales[141]

1. El Título I, referido a *Normas generales*, fija el objeto de la presente ley: regular las relaciones privadas internacionales (artículo 1º), esto es, aquellas que incluyen vínculos relevantes y objetivos con más de un Estado (definiciones).
2. El texto no busca regular todas las relaciones privadas internacionales, dejando por tanto abierta la posibilidad de que puedan aplicarse otras leyes especiales (artículo 1º).
3. Las áreas o pilares de regulación de la ley son cuatro:

a) La competencia judicial internacional de los tribunales chilenos;

b) La determinación del derecho aplicable;

c) El reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras, y

d) La cooperación jurídica internacional entre autoridades estatales.

4. Se excluyó expresamente la regulación de materias penales, tributarias, aduaneras y administrativas, la seguridad social, el arbitraje comercial internacional regulado en la ley Nº 19.971, y los procesos de liquidación y reorganización transfronteriza (ley Nº 20.720).
5. La ley entrega primacía a las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (artículo 3º), tanto en materias específicas de derecho internacional privado como aquellos tratados internacionales en materia de derechos humanos (artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución Política de la República).

141 Las fuentes consultadas para elaborar este Título fueron las siguientes: a) Leyes extranjeras de Derecho Internacional Privado: Hungría (1979), Suiza (1987), Estados Unidos de América (Louisiana, 1991), Australia (1992), Rumania (1992), Italia (1995), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), Venezuela (1999), Bélgica (2004), Japón (2007), China (2010), Polonia (2011), Dinamarca (2014), República Dominicana (2014), Argentina (2014), Canadá (1991) y Perú (1984); b) Ley Modelo OHADAC sobre Derecho Internacional Privado; c) Tratados Internacionales: Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de 1979.

6. Se incluye un conjunto de definiciones que buscan aclarar ciertos conceptos para una correcta interpretación de las normas legales[142].

C) *Título II: Competencia judicial internacional de los tribunales chilenos*[143]

1. El Título II, referido a la *Competencia judicial internacional de los tribunales chilenos*, establece un foro general de competencia (artículo 6º): los tribunales chilenos podrán conocer de los asuntos judiciales promovidos dentro del territorio de la República cuando el demandado tenga su residencia habitual en Chile.
2. El artículo 7º de la ley reconoce expresamente la validez de los pactos de elección de foro en virtud de los cuales las partes se someten, expresa o tácitamente, a la jurisdicción de tribunales chilenos o extranjeros. Con ello, se busca zanjar definitivamente la antigua discusión que existía en nuestro país, respecto a la pretendida nulidad absoluta por objeto ilícito de este tipo de pactos atributivos de jurisdicción a tribunales ordinarios extranjeros (artículo 1462 del Código Civil), lo que expresamente permite el D.L. N° 2349 (1978), respecto a los contratos internacionales del Estado.
3. La excepción de nulidad o falta de eficacia del pacto de elección de foro impetrada por quien demanda ante un foro diverso al acordado, debe resolverla el tribunal ante el cual se plantea la cuestión y conforme la ley del tribunal elegido, incluidas sus normas de conflicto.
4. El artículo 8º de la ley menciona todas las materias que por su naturaleza siempre deben ser de conocimiento de los tribunales chilenos y que jamás podrían someterse a tribunales extranjeros por medio de un acuerdo de elección de foro o sumisión, el que sería necesariamente nulo. Luego enumera una serie de asuntos de competencia especial de los tribunales chilenos en que las partes sí podrán celebrar válidamente acuerdos de elección de foro y sumisión, a saber: persona y familia (artículo 9º), patrimoniales (artículo 10) y sucesiones (artículo 11).
5. Se introduce una disposición especial que regula expresamente la excepción de litispendencia internacional, sometiéndola a las mismas reglas previstas por la ley chilena para la litispendencia interna (artículo 12), regulando también el denominado foro de necesidad y principio de conexión (artículo 13).

142 Se ha tenido a la vista para la definición de domicilio y residencia habitual la Convención Interamericana Sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, de 1979.

143 Las fuentes consultadas para elaborar este Título fueron las siguientes: a) Leyes extranjeras de Derecho Internacional Privado: Hungría (1979), Suiza (1987), Estados Unidos de América (Louisiana, 1991), Australia (1992), Rumania (1992), Italia (1995), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), Venezuela (1999), Bélgica (2004), Japón (2007), China (2010), Polonia (2011), Dinamarca (2014), República Dominicana (2014), Argentina (2014), Canadá (1991) y Perú (1984); b) Ley Modelo OHADAC sobre Derecho Internacional Privado; c) Tratados Internacionales: Convenio HCCH de 25 de octubre de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia; Convenio HCCH de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro; d) Otros instrumentos: Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), de 2016; Principios de Procedimiento Civil Transnacional de ALI / UNIDROIT, DE 2004; Convenio HCCH de 1 de marzo de 1954 sobre el Procedimiento Civil.

6. El articulado de esta ley es suficiente, a juicio de la Comisión, para que los tribunales chilenos, en el orden interno, puedan apreciar su propia competencia territorial. Sin embargo, en caso de dudas, el demandante podrá presentar su demanda ante el tribunal que corresponda dentro de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, según el turno que dicha corte fije a través de un auto acordado, estableciendo con ello el mismo sistema de distribución de competencia territorial previsto en el artículo 167 del Código Orgánico de Tribunales, respecto de delitos cometidos en el extranjero que fueran de competencia de los tribunales chilenos (artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales).

D) Título III: Derecho aplicable[144].

1. El Título III trata sobre el *Derecho aplicable* y se encuentra distribuido en doce capítulos.
2. El *Capítulo I*, sobre "*Normas generales de aplicación*"[145], viene a llenar un sensible vacío en la legislación chilena, estableciendo reglas para que los jueces y autoridades chilenos apliquen e interpreten el derecho extranjero. Se ha seguido aquí la doctrina del "*uso jurídico extranjero*", reconocida en la Convención Interamericana sobre Prueba del Derecho Extranjero, estableciendo la obligación de los jueces de aplicar, de oficio el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del Estado al que pertenece dicho derecho (artículo 16), sin perjuicio de que, además, las partes puedan contribuir a fijar su sentido y alcance. Se reconocen como medios de prueba válidos del derecho extranjero la prueba documental, pericial e informes del Estado, debiendo valorarse ésta conforme a las reglas de la sana crítica.
3. La Comisión aprobó por mayoría la aceptación del instituto del reenvío en todas sus clases (artículo 18), estableciendo que no será posible aplicarlo cuando las partes hubieren escogido el derecho aplicable a su relación jurídica –como ocurre en contratos internacionales– y respecto de la ley aplicable a las formas de los actos y contratos.
4. En cuanto a la calificación del acto o situación jurídica, la Comisión aprobó por unanimidad la decisión de sujetar esta actuación a la ley chilena, esto es, la ley del tribunal, lo que no obsta a que pueda aplicarse el derecho extranjero cuando no exista en la legislación chilena una regulación específica de una determinada institución, pero sí una figura análoga. Es lo que se conoce como la institución desconocida (artículo 19).

144 Las fuentes consultadas para elaborar este Título fueron las siguientes: a) Leyes extranjeras de Derecho Internacional Privado: Hungría (1979), Suiza (1987), Estados Unidos de América (Louisiana, 1991), Australia (1992), Rumania (1992), Italia (1995), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), Venezuela (1999), Bélgica (2004), Japón (2007), China (2010), Polonia (2011), Dinamarca (2014), República Dominicana (2014), Argentina (2014), Canadá (1991) y Perú (1984); b) Ley Modelo OHADAC sobre Derecho Internacional Privado; c) Tratados Internacionales: Convención Interamericana Sobre Normas Generales De Derecho Internacional Privado, de 1979.

145 Se ha tenido a la vista en la redacción de este capítulo la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero, de 1979.

5. Se reconocen también los derechos adquiridos o constituidos válidamente en el extranjero (artículo 20).
6. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, se regirán por las normas de conflicto aplicables a cada una de ellas por separado, conforme lo determine la norma de conflicto de la *lex fori* (artículo 21).
7. En cuanto a las limitaciones a la aplicación del derecho extranjero, el Proyecto distingue entre orden público internacional, normas imperativas de aplicación necesaria y el fraude a la ley, esto es, la manipulación dolosa de los factores de conexión de una norma de conflicto a los efectos de instar por la aplicación de un determinado derecho extranjero (artículos 22 y 23).
8. El *Capítulo II* trata sobre el *estatuto personal*[146] y en él se desarrollan temas como el estado civil, la capacidad y el nombre, aplicando la ley de la residencia habitual. La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas se rige por la ley del lugar donde fueron constituidas.
9. El *Capítulo III* trata sobre las *relaciones de familia*[147] y, dentro de ellas, sobre la filiación, reconocimiento, adopción[148], relaciones paterno-filiales y los alimentos[149].
10. El *Capítulo IV* regula el derecho aplicable al *matrimonio*[150], estableciendo un conjunto de normas de conflicto que utilizan factores de conexión alternativos. Así, los requisitos de forma serán regidos alternativamente por la ley del lugar de la celebración, de la nacionalidad común de los contrayentes o de la residencia habitual común (artículo 34); lo mismo ocurre con la capacidad matrimonial (artículo 35) y efectos personales (artículo 36). Respecto de los efectos patrimoniales, se consideró necesario sustituir la norma material del artículo 135, inciso 2º, del Código Civil –que considera separados totalmente de bienes a quienes se casan en el extranjero– por una norma de conflicto que

146 Se tuvieron a la vista los siguientes tratados internacionales, respecto de sociedades y personas jurídicas: Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, de 1979; Convención Interamericana Sobre Personalidad Y Capacidad De Personas Jurídicas En El Derecho Internacional Privado, de 1984; Convenio HCCH de 1 de junio de 1956 sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras.

147 Convenio HCCH de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

148 Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, de 1984; Convenio HCCH de 15 de noviembre de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción; Convenio HCCH de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional

149 Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, de 1989; Convenio HCCH de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores; Convenio HHC de 15 de abril de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias; Convenio HCCH de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias; Convenio HCCH de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia; Protocolo HCCH de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias

150 Se tuvo a la vista en particular los siguientes tratados internacionales: Convenio HCCH de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y de Separaciones Legales; Convenio HCCH de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales; Convenio HCCH de 14 de marzo de 1978 relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio.

reconociera la voluntad de los contrayentes en la elección de la ley aplicable al régimen patrimonial (artículo 37). La separación judicial quedará regida, por regla general, por la ley de la residencia común de los cónyuges (artículo 38), lo que también es aplicable al divorcio (artículo 39), sin perjuicio de los restantes criterios localizadores utilizados por la norma a falta de residencia habitual común.

11. El *Capítulo V*, al igual que en la Ley Nº 20.830, le reconoce validez a los *acuerdos de unión civil celebrados en el extranjero* entre dos personas del mismo o de distinto sexo, incorporándose para ello normas de conflicto que alternan los siguientes factores de conexión: residencia habitual común de los convivientes, nacionalidad común y lugar de celebración, tanto para determinar la ley aplicable a los requisitos de forma, capacidad, terminación y efectos del acuerdo.
12. El *Capítulo VI* trata sobre los *actos jurídicos unilaterales*, disponiendo en el artículo 42 que ellos quedarán regidos por la ley elegida por la parte que los otorga o realiza o, en su defecto, por la ley de la residencia habitual.
13. Las medidas de protección sobre la persona o bienes de un incapaz se regirán por la ley de la residencia habitual (artículo 43), debiendo el tribunal siempre tener en cuenta el interés superior del niño.
14. El *Capítulo VIII* regula las *sucesiones y donaciones*[151]. El artículo 44 establece la regla general sobre ley aplicable: la totalidad de la sucesión quedará sujeta a la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de su fallecimiento, con independencia del lugar donde se encuentren los bienes.
15. El proyecto reconoce expresamente la llamada *professio iuris*, aunque de manera limitada, permitiendo que el causante extranjero con residencia habitual en Chile pueda someter la totalidad de la sucesión a la ley del Estado cuya nacionalidad posea al momento de realizar la elección por medio de testamento (artículo 45).
16. Por su parte, la sucesión de un chileno que haya tenido su residencia habitual en el extranjero al momento de su fallecimiento quedará sometida a la ley chilena si así lo pactó y estuviere permitido en el Estado donde tenía residencia habitual, o bien cuando el causante chileno tuviere cónyuge, conviviente civil o parientes chilenos, caso en el cual la ley chilena será aplicable únicamente respecto de los bienes situados en Chile.
17. Las disposiciones testamentarias serán válidas en cuanto a la forma si se ajustan a lo dispuesto por la ley del lugar donde se otorga el testamento o por la ley de la residencia habitual del causante al momento de otorgarlo.

151 Se han tenido a la vista el Reglamento (UE) Nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 4 de julio de 2012, en materia sucesoria; el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte (1 de agosto de 1989), y el Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento (1 de enero de 1992). Convenio HCCH de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias.

18. Los chilenos que se encuentren en el extranjero y los extranjeros que tengan su residencia habitual en Chile podrán otorgar válidamente testamento en el extranjero ante autoridad consular chilena.

19. La capacidad testamentaria estará regida por la ley de la residencia habitual del causante.

20. Los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios otorgados en el extranjero serán válidos en Chile, en lo que concierne a su admisibilidad, validez material y efectos, si lo fueren conforme a la ley aplicable a la sucesión, comprendiendo la elección de ley que se haya realizado.

21. Por último, las donaciones se rigen por la ley elegida por el donante o, en su defecto, por la ley de su residencia habitual (artículo 48).

22. El *Capítulo IX* trata sobre los *bienes*; éstos quedan sometidos, cualquiera sea su naturaleza, a la ley del lugar de su ubicación, salvo las excepciones legales. Como novedad con relación a la regla del inciso 1º del artículo 16 del Código Civil, se fija que los bienes en tránsito se rigen por la ley del lugar de su destino, en tanto los derechos derivados de propiedad intelectual e industrial lo hacen por la ley del lugar donde se registren (artículo 49).

23. Los derechos personales se rigen por la ley aplicable a la obligación correlativa (artículo 50), siguiendo así la solución adoptada por el Código de Derecho Internacional Privado.

24. El *Capítulo X* trata sobre los *contratos internacionales*[152]. El Proyecto incorpora un conjunto de normas y principios universalmente aceptados en la contratación transfronteriza, que entregan un alto grado de previsibilidad entre los operadores del comercio internacional. Actualmente, los contratos internacionales se encuentran regulados en Chile en algunas normas legales aisladas contenidas en el Código Civil, Código de Comercio y en el Decreto Ley Nº 2.349, de 1978, sobre contratación internacional del sector público. La internacionalidad del contrato está determinada por el hecho de que las partes tengan residencia habitual o establecimientos en Estados distintos, o bien de que existan vínculos objetivos con más de un Estado (artículo 51).

25. Se reconoce expresamente la autonomía de la voluntad de las partes en la elección expresa o tácita del derecho aplicable al contrato internacional, pudiendo elegir "normas de derecho", ya sea estatales o no estatales, como ocurre con los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales, Principios OHADAC sobre Derecho de los Contratos o los recientes Principios

152 En la elaboración de este capítulo se tuvieron a la vista los siguientes textos: la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en Ciudad de México, en 1994; Reglamento Roma I sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, de 2009; Principios de La Haya sobre elección de derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, de 2015; Principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales, de 2016; Principios Europeos de Derecho de los Contratos; Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, de 2017; Principios OHADAC sobre Contratos Comerciales Internacionales; Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América; Restatement (Second) the Conflict of Law.

Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, entre otros[153]. En ejercicio de esa facultad, el Proyecto reconoce expresamente la posibilidad de realizar un *dépeçage* o fraccionamiento contractual, pudiendo las partes elegir las normas de derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato. La elección puede realizarse en cualquier momento y no es necesario que la norma de derecho elegida tenga vínculo alguno con el contrato o las partes.

26. Se establece el principio de separabilidad de la cláusula de elección de ley (artículo 56) y se excluye expresamente el reenvío en materia contractual, a menos que las partes pacten lo contrario (artículo 57).

27. En caso de que las partes no hubieran elegido normas de derecho aplicables, o si su elección resultara ineficaz, serán aplicables las normas de derecho del Estado donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

28. La ley aplicable al contrato rige su interpretación; los derechos y obligaciones que genere, su ejecución y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, incluyendo la valoración de daños y perjuicios, los diversos modos de extinguir sus obligaciones, la existencia y validez sustancial o material del contrato o de cualquiera de sus cláusulas y las consecuencias de su nulidad, y la carga de la prueba y las presunciones legales relativas al contrato y las obligaciones que genera.

29. El *Capítulo XI* trata sobre las *obligaciones extracontractuales,* materia que es abordada en dos partes del proyecto de ley: primero, en el artículo 10º Nº2, sobre competencia judicial internacional, y, segundo, en los artículos 61 a 67, sobre derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales[154].

30. Dos son las definiciones que dan contenido tanto al foro competente como a la legislación aplicable en materia de obligaciones extracontractuales:

Hecho dañoso: Se entenderá por lugar del hecho dañoso, alternativamente a elección del demandante, el lugar del hecho generador o el lugar del daño directo.

Daño directo: Se entenderá por daño directo aquel que resulte de la relación más estrecha entre el hecho generador y el hecho del resultado lesivo.

153 Véase la excelente obra editada por SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2016): Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y trasnacional, tomo I, Editorial Civitas y Thomson Reuters, Madrid, España.

154 La Comisión redactó, discutió y aprobó estar normas teniendo en cuenta diferentes textos legales, a saber: Ley modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado; Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos de 2 de octubre de 1973; Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 4 de mayo de 1971; Reglamento N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Bruselas I Bis»); Reglamento N° 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»); The Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act of 1995. Chapter 42. Part III. Choice of Law in tort and Delict; ley australiana de elección de Derecho Aplicable de 1992. Apartado 7.2.a.; artículos 110, apartado 2, 132, 133, 136 y 137 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza de 1987; artículos 86 y 99 del Código Belga de Derecho Internacional Privado; artículo 62 de la ley italiana de Derecho Internacional Privado; artículo 73 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado boliviano; artículo 32 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana de 1998; artículos 2545 y 2622 del Código Civil argentino; artículos 94 y 102 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado mexicano.

31. Para determinar el sentido y alcance de las normas sobre responsabilidad extracontractual deberán tenerse necesariamente las siguientes consideraciones:

    a) Las partes tendrán siempre autonomía conflictual respecto de las consecuencias patrimoniales de los hechos que generan responsabilidad extracontractual.

    b) En defecto de un acuerdo expreso entre las partes, la competencia judicial y la legislación aplicable se determinarán en razón del lugar donde se evidencia el daño directo o, alternativamente, a elección del demandante, el lugar donde se ha producido el hecho generador del daño. Todo lo anterior con independencia de el o los lugares donde estuvieren ubicados los bienes y las personas lesionadas, cuando unos y otros no coincidieran con el lugar del hecho dañoso y tuvieren un estatuto diferente.

    c) Cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la perjudicada tengan domicilio o residencia habitual en un mismo Estado al momento de producirse el daño, será competente este Estado y se aplicará la ley de dicho Estado.

    d) Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado, distinto del indicado en el foro especial de competencia para obligaciones extracontractuales, será competente dicho Estado.

    e) El lugar del daño como foro de competencia se refiere sólo a los daños directos. Este punto de conexión está establecido en razón del elemento objetivo de la obligación extracontractual y, por tanto, no se refiere al elemento personal; de este modo, no distingue entre víctimas directas e indirectas. Este factor de conexión se reconoce por el vínculo más estrecho que existe entre el hecho generador y el hecho del daño o resultado lesivo, conforme a los principios de responsabilidad objetiva y principio de prevención.

32. El *Capítulo XII* incorpora una norma supletoria aplicable a la *forma de los actos*, indicando que, salvo regla especial contenida en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, o en la presente ley, la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar de su celebración o por la ley elegida por las partes.

E) Título IV: Reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras[155].

1. El *Título IV*, referido al *Reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras,* contiene a su vez dos capítulos.

155 Las fuentes consultadas para elaborar este Título fueron las siguientes: a) Leyes extranjeras de Derecho Internacional Privado: Hungría (1979), Suiza (1987), Estados Unidos de América (Louisiana, 1991), Australia (1992), Rumania (1992), Italia (1995), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), Venezuela (1999), Bélgica (2004), Japón (2007), China (2010), Polonia (2011), Dinamarca (2014), República Dominicana (2014), Argentina (2014), Canadá (1991) y Perú (1984); b) Ley Modelo OHADAC sobre Derecho Internacional Privado; c) Tratados Internacionales: Convención HCCH de 2 julio de 2019 sonre "The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters"; Convenio HCCH de 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia

2. El *capítulo I* trata sobre el *reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales extranjeros*, estableciendo que tendrán primacía en esta materia los requisitos y procedimientos fijados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
3. Desde luego, tendrán preferencia también las leyes especiales que regulen el exequátur de laudos arbitrales extranjeros, como ocurre con la Ley Nº 19.971, sobre arbitraje comercial internacional (artículos 35 y 36). En consecuencia, las normas del proyecto únicamente tendrán aplicación tratándose de laudos arbitrales extranjeros que no estén cubiertos por la ley antes aludida.
4. La Corte Suprema mantiene la competencia para conocer y resolver el exequátur, tal cual ocurre en la actualidad, lo que fue aprobado por mayoría en la Comisión, considerando especialmente que la tramitación ante el máximo tribunal ofrece todas las garantías del debido proceso y que el contenido del orden público internacional debe estar sujeto siempre a los criterios del máximo tribunal de la República, no siendo por tanto aconsejable entregar el conocimiento del exequátur a tribunales de primera instancia, ni aun estableciendo un sistema recursivo fuerte (que por lo demás retrasaría la dictación de la sentencia), pues podría generar sentencias contradictorias en temas sensibles para la sociedad chilena.
5. La gran novedad del Proyecto es la supresión de la reciprocidad prevista en los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil.
6. Se fijan los requisitos de admisibilidad formal que deben tener las sentencias y laudos arbitrales extranjeros para intentar su reconocimiento y/o ejecución en Chile.
7. Otro aspecto relevante en este capítulo es la incorporación de un listado cerrado y taxativo de causales para denegar el exequátur (artículo 72), adoptándose así el sistema recogido por la Convención de Nueva York de 1958 para los laudos arbitrales extranjeros. Tendrá que ser la parte en contra de la cual se hace valer la sentencia o laudo arbitral extranjero la que invoque y pruebe las causales de denegación, de modo tal que, no haciéndolo, el principio general es el de reconocimiento.
8. En cuanto a las causales de denegación que puede utilizar de oficio la Corte Suprema para rechazar el exequátur, se restringe la aplicación del orden público internacional al exigir que la sentencia sea manifiestamente contraria a dichos principios de moralidad y justicia.
9. Se incorpora una regla expresa que prohíbe revisar el fondo de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (artículo 73).

Civil y Comercial; Protocolo HCCHde 1 de febrero de 1971 Adicional al Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial; Convención Interamericana Sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extrajeras, de 1984; Convenio HCCH de 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias.

10. Asimismo, se establece un procedimiento rápido en el que se suprime la intervención de la Fiscalía Judicial en estas materias, pudiendo las partes ofrecer y producir prueba en una audiencia especialísima realizada ante la Sala respectiva de la Corte Suprema. Una novedad es la admisión expresa en este procedimiento de medidas precautorias, las que en la actualidad no se encuentran reguladas en el exequátur.

11. La sentencia de exequátur será recurrible conforme las reglas generales recursivas establecidas en la ley chilena.

12. Por último, los trámites de ejecución estarán a cargo del tribunal al que le hubiera correspondido conocer del asunto en Chile en primera o en única instancia. Únicamente en caso de que ello no pudiera determinarse, el Proyecto indica que será competente el tribunal correspondiente al lugar de residencia habitual del demandado o, en subsidio, el tribunal del lugar donde deba producir sus efectos la sentencia extranjera, fórmula esta última que no se encuentra establecida en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil y que llenaría un sensible vacío.

13. El *Capítulo II* trata sobre la *eficacia probatoria e inscripción de documentos e instrumentos públicos otorgados en el extranjero*[156], admitiéndosele valor probatorio previo cumplimiento de los requisitos establecidos (artículo 75) y sometiendo los procedimientos registrales a la ley chilena (artículo 76).

F) Título V, sobre Cooperación jurídica internacional[157].

1. El *Título V*, referido a la *Cooperación Jurídica Internacional,* contiene a su vez cuatro capítulos.

2. Se trata, ciertamente, de una materia novedosa dentro del campo del derecho internacional privado y que durante los últimos años ha tomado cada vez mayor relevancia.

3. El *Capítulo I* trata sobre *los exhortos y cartas rogatorias,* permitiendo que los tribunales chilenos puedan requerir a autoridades judiciales extranjeras cooperación jurídica internacional en materia civil, comercial, administrativa, laboral y de familia, de manera directa, estableciendo como requisito que la solicitud para la práctica de determinadas diligencias sea transmitida a través de la Autoridad Central designada por Chile para el tratado internacional de que se trate, y, en caso de que no la hubiere, a través de la Corte Suprema, que asumirá dicha calidad para estos efectos.

156 Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.

157 Las fuentes consultadas para elaborar este Título fueron las siguientes: a) Leyes extranjeras de Derecho Internacional Privado: Hungría (1979), Suiza (1987), Estados Unidos de América (Louisiana, 1991), Australia (1992), Rumania (1992), Italia (1995), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), Venezuela (1999), Bélgica (2004), Japón (2007), China (2010), Polonia (2011), Dinamarca (2014), República Dominicana (2014), Argentina (2014), Canadá (1991) y Perú (1984); b) Ley Modelo OHADAC sobre Derecho Internacional Privado; c) Tratados Internacionales: Convención Interamericana Sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, de 1975; Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, de 1975; Convenio HHC de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial; Convenio HCCH de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

4. Se suprime la intervención de la Fiscalía Judicial en esta clase de gestiones.
5. Se reconocen expresamente las "comunicaciones judiciales directas" entre autoridades judiciales chilenas y extranjeras (artículo 79).
6. Las diligencias que deban ejecutarse en Chile a solicitud de un tribunal extranjero se someterán siempre a la ley chilena.
7. Se regulan los motivos de denegación de la solicitud de cooperación jurídica internacional (artículo 84).
8. El *Capítulo II* trata sobre *la obtención internacional de alimentos*, indicando que las solicitudes de obtención internacional de alimentos que se inicien en Chile se tramitarán ante los juzgados con competencia en materias de familia y conforme al procedimiento que indique la ley chilena. No se exigirá mediación previa obligatoria en estos casos.
9. El *Capítulo III* trata sobre *los procedimientos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes*[158]. En esta materia, la Comisión acordó por unanimidad incorporar el contenido del Auto Acordado Nº 205-2015, de la Excma. Corte Suprema, en cuanto a las reglas de procedimiento establecidas, añadiendo únicamente algunos aportes referidos al retorno seguro del niño, niña o adolescente a su país de residencia habitual. Estas normas buscan proteger al niño, niña o adolescente, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos, garantizando su restitución inmediata al país de residencia habitual, velando, además, por un retorno seguro. Se establece un sistema de cooperación administrativa transfronteriza directa, con amplias responsabilidades para las Autoridades Centrales, tanto para prevenir las sustracciones como para responder frente a estas.
10. Por último, el *Capítulo IV* trata sobre las *visitas internacionales,* disponiendo en el artículo 91 que las solicitudes de régimen comunicacional internacional que se inicien en Chile se tramitarán ante los juzgados de familia competentes y conforme al procedimiento ordinario establecido en la ley chilena. En estos casos, no se exigirá mediación previa obligatoria.

G). Título VI. Disposiciones finales[159].

El *Título VI* incorpora *Disposiciones finales,* referidas a la aplicación temporal y derogación de disposiciones vigentes que sean incompatibles con las materias objeto de este Proyecto.

158 Convenio HCCH de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 1989.

159 Las fuentes consultadas para elaborar este Título fueron las siguientes: a) Leyes extranjeras de Derecho Internacional Privado: Hungría (1979), Suiza (1987), Estados Unidos de América (Louisiana, 1991), Australia (1992), Rumania (1992), Italia (1995), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), Venezuela (1999), Bélgica (2004), Japón (2007), China (2010), Polonia (2011), Dinamarca (2014), República Dominicana (2014), Argentina (2014), Canadá (1991) y Perú (1984); b) Ley Modelo OHADAC sobre Derecho Internacional Privado.

IV. Los nuevos desafíos del derecho internacional privado en el siglo XXI y la importancia que chile cuente con una ley de derecho internacional privado moderna y progresista.

1. El derecho internacional privado de familia debe facilitar y reconocer las relaciones transfronterizas en el ámbito de las personas y la familia, evitando que pierdan continuidad espacial y se transformen en relaciones claudicantes. Para ello el Estado, a través de estas normas, debe proteger y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana que, especialmente en esta área, exigen un respeto irrestricto a la diversidad e identidad cultural de las personas y familias.

2. Los avances tecnológicos han permitido durante los últimos años que aparezcan nuevas técnicas de reproducción humana asistida a través de procedimientos de gestación subrogada trasnacionales que provocan serios conflictos de derecho internacional privado y derechos humanos, en tanto impacta directamente el orden público internacional de los Estados que no han reconocido aun estas técnicas reproductivas.

3. Se advierte una tendencia manifiesta hacia la *litigación civil transfronteriza* en el campo de la responsabilidad extracontractual derivada de daños al medio ambiente provocados por el accionar de empresas y corporaciones, así como también aquellos derivados del cambio climático, en donde resulta necesario tener normas claras referidas a la competencia judicial internacional de los tribunales y el derecho aplicable, todo lo cual incide directamente en el derecho de las víctimas para iniciar acciones colectivas en un determinado foro en búsqueda de la reparación integral del daño causado[160]. En estos casos suele ocurrir que las acciones impetradas se extiendan *más allá* de las *fronteras nacionales*, ya sea porque el hecho dañoso o el daño directo se encuentran en diferentes Estados o porque, simplemente, se busca la responsabilidad de una empresa trasnacional que opera a través de filiales y contratistas situados en diferentes lugares.

4. Otro gran desafío del derecho internacional privado será la protección ofrecida a los trabajadores afectados por la sucesión internacional de empresas. Resulta relevante entonces analizar la proyección social de las actividades empresariales dirigidas a la reestructuración organizativa de la compañía en búsqueda de nuevos mercados, lo que incide directamente en las relaciones individuales y colectivas de los trabajadores que muchas veces tendrán que trasladarse de un país a otro a prestar sus servicios, generando con ello una migración temporal que no es indiferente para los Estados. El derecho internacional privado del trabajo se erige, así, como una nueva área a la que tendremos que dar especial atención en el futuro.

5. El desarrollo de nuevas tecnologías y la continua globalización y apertura de las sociedades incrementará cada día más el número de relaciones privadas

160 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago y otros (2020): Relaciones Transfronterizas, Globalización y Derecho, Editorial Civitas y Thomson Reuters.

internacionales. En un horizonte cercano el derecho internacional privado debe hacerse cargo de regular los contratos internacionales de consumo on line y ciertamente las nuevas modalidades contractuales como *blockchain* o contratos inteligentes podrán a prueba una vez más y en un futuro cercano la necesidad de repensar nuevas técnicas de localización para cumplir los objetivos del derecho internacional privado.

6. A través de estas breves líneas hemos tratado de mostrar y demostrar que el mundo del siglo XIX y la regulación normativa pensada para esa época -especialmente las normas conflictuales clásicas contenidas en el Código Civil- resultan insuficientes para hacerse cargo de la nueva realidad social del mundo interconectado en el que vivimos hoy. El Proyecto de ley de Derecho Internacional Privado no sólo busca llenar los vacíos legales de nuestra legislación en el campo de las relaciones privadas internacionales (especialmente en competencia judicial internacional), sino entregar una propuesta seria, actualizada y progresista en sintonía con las necesidades que clama y reclama la sociedad chilena.

Santiago, a 22 de septiembre de 2020.

Eduardo Picand Albónico
Presidente Comisión Redactora del Proyecto
Presidente Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado
Profesor de Derecho Internacional Privado Universidad de Chile

NOTICIAS

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y PRESIDENTE DE ADIPRI ENTREGAN ANTEPROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AL MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Pablo Ruiz Tagle Vial[1]

Santiago de Chile, 25 septiembre 2020

El trabajo se ha desarrollado durante dos años bajo el liderazgo de nuestra Facultad y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI). Se espera sea un aporte para que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presente dentro de los próximos meses un Proyecto de Ley que permita regular en un único texto legal la regulación de las relaciones privadas internacionales en Chile.

El pasado martes 22 de septiembre el Decano de nuestra Facultad, Pablo Ruiz-Tagle, y el Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), profesor Eduardo Picand, entregaron formalmente al Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín, el texto del anteproyecto de ley de Derecho Internacional Privado, cuya elaboración fuera encargada el año 2017, previo acuerdo celebrado entre las tres instituciones.

El texto entregado se enmarca en el Convenio de Cooperación suscrito en octubre de 2017 entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por el cual el ministerio encargó a las dos primeras instituciones la elaboración de un texto técnico que sirviera de base para la presentación de un proyecto de ley de Derecho Internacional Privado.

Las relaciones privadas internacionales se encuentran reguladas en Chile en un conjunto de normas o disposiciones contenidas en distintos Códigos o cuerpos legales y algunos tratados internacionales, cuya aplicación ha sido muy reducida, como ocurre con el Código de Derecho Internacional Privado de 1928, normas de antigua data que no responden adecuadamente a las necesidades y requerimientos actuales que exige el derecho privado en el contexto internacional.

1 Decano, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Factores para regular relaciones privadas internacionales

Tal como expresa la "Exposición de Motivos" del Anteproyecto entregado al Ministerio de Justicia, la necesidad de contar con una legislación moderna y actualizada sobre Derecho Internacional Privado, que regule de manera uniforme las relaciones privadas internacionales, responde a diversos factores, tales como la globalización, el aumento de las exportaciones y comercio entre países, el turismo, los derechos humanos, la migración internacional, los procesos de integración regional, las nuevas tecnologías, la litigación transfronteriza por causas medioambientales, entre otros. Chile requiere contar con una ley especial que regule las relaciones privadas internacionales, tendencia a la que se han sumado muchos países de Europa y América Latina.

El Proyecto se estructura en cuatro materias fundamentales del Derecho Internacional Privado: la Competencia judicial internacional de los tribunales chilenos; derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales; reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones; y cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial.

Una de las materias que regula el anteproyecto y que ciertamente tiene especial relevancia en la economía de nuestro país son los contratos internacionales, entregando un texto en línea con las regulaciones más modernas existentes en Derecho comparado.

El texto del anteproyecto fue elaborado por una Comisión presidida por el profesor de la Facultad y Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, Eduardo Picand, integrada por representantes de la Corte Suprema, Ministerio de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Corporación de Asistencia Judicial, SENAME, Foro Procesal Civil, destacados abogados chilenos que ejercen en el extranjero y académicos expertos de Derecho internacional privado y otras disciplinas pertenecientes a 10 Universidades de nuestro país: Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad de Los Andes, Universidad de Atacama, Universidad de Concepción, Universidad Central, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad del Desarrollo, Universidad Alberto Hurtado y Universidad Andrés Bello.

ADIPRI

Asociación Chilena de
Derecho Internacional Privado