ISSN N° 0719-6261

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Volumen 10
2024

ADIPRI
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Volumen 10
2024

ADIPRI
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado - ADIPRI

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

Toda correspondencia, solicitudes de ejemplares y colaboraciones deben dirigirse a adipri2021@gmail.com

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. Jaime Gallegos Zúñiga
Vicepresidenta: Sra. Pía Moscoso Restovic
Secretario: Sr. Mauricio Inostroza Sáez
Tesorero: Sr. Juan Carlos Urquidi Herrera

Comité Científico

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

Consejo de Dirección

Edición: Jaime Gallegos Zúñiga

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

9 Presentación
Jaime Gallegos Zúñiga

ESTUDIOS

15 Soluciones alternativas a la *lex rei sitae* como ley aplicable a los inmuebles fronterizos
Alfonso Ortega Giménez

25 Protección de datos de los consumidores: problemática en torno a los *Test* genéticos directos al consumidor. Derecho y jurisdicción aplicables
Matilde Pérez

39 Naturaleza del Derecho extranjero en Chile: nueva perspectiva de análisis
Rodrigo José Pablo Pérez

67 Una aproximación a la resolución extrajudicial de disputas europea en la economía de las plataformas
Rosa Pla Almendros

77 La cooperación judicial en los tiempos actuales y el acceso a justicia. Cooperación en tiempos de pandemia: ¿una oportunidad perdida?
Carlos E. Echegaray de Maussion

91 Tecnologías de registro distribuido y tokens en el marco del reglamento 2020/1784 de 25 de noviembre sobre la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil
Carlos Domínguez Padilla

103 Derecho de familia y restitución internacional
Rafael Villavicencio Piña

113 Teoría de la imprevisión como exoneración en los contratos de compraventa internacional de mercaderías
Miguel Brunaud Ramos

123 Régimen jurídico de la responsabilidad civil extracontractual, en el ámbito nacional y comparado
Nicolás Lagos Morales

141 Aplicación del Derecho Internacional Privado como respuesta a migración de apátridas en Chile
Boris Tapia Barrientos

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

149 Sustracción internacional de menores y Convención de Derechos del Niño: condena al Estado de Chile
Sebastián Henríquez San Martín

159 Reconocimiento de fallos extranjeros en Chile ¿a qué nos referimos cuando hablamos de respetar el orden público chileno?
Karola Lay Muñoz

165 Reporte de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol n° 9.442-2022, de 12 de junio de 2023, conociendo recurso de nulidad contra laudo arbitral
Constanza Núñez Gómez

169 Reporte de la sentencia de la Corte Suprema, en causa rol n° 94-2023, de 24 de enero de 2024, en que se acoge otorgar el exequatur a un laudo arbitral extranjero
Elías Alzamora Urzúa

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

La presente edición de la Revista recoge valiosos aportes en materia de Derecho Internacional Privado, de autores nacionales y extranjeros, muchos de los cuales emanan de los trabajos que fueron presentados en la IX Jornadas nacionales de Derecho Internacional Privado, que el año 2024 tuvo como sede a la Universidad Arturo Prat, de Iquique.

Es oportuno manifestar nuestra gratitud con la Casa de Estudios anfitriona de ese evento, especialmente a la señora secretaria general de la Universidad, profesora Karenn Díaz, el señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, profesor Hans Mundaca Assmussen y al profesor Luis Cruz Jiménez, quien fue el punto de contacto, acucioso y atento colaborador, todos ellos y su equipo desplegaron todas sus energías y nos recibieron de la mejor forma, permitiendo que el encuentro más importante de la disciplina en el país, se desarrollara de modo impecable.

Que las jornadas hayan tenido lugar en la capital de la región de Tarapacá no es una casualidad, pues desde la Asociación, quisimos llevar las discusiones sobre estos tópicos a una zona donde la migración se vive constantemente, y con ello, las naturales relaciones jurídicas con elementos internacionales relevantes. De ahí entonces, que una vez más, creamos oportuno hacer un llamado a que las autoridades puedan someter a tramitación y deliberación parlamentaria el anteproyecto de ley de Derecho Internacional Privado que, como Asociación, en con junto a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, entregamos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en 2020, en cumplimiento al mandato que esa misma secretaría de Estado nos formuló en 2017. Chile se merece una mayor certeza en la regulación en estos asuntos, y para ello es indispensable sumarse a una tendencia de modernización de la normativa que ya se ha emprendido en tantos países de nuestro entorno, como Argentina, Uruguay, Paraguay, Venezuela y Perú, por solo mencionar algunos.

En este número de la Revista se han incluido artículos que tratan temas de vanguardia del Derecho Internacional Privado, con aportes de académicos y estudiantes de Chile, Argentina, Bolivia, España y Venezuela. En primer término, el profesor de la Universidad Miguel Hernández, de España, Alfonso Ortega nos propone repensar la tradicional y global regla de *lex rei sitae* para los supuestos de inmuebles transfronterizos, acompañando distintos pronunciamientos en la materia emitidos en Europa. Luego, la profesora de la Universidad Católica de Argentina, Matilde Pérez, nos brinda interesantes reflexiones sobre los test genéticos y la protección de los datos surgidos de los mismos, analizando la cuestión bajo la lógica del Derecho Internacional Privado.

Más adelante, el profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Rodrigo Pablo nos presenta un valioso y actualizado estudio sobre el tratamiento que han dado nuestros tribunales al Derecho extranjero, invitando a ponderar a los aspectos prácticos involucrados, y formulando una serie de propuestas atendiendo al tipo de asunto controvertido.

La revista prosigue con el trabajo de la investigadora de la Universidad de Valencia, España, Rosa Plá, acerca de los avances verificados en la Unión Europea, en materia de solución extrajudicial de diferencia en la economía de las plataformas.

Más adelante tenemos la oportunidad de encontramos con el valioso trabajo del profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, Carlos Echegaray, quien reflexiona sobre cooperación judicial internacional, desde una óptica de acceso a la justicia, dando cuenta de una serie de decisiones emitidas en tiempos de pandemia, que supusieron desligarse de ciertas formalidades, a fin de poder resolver las disputas en momentos tan complejos, formulando invitaciones a avanzar en la materia.

Acto seguido está el trabajo del profesor de la Universidad de Cádiz, España, Carlos Domínguez, quien nos trae un tema de vanguardia, como resultan ser las tecnologías de registro distribuido y tokens en el contexto de la normativa comunitaria europea sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, en materia civil y mercantil, trabajo que nos lleva a reflexionar sobre los avances y desafíos que se están exhibiendo en el viejo mundo, y que puede mirarse como contrapunto o complemento al artículo anterior del profesor Echegaray.

Luego, nos encontramos con el artículo del profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, de Venezuela, Rafael Villavicencio, sobre Derecho de familia y restitución internacional, donde se exhiben distintos elementos relacionados con este sensible tema.

Se prosigue con dos trabajos de la Universidad de Chile, uno del profesor Miguel Brunaud, sobre la teoría de la imprevisión como exoneración en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, tomando en cuenta distintos elementos involucrados, como los Principios Unidroit, y otro del egresado de esa Casa de Estudios, señor Nicolás Lagos, quien efectúa un interesante aporte sobre el régimen jurídico de la responsabilidad civil extracontractual, en el ámbito nacional y comparado.

Por último, la parte de artículos concluye con un trabajo del abogado boliviano, señor Boris Tapia, sobre aplicación del Derecho Internacional Privado como respuesta a migración de apátridas en Chile, proponiendo sugerentes alternativas para hacerse cargo de asuntos sensibles en materia de flujo de personas.

A continuación, comienza la parte en que se retoma una sección de la revista que hace algunos número no presentaba aportes, cual es la de reflexiones sobre fallos judiciales. Al efecto, contamos con dos estudios de jurisprudencia, que más allá del análisis puntual de una sentencia, a partir de uno o más pronunciamientos de

diferentes tribunales efectúan un análisis sobre un tema puntual, y en ese acápite encontramos los trabajos de Sebastián Henríquez San Martín, sobre sustracción internacional de menores, y de Karola Lay, sobre orden público.

Para concluir, contamos con dos reportes de fallos, uno dictado a partir de la solicitud de nulidad de un laudo arbitral, escrito por doña Constanza Núñez, y otro sobre el exequatur de un laudo arbitral comercial internacional, que tuvo como sede Singapur, cuyo autor es Elías Alzamora.

Como puede apreciarse, la variedad de los temas tratados en este número es bastante amplia, y los orígenes de los autores también da cuenta que esta publicación se ha ido consolidando, posicionándose como un foro nacional y regional, que congrega reflexiones al más alto nivel y con discusiones de vanguardia, buscando aportar desde la academia a hacer más y mejor justicia para casos con elementos internacionales relevantes.

La Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado tiene como objetivos fundamentales la promoción del estudio, investigación y difusión del Derecho Internacional Privado en Chile. Creemos que, con nuestro trabajo constante plasmado en nuestras jornadas, la revista y la permanente participación de nuestros miembros en distintos seminarios sobre la materia, hemos dado fiel cumplimiento a nuestro mandato.

Esperamos que esta nueva edición de la Revista contribuya al activo debate sobre estas desafiantes temáticas, y que continúe acercando a los académico/as, estudiantes e interesado/as en estas materias.

Jaime Gallegos Zúñiga
Presidente ADIPRI

ESTUDIOS

SOLUCIONES ALTERNATIVAS A LA *LEX REI SITAE* COMO LEY APLICABLE A LOS INMUEBLES FRONTERIZOS

ALTERNATIVE SOLUTIONS TO THE LEX REI SITAE AS A LAW APPLICABLE TO BORDER PROPERTY

Alfonso Ortega Giménez*

RESUMEN

El recurso a la tradicional regla Lex rei sitae en materia de ley aplicable a los bienes inmuebles -prevista en el artículo 10.1 del Código Civil de España-, es, con carácter general, una solución sencilla, fácil, lógica, además de precisa, previsible y armónica. No obstante, en materia de bienes inmuebles situados en territorios sometidos a distintas soberanías estatales (inmuebles fronterizos) no parece la más adecuada, ya que el sometimiento de un mismo bien inmueble al juego de diferentes ordenamientos jurídicos puede provocar en la práctica soluciones inconciliables sobre un mismo objeto litigioso.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Internacional Privado, derechos reales, lex rei sitae, inmueble fronterizo.*

ABSTRACT

Recourse to the traditional Lex rei sitae rule in matters of the law applicable to immovable property -provided for in Article 10.1 of the Spanish Civil Code- is, in general, a simple, easy, logical, precise, foreseeable and harmonious solution. However, in the case of immovable property situated in territories subject to different state sovereignties (border property), it does not seem to be the most appropriate since the subjection of the same immovable property to the play of different legal systems can lead in practice to irreconcilable solutions on the same disputed object.

KEYWORDS: *Private International Law, rights in rem, lex rei sitae, border real estate.*

1. Planteamiento: la regla *lex rei sitae* como ley aplicable a los bienes inmuebles

Los derechos reales sobre los bienes muebles o inmuebles -la propiedad, posesión, derechos de garantía, etc.- se rigen por la ley del lugar donde se encuentran. Este principio deviene del de soberanía del Estado, que se reserva en cualquier caso la aplicación de sus normas para regular la adquisición de uno de sus esenciales elementos: el territorio. Respecto a los bienes muebles, sobre los cuales nuestros tribunales se declaran competentes si se encuentran en España, existen normas especialmente referidas a los bienes de difícil localización o que están siendo transportados a través de diferentes países[1].

* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández, de Elche. alfonso.ortega@umh.es.

1 *Vid*, en particular, Ortega, Alfonso, "Determinación de la ley aplicable a los inmuebles fronterizos", *Revista Actualidad*

Tradicionalmente la regla *lex rei sitae* ha sido la ley aplicable a los bienes inmuebles, reflejando dos necesidades: a) por un lado, como decíamos, la necesidad de que estos estén sujetos a la soberanía de los Estados donde se encuentren; y, b) por otro lado, la necesidad de otorgarles una protección *erga omnes*, que, sobre la base de los sistemas de publicidad que recaen sobre estos, sólo se puede establecer en los lugares donde los bienes objeto de tales derechos se encuentren[2].

De esta forma, el Código Civil español (en adelante CC)[3], en el apartado primero del artículo 10 consagra la regla *lex rei sitae* al señalar que: "La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles".

Nos encontramos ante una solución precisa, previsible y armónica. Así, a) basta saber cuál es el país de situación del bien inmueble para determinar la ley aplicable; b) la regla *lex rei sitae* nos conduce a soluciones previsibles tanto para las partes de una concreta relación jurídica como para terceros; y, c) se trata de una solución prácticamente universal, prevista en gran parte de los sistemas estatales de Derecho Internacional Privado[4].

Así, quedan bajo el paraguas de la regla *lex rei sitae* tanto el modo de adquisición de los derechos reales; el contenido del derecho real, los derechos subjetivos del titular del derecho de propiedad, usufructo o garantía, sus obligaciones, así como los bienes que puedan quedar sujetos a cada tipo de derecho real; la publicidad de los derechos reales; así como la posibilidad y condiciones de oponibilidad de los derechos reales, esto es, sus efectos frente a terceros[5].

2. Situación particular: inmuebles fronterizos

Vistas, así las cosas, la citada regla de la *l*ex *rei sitae* plantea problemas en relación con los inmuebles fronterizos, esto es, aquellos bienes inmuebles situados en territorios sometidos a distintas soberanías estatales. En estos casos, la solución doctrinal mayoritaria es aplicar literalmente la regla de la *lex rei sitae*, esto es, estar a todas las leyes concurrentes, dependiendo su aplicación de la localización geográfica en cada parte del bien inmueble. De tal modo, la parte del inmueble situada en cada Estado se sujetará a la ley de dicho Estado, de forma que la parte del inmueble situada en cada Estado se sujetará a la ley de dicho Estado. Ahora bien, "esta solución es poco satisfactoria, pues en la práctica, conduce a tratar la

Jurídica Iberoamericana, n° 3, 2015, pp. 655-660, y Ortega, Alfonso, "Derechos reales: ley aplicable a los inmuebles fronterizos", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n° 3, 2008, pp. 83-92.

2 Pérez, Elisa., *Derecho Internacional Privado.* Vol. II., UNED, Madrid, 2002, p. 267.

3 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid *núm*. 206, de 25 de julio de 1889).

4 Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Derecho internacional privado.* Vol. II, 7ª edición, Comares, Granada, 2006, p. 479.

5 Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 2004, pp. 536-539.

propiedad fronteriza como dos inmuebles, dos propiedades distintas, sometidas a dos Leyes nacionales diferentes: *síndrome de la aplicación cumulativa de Leyes*"[6].

Junto a esta clásica solución doctrinal, podríamos plantear como solución alternativa la proveniente de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 6 de Julio de 1988, "R.O.E. Scherrens contra M. G. Maenhout, y otros"[7], en la que se resuelve un problema de competencia judicial internacional en el marco de un contrato de arrendamiento relativo a una finca integrada por parcelas situadas en dos Estados. entre R.O.E. Scherrens (Bélgica) y M.G. Maenhout (Bélgica), R.A.M. van Poucke (Países Bajos) y L.M.L. van Poucke (Bélgica), en relación con un litigio cuyo objeto es determinar la eventual existencia de un contrato de arrendamiento relativo a una propiedad inmueble situada en dos Estados contratantes, en principio, y a reserva de los casos particulares en los que la propia estructura de una propiedad puede exigir una solución distinta, los tribunales competentes, respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante, son exclusivamente los del respectivo Estado.

La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el señor Scherrens y la señora Maenhout y otros, y versaba sobre si un arrendamiento rústico fue celebrado verbalmente entre el señor Scherrens, como arrendatario, y la señora Maenhout y su marido, fallecido con posterioridad, en calidad de arrendadores, en relación con una finca integrada por edificios y un terreno agrícola de una superficie de alrededor de 5 hectáreas que se halla situado en Maldegem (Bélgica), así como cuatro parcelas de terreno que abarcan 12 hectáreas en total, situadas en el municipio de Sluis (Países Bajos).

En este contexto, el arrendatario, parte apelante, mantiene que existe un único contrato de arrendamiento para la totalidad de la finca y las parcelas de terreno. Por ello, considerando que no quedaba excluido que el juez belga y el juez neerlandés dictaran decisiones contradictorias, el Gerechtshof estimó necesario resolver la cuestión de cuál era el juez competente en virtud del artículo 16, comienzo y apartado 1, del Convenio en casos similares al de autos. En estas circunstancias el Gerechtshof suspendió el procedimiento y solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre de qué forma conviene interpretar el artículo 16, comienzo y apartado 1, del Convenio en lo relativo al arrendamiento rústico celebrado sobre una finca cuyos edificios (con una parte de terreno) se hallan situados en uno de los Estados contratantes (Bélgica) y el terreno (en su mayor parte) en otro Estado contratante (Países Bajos).

Así, el propio Tribunal de Justicia resolvió que un litigio cuyo objeto es determinar la eventual existencia de un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, tienen competencia exclusiva con respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante los tribunales

6 Calvo y Carrascosa, cit. (n. 4), p. 483.

7 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 6 de Julio de 1988, "R.O.E. Scherrens contra M. G. Maenhout, y otros", *Recopilación de Jurisprudencia 1988 página 03791*, EUR-Lex – 61987J0158 – ES.

de este Estado, y con respecto a un arrendamiento de inmuebles situado en su totalidad dentro de un sólo Estado contratante, el artículo 16, comienzo y apartado 1, se aplica a todo contrato de arrendamiento de bien inmueble, cualesquiera que sean sus características particulares; y debe interpretarse en el sentido que, en un litigio cuyo objeto es determinar la existencia eventual de un contrato de arrendamiento relativo a un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, son exclusivamente competentes con respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado firmante los tribunales del Estado respectivo.

Mediante sentencia de 23 de marzo de 1987, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de mayo siguiente, el Gerechtshof de Arnhem planteó, con arreglo al Protocolo de 3 de junio de 1971, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia, una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 16, comienzo y apartado 1, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, "el Convenio").

El litigio que surgió sobre el arrendamiento fue promovido por el señor Scherrens ante el Juez de paz de Eeklo (Bélgica) respecto al terreno situado en Bélgica, así como ante la Pachtkamer (sala que se ocupa de los asuntos relativos a los contratos de arrendamientos rústicos) del Kantongerecht de Oostburg (Países Bajos) respecto al terreno situado en los Países Bajos. El Kantongerecht consideró que no se aportaba prueba suficiente de la celebración del contrato de arrendamiento y desestimó la acción del señor Scherrens, quien interpuso recurso de apelación ante el Pachtkamer del Gerechtshof de Arnhem.

Para una más amplia exposición de los hechos del litigio principal, de la motivación de la resolución de remisión, así como de las observaciones escritas presentadas y el desarrollo del procedimiento, la Sala se remite al Informe para la vista. En lo sucesivo, sólo se hará referencia a estos elementos en la medida exigida por el razonamiento del Tribunal.

El artículo 16 del Convenio dispone lo siguiente: Con independencia del domicilio, tendrán competencia exclusiva: "1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de arrendamientos de inmuebles, los tribunales del Estado contratante en que el inmueble esté sito; ((...))".

La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional trata de saber si el artículo 16, comienzo y apartado 1, del Convenio debe ser interpretado en el sentido que, en un litigio cuyo objeto es determinar la eventual existencia de un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, tienen competencia exclusiva con respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante los Tribunales de este Estado.

Hay que recordar que el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia de 15 de enero de 1985 (Roesler, 241/83, Rec. 1985, p. 99) que la competencia exclusiva que prevé el artículo 16, comienzo y apartado 1, en favor de los Tribunales del Estado contratante en que esté situado el inmueble, tiene su razón de ser en la

estrecha vinculación de los arrendamientos con el régimen jurídico de la propiedad inmueble y las disposiciones que regulan su uso, como son las normas relativas al control de la cuantía de las rentas y a la protección de los derechos de los arrendatarios e inquilinos.

El Tribunal de Justicia declaró además que el artículo 16, comienzo y apartado 1, trata de asegurar un reparto racional de competencias dando preferencia al órgano jurisdiccional competente en razón de su proximidad a la situación del inmueble, por cuanto se halla en mejores condiciones de tener un conocimiento directo de las situaciones de hecho ligadas a la celebración y a la ejecución de los arrendamientos de bienes inmuebles.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia consideró en el asunto antes citado que, con respecto a un arrendamiento de inmuebles situado en su totalidad dentro de un sólo Estado contratante, el artículo 16, comienzo y apartado 1, se aplica a todo contrato de arrendamiento de bien inmueble, cualesquiera que sean sus características particulares.

Las mismas consideraciones son válidas en principio en el supuesto de arrendamiento de bien inmueble cuyos elementos se hallan situados en dos Estados contratantes.

Por consiguiente, procede interpretar el artículo 16, comienzo y apartado 1, en el sentido de que, en un litigio cuyo objeto es determinar la existencia eventual de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, en principio, los Tribunales competentes, respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante, son exclusivamente los del Estado respectivo.

Sin embargo, no se excluye que puedan presentarse casos en los que un bien inmueble cuyas partes integrantes se hallan situadas en dos Estados contratantes pero que son objeto de un único contrato de arrendamiento, presente tales particularidades que sea precisa una excepción a la regla general de competencias exclusivas que se acaba de describir. Tal podría ser el caso, por ejemplo, cuando los bienes inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitos en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de atribuir a los tribunales de éste competencia exclusiva respecto al arrendamiento del inmueble.

Un examen de las actuaciones no revela la existencia de tales particularidades en el caso presente, al no ser contiguas las partes de la finca en litigio, situadas en los dos Estados contratantes, ni estar tampoco casi enteramente situadas en uno u otro de los Estados contratantes.

Por consiguiente, conviene responder a la cuestión planteada que el artículo 16, comienzo y apartado 1, del Convenio debe interpretarse en el sentido de que en un litigio cuyo objeto es determinar la existencia eventual de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, son

exclusivamente competentes con respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante los Tribunales del Estado respectivo.

De esta forma en un litigio cuyo objeto es determinar la existencia eventual de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, en principio, los tribunales competentes, respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante, son exclusivamente los del Estado respectivo.

Por tanto, en la línea de la Sentencia "Scherrens", debe aplicarse exclusivamente la Ley del Estado donde se halla la parte más relevante o parte principal del inmueble. Cuando los bienes inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitos en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de atribuir a los Tribunales de éste competencia exclusiva respecto al arrendamiento del inmueble. Eso sí, en el caso de que no exista una "parte más relevante" del inmueble contiguo, no queda más alternativa que la solución tradicional: la parte del inmueble situada en cada Estado se regulará por la Ley de dicho Estado".[8]

Parece que la Sentencia "Scherrens" diferencia entre "inmuebles separados" e "inmuebles contiguos"; en el caso de los primeros —inmuebles separados— si la acción afecta a una parte del inmueble serían competentes los Tribunales del país donde se halla dicha "parte del inmueble" y aplicarían dicha ley. Si la acción concierne al entero inmueble, serían competentes ambas jurisdicciones, aplicando cada uno de los Tribunales competentes su ley correspondiente; y, en el caso de los segundos -inmuebles contiguos-, si el inmueble está casi enteramente situado en uno de los Estados, la competencia judicial internacional le correspondería a los Tribunales de Estado donde se ubica la mayor parte del inmueble, y dicha ley sería la aplicable[9].

En los supuestos de conflicto móvil, por ejemplo, si el inmueble se hallaba antes en Francia, pero ahora, en virtud de un acuerdo bilateral hispano-francés pasa a estar situado en España, porque la frontera se altera, la competencia exclusiva corresponde a los tribunales españoles (que aplicarían la ley española)[10]. El hecho

8 Calvo y Carrascosa, cit. (n. 4), p. 483; y Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Pprivado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3465.

9 Calvo, y Carrascosa, cit. (n 4), p. 483; y. Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier (dirs.), *Compedio de Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Rapid Centro Color, S.L., Murcia, 2022, p. 266.

10 *Vid.* Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 9 de noviembre de 2018. El auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 9 de noviembre de 2018, resuelve una controversia planteada por el propietario de una finca situada en la actualidad su superficie entre España y Francia. En los años 1973 y 1974 el actor compró una finca de 1700 m^2 situada entonces íntegramente en Francia, según el plano catastral francés. La resolución recurrida indicaba que, según la parte actora al haberse desplazado la frontera entre España y Francia, al norte, tras la última delimitación de la misma, entre los mojones 24 y 25, realizada por la Comisión Mixta de Amojonamiento, fundada en el tratado de límites entre España y Francia, de 2 de diciembre de 1856, de donde resultaría que parte de esta finca, 773 m2 de superficie, estaría en territorio español, en concreto dentro del término municipal de Bera. La actora en este asunto interpuso demanda contra el Ayuntamiento de Bera de Bidasoa en la que ejercitó una acción declarativa de dominio respecto de varias fincas de 682 m^2, 545 m^2, 318 m^2 y sobre 773 m^2 de superficie de otra, sitas en la cima del monte Larun pidiendo, además,

de que la finca en su integridad esté registrada y conste en el catastro situado en Francia no impide la competencia judicial internacional exclusiva de los tribunales españoles (y la aplicación de la ley española)[11].

3. Alternativas a la *lex rei sitae* como ley aplicable a los inmuebles fronterizos

En materia de determinación de la ley aplicable a los inmuebles fronterizos, por analogía, recurriendo a la Sentencia "Scherrens", cuando los bienes inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitos en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de determinar la ley aplicable.

Por tanto, en la línea de la Sentencia "Scherrens", cuando los bienes inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitos en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de atribuir a los Tribunales de éste competencia exclusiva respecto al arrendamiento del inmueble. Así, "procedería la aplicación exclusiva de la Ley del Estado donde se

que se acuerde la rectificación catastral procedente en favor de su representado. El Ayuntamiento de Bera se allanó a las peticiones contenidas en la demanda respecto de las fincas de 682 m², 545 m², 318 m²; mientras que se opuso respecto de los 773 m² de otra finca al estimar que dicha superficie está integrada en el Catastro de Bayona, Francia. En cuanto a las fincas objeto de allanamiento, se dictó sentencia de 15 de marzo del 2018 estimatoria de la demanda respecto de las mismas. Respecto de la superficie de 773 m², el juez de la primera instancia durante el acto de la audiencia previa suscitó de oficio su falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto de que se trata a los Tribunales de otro Estado, lo que determinaría su abstención de conocer y el sobreseimiento del proceso, según expone nuestra norma procesal prevista en el artículo 65 LEC. En el trámite concedido el Ayuntamiento de Bera mantuvo la falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto sobre la citada superficie a los Tribunales de la República francesa por encontrarse en su territorio la superficie indicada de 773 m², todo ello en aplicación del Reglamento número 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo. Por su parte el demandante alegó que la referida superficie se encuentra en España y que "ni un solo metro cuadrado que no esté en España se reclama a través de la presente demanda, por lo que el competente siempre debe de ser el Juzgado Español". El Ministerio Fiscal informó en el sentido de que debía estimarse la falta de jurisdicción que el juez planteó. Y en auto de 8 de febrero de 2018 se declaró "la Falta de Jurisdicción Internacional de este Juzgado, para conocer de aquellas cuestiones planteadas en la litis, relacionadas con la superficie de 773 m², situada en el monte Larun, absteniéndose del conocimiento de las mismas, y acordando respecto de las mismas, el sobreseimiento de la causa ". Fue entonces cuando los abogados que representaban los intereses del actor interpusieron el recurso de apelación contra la resolución de primera instancia del Juzgado nº6 de Pamplona. Con el acta de replanteo de la línea de la frontera franco-española de 2014, y desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 36 LEC, de la falta de competencia internacional, así como de lo establecido en el Reglamento número 1215/2012, de 12 de diciembre, en la medida en la que las premisas de las que parte el suplico contenido en la demanda son que esos 773 m², parte integrante de la finca de 1700 m² situada a la fecha de su compra en su totalidad en territorio francés, han pasado a estar sitos en territorio español como consecuencia del desplazamiento de la frontera hacia el Norte que atribuye la parte demandante al acta de replanteo mencionado, no cabría afirmar inicialmente la falta de competencia internacional del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Pamplona.

En resumen, la Audiencia señala que el hecho de que la finca en su integridad este registrada y encatastrada en Francia no impide la competencia del Tribunal español si es que se prueba con absoluta plenitud el desplazamiento de la línea de frontera que constituye el eje de la petición contenida en la demanda, sin que tal registro y catastro francés resulten afectados directamente, en tanto que ninguna rectificación se pide respecto de ellos. Que inicialmente la totalidad de la finca estuviese sita en Francia no es óbice, al menos en hipótesis, para que una afirmada modificación posterior de la línea fronteriza pueda suponer una modificación como la contemplada por el actor en su demanda, pues en tal caso obedecería a una hipotética variación aprobada por Francia y España. *Vid.* Lorente, Isabel, "Inmuebles fronterizos, corrección de frontera y competencia judicial internacional de los tribunales españoles", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 693-704.

11 Calvo Caravaca y Carrascosa González (Dirs.), cit. (n.9), p. 266.

halla la "parte más relevante" o "parte principal" del inmueble. Ello conduce a la "aplicación de una ley previsible para los sujetos implicados y simplifica la cuestión de la ley aplicable, pues sólo hay una ley aplicable y no dos"[12].

Eso sí, en el caso de que no exista una "parte más relevante" del inmueble contiguo, no queda más alternativa que la solución tradicional: la parte del inmueble situada en cada Estado se regulará por la Ley de dicho Estado"[13].

Sin embargo, ¿qué debemos entender por "parte más relevante"? La solución más adecuada -y que otorga seguridad jurídica- debería estar al porcentaje de ocupación del predio: si nos encontramos ante un bien inmueble localizado en un Estado A y un Estado B; si la mayor parte del predio se encuentra localizada en un Estado A, la ley aplicable a todo el bien inmueble debe ser la del Estado A; y, si el predio se reparte por partes iguales entre el Estado A y el Estado B, entonces sí, a cada parte del predio se le aplicará su correspondiente ley, la del Estado A, a una parte, y la del Estado B, a la parte restante.

No obstante, no debemos de forma automática equiparar "parte más relevante" con "mayor superficie", sino que habrá que ir caso por caso y tener en cuenta otros elementos (precio de mercado, valor de sus atributos, tipo de suelo, etc.). Así, p. ej., parece claro en el caso de servidumbres entre predios situados en Estados diferentes, donde la solución pasaría por aplicar la ley del país en cuyo territorio se encuentra el predio sirviente, ya que en dicho predio se realizan los actos en los que consiste la servidumbre[14].

4. Reflexiones finales

Sin ninguna duda vivimos un "momento dulce", el Derecho Internacional Privado, gracias al aumento de las relaciones jurídicas sujetas a diferentes ordenamientos jurídicos, se ha convertido en una disciplina indispensable tanto para la prevención como para la resolución de los conflictos privados internacionales que se puedan plantear. Algunas de esas situaciones privadas son propias del estatuto real, y vienen referidas a los derechos reales sobre los bienes muebles o inmuebles.

El recurso a la tradicional regla *lex rei sitae* en materia de ley aplicable a los bienes inmuebles -prevista en el artículo 10.1 CC-, es, con carácter general, una solución sencilla, fácil, lógica, además de precisa, previsible y armónica. No obstante, en materia de bienes inmuebles situados en territorios sometidos a distintas soberanías estatales no parece la más adecuada, ya que el sometimiento de un mismo bien inmueble al juego de diferentes ordenamientos jurídicos puede provocar en la práctica soluciones inconciliables sobre un mismo objeto litigioso.

Por tanto, en materia de determinación de la ley aplicable a los inmuebles fronterizos, por analogía, recurriendo a la Sentencia "Scherrens", cuando los bienes

12 Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier *Derecho internacional privado. Vol. II*, 15ª edición, Comares, Granada, 2014, p. 1038.

13 Calvo, y Carrascosa, cit. (n. 4), p. 483

14 Calvo y Carrascosa, cit. (n. 12), p. 1039; y Calvo y Carrascosa (dirs.), cit. (n. 8), p. 3465.

inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitos en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de determinar la ley aplicable[15].

En definitiva, la ley aplicable a los inmuebles fronterizos debería seguir la tesis moderna inspirada también en la STJUE "Scherrens", de este modo se garantiza la seguridad jurídica de las partes para que se aplique un Derecho estatal previsibles para las mismas y sus pretensiones. Siempre que una "parte relevante" del inmueble, se encuentre en un Estado[16].

Bibliografía

Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier (dirs.), *Compedio de Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Rapid Centro Color, S.L., Murcia, 2022.

Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Derecho internacional privado.* vol. II, 7ª ed., Comares, Granada, 2006.

Lorente, Isabel, "Inmuebles fronterizos, corrección de frontera y competencia judicial internacional de los tribunales españoles", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 11, nº 2, 2019, pp. 693-704.

Ortega, Alfonso, "Determinación de la ley aplicable a los inmuebles fronterizos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 3, 2015, pp. 655-660.

Ortega, Alfonso, "Derechos reales: ley aplicable a los inmuebles fronterizos", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, n° 3, 2008, pp. 83-92.

15 No obstante, "esta solución basada en los principios de proximidad y previsibilidad encuentra límites. El objetivo que persiguen estos principios es que el acceso a la justicia sea efectivo. El principio de proximidad no genera costes excesivos ni desproporcionados para los particulares implicados en el litigio internacional, pues permite una respuesta judicial real y verdadera a las pretensiones jurídicas de los particulares. Pero también se presentan límites a estos principios, es la conocida paradoja de Alaska. En efecto, si una norma de conflicto española o europea indicara que el litigio entre dos particulares que residen habitualmente en Madrid se debe regir por el Derecho de Alaska, dicha norma de conflicto sería inconstitucional porque obligaría a los particulares a seguir un proceso judicial con costes muy elevados, y esto equivaldría a una tutela judicial "no efectiva", a un proceso judicial "no equitativo". La norma de conflicto vulneraría si actúa de ese modo el art. 24 CE 1978 y el art. 6 CEDH 1950". Lorente, cit, (n.10), pp. 702-703.

16 Supone "el eterno retorno del Derecho romano como una solución óptima a los problemas de nuestros días: la parte accesoria sigue a la principal. Esta solución consigue respetar fielmente los principios de buena administración de la justicia y de previsibilidad para las partes. Y respeta los principios tanto a nivel conflictual como a nivel sustantivo en el Derecho internacional. Esta es una solución que respeta la eficiencia conflictual, siempre será más eficiente litigar en un solo país que en dos, aplicar una ley estatal que dos al mismo caso. Los particulares deben de informarse de un solo Derecho estatal y se respeta la soberanía de los Estados·. Lorente, cit. (n.10), p. 704.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 6 de Julio de 1988, "R.O.E. Scherrens contra M. G. Maenhout, y otros", Recopilación de Jurisprudencia 1988 página 03791, EUR-Lex – 61987J0158 – ES. (Europa).

PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS CONSUMIDORES: PROBLEMÁTICA EN TORNO A LOS *TEST* GENÉTICOS DIRECTOS AL CONSUMIDOR. DERECHO Y JURISDICCIÓN APLICABLES

CONSUMER DATA PROTECTION: PROBLEMS SURRONDING DIRECT-TO-CONSUMER GENETIC TESTING. APPLICABLE LAW AND JURISDICTION

Matilde Pérez*

RESUMEN

Los tests genéticos directos al consumidor (TGDC) son pruebas que permiten a las personas acceder a información sobre su ADN sin la intermediación de profesionales de la salud. Su uso plantea preocupaciones significativas en cuanto a la protección de datos personales y la privacidad de los consumidores. En este sentido, y ante la falta de una regulación internacional de esta materia, surge el problema de cuál será el Derecho aplicable para resolver los casos que ello plantea.

PALABRAS CLAVES*: ley aplicable, derecho internacional privado, protección de datos personales, test genéticos, protección del consumidor.*

ABSTRACT

Direct-to-consumer genetic testing (DTCT) is a test that allows people to access information about their DNA without the intermediation of health professionals. Its use raises significant concerns regarding the protection of personal data and consumer privacy. In this regard, and in the absence of international regulation on this matter, the question arises as to which Law will be applicable to resolve the cases that this raises.

KEYWORDS: *applicable law, international private law, personal data protection, genetic testing, consumer protection.*

1. Introducción

El Derecho a la salud está ganando autonomía científica respecto del Derecho de daños y del Derecho del consumidor. A ello se agregan nuevas situaciones en las que el paciente se transforma en consumidor sanitario.

Es un desafío, entonces, establecer qué derecho y qué jurisdicción es aplicable frente a nuevas relaciones jurídicas en que las que el consumidor sanitario tiene necesidades y vulnerabilidades específicas máxime en contextos de globalización.

A la par, la relación entre médico y paciente se modifica por cuánto la autonomía de la voluntad es fundamento de la dignidad humana y supone la toma de decisiones realizadas con discernimiento, intención y libertad que permite la obtención de

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Administrativo. Profesora titular de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. matildeperez@uca.edu.ar.

un consentimiento informado y, en particular, ante el mayor número de *praxis* que requieren de intermediación tecnológica.

La tecnología en el ámbito de la salud contribuye al desarrollo de una medicina preventiva que anticipe o mitigue una enfermedad, así como la búsqueda de alternativas para una mayor personalización de tratamientos.

Las relaciones jurídicas en el sistema de salud también se están transformando. Con una cada vez mayor influencia de los sistemas mixtos (obra social) o privados (medicina prepaga) el paciente muta su calificación jurídica para pasar a ser consumidor y como tal, parte de una relación de consumo en lo que hace al vínculo con la entidad prestadora o en el campo de la investigación.

Ello permite expandir el marco protectorio aplicando un estatuto que tiene como norte su situación de vulnerabilidad, la información como eje del sistema y el trato digno y equitativo como finalidad.

En paralelo, aparece la medicina genómica que centra su enfoque en la prevención y el tratamiento de enfermedades en las que incide el medio ambiente, el estilo de vida y el genoma de una persona. Hay una adaptación a las particularidades de cada paciente en procura de detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético indicativo de una determinada modificación genética y, así, lograr mejores diagnósticos y tratamientos.[1]

Dentro del amplio espectro de esta nueva medicina, desde principios de los años 90 se lanzan a la venta a través de Internet los llamados "test genéticos directos al consumidor" en los que el paciente devenido en consumidor sanitario puede acceder a través de la remisión de una muestra de su saliva, información sobre su perfil genético de contenido variado, sin consejo médico previo.

Estas pruebas producen un importante volumen de datos de carácter personal, que son recolectados por las empresas, qué pueden afectar los derechos de terceros y abren el juego hacia la calidad y extensión del consentimiento prestado acerca del uso de los datos obtenidos.

Este trabajo busca aproximarse a la solución jurídica aplicable en estas pruebas genéticas directos, el carácter sensible de los datos obtenidos y el vínculo jurídico transfronterizo que abre el interrogante acerca del Derecho aplicable y la jurisdicción competente para intervenir ante estos nuevos dañadores tecnológicos.

2. Los datos personales como objeto de la relación de consumo

En el Derecho argentino, la modificación constitucional de 1994 introduce en el artículo 42 la protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de la relación de consumo que abarca la protección de la salud, de la seguridad y de sus intereses económicos.

1 Ley n° 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, artículo 3 (España).

Prescribe, además, el derecho a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, así como a condiciones de trato digno y equitativo.

Por su parte, el artículo 3° de la ley de defensa del consumidor, define a la relación de consumo como el vínculo existente entre proveedor y deudor para proceder, a continuación, a desarrollar el contenido del deber-derecho de información, así como el trato digno y equitativo. [2]

En el Derecho chileno, la ley n° 19.496 establece en sus artículos 1° y 2° los sujetos y objetos de la relación de consumo, lo que abarca también el derecho a la salud, así como a la información[3].

La ley argentina de protección de datos personales n° 25.326, en su artículo 2° define como datos personales a aquella información de cualquier tipo que se refiera a personas humanas o de existencia ideal determinadas o determinables. En lo que respecta a los datos sensibles, y considera como dato sensible a la información referente a la salud o la vida sexual.[4]

En Chile, la ley n° 19.628, en su artículo 1° tiene definiciones de carácter semejante con relación a las personas humanas, al establecer que los datos personales son los relativos a cualquier información que concierna a las personas naturales, identificadas o identificables. Con relación a los datos sensibles, los datos sobre estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual quedan encuadrados en la protección normativa.

Los datos genéticos se enmarcan en el ámbito de la protección de los datos sensibles en estos regímenes jurídicos.

En este contexto, los marcos regulatorios que protegen los datos personales, sea a nivel de cada Estado o bien, a través de normativas trasnacionales como lo es el Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea, resultan en muchas situaciones insuficientes frente a la prevención y reparación de los daños derivados de la inadecuada utilización o del uso secundario de este tipo de datos personales.

En los Test Genéticos al Consumidor (TGDC o GDTC por su sigla en inglés) la información genética es suministrada como consumidor al proveedor con miras a la obtención de un análisis genético de uso comercial, sin supervisión médica previa.

Entre los diversos problemas que se presentan se destacan: a) el Derecho aplicable; b) la jurisdicción competente en materia de conflictos; c) consentimiento informado y uso de datos; d) prevención y reparación de daños causados a consumidores, pero también a los terceros que puedan verse afectados por los resultados de estas pruebas.

2 Constitución de la Nación Argentina, artículo 42; Ley n° 24.240 de consumidores y usuarios (Argentina).

3 Ley n°19.496 (Chile).

4 Ley n° 25.326 de protección de datos personales (Argentina).

En abril de 2017 la *Federal Drugs Administration (FDA)*, al aprobar una serie limitada de estos *test*, hizo un llamado de atención sobre la tendencia a suprimir el consejo médico, a centrar en la información y la publicidad volcada en las páginas de Internet en las que el paciente-consumidor no puede determinar el origen; advertencia que se extiende la posible incidencia de los intereses económicos basados en preferencias de mercado, en obtención de datos, en la comercialización de esos, así como su uso en investigaciones científicas.

Otra cuestión central es el consentimiento informado que presta el consumidor de este tipo de *test*. ¿Es un consentimiento informado?; ¿es un consentimiento informado tácito?; ¿es un consentimiento informado abierto? Cuestiones que dan visibilidad a una serie de pruebas de larga data en el mercado, pero sin un marco normativo específico tanto en el Derecho interno como en el Derecho Internacional Privado.

El consentimiento informado para la adquisición de este tipo de *test* parece garantizar la inocuidad del producto y la responsabilidad del desarrollador, fabricante o comercializador. Sin embargo, se abren nuevas hipótesis sobre el destino de la información, su comercialización o el uso de las muestras y biodatos, así como su uso secundario.

3. Los datos genéticos como bien de consumo

En el caso de los TGDC, hay una solicitud directa por el sujeto sin participación, intermediación o asesoramiento médico. Se vinculan con el deseo de conocer, las personas que no son pacientes son consumidores, por lo que se hallan inmersos en el ámbito de las relaciones de consumo.

En estos casos, se considera que el eje central está en el deber- derecho de información que compete a la empresa que los comercializa. Esa información es la que permite prestar el consentimiento informado sobre el contenido y alcance de la práctica, así como la protección de sus datos personales y de los terceros que se puedan ver impactados por los resultados.

La falta de consejo o asesoramiento médico en forma previa o posterior a la realización del análisis puede llevar a consecuencias que impacten en el bienestar de esa persona, pero también en la del entorno familiar. Se enfrentan aquí la autonomía de la voluntad, el derecho a saber y también, el derecho a no saber[5].

4. Los test genéticos directos: cuestiones que suscitan sobre información, consentimiento y uso secundario de datos

Es cada vez más usual el desarrollo de bases de datos genéticos tanto de origen público como privado, conformados a través de materiales aportados por individuos con finalidades diversas, como pueden ser la información, el diagnóstico u otros

5 European Comission Directorate General for Reserarch, *25 recommendations in the ethical, legal ando social implications of genetic testing*, Bruselas, 2004. Disponible en https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/503986 (Consultado: 23 de marzo de 2024).

destinos primarios o secundarios como es el caso de los test genéticos directos al consumidor (TGDC).

Estos datos, difíciles de cuantificar, permiten el avance de la biomedicina, la predicción y el tratamiento de enfermedades hereditarias o derivadas de mutaciones genéticas externas (epigenética), pero también como fuente de información con precio en el mercado, o cuyo uso o siempre es conocido o permitido por quien aporta el material genético.

Los TGDC sacaron a la medicina del consultorio al *living*. Muchos de estas pruebas buscan vincular a la gente con parientes desconocidos. Ello implica que una muestra puede servir tanto para la identificación de un individuo como para compartir la naturaleza de nuestro ADN para la identificación de los datos genéticos de un sujeto.

Hay una vorágine de datos que se ingresan al mercado con una normativa laxa. Todo ello conforma el mundo de los TGDC en el que conviven el derecho a saber, el derecho a no saber, la privacidad, la protección de los terceros, los intereses económicos, la privacidad y las consecuencias derivadas de los resultados de estas pruebas[6].

En el análisis de las vulnerabilidades, los pacientes y los consumidores se ven expuestos a una serie de situaciones frente a las que la profesionalidad y la ética en la que se trabajen y divulguen informaciones claras y veraces.

Los principios de información y transparencia son el norte por analizar en el uso de los datos por estas organizaciones, en especial, minimización, anonimización y pseudonimización de datos como mecanismos de protección de los datos genéticos de cada individuo, de los terceros que se puedan hallar expuestos o la utilización de las bases de datos para fines distintos a aquellos para los que se ha consentido[7].

En sus inicios, la industria contaba con una magra base de datos. Hoy hay un crecimiento exponencial con millones de archivos de datos de los consumidores. Empresas como *23andMe, Ancestry DNA, GenetyGene´s, Family Tree DNA. Orig3n* o *My heritage* tienen un volumen muy grande de datos que son transferidos o adquiridos por empresas e inversores a empresas con múltiples propósitos como desarrollo de fármacos o nuevos productos de consumo. En otros casos, el riesgo del perfilamiento o sesgos discriminatorios, así como la utilización criminalística de las bases de datos sin autorización del propietario del material genético.

Entre las posibles tesis que explican esta idea, aparece la llamada "Teoría del mosaico" que parte de la hipótesis que el entrecruzamiento de datos aislados

6 Phillips, Andelka- "Genetics goes online –privacy in the world of personal genomics", *Privacy Laws & Business International Report*, 2018. Disponible en https://www.andelkamphillips.com/wp-content/uploads/2018/10/Genetics.pdf (Consultado: 8 de julio de 2023).

7 Phillips, Andelka y Samuel Becher, "DNA testing is not `just saliva´", *The Regulatory Review*, 2023. Disponible en https://www.theregreview.org/2023/01/09/becher-phillips-dna-testing-is-not-just-saliva/ (Consultado el 1 de abril de 2024).

insignificantes puede generar información que revelen datos significativos sobre una persona[8].

En efecto, si bien es cierto que los procesos de toma y análisis de material genético favorecen el acceso a información para prevenir, detectar o curar enfermedades, no lo es menos la situación que se presenta por cuanto se puede llegar a reidentificar al portador, a sus parientes o en otros casos, fallecidos sin identificar o personas con antecedentes penales.

Esta pléyade de situaciones pone de manifiesto que hay una afectación a la autodeterminación informativa, a la intimidad, al derecho a la identidad genética, así como a la igualdad ante una posible discriminación o estigmatización.

Esto pareciera poner en jaque la intimidad genética de estos TGDC, al considerar la existencia de un consentimiento informado del titular, frente a la muestra biológica y al respeto a la dignidad humana. Un tándem subjetivo, objetivo y axiológico que podrá variar en su contenido, sobre la base de la consideración de la existencia de una relación de consumo, de un contrato de consumo o de la posibilidad de una responsabilidad extracontractual ante daños causados por el uso de la información con un fin diverso para el que se prestó consentimiento.

Preguntas que llevan a analizar desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado posible soluciones.

Entre varias posibilidades, una normativa trasnacional o bien, de autorregulación o de buenas prácticas contribuirán a la creación de certezas construidas.

5. Comercialización de datos genéticos: uso secundario en investigación científica y en el ámbito estatal, los perfiles criminales

Se plantean varias preguntas sobre este uso secundario de muestras genéticas. Entre ellas, la necesidad de un consentimiento informado más fortalecido en miras a la protección frente a estos usos o cruzamiento de datos con muestras provenientes de diversas bases, como vienen utilizándose para la captura de criminales a través de la utilización de ADN de familiares.

Riesgos impredecibles y posibles beneficios se deben integrar con la confidencialidad, la privacidad o la posibilidad de retirarse de una investigación o el retiro de muestras de una base de datos.

Caben las preguntas acerca de si una compañía de seguros o un empresario puede solicitar un *test* genético antes de la suscripción de un contrato; se puede pedir la prueba de paternidad de un hijo sin el consentimiento del otro progenitor; son aceptables estos *test* en forma previa para la adopción de un menor; una persona con riesgo de enfermedad hereditaria ¿debe revelar dicha información previo a contraer matrimonio o tener un hijo?

8 Viveros Auad, Mario. *Derecho a la autodeterminación informativa respecto a los datos genéticos*, Tesis para optar al grado de magister en Derecho y Nuevas Tecnologías, Universidad de Chile, 2018, pp. 16 y ss.

Se encontrarían afectados los derechos constitucionales a la igualdad, el principio de no discriminación, a la intimidad personal y familiar; a la protección de los datos; a la información; a un proceso con todas las garantías.

En este sentido, estas preguntas se extienden al contenido, alcance y revisión del consentimiento informado prestado, la posible vulnerabilidad de determinadas poblaciones, etnias o grupos sociales como objeto y sujeto de la información brindada por quienes son responsables mediatos o inmediatos de las bases de datos[9].

Se debe aspirar a una normativa transfronteriza que permita un manejo ético y responsable de los datos genéticos y que la persona que sufre el daño en forma directa o indirecta tenga la posibilidad de determinar el Derecho y la jurisdicción aplicables ante los avances y los usos no autorizados de los datos genéticos obtenidos a través de estas pruebas sin el debido consentimiento informado.

6. Los test genéticos directos y daños transfronterizos: relación de consumo o hechos ilícitos. Derecho y jurisdicción aplicable

6.1. Derecho argentino: El posible régimen del Código Civil y Comercial

En los puntos precedentes se deja esbozado el escenario en el que se debe dirimir el Derecho y la jurisdicción aplicable. La cuestión lejos está de ser sencilla por cuanto sin un régimen específico, se suscitan conflictos normativos en derredor de la información, la publicidad, el consentimiento informado, el uso no autorizado de datos o la posibilidad de causación de daños, tanto al paciente-consumidor como a terceros vinculados a esos datos genéticos.

Esos conflictos se pueden vertebrar en dos ítems: ¿se aplica el régimen de defensa de los consumidores al considerar que el consentimiento prestado tiene una amplitud tal que abarca el uso secundario?; ¿frente al uso no autorizado de datos, estamos en presencia de un hecho ilícito, esto es, responsabilidad extracontractual?

El Código Civil y Comercial argentino vigente desde agosto de 2015, innova en la consideración del régimen aplicable en materia de derecho de daños al propiciar un sistema en el que se aproximan las órbitas de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

En esta materia se sigue, por tanto, la impronta signada por la protección de la persona humana en su dignidad e integridad.

En lo que hace a las normas de Derecho Internacional Privado si bien no adopta el sistema de aproximación entre ambas órbitas, introduce innovaciones que amplía la posibilidad de elección de jurisdicción y Derecho aplicable siguiendo la impronta sostenida en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 así

9 Martínez, Juan, "La generalización de los test genéticos y su incidencia en los derechos fundamentales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 29, 2017, pp. 235-266.

como las conclusiones de Jornadas, Congresos y eventos internacionales, así como la profusa jurisprudencia y doctrina local en la materia.

6.1.1. Contrato o relación de consumo

De acuerdo con la naturaleza jurídica e implicancias del consentimiento informado, la normativa aplicable tiene su posible encuadre en lo dispuesto en los artículos 2654 y 2655 del anotado Código, en lo que hace a la jurisdicción y Derecho aplicable, al enmarcarse en un contrato de consumo en que el consentimiento nace producto de la información y la publicidad.

6.1.1.1. Jurisdicción

El artículo 2654 abre para el consumidor una pluralidad de foros concurrentes que posibilitan el acceso a la justicia derivada de la protección constitucional que emana de los artículos 41 y 42 de la Carta Fundamental, así como las recomendaciones de textos no vinculantes como el Protocolo de Santa María, de 1996.

Así, en el caso del uso secundario o indebido de los datos personales, interpretando la existencia de un consentimiento tácito, en el evento en que se produzca un daño, las jurisdicciones a las que se puede atender serían la del lugar de cumplimiento de la prestación (entrega de hisopado, recepción de informe); lugar del domicilio del demandado o el lugar donde el consumidor realiza los actos necesarios para la celebración del contrato. Como norma subsidiaria, en el caso que no sean accesibles las jurisdicciones propuestas, podrá acudir al foro de necesidad que prevé el artículo 2602. Por otro lado, en aras de la protección del consumidor quedan vedados los acuerdos de elección de foro, con arreglo a lo previsto en la última parte del artículo 2654.

6.1.1.2. Derecho aplicable

El artículo 2655 establece puntos de conexión secundarios en cascada. El punto de conexión principal es el domicilio del deudor, pero de manera subsidiaria y sucesiva establece el Derecho aplicable del país de lugar de cumplimiento y ante su fracaso, el del país del lugar de celebración.

El punto de conexión domicilio del consumidor en el caso de los test genéticos directos al consumidor se enmarca en lo establecido en los incisos a) y b) del artículo 2655.

Si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en los actos necesarios para la conclusión del contrato; o bien, si el proveedor recibe el pedido en el Estado del domicilio del consumidor.

En este análisis, las consecuencias derivadas del uso secundario o no autorizado de los datos sobre la base de un consentimiento tácito, amplio o implícito, el Derecho aplicable surge de estas normas.

En el caso de los *test* genéticos directos la adquisición, la recepción, la obtención de muestras y la remisión del resultado operan en el domicilio del consumidor.

6.1.2. Hecho ilícito

En el caso de ser considerado como un hecho ilícito, el eje se corre hacia lo dispuesto en los artículos. 2656 y 2657. La consideración de hecho ilícito proviene de considerar si se puede interpretar la existencia de un consentimiento tácito o amplio en lo que hace a la utilización de datos sensibles en forma secundaria o no autorizada.

Dentro de las tesis que analizan la extensión del consentimiento, la tesis restrictiva considera que en estos casos los consumidores -en forma análoga con los datos obtenidos en investigaciones científicas- debieron haber prestado su consentimiento de manera expresa o haberse recabado con posterioridad. En estas situaciones se conculca el principio general de no dañar o bien, se encuadra en el ámbito de la responsabilidad nacida de un hecho ilícito. En este tipo de test genéticos el daño reviste carácter transfronterizo dando lugar a la aplicación de los artículos. 2656 y 2657, que determinan la jurisdicción y el Derecho aplicable.

6.1.2.1. Jurisdicción aplicable

¿Cuál es el juez competente? El artículo 2656 del Código Civil y Comercial, sigue una estructura de foros alternativos a opción del actor, lo que se incardina en la idea de protección del dañado, el que puede tener una mayor o menor vulnerabilidad con relación al demandado[10]. Por otro lado, la relevancia de las situaciones fácticas contribuye al establecimiento de la relación de causalidad, esto es, el hilo conductor entre el hecho y el daño. Así se establecen como foros posibles para estas situaciones el domicilio del demandado; la proximidad con los hechos del caso; la proximidad con la comisión del hecho ilícito; el juez del lugar donde se produce el hecho generador del daño; el juez del lugar donde se producen los efectos dañosos directos del hecho generador del daño

La norma funciona como excepción de lo dispuesto en capítulos anteriores y se encuentra en juego el principio general de no dañar a otro, que trasciende a los hechos ilícitos para abrir la puerta a aquellos daños que se producen dentro del marco de la licitud, pero en los cuales se produce el perjuicio.

La existencia de un foro general como el domicilio del demandado y los foros especiales que nacen de la naturaleza de los hechos permite la protección de la parte jurídica más débil; un adecuado derecho de defensa en juicio, así como la aspiración a la reparación integral.

10 Artículo 2656.- Jurisdicción. Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.

En lo que hace a la elección del domicilio del demandado, se considera que es el foro general de las acciones personales y evita el inicio de acciones de reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en el extranjero.

Con respecto al juez del lugar del hecho, en esta idea de corrimiento del eje hacia la protección de la persona dañada, la mayor proximidad a la fuente generadora del daño permite una mayor proximidad en el análisis probatorio del nexo causal y los efectos de ese daño.

Se aparta de la solución adoptada en los Tratados de Montevideo sobre prórroga de jurisdicción *ex post facto* así como del Protocolo de San Luis, de 1996, sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados Parte del Mercosur.

6.1.2.2. Derecho aplicable

El artículo 2657[11] está inspirado en el artículo 4° del Reglamento CE 864/07, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de julio de 2007, sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales[12].

Se adopta el criterio de aplicación del Derecho del lugar donde se produce el daño, con independencia de la fuente generadora del daño. Desde el siglo XIII es el punto de conexión para establecer el Derecho aplicable en la responsabilidad civil extracontractual, lo que no lo libera de críticas. Es en este sentido que la norma habilita la excepción para el caso que el actor y el demandado vivan en el mismo país cuando se produce un daño, se aplica la normativa nacional, esto es, la *lex communis.*

La ley común toma en cuenta los intereses de ambas partes, es un punto de conexión alternativo a la ley del hecho ilícito o la ley de los efectos del daño.

El Código Civil y Comercial atiende a tres formas: El domicilio del demandado; el lugar de producción del daño; el lugar del hecho generador. Esta pluralidad permite, por otro lado, atender al criterio de la relación de causalidad entre el hecho y el daño como fuente para determinar la jurisdicción aplicable, lo que deviene en

11 Artículo 2657. Derecho aplicable. 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 en que 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 en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

12 Artículo 4°. Norma general .1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la 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 en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. 2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

una mayor protección, por cuanto no siempre es posible ubicar al demandado o la jurisdicción más conveniente.

6.2. Derecho chileno

Los *test* genéticos directos en Chile, al igual que Argentina, carecen de un marco regulatorio propio por lo cual el manto protectorio por el uso no autorizado o secundario de datos personales puede tener su marco legal en el juego armónico de la ley n° 19.496 (sobre protección de los derechos de los consumidores) y su articulación con el artículo 19 n°1 de la Constitución y el artículo 11 de la ley n° 20.120, de 2006, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.

Es de destacar la posición seguida por la Tercera Sala de la Corte Suprema en los autos "Girardi v. Emotiv Inc."[13] al dictar sentencia en la que hace lugar a un recurso de protección presentado por una persona solicitando que el Instituto Nacional de Salud y la autoridad aduanera en uso de sus facultades analicen los términos de comercialización y uso de un dispositivo inalámbrico que recaba la actividad eléctrica del cerebro. Si bien estamos en presencia de dos tecnologías diferentes, este fallo tiene su punto de contacto en lo que hace al manejo de la información recabada y el uso de datos debido a que toda la información obtenida fue grabada y subida en la nube de la empresa sin que el actor hubiere conocido o consentido a ello.

Entre los riesgos a los que alude el actor figuran la posibilidad de reidentificar, *hackear*, la reutilización no autorizada de esos datos, su comercialización o la captación de datos con fines no consentidos. Se vulnera, además, los artículos 11 y 13 de la ley n° 19.628, sobre protección de la vida privada, en lo relativo a debida diligencia en el cuidado de datos o el derecho a la cancelación o bloqueo de datos personales.

Y destaca que el "consentimiento no puede ser considerado como tácitamente prestado a través de otros consentimientos o aprobaciones prestados por quien, en calidad de cliente o consumidor… requiere de un consentimiento especifico que indique además el propósito y fin de la investigación correspondiente".

La Corte hace lugar a lo peticionado. Se destaca en relación con el consentimiento informado en su considerando séptimo lo siguiente

> "(...) En todo caso, el consentimiento deberá ser nuevamente solicitado cada vez que los términos o condiciones en que se desarrolle la investigación sufran modificaciones, salvo que éstas sean consideradas menores por el Comité Ético Científico que haya aprobado el proyecto de investigación". De este modo, la explicación de la requerida, en orden a que los datos que obtiene de los usuarios de Insight, al ser anonimizados, pasan a ser información estadística de libre uso, omite

13 Corte Suprema, 9 de agosto de 2023, rol n° 105.065-2023.

> como una cuestión previa la necesidad de contar con el consentimiento expreso de su uso para fines de investigación científica, distinta al registro estadístico, y expresamente regulada legalmente en Chile, de modo tal que las información obtenida con diversos propósitos, no pueda tener finalmente una utilización diversa sin que su titular lo conozca y lo apruebe. Ello, además, permite descartar que tal consentimiento pueda considerarse tácitamente prestado a través de otros consentimientos o aprobaciones prestados por quien, en calidad de cliente o consumidor, adquiere un determinado aparato, requiriéndose un consentimiento específico que indique además el propósito y fin de la investigación correspondiente".

Por tanto, no puede ser interpretado el consentimiento de manera amplia o prestado en forma tácita, sino que deberá ser expreso para cada una de las finalidades propuestas y/o pretendidas por el proveedor. Solución que resulta extensible a este tipo de Test Genéticos Directos al Consumidor (TGDC).

7. Hacia un necesario marco normativo en materia de *test* genéticos directos

Los *test* genéticos directos son productos con un fuerte auge en el mercado, a tal punto que fue el producto estrella en las ventas de Navidad en los Estados Unidos en 2018[14],

La información genética obtenida a partir de ellos permite identificar tanto al portador, a sus parientes, pero también puede ser utilizada en otras áreas que se apartan de la esfera del consentimiento.

El uso secundario y/o no autorizado de datos afectan a la autodeterminación informativa, a la intimidad, a la identidad genética, así como también a la igualdad. Propiciar un marco regulador estatal o impulsar normas de autorregulación del sector tendientes a determinar el contenido y alcance del consentimiento, garantizar el tratamiento de datos, en especial en lo que hace a la anonimización y las posibles reidentificaciones harán que la utilidad sanitaria de este tipo de pruebas se consolide y garantice a los usuarios una adecuada protección frente a empresas que son de carácter multinacional y que, en muchos casos, acuden a la elusión jurisdiccional para evitar posibles demandas.

Bibliografía

European Comission Directorate General for Reserarch, *25 recommendations in the ethical, legal ando social implications of genetic testing*, Bruselas, 2004. Disponible en https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/503986 (Consultado: 23 de marzo de 2024).

14 Diario Ámbito Financiero, "Test de ADN, el insólito regalo de navidad que es un boom en EEUU", 20/12/2018. Disponible en https://www.ambito.com/lifestyle/lifestyle/test-adn-el-insolito-regalo-navidad-que-es-un-boom-eeuu-n5006526 (Consultado: 24 de abril de 2024).

Martínez, Juan, "La generalización de los test genéticos y su incidencia en los derechos fundamentales". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 29, 2017, pp. 235-266.

Phillips, Andelka- "Genetics goes online –privacy in the world of personal genomics", *Privacy Laws & Business International Report*, 2018. Disponible en https://www.andelkamphillips.com/wp-content/uploads/2018/10/Genetics.pdf (Consultado: 8 de julio de 2023).

Phillips, Andelka y Samuel Becher, "DNA testing is not `just saliva´", *The Regulatory Review*,2023. Disponible en https://www.theregreview.org/2023/01/09/becher-phillips-dna-testing-is-not-just-saliva/ (Consultado el 1 de abril de 2024).

Viveros Auad, Mario. *Derecho a la autodeterminación informativa respecto a los datos genéticos*, *Derecho a la autodeterminación informativa respecto a los datos genéticos*, Tesis para optar al grado de magister en Derecho y Nuevas Tecnologías, Universidad de Chile, 2018.

Normativa

Ley n°19.496, sobre protección a los derechos de los consumidores (Chile).

Ley n° 19.628 sobre protección de datos personales (Chile).

Ley n° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana (Chile).

Constitución de la Nación Argentina (Argentina).

Código Civil y Comercial (Argentina).

Ley n° 24.240 de consumidores y usuarios (Argentina).

Ley n° 25.326 de protección de datos personales (Argentina).

Ley n° 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (España).

Jurisprudencia

Corte Suprema, 9 de agosto de 2023, Rol 105.065-2023 (Chile).

NATURALEZA DEL DERECHO EXTRANJERO EN CHILE: NUEVA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

THE NATURE OF FOREIGN LAW IN CHILE: NEW ANALYSIS PERSPECTIVES

Rodrigo José Pablo Pérez*

RESUMEN

Esta ponencia tiene por objeto revisar la forma en que los tribunales chilenos se aproximan al Derecho extranjero y la propuesta hecha a este respecto en el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. En este sentido, se destacará que los tribunales chilenos toman, a pesar de ciertas afirmaciones que inducen a la confusión, al Derecho extranjero como un hecho, y que tras esta consideración parece encontrarse principalmente un motivo económico, relativo a la dificultad que supone la prueba y conocimiento del mismo. Esta jurisprudencia se estimará sensata, pero se señalará que los tribunales pueden y deben hacer más para apoyar a las partes de un proceso en la aplicación del Derecho extranjero. A partir de esto, se analizará la postura tomada por el Anteproyecto de Ley, el cual les transfiere a los tribunales la responsabilidad por la prueba y conocimiento del Derecho extranjero. Esto, al menos en la forma planteada en el texto de la propuesta, puede tener efectos no deseados.

PALABRAS CLAVES: *Derecho Extranjero, Derecho Internacional Privado, Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado chileno.*

ABSTRACT

This presentation aims to review the way in which Chilean Courts approach foreign law and the proposal made in this regard in the Draft Law on Private International Law of the Chilean Association of Private International Law. In this sense, it will be highlighted that the Chilean Courts take, despite certain confusing statements, foreign law as a fact, and that behind this consideration there seems to be mainly an economic reason related to the difficulty involved in proving and knowing the foreign law. This case law is sensible, but it is worth noting that the Courts can and should do more to support the parties of a trial in the application of foreign law. From this point, the work will analyse the Draft Law, which transfers to the Courts the responsibility for prooving and knowing the foreign law. This, at least in the way stated in the text of the proposal, may have undesirable effects.

KEYWORDS: *Foreign Law, Private International Law, Draft Law on Private International Law, Case Law on Chilean Private International Law*

* Profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. rjpablo@uc.cl.

1. Introducción: Debate y su relevancia

La naturaleza del Derecho extranjero ha sido un asunto debatido en la doctrina y jurisprudencia del Derecho Internacional Privado tanto en Chile[1] como en el extranjero[2]. Las razones para ello se encuentran en que, de la forma de considerar el Derecho extranjero, ya sea como un hecho o como un Derecho, se siguen, al menos en teoría, importantes consecuencias para su aplicación, interpretación, prueba y los recursos que contra la decisión del tribunal que lo aplica proceden[3].

En este sentido, si el Derecho extranjero es Derecho, el juez puede aplicarlo, aunque las partes no lo aleguen; no requiere de prueba en el proceso; el juez no queda vinculado a las partes en su interpretación, y contra una mala aplicación del mismo procede el recurso de casación en el fondo. Mientras que, si se trata de un hecho, dichos asuntos deberían resolverse de forma opuesta.

Sin embargo, en la práctica, se puede apreciar que, con independencia de la tesis que se siga a nivel doctrinario, existe una tendencia hacia un tratamiento del problema que no siempre sigue a la conceptualización de su naturaleza escogida por el sistema jurídico del que se trate.

En este contexto, este trabajo se enfocará en exponer cómo han tratado el asunto los tribunales chilenos, para, de esa manera, exponer el estado actual del Derecho local y poder analizarlo críticamente. Asimismo, y a partir de ello evaluaremos críticamente el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado propuesto por la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (en adelante el "Anteproyecto").

Con esto en miras, el trabajo se desarrollará de la siguiente manera. Primero, se expondrá el tratamiento de la naturaleza del Derecho extranjero en el Derecho comparado y en la doctrina nacional. La explicación será breve, su foco estará en mostrar los matices de la doctrina y proponer dejar atrás las conceptualizaciones doctrinarias que buscan resolver todos los aspectos procesales que implica la aplicación del Derecho extranjero a través de una definición doctrinaria respecto de su naturaleza. La propuesta será buscar un tratamiento específico a los problemas que del tratamiento del Derecho extranjero surjan (II). En segundo lugar, se expondrá la jurisprudencia reciente en la materia, exponiendo cómo se aproximan al problema del Derecho extranjero los tribunales chilenos en la actualidad. Aquí mostraremos que tienden a analizar el problema desde la pregunta por su

1 Villarroel Carlos y Villarroel Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2018, pp. 95-133. Saavedra, Constanza, *Análisis de la aplicación del Derecho Extranjero y la oposición de la lex fori a ello: Necesidad de una regulación normativa clara a la luz de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2018; Monsalve, Aldo, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2010, pp. 91-109; Ramírez, Mario, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Conosur, Santiago, 1994, pp. 149-165. Guzmán, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 321-363.

2 Calvo, Alfonso y Carrascosa Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo 1, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 680-783. Esplugues, Carlos, "La aplicación del Derecho Extranjero en Iberoamérica y la Unión Europea: Paralelismo desde la diferencia", *Revista Boliviana de Derecho*, n° 31, 2021, pp.16-50.

3 Guzmán cit., (n.1) p. 321.

naturaleza tratando al Derecho extranjero, a pesar de ciertas sentencias que dicen lo contrario sin dar fundamentos ni darle el tratamiento que sería esperado, como un hecho que debe ser probado por las partes del proceso, pero aceptando, en general, la procedencia de la casación en el fondo o recursos análogos (III). Tras ello, evaluaremos críticamente esta doctrina, indicando que, si bien, ella es sensata por reconocer las dificultades que enfrentan las Cortes de cara a la prueba y comprensión del Derecho extranjero, existen casos en que, debido a la cercanía con el sistema jurídico implicado, la relevancia de los intereses comprometidos u otros factores propios del caso, los tribunales chilenos deberían hacer un esfuerzo para tomar por sí mismos conocimiento del Derecho extranjero y aplicarlo debidamente (IV). Finalmente, analizaremos críticamente el Anteproyecto, señalando que debe ser matizado, pues de lo contrario puede llevar a costos excesivos para los tribunales y a malos resultados que se alejen de los fines de la propuesta (V).

2. El Derecho extranjero en la doctrina, la ley y la jurisprudencia comparada

Señalé en la introducción que a nivel comparado la conceptualización del Derecho extranjero como un hecho o un Derecho para determinar la forma de aplicación ante los tribunales del foro es una materia que no parece tener mayor relevancia.

En este sentido, pensemos primero en la conceptualización del problema por naciones que se consideran, en términos amplios, como parte de la tradición civilista. En Argentina, Boggiano, comentando acerca del Derecho argentino anterior a la dictación del Código Civil y Comercial de 2014, a pesar de destacar como el Derecho extranjero es entendido como un hecho en su país y adoptar la teoría del uso jurídico de Goldschmidt, se inclinaba por admitir su investigación de oficio por el juez y exponía como esta era la jurisprudencia de los tribunales de aquella nación[4].

En España, Calvo y Carrascosa toman una posición similar y tratan las disyuntivas que se producen respecto de la forma de enfrentar el Derecho extranjero más como el efecto de consideraciones prácticas relativas a los costos y beneficios que trae probar el Derecho extranjero para las partes y la sociedad, antes que como un asunto de la naturaleza del mismo[5].

Por su parte, en Francia, el Derecho extranjero se ha considerado Derecho desde 1993. No obstante, queda sometido a reglas de naturaleza pragmática que lo distinguen tanto de los hechos como del Derecho francés. Por ejemplo, no se aplica el principio *iura novit curia*, pero el juez es el principal encargado de probar el Derecho extranjero en lo que puede requerir el apoyo de las partes del proceso (dirige la investigación de la ley extranjera)[6]. Asimismo, en la interpretación del Derecho extranjero, el juez debe imitar la práctica extranjera y si no puede hacer

4 Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 345-351.

5 Calvo y Carrascosa cit., (n. 2) p. 681.

6 Corneloup, Sabine, "L´application de la loi étrangere", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n° 2, 2014, pp. 377-378.

aquello debe aplicar la *lex fori*[7]. Finalmente, la Corte de Casación no controla la ley extranjera, sino la apropiada aplicación de la regla de conflicto[8].

En este sentido, el profesor Esplugues destaca cómo en Europa los distintos sistemas jurídicos tienden a tratar los problemas que surjan de la aplicación del Derecho extranjero con independencia de la premisa doctrinaria asumida por el sistema[9]. Situación que también es común en otras latitudes. Por ejemplo, en China, a pesar de considerarse que el Derecho extranjero es Derecho y que este debe ser investigado de oficio por el juez, para efectos de simplificar su prueba y reducir la preferencia de los jueces chinos por aplicar la *lex fori*, se permite que estos acepten los consensos sobre el contenido y entendimiento de la ley extranjera que alcancen las partes[10].

La situación es similar en el *common law*. A pesar de que los sistemas jurídicos que pertenecen a esta familia de leyes han considerado tradicionalmente al Derecho extranjero como un hecho y solicitado su prueba a las partes, ellos han distinguido entre jurisdicciones para explicar los deberes del juez y las partes para efectos de aplicar y conocer el Derecho extranjero. En este sentido, en los Estados Unidos[11], Nigeria[12] y Australia[13] se considera que los jueces deben conocer la ley de los otros Estados de la federación. Asimismo, en Inglaterra se ha aceptado que los jueces estudien por sí mismos las normas de otras naciones en que rija el *common law*, siendo deber de las partes del juicio, únicamente, proveerlos con las fuentes relevantes para hace su investigación[14].

El corazón de este razonamiento está en que para las jurisdicciones del *common law* la noción de que la ley extranjera es un hecho que debe probarse sigue consideraciones económicas relativas a la posibilidad de su prueba y, por lo mismo, es que, a medida que el conocimiento de la ley extranjera se vuelve más sencillo dichas jurisdicciones están dispuestas a ir innovando en su doctrina[15].

La situación es similar entre nosotros, y tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ido independizando de la discusión acerca de la naturaleza del Derecho extranjero para efectos de su tratamiento. Así, los profesores Villarroel han encontrado en la idea del hecho fuera de la causa la noción necesaria para permitir

7 Ibid. p. 382.

8 Ibid. p. 383.

9 Esplugues cit., (n. 2) pp. 20-28

10 Tu, Guangjian, *Private International Law in China*, Springer, Singapur, 2016, p. 48.

11 Nussbaum, Arthur, "The Problem of Proving Foreing Law", *The Yale Law Journal*, vol. 50, n° 6, 1941, p. 1020.

12 Frimpong, Richard, *Private International Law in Commonwealth Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 17.

13 Mortensen, Reid, Garnett, Richard y Keyes, Mary, *Private International Law in Australia*, 4ª ed., LexisNexis Butterworths, Chatswood, 2019, p. 257.

14 Suppipat v. Narongdej [2022] EWHC 1806.

15 Véase el reciente caso inglés: Brownlie v. FS Cairo (Nile Plaza) LLC [2021] 3 WLR 1011. En este mismo sentido, se puede destacar que dentro de esta familia jurídica se ha discutido, a propósito del rol de los jurados, la distinción entre materias de hecho y Derecho. En este sentido, se ha afirmado que todo Derecho es un hecho y que el Derecho extranjero es tan hecho como el Derecho del foro (Thayer, James, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1898, pp. 192 y 257-258).

al juez la investigación de oficio del Derecho extranjero[16], y nuestras Cortes han visto en la violación del precepto nacional que manda aplicar la ley extranjera o de las normas reguladoras de la prueba la vía para dar paso al recurso de casación en el fondo, aun cuando tratan al Derecho extranjero como un hecho[17], o, pura y simplemente, han aceptado la casación frente a la errónea aplicación de una norma de Derecho extranjero sin preocuparse por la naturaleza de las mismas, de cara a nuestro sistema jurídico[18]. También, los tribunales, en los casos en que han tratado al Derecho extranjero como un Derecho, han exigido prueba del mismo a las partes[19].

Similares comentarios se pueden hacer a nivel legislativo o de tratados y convenciones internacionales: el Código de Bustamante[20], la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, de 1979[21] y el tratado de Chile con Uruguay[22] tratan el Derecho extranjero como un hecho que debe probarse, pero admiten que su correcta aplicación sea revisada por medio del recurso de casación en el fondo y que este sea aplicado de oficio por el tribunal, el cual, además, debe encargarse de su investigación. Por su parte, el Anteproyecto en sus artículos 16 y siguientes parece tratar al Derecho extranjero como un hecho, siguiendo la formulación de la teoría del uso jurídico, pero manda su aplicación de oficio y admite la casación en el fondo frente a su errónea interpretación[23].

Así, parece que el problema de si el Derecho extranjero es un hecho o verdadero Derecho es una discusión puramente doctrinaria[24]. La tendencia, que parece acertada, es buscar normas *ad hoc* para su apropiado tratamiento.

Dicho lo anterior, toca pasar a analizar cómo los jueces chilenos tratan el asunto en la actualidad. Ahí se verá que ellos han ido desarrollando una doctrina y forma de tratar el Derecho extranjero particular. Es a esta realidad a la que nos debemos referir y no a las calificaciones doctrinarias que parecen tener poca influencia en la realidad, a pesar de que las Cortes usualmente se refieren a ellas, aunque sin dar muchas razones para ello.

16 Villarroel y Villarroel cit., (n. 1) pp. 114-133. Se debe destacar que, hasta donde mi conocimiento alcanza, esta tesis no ha sido recogida por la jurisprudencia.

17 Corte Suprema, Dagoberto Ramos Avendaño con Fisco de Chile, casación en el fondo, fallada el 16-06-2021, rol n°. 5237-2019, considerandos 8° y 9°.

18 Corte de Apelaciones de Santiago, Toro con Constructora Nueva Extremadura Limitada, nulidad laboral, fallada el 31-01-2013, rol n° 1695-2012, considerando 3°.

19 Corte de Apelaciones de Santiago, ABN AMRO Bank NV con Raimundo Serrano MC y Mc Auliffe Corredores de Bolsa S.A., apelación, fallada el 26-12-2002, rol n° 1517-1998, considerandos 7° y 8°; Corte Suprema, Inversiones Gazmuri Limitada con SII V Dirección Regional, casación en el fondo, fallada el 28-06-2018, rol. n°. 5990-2017, considerando 11°.

20 Código de Bustamante, artículos 408 y siguientes.

21 Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, de 1979, artículos 2° y 4°.

22 Decreto n° 752, de 1985, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, promulga el convenio sobre aplicación e información del Derecho extranjero, suscrito entre Chile y Uruguay.

23 Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, artículo 16 y siguientes.

24 En el mismo sentido: Villarroel y Villarroel cit., (n. 1) p. 106.

3. La jurisprudencia chilena y la aplicación del Derecho extranjero

El objetivo de esta sección es revisar la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia para saber cómo conceptualizan los problemas que se derivan de la aplicación del Derecho extranjero en la actualidad. Esto lo haremos considerando la jurisprudencia de los últimos 30 años, con el fin de conocer la conceptualización actual y dejar de lado consideraciones que, a pesar de estar en los libros, en la práctica están en desuso y hacen poco sentido a los jueces actuales.

En esta sección, el fin será describir y dejar establecido cómo razonan las cortes en esta materia. Debido a que no he podido encontrar trabajos actuales que se hayan hecho cargo de sus razonamientos de forma sistemática, me enfocaré directamente en las sentencias sin hacer referencias a la doctrina[25].

Dicho lo anterior, podemos decir que la jurisprudencia ha sido, sobre todo, pragmática, buscando cumplir los mandatos de la ley y de la justicia en cuanto a la necesidad de aplicar el Derecho de otro Estado, pero conociendo sus limitaciones a la hora de actuar.

En este mismo orden de ideas, no parece que la jurisprudencia realmente considere la discusión doctrinaria acerca de si el Derecho extranjero es un hecho o un Derecho. Por el contrario, fuera de existir algunas afirmaciones en un sentido u otro, a lo que ha tendido es a dar soluciones a los problemas concretos que se derivan de su aplicación. Con ello me refiero principalmente a su prueba, interpretación, aplicación de oficio por el juez, procedencia de la casación y a qué hacer si el Derecho extranjero no puede ser probado.

En cuanto a los tres primeros asuntos, ha tratado a la ley foránea como un hecho, en cuanto al cuarto lo ha hecho como un Derecho. Respecto del último asunto, ha optado por rechazar la demanda en caso de que no se pruebe el Derecho extranjero, lo que nuevamente la asimila a un hecho, que sirve de fundamento a la acción deducida o a la defensa, pero dan una respuesta que los separa de sus pares en las jurisdicciones europeas,2 donde se ha tendido a aplicar la *lex fori* en estos casos y los acerca a sus pares en los Estados Unidos que tradicionalmente han rechazado la demanda por carecer de dicho fundamento.

En este sentido y a modo de apreciación general, la jurisprudencia ha sido sensata. Lo anterior, sin perjuicio de que, como se verá en la sección siguiente, hay algunos aspectos del actuar de los tribunales que pienso se deben corregir. Ahora analicemos la jurisprudencia.

3.1. Cortes de Apelaciones

Partamos considerando la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones. La primera sentencia que analizaremos es confusa en cuanto a su razonamiento doctrinario,

25 Debe destacarse que se cuenta con el trabajo de Saavedra (n.1) en que se analizan algunas sentencias. Sin embargo, el trabajo contiene poca jurisprudencia actual y en su mayoría descansa sobre la doctrina más clásica. Con todo, se hará referencia a él cuando proceda.

pero de gran practicidad. Aquí, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un pleito comercial, calificó al Derecho extranjero como Derecho, pero exigió su prueba a las partes tratándolo como un hecho fundante de la demanda, por lo que, al no ser probado, esta fue rechazada[26]. Este razonamiento se mantuvo con nuevos detalles en un fallo posterior de la misma Corte, en el que se afirmó, nuevamente, que el Derecho extranjero, a pesar de ser Derecho, debía ser probado por la parte que lo alega, destacando que esta carga no caía sólo sobre la actora, pues en ese mismo Derecho extranjero se podía basar la defensa del demandado.

Esta última sentencia, tiene ciertas particularidades. La primera, se refiere a que la Corte señala que las partes pueden contender o acordar el contenido del Derecho extranjero. La segunda, es un esfuerzo poco desarrollado, pero que ciertamente puede ser útil, por establecer que el Derecho extranjero tiene algunos aspectos que son de hecho y otros que son de Derecho[27].

La naturaleza del Derecho extranjero como hecho, la imposibilidad del principio *iuria novit curiae* y la necesidad de prueba en el proceso por los interesados fue en esa misma época sostenida por la Corte de Apelaciones de Concepción en una sentencia que llevó estos puntos al extremo. En ella, la Corte penquista rechazó la acción de petición de herencia de una ciudadana española por no haber acreditado su calidad de sobrina del hermano de su padre conforme al Derecho español. La sentencia se torna un tanto absurda en su razonamiento al señalar que la consideración de que el Derecho extranjero es un hecho es un principio universal de Derecho, como lo testimonia el artículo 12 del Código Civil de España, mientras rechazaba la pretensión de la actora señalando que no conocía dicho Derecho[28].

Es cierto que la Corte destaca varias circunstancias que llaman a dudar del relato de la actora o lo vuelven jurídicamente confuso[29]. Con todo, tratándose del Derecho español ellas son de fácil solución, ya sea por investigación directa de los jueces o por medio del encargo de un informe de peritos, a modo de medida para mejor resolver. Lo anterior, es especialmente necesario de considerar en un caso como el de marras, donde lo relevante no era una materia comercial y disponible por las partes, sino una materia de orden público de la cual las partes no pueden disponer. Al no probarse el Derecho español la demanda fue rechazada por falta de fundamentos.[30]

En esos mismos años y conociendo de una causa criminal, la Corte de Apelaciones de Iquique exigió al juez de garantía que invocaba normas belgas, el deber de dejar reflejado en la sentencia el contenido y vigencia del Derecho de aquel país, mas no calificaba los medios de prueba, de quién era la carga de esta, ni la posibilidad

26 Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 1517-1998, considerandos 7° y 8°.

27 Corte de Apelaciones de Santiago, ENDESA S.A. con Inversiones Leap Wireless Chile S.A., apelación, fallada el 31-07-2003, rol n° 11276-2002, considerandos 4° a 6°.

28 Corte de Apelaciones de Concepción, Roque Paredes, María con Fisco de Chile, apelación, fallada el 24-01-2003, rol n° 3006-2002.

29 Ibid., considerandos 9° a 12.

30 Ibid., considerando 11.

del juez de aplicarlo de oficio[31]. Si bien, los aspectos a revisar fueron restringidos y por eso no se puede extraer de aquí una doctrina judicial al respecto, esta sentencia se contrapone con lo que ha sido la tendencia de los tribunales de exigir medios calificados para probar el Derecho extranjero; como se verá al ir revisando otras sentencias, ellos son: los informes periciales y los indicados en tratados cuando ellos sean aplicables.

En una sentencia posterior, la Corte de Apelaciones de Santiago afirmó de forma categórica que el Derecho laboral francés era un hecho que debía ser probado en el proceso por las partes y que, si esto no se hacía, la demanda debía rechazarse por falta de fundamentos[32]. En igual sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Punta Arenas conociendo de un caso de extradición que se relacionaba con el Derecho argentino.[33] Por su parte, conociendo de una consulta en la que se discutía la representación legal de dos menores conforme al Derecho extranjero, la Corte de Apelaciones de Valparaíso exigió que el Derecho extranjero se probase en autos[34].

Especial mención merece en cuanto a la forma de consideración del Derecho extranjero el razonamiento seguido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en un caso en que se discutía los alcances de la expresión "ley" empleada en el artículo 17 número 22 de la Ley de Impuesto a la Renta. En dicha sentencia, ese tribunal de alzada señaló que el vocablo ley ahí empleado no incluía a la ley extranjera y a esta conclusión llegaba aplicando un criterio que apunta a entender los fines de la norma citada y la tradición jurídica de Chile que no considera la ley extranjera como una ley en los términos del artículo 1° del Código Civil[35].

Si bien, es cierto que este último caso poco tiene que ver con el Derecho Internacional Privado, él sirve de antecedente para comprender que, en el estudio de la naturaleza de la ley extranjera y su aplicación, los tribunales locales deben estar al fin de la norma chilena que manda aplicar dicha ley antes que a elucubraciones abstractas sobre la naturaleza de la misma.

En 2013, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de nulidad laboral, que asimiló con la casación en el fondo, señaló, a modo meramente ilustrativo, que el concepto de ley para efectos de este último recurso incluía la ley extranjera, como se había señalado de forma uniforme por la jurisprudencia[36]. Sin embargo, al año siguiente la misma Corte afirmaría conociendo de las solemnidades

31 Corte de Apelaciones de Iquique, Leonardo Solari Alcota, nulidad, fallada el 29-09-2004, rol n°. 56-2004, considerando 5°.

32 Corte de Apelaciones de Santiago, Dubernet Azócar, Isabel y De la Fuente Montane, Vicente con Fisco de Chile, casación en la forma y apelación, fallada 28-10-2005, rol n° 204-2005.

33 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Imputados: Gonzalo Andrés Yuseff Rivera, Luis Rolando Torres Barria y Rodrigo Eduardo Uribe Marín, apelación, fallada el 13-04-2005, rol n° 46-2005, considerandos 5° a 7°.

34 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Yuseff Sotomayor, Gonzalo con Ilustre Municipalidad de Valparaíso, consulta, fallada el 13-06-2005, rol n° 1227-2005.

35 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Servicio de Impuestos Internos con Empresa Eléctrica del Norte Grande, apelación, fallada el 13-07-2007, rol n° 230-2007, considerando 4°.

36 Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 1695-2012, considerando 3°.

de un instrumento público otorgado en Argentina que debía inscribirse en Chile, que el Derecho extranjero es un hecho y que, en tal sentido, debe ser probado por el interesado.[37]

Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, conociendo de la existencia y validez de un testamento otorgado en Bolivia, señaló que las normas del Derecho extranjero debían ser probadas por el interesado en un caso donde se discutió expresamente si ellas debían o no ser conocidas por el tribunal. Aquí, la Corte antofagastina hizo suya lo que consideró la jurisprudencia de la Corte Suprema[38] y señaló que sólo al interesado cabe la responsabilidad de probar el Derecho extranjero[39].

En esta misma línea, conociendo acerca de la interpretación de un contrato de transporte aéreo de pasajeros y una sanción impuesta en virtud del mismo a una línea aérea en un proceso llevado adelante conforme a la Ley del Consumidor, la Corte de Apelaciones de Santiago indicó que el Derecho extranjero debe ser alegado y probado por las partes[40]. Iguales afirmaciones hizo resolviendo acerca de un recurso de nulidad laboral en el que se hacía necesario conocer el Derecho argentino, rechazando la pretensión por no probarse aquel, pues se consideró que ese Derecho era el fundamento de la pretensión[41].

De los fallos de las Cortes de Apelaciones se puede extraer que han considerado al Derecho extranjero como derecho a efectos de interponer recursos de casación o nulidad laboral, pero como un hecho para efectos de su prueba, conocimiento e interpretación.

Se nota que los jueces quieren dar un adecuado cumplimiento a las normas extranjeras y controlar celosamente su aplicación. Al mismo tiempo, salta a la vista que no se atreven a investigarlas por sí solos y declaran su desconocimiento y la necesidad de prueba. En efecto, en varias sentencias se invoca el artículo 8° del Código Civil, señalando que esta presunción de conocimiento de la ley no alcanza al Derecho extranjero[42], y no en pocas ocasiones los jueces manifiestan su extrañez ante un punto del caso por ver en él alguna rareza que demanda más antecedentes[43].

37 Corte de Apelaciones de Santiago, Iram Chile Capacitación, apelación, fallada el 03-04-2014, rol n° 9990-2013, considerando 6°.

38 Corte Suprema, Andrews Wilfredo Omar con Zarhi Castagnet, casación en la forma y en el fondo, sentencia de reemplazo, fallada el 3-10-2016, rol n°. 31.455-2016, considerando 3°.

39 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Blanca Aida Argote Arnes, apelación, fallada el 23-09-2020, rol n° 1361-2019, considerandos 3° a 7°.

40 Corte de Apelaciones de Santiago, LATAM Airlines Group S.A. con Sotomayor, apelación, fallada el 30-03-2023, rol n° 70-2021, considerando 6°.

41 Corte de Apelaciones de Santiago, Autori con Sistema Oracle de Chile S.A., nulidad laboral, fallada el 25-09-2023, rol n° 822-2023, considerando 5°.

42 Corte de Apelaciones de Concepción, rol n° 3006-2002, considerandos 3° y 5°. Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 9990-2013, considerando 6°.

43 Corte de Apelaciones de Concepción, rol n° 3006-2002, considerando 12. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol n° 1361-2019, considerando 8°. Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 70-2021, considerando 6°.

En este sentido, parecería que su principal problema con la determinación y aplicación del Derecho extranjero sería aquel problema económico del que hablan Calvo y Carrascosa y al que ya se ha hecho referencia. Esto parece una posición sensata, pero al ser separada de su justificación material y al ser enfocado como un punto de principios doctrinarios, pierde su contenido para volverse una norma que puede llevar a la inoperancia.

Así las cosas, no se entiende, por ejemplo, por qué se duda de la calidad de sobrina para efectos de la herencia de una mujer española cuando es público y notorio que la organización familiar en España y Chile sigue patrones similares y que el juez puede conocer las normas españolas con esfuerzos relativamente menores.

3.2. Corte Suprema

La Corte Suprema ha mantenido una visión similar a la presentada por las Cortes de Apelaciones. En la sentencia en que se revisó el rol n°. 1517-1998 de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema rechazó la casación en el fondo, indicando que el Derecho extranjero debe ser probado[44]. Asimismo, conociendo de un *exequatur,* el máximo tribunal afirmó que la ejecutoriedad de una sentencia conforme a las leyes procesales del Estado donde se había dictado debía probarse (esto ha sido su jurisprudencia permanente)[45].

Posteriormente, razonando sobre la naturaleza de la ley extranjera en un caso en que correspondía pronunciarse acerca de si la ley chilena podía aplicarse a naves factoría japonesas que navegan en aguas internacionales, la Corte señaló que el Derecho extranjero no tiene validez en Chile, sino cuando nuestra ley se lo otorga[46]. Hay quienes han creído ver aquí un reconocimiento de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero en nuestra legislación[47]. Yo no lo creo así, pues se ve que lo que hay es una jurisprudencia práctica y no de alto contenido conceptual. En este sentido, vale la pena señalar que, en una sentencia un poco posterior, resolviendo la casación en el fondo presentada contra la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago en el rol n° 204-2005, el máximo tribunal resolvió tratando al Derecho extranjero como un hecho que debía probarse[48].

En dicha ocasión, el recurrente se refirió a la posibilidad de prueba de oficio del Derecho extranjero y a las alternativas que se abrían en caso de no probarse el Derecho extranjero, sosteniendo que, por tratarse de una materia laboral, los tribunales de instancia pudieron haber tomado el impulso procesal de probar el

44 Corte Suprema, ABN AMRO Bank NV con Raimundo Serrano MC y Mc Auliffe Corredores de Bolsa S.A., casación en la forma y en el fondo, fallada el 30-11-2004, rol n° 868-2003, considerando 10.

45 Corte Suprema, State Street Bank and Trust Company, *exequatur*, fallada el 14-05-2007, rol n° 2349-2005, considerando 20.

46 Corte Suprema, Luis Alberto Cortés Delgado y otros con Maruha Corporation y otros, casación en el fondo, fallada 2-10-2007, rol n° 5869-2006, considerando 8°.

47 Saavedra cit., (n.1) pp. 85-89.

48 Corte Suprema, Dubernet Azócar Isabel con Fisco de Chile, casación en la forma y en el fondo, fallada el 13-09-2007, rol n°5869-2006, considerando 13.

Derecho extranjero o, en su defecto, aplicar la ley nacional. Ante esto la Corte Suprema fue categórica al señalar:

> Que, al respecto, es necesario resaltar que, aun cuando es efectivo lo expuesto por la recurrente en orden a que el principio de la pasividad no alcanza a los jueces laborales, el derecho extranjero es un elemento que como tal requiere de prueba, de acuerdo con lo que establece expresamente el numeral segundo del artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, sin que sea posible aplicar en la especie, la presunción de conocimiento de la ley que prevé el artículo 8 del Código Civil, precisamente porque la única ley que debe o se presume que debe ser conocida es la chilena[49].

Vista esta sentencia, parece imposible concluir un reconocimiento de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero y, asimismo, parece haber una fuerte negativa a considerar la posibilidad de que el juez investigue y aplique la ley foránea de oficio.

Algunos años más tarde, la Corte Suprema sentenció de forma similar en una causa acerca de la prueba de un contrato de seguro, que, si el recurrente pretendía que el Derecho aplicable a la especie fuese el alemán, entonces, debía invocar sus normas concretas, resolviendo, finalmente, fallar conforme a la legislación nacional[50]. En esta misma línea, resolviendo acerca de un caso relativo a la aplicación del antiguo inciso segundo del artículo 135 del Código Civil, la Corte Suprema volvió a exigir al actor probar el Derecho extranjero al discutir si en el Estado de Nueva York el régimen matrimonial era la "comunidad de bienes".[51]

Con todo, la jurisprudencia es confusa, así resolviendo acerca de la aplicación de tributos en Brasil para efectos de aplicar el acuerdo de doble tributación entre Chile y dicho país, y viendo el alcance del artículo 409 del Código de Bustamante, la Corte Suprema señaló que esta norma se extendía a cuestiones de Derecho y no de hecho, y rechazó el recurso por considerar que lo que se buscaba probar eran situaciones de hecho[52].

La parte relevante de este fallo es confusa porque, si bien, la Corte establece una distinción entre materias de hecho y de Derecho, la que es especialmente relevante para efectos de la forma de prueba de unos y otros[53], al referirse a las materias que serían de hecho y aquellas que serían de Derecho adopta decisiones discutibles en cuanto a qué correspondería a cada categoría. En efecto, la Corte consideró como materias de hecho el período al que se imputaron los impuestos pagados en

49 Corte Suprema, rol n° 5869-2006, considerando 13.

50 Corte Suprema, Mund & Fester GMBH & CO. KG con Transportes Trasallendes Logistics, casación en la forma y en el fondo, fallada el 14-10-2024, rol n° 448-2014, considerando 13.

51 Corte Suprema, rol n° 31.455-2016, considerando 3°.

52 Corte Suprema, rol n° 5990-2017, considerando 11.

53 Los tribunales superiores de justicia han mantenido una evaluación sumamente estricta en cuanto a la forma de probar el Derecho extranjero, no admitiendo más pruebas que el informe de peritos señalado en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil y aquellos medios señalados en el Código de Bustamante. Véase: rol n° 2349-2005 y rol n° 5869-2006, ambos de la Corte Suprema, y, asimismo, rol n° 1361-2019 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

el extranjero y que su pago (o retención) haya sido definitivo[54]. Como se puede apreciar, la resolución de dichas materias no sólo demanda el conocimiento de ciertos hechos, sino, y especialmente, la connotación que un sistema jurídico atribuye a ellos, lo que es ante todo una materia de Derecho.

En esa misma época, conociendo de un asunto marcario, la Corte Suprema no dio por acreditada la existencia de protección de marca y logo en los Estados Unidos. En el fallo, el abogado integrante se refiere específicamente a la naturaleza del Derecho extranjero indicando:

> Que el recurrente no acreditó ser titular de la marca en Estados Unidos. El reproche formulado a la sentencia impugnada de desconocer la institución de las *common law trademarks* ignora que el principio *iura novit curia* se limita al derecho del foro; el derecho extranjero es un hecho que debe ser probado por la parte que lo invoca. La recurrente no acreditó en qué consiste la institución de las *common law trademarks*. En consecuencia, no es posible determinar si cumple con los requisitos para obtener su protección ni si el alcance de la protección le autoriza a oponerse a la inscripción de la marca[55].

El mismo razonamiento se sigue en el caso rol n° 36.819-2017[56]. Poco tiempo después la naturaleza fáctica del Derecho extranjero volvió a ser sostenida al decidir la Corte que la determinación del contenido de la ley foránea era una materia que correspondía a los jueces del fondo y que la casación en el fondo procedía sólo contra la mala aplicación de las normas reguladoras de la prueba u otras normas chilenas[57]. En tiempos más recientes, la Corte Suprema se ha referido a la necesidad de probar la ley peruana en una causa sucesoria[58] y resolviendo sobre la casación deducida contra la sentencia rol n° 1361-2019 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, se refirió directamente a la prueba del Derecho extranjero, señalando que "como se sabe, el derecho extranjero es un hecho, y como tal, debe probarse por quien lo invoca [en] su favor"[59].

De esta forma, se puede apreciar que la Corte Suprema, si bien, ha mantenido las aproximaciones pragmáticas de las Cortes de Apelaciones, ha sido más doctrinaria en sus afirmaciones sosteniendo la naturaleza fáctica del Derecho extranjero.

54 Corte Suprema, rol n° 5990-2017, considerando 11.

55 Corte Suprema, Earth River Expeditions con Robert Cowan Currier Ortiz (EARTH RIVER), casación en el fondo, fallada el 27-12-2017, rol n° 36.814-2017, prevención del abogado integrante.

56 Ibid.

57 Corte Suprema, rol n° 5237-2019, considerandos 8° y 9°.

58 Corte Suprema, Alave Zarzuri Enrique con Ticona, casación en el fondo, fallada el 17-12-2021, rol n° 78.982-2020, considerando 5°.

59 Corte Suprema, Blanca Aida Argote Arnes, casación en el fondo, fallada el 20-09-2022, rol n°129.371-2020, considerando 5°.

4. Análisis de la jurisprudencia y propuestas a seguir

4.1. Principios en los que se sustenta la evaluación de la jurisprudencia

Entonces, podemos ver que en Chile la jurisprudencia se inclina por tratar al Derecho extranjero como un hecho, salvo para efectos de la casación en el fondo donde es confusa y poco concluyente, variando entre aceptarse de forma universal o sólo por violación de las normas chilenas que mandan aplicar el Derecho extranjero o regulan la prueba del mismo.

Ahora, toca analizar críticamente la jurisprudencia y, a partir de dicho análisis, proponer mejoras. Para hacer aquello, previamente, se deben dejar establecidos los principios en base a los cuales se procederá a hacer la evaluación. En este sentido, para establecer dichos principios creo que se deben considerar dos factores. El primero, es el establecer los fines de la aplicación del Derecho extranjero, y, el segundo, es ver las limitaciones que impone la realidad a su aplicación.

De la conjugación de dichos factores nacerá la evaluación del actuar de los tribunales. El primero de ellos nos dice por qué aplicamos Derecho extranjero en cada caso y nos ayuda a graduar la importancia de su aplicación. El segundo, nos habla de los esfuerzos que debemos hacer para aplicar este Derecho y de los peligros que corremos. Su conjugación nos ayuda a saber a quién interesa la aplicación del Derecho extranjero, si a las partes del caso o a la sociedad, y, por ende, quién debe correr con los costos de dicha aplicación. Asimismo, nos permite conocer cuáles son esos costos, quién está en un mejor pie para solventarlos, hasta dónde se deben solventar y corriendo qué riesgos.

Este análisis fines/costos, si bien no siempre de forma explícita, está presente en la jurisprudencia y la doctrina comparada. Por ejemplo, lo encontramos en el *common law* y en la idea de que los Derechos extranjeros similares al propio pueden ser investigados por el juez de oficio y que el análisis de oficio del Derecho extranjero se va expandiendo a medida que su investigación se vuelve más sencilla; en la distinción hecha en el Derecho francés entre materias en que la aplicación de la ley extranjera es disponibles e indisponibles, y en la regla china que permite al juez aceptar los acuerdos que alcancen las partes acerca del contenido y la interpretación del Derecho extranjero.

Tal resulta ser un criterio de análisis que la jurisprudencia y doctrina chilena no han considerado. Por el contrario, en los fallos antes comentados se puede apreciar cómo los tribunales prefieren estarse a criterios normativos invariables, que no atienden a los fines particulares de la norma que manda aplicar el Derecho extranjero en cada caso, o a los costos de su prueba y quién puede soportarlos con mayor facilidad en el caso concreto. Si bien, no siempre se están a la distinción entre hecho y Derecho, tampoco se abren a un análisis en el caso concreto de los problemas que pueden surgir.

A continuación, analizaré estos factores para luego evaluar la jurisprudencia y proponer algunos criterios de mejoría.

4.2. Fines de la aplicación del Derecho extranjero

Aquí la pregunta es por qué aplicamos el Derecho extranjero. Los autores tienden a combinar dos clases de respuestas. Unas centradas en el respeto mutuo entre Estados y otra centrada en la protección de los individuos.

Así, Goldschmidt, al tratar de lo que él llama la dimensión *dikelógica* del Derecho Internacional Privado, sostiene que ella se fundamenta en los tres principios de Ulpiano, es decir, en no dañar el Derecho de otros Estados, dar a cada individuo lo que es suyo, y someter a esos dos principios al control de lo que se considera el canon de la vida honesta[60]. En un sentido similar se pronuncian Boggiano[61] en Argentina, y Guzmán[62] y los hermanos Villarroel[63] en Chile. Todos ellos siguen la tradición establecida por Savigny, concluyendo que el Derecho Internacional Privado y la aplicación de leyes extranjeras que le es propia sigue el deber de los Estados de colaborar para construir una comunidad internacional con relaciones ordenadas y predecibles, lo que demanda aceptar la pluralidad de ordenamientos.

Por su parte, autores como Calvo y Carrascosa[64] y Esplugues[65], centran el asunto en la estabilidad de la vida de los individuos que deben desenvolverse en el ámbito internacional. Así, los primeros se centran en la estabilidad y previsibilidad de las relaciones jurídica, la reducción de costes de transacción y la formación de una verdadera comunidad internacional (europea en el caso que comentan). Por su parte, el autor valenciano nos habla del enfoque que han dado al asunto las instituciones europeas y de cómo la correcta aplicación del Derecho extranjero da estabilidad y seguridad a los individuos, siendo el fundamento de dicha estabilidad y seguridad la armonía de las soluciones. Asimismo, destaca que dicha armonía permite reducir costes de los procesos judiciales.

Ya sea que la obligación de coordinarse entre Estados surja de la necesidad de proveer a las partes con seguridad jurídica[66] o que la seguridad jurídica se alcance como resultado de la coordinación entre Estados en búsqueda de la constitución de una sociedad internacional[67], parece ser que la búsqueda de la estabilidad de los individuos está siempre en el centro. Esta es, por lo demás, la única forma de poder concluir que en el Derecho Internacional Privado lo que buscamos aplicar es la ley más conectada al caso como parámetro de justicia.

En este sentido, vale la pena recordar el enfoque que Andrés Bello daba a la cuestión. Bello, citando a Pothiers, destacaba que la creación de una sociedad internacional tenía por fin garantizar la estabilidad de las relaciones jurídicas entre

60 Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia*, 7ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 13.

61 Boggiano cit., (n. 4) pp. 39-45

62 Guzmán cit., (n.1) p. 313.

63 Villarroel y Villarroel cit., (n. 1) pp. 28-29.

64 Calvo y Carrascosa cit., (n. 2), pp. 154-157 y 683.

65 Esplugues cit., (n.2) pp. 19-20 (quien destaca especialmente como han enfocado el problema las autoridades de la Unión Europea).

66 Calvo y Carrascosa cit., (n. 2) p. 155.

67 Véase notas 60 a 64.

individuos en el espacio internacional, así los Estados debían respetar la voluntad y la previsibilidad de los individuos[68].

Abundando en el punto, y sobre los fines que persigue el respeto de leyes extranjeras, Bello señalaba:

> Aunque un Estado sólo atiende a sus propias leyes para calificar de legales o ilegales los actos que se ejecutan bajo su imperio, los actos ejecutados en otro territorio y bajo el imperio de otras leyes deben calificarse de legales o ilegales con arreglo a éstas. La comunicación entre los pueblos estaría sujeta a gravísimos inconvenientes, si así no fuese: una donación o testamento otorgado en un país no nos daría título alguno a la propiedad situada en otro: dos esposos no serían reconocidos por tales desde que saliesen del país cuyas leyes y ritos han consagrado su unión; en suma, nuestros más preciosos derechos desaparecerían, o sólo tendrían una existencia precaria, luego que dejasen de hallarse bajo la tutela de las instituciones civiles a cuya sombra han sido creados (…) La forma externa del contrato depende enteramente de las leyes del país en que se celebra. Si no se observan éstas, el contrato es nulo ab initio, y no puede llevarse a efecto en ninguna otra parte. (…) Por dudosa que parezca la autoridad de una sentencia extranjera en cuanto al mérito de los hechos accesoriamente envueltos en el juicio, la paz del mundo civilizado y la seguridad y conveniencia general del comercio exigen manifiestamente que se dé pleno y completo efecto a tales sentencias, cuando en otro país se trata de controvertir el título específico de propiedad declarado por ellas[69].

Por mi parte, me hago cargo de los dichos de tantos autores, pero añado que la respuesta está en reconocer al ser humano como una entidad independiente de la comunidad de la que forma parte y reconocer su capacidad para integrarse a otras comunidades, pero no para dejar atrás su historia. Así, el Derecho Internacional Privado y el recurso a la ley extranjera busca proteger la estabilidad y previsibilidad de las relaciones sociales y legales de los individuos, y evitar acciones fraudulentas o hechos desafortunados que los priven de lo que para ellos son, de buena fe, los más ciertos derechos.

No creo que haya aquí una consideración por la soberanía de los Estado, por el contrario, la ley que nos es ajena sólo se aplicará en la medida que parezca aceptable a nuestra comunidad política y se aplicará, fundamentalmente, a individuos o entidades venidas de otras tierras que, ya sea por decisión propia o contingencias de la vida, han dejado de estar regidos por las autoridades que han dado origen a las normas que nuestro ordenamiento ha decidido aplicar[70]. No es claro que el

68 Bello, Andrés, *Principios de Derecho Internacional*, Atalaya, Buenos Aires, 2000, p. 174, nota 385.

69 Ibid., pp. 179 y 184-185.

70 Este razonamiento ha sido seguido por la Corte Suprema de nuestro país: Corte Suprema, rol n° 5869-2006, considerando 8°.

interés de estos individuos se mezcle con el del Estado cuya ley se aplicará, es más, es bastante usual que sean intereses diversos o indiferentes[71].

El conflicto jurídico internacional demanda una consideración especial por aquel que ha debido salir del seno de su comunidad jurídica originaria, pero que, si bien, puede actuar hacia el futuro, no puede desprenderse de su pasado. No puede desprenderse de las obligaciones contraídas ni de los derechos adquiridos, no puede rehacer los actos ya celebrados y debe confiar en los efectos de aquellos actos o situaciones pasadas, que sirven de fundamento a las expectativas sobre las que planea su futuro.

En suma, el Derecho Internacional Privado marca el fin de la era de las bandas, de aquel estado primitivo donde el hombre separado de su comunidad era un esclavo o un sujeto al que poco le esperaba para ser muerto a manos de otros hombres; es la realización del fin de la guerra del todos contra todos, y es la consagración del mandato bíblico que manda a acoger al forastero.

Así las cosas, cuando se manda a aplicar un derecho extranjero, se ordena proteger la estabilidad de las relaciones jurídicas privadas nacidas o más vinculadas con derechos distintos a los del foro. Se manda a dar previsibilidad y a impedir que el fraude opere al cruzar una frontera.

Con todo, no se puede dejar de considerar que hay veces en que dicho motivo es menos fuerte que en otras y, por lo mismo, los esfuerzos necesarios para servirlo son menores. Tal es el caso cuando lo que se discute son derechos disponibles o que sólo afecten el interés de las partes de un juicio, o cuando la cantidad de casos que aparece es tan escueta que socialmente la inversión en investigar el derecho extranjero no vale la pena y ella debe ser asumida por los directamente interesados.

4.3. Costos de la prueba del Derecho extranjero

El problema de los costos de la prueba e interpretación del Derecho extranjero ha sido destacado por la doctrina como una de las principales causas para preferir que él sea probado por las partes antes que investigado por el tribunal. El argumento es que si hay pocos casos la inversión en que debe incurrir la sociedad para acreditar el Derecho extranjero no vale la pena y debe, por ende, ser asumida por el o los interesados[72].

71 Por poner un ejemplo, cuando una empresa francesa pacta con una empresa chilena un *joint venture* para desarrollar un proyecto de inversión en Perú, indicándose en el contrato que el acuerdo entre ambas se regirá por la ley de Nueva York, no compromete en ningún momento la soberanía de Francia ni la de nuestro país. Por su parte, si un tribunal chileno desconoce la aplicación de la ley neoyorkina, no falta en modo alguno el respeto al Estado norteamericano. Es más, la suerte de estas inversiones es en gran medida indiferentes para los pueblos franceses, chileno y estadounidense, sólo en Perú ellas tendrán un efecto material visible. Por ello, el fondo del asunto no está en la soberanía, sino en los intereses de los individuos envueltos en el acuerdo con anterioridad y en previsión de un conflicto, pues, a su vez, puede que una vez que el conflicto se produzca el interés de los otrora asociados, ahora contendores, sea que se aplique la ley que es más favorable a su interés en ese momento, lo que tampoco es fácilmente previsible.

72 Calvo y Carrascosa cit., (n. 2) p. 683.

Este asunto es real y, en efecto, se puede afirmar que la declaración de la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero no es más que la constatación de un caso de costos extremos en la prueba y aplicación del Derecho extranjero.

Al comentar acerca del Anteproyecto veremos que él ordena al juez que investigue de oficio el Derecho extranjero. Esto es parte de una tendencia común en Latinoamérica, donde dicha idea es seguida por las leyes de Derecho Internacional Privado más modernas[73]. Estas normas cargan al juez y, por ende, al Estado con la obligación de conocer el Derecho extranjero aplicable.

La efectividad de dichas normas dependerá de la capacidad de los tribunales para conocer y probar el Derecho extranjero. Esta es una tarea difícil que demanda importantes inversiones, tanto en formación de los magistrados como en equipos especializados capaces de suministrarles la información necesaria acerca de la vigencia y sentido de las normas foráneas.

De no contarse con aquella inversión, la posibilidad de error es alta y, por lo mismo, no por ordenarlo la ley se cumple el objetivo dispuesto. Por el contrario, en caso de no suministrarse los recursos necesarios para el adecuado conocimiento del Derecho extranjero, el peligro de que el juez aplique un Derecho que sólo existe en su imaginación es relevante.

Asimismo, la falta de inversión puede derivar en abusos, pues si para los especialistas ya es difícil conocer el Derecho extranjero, con mayor razón lo es para la opinión pública. De esta manera resulta sumamente sencillo para el juez señalar que ha dado por acreditado el Derecho extranjero, cuando en realidad está inventando una solución.

Al analizar la doctrina de los tribunales superiores chilenos también debemos considerar estas limitaciones y al planear el desarrollo legislativo hacia futuro debemos considerar las inversiones necesarias para la prueba del Derecho extranjero.

En este último sentido, en los tiempos actuales, parecen haber dos factores que favorecen el aumentar la participación de los jueces y la responsabilidad del Estado en cuanto a la aplicación de oficio del Derecho extranjero. Estos son: que la cantidad de casos que involucran Derecho extranjero aumentan a medida que el mundo se globaliza, y que los costos de su conocimiento y prueba disminuyen gracias a los avances de las comunicaciones; una educación general y legal más globalizada, y la inteligencia artificial.

No obstante aquello, los costos aún son altos, siendo especialmente relevante en este sentido la imposibilidad de un método universalmente satisfactorio para conocer el Derecho extranjero. Ello demanda que las energías se inviertan bien, lo que implica pensar en cuál es la mejor inversión de los recursos y en hasta dónde y

73 Además del Anteproyecto, pueden verse: la Ley n° 19.920, de 2020, General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, en sus artículos 2° y 3°; Ley n° 26.994, de 2014, Código Civil y Comercial argentino, en su artículo 2595; Decreto Legislativo n° 295, de 1984, Código Civil del Perú, en su artículo 2051; Ley de Derecho Internacional Privado de1998 de Venezuela, en su artículo 60, y Ley n° 544-14, de Derecho Internacional Privado de República Dominicana, en su artículo 82.

en qué casos la función de prueba del Derecho extranjero debe ser asumida por los tribunales de oficio y en cuáles debe mantenerse en manos de las partes.

En este análisis se le da una consideración menor a qué hacer en caso de no probarse la ley extranjera y a los recursos que proceden contra las decisiones basadas en esa ley. La primera es una norma que busca aplicar una regla subsidiaria. La segunda, tiene que ver con los alcances del control de la acción de los tribunales inferiores.

Sobre la primera, lo que se debe buscar es aplicar la norma que, con el menor costo, nos lleve a cumplir los objetivos de la norma de conflicto. La segunda, nos habla del nivel del compromiso del sistema con la correcta aplicación del Derecho extranjero.

El análisis de costos se puede aplicar también, pero por el tipo de materia tratada él es de menor entidad, pues aquí se demanda un análisis cualitativo. En efecto, en el primer caso, decidir entre rechazar la demanda (o defensa) fundada en la ley extranjera; aplicar la *lex fori* siguiendo una presunción de similitud o simplemente en aplicación de una regla subsidiaria, o aplicar un Derecho que se considere más conectado del que se tenga conocimiento. Aquí, no sólo se debe hacer un análisis de costos, los que en estos casos son sustancialmente equivalentes para el sistema jurídico en caso de una u otra decisión, sino que decidir cómo dar una solución más justa.

Sobre los recursos, aquí el asunto de los costos es más relevante, pero la dificultad, en estricto rigor, no se separa del asunto de la prueba. Lo que controlará una Corte, siguiendo las corrientes doctrinarias más comunes que mandan a imitar al Derecho extranjero, será siempre la apropiada prueba del Derecho extranjero[74].

Es por lo anterior que, en este análisis, no nos enfocaremos en estos dos últimos problemas.

4.4. Evaluación de las Cortes

Estándonos a los principios que se han establecido en las subsecciones anteriores se debe afirmar que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos es sensata, pues en el centro de su actuar está la idea de que ellos no conocen el Derecho extranjero. Por lo mismo, la jurisprudencia exige medios de prueba calificados que ella misma no parece dada a ampliar, solicita que la prueba se rinda en el proceso y niega que el juez pueda aplicar de oficio el Derecho extranjero si es que supone conocerlo. Asimismo, es celosa de la admisión de recursos relativos a la aplicación del Derecho y, si bien, ha admitido la casación en el fondo y la nulidad laboral lo ha hecho con celo y mostrando más una voluntad de aumentar el control sobre la prueba antes que abriendo la posibilidad para la interpretación del Derecho extranjero por medio de recursos de Derecho estricto.

74 En este sentido, vale la pena destacar que la doctrina tiene acuerdo en que a la Corte de Casación no le interesa mantener la unidad de la jurisprudencia cuando se controla la apropiada aplicación del Derecho extranjero, sino que esta sea adecuadamente imitada o, mejor dicho, que ella no sea "desnaturalizada" (Herrero, Alejandro, "Problemática de la aplicación del Derecho extranjero", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 4, 1977, pp. 171-174).

Llama la atención el rigor de la jurisprudencia con respecto a la prueba. Como hemos revisado, sólo una sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique[75] parece aceptar una mayor apertura en cuanto los medios de prueba admisibles. Sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia destaca la pasividad que debe guardar el juez y limita los medios de prueba a aquellos señalados por la ley o los tratados. Esto vale incluso para procesos que admiten, por regla general, la libertad de medios de prueba, la iniciativa probatoria del juez y la evaluación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica[76].

La pasividad de las Cortes parece nacer del reconocimiento de sus propias limitaciones y eso la vuelve sensata. Sin embargo, la aleja de la idea de justicia del Derecho Internacional Privado que manda a resolver los casos en conformidad con la ley que les es más propia. Asimismo, limita la posibilidad de acceder a la justicia de aquellos que, por los más variados motivos, no pueden acceder a los medios para probar el Derecho extranjero en que basan sus pretensiones.

Dado lo anterior, se puede concluir que el sentido en que las Cortes han analizado la naturaleza y aplicabilidad del Derecho extranjero, si bien, responde con sensatez a los problemas prácticos existentes, deja sin amparo a muchos justiciables y afecta la apropiada aplicación del Derecho[77].

En este contexto, me parece que el problema de fondo que se puede endosar a la argumentación de los tribunales es que ella busca establecer principios aplicables a la generalidad de los casos, antes de soluciones que se estén a las circunstancias concretas, buscando compatibilizar el ideal de aplicar la ley más conectada al asunto con el reconocimiento de las limitaciones que a ese ideal imponen los costes del conocimiento del Derecho extranjero.

En este sentido, la sensatez de la jurisprudencia se pierde al no aplicar normas que o son de todos conocidas o son fáciles de conocer, como puede ser, por ejemplo, la calificación jurídica del vínculo familiar que, en un país con tanta afinidad cultural y jurídica con nosotros como es España, tiene una mujer con el hermano de su padre. Así como al aplicar la misma norma a una situación en la que el tribunal debe resolver un conflicto en el que lo comprometido son intereses disponibles invocados por partes sofisticadas, y a otra en que nos encontramos ante intereses indisponibles de partes no sofisticadas.

Cuando el problema de la aplicación del Derecho extranjero pasa a ser entendido como un problema económico y fáctico en lugar de como una materia de normas estrictas, la apreciación del asunto cambia. La realidad modera los ideales y el sistema jurídico se vuelca perseguir fines determinados, reconociendo sus incapacidades.

75 Corte de Apelaciones de Iquique, rol n° 56-2004, considerando 5°.

76 Corte Suprema, rol n° 5869-2006, considerando 13.

77 Esta situación no es sólo chilena, sino que se han escrito cosas similares en otras latitudes comentando de la situación internacional. Véase: Calvo Caravaca, Alfonso, "Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, n° 2, 2016, p. 135. Picó i Junoy, Joan, "Causa de la falta de aplicación del Derecho extranjero", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n° 1-2, 2011, pp. 67-73.

En este sentido, no hay duda de que el legislador en múltiples ocasiones decide proteger un interés aplicando una ley extranjera. Sin embargo, lo que no es claro es cuánto está dispuesto a invertir en tal fin.

Los filósofos del Derecho y abogados no estamos acostumbrados a pensar los problemas jurídicos en estos términos, pero si no lo hacemos arriesgamos dejar múltiples casos sin solución o con sólo una apariencia de solución. En efecto, si el juez debe aplicar el Derecho extranjero y sus medios de información son limitados, puede terminar creando o aplicando normas jurídicas que sólo existan en su imaginación, y que la opinión pública y los tribunales superiores no podrán controlar con facilidad.

Esto demanda que, ante la escasez de recursos, los tribunales establezcan normas que les permitan optimizar los medios necesarios para la prueba, según los fines e intereses que, en cada caso, regule la norma de conflicto.

En otras latitudes el sistema jurídico ya se ha orientado en esta dirección. Por ejemplo, en Francia se distingue de qué clase de conflicto se trate para hacer mandatorio la aplicación de la regla de conflicto. Así, si se trata de derechos disponibles, las partes no tienen por qué invocarla y, si no la invocan, el juez no debe aplicarla[78]. Esta técnica, que en nada se opone a nuestro Derecho, reduce de forma clara los costos al limitar la aplicación y, por ende, prueba e interpretación del Derecho extranjero a casos indispensables o que sean de auténtico interés de los afectados por el mismo caso.

Por su parte, y como ya lo hemos dicho, las naciones del *common law* demandan un grado distinto de conocimiento del juez sobre el Derecho extranjero, dependiendo de qué tan cercano es el sistema y cultura jurídica que debe ser analizado. En este sentido, los tribunales chilenos podrían hacerse cargo de conocer el Derecho de otras naciones hispanas. Con ellas compartimos el idioma, gran parte de la historia y la cultura. Además, tenemos situaciones y arreglos sociales, jurídicos y políticos similares. Así, no parece ser que el Derecho español, mexicano, argentino o peruano sea inexpugnable para un juez de la república de Chile, bastando, como en el caso inglés, que las partes únicamente mencionen las fuentes en las que basan su pretensión[79].

La situación es diferente si se trata del Derecho de otras naciones. Ya sea el *common law*; el Derecho de naciones asiáticas o africanas; el Derecho de los países nórdicos, de la Europa eslava o Grecia, o, incluso, el Derecho de otras naciones latinas distintas de las hispanas (Francia, Italia, Brasil, Portugal) parece prudente que se demande su prueba, pues las limitaciones idiomáticas, y las diferencias sociales y culturales, hacen más difícil la labor del juez de conocer la norma y sus fines.

78 Corneloup cit., (n. 6) pp. 365-367.

79 Suppipat v. Narongdej [2022] EWHC 1806. Por lo demás, esta es la lógica que ha seguido el Código de Bustamante en su artículo 408.

Más audaz, pero no por ello ilegal, es que los tribunales tomen una posición frente a la prueba del Derecho extranjero que considere a la persona de los justiciables y sus medios para proveerse de pruebas. En este sentido, pareciera ser que en un caso en el que las partes invocan el Derecho extranjero y fundamentan sus pretensiones en él, sean ellas quienes lo prueben y que, incluso, puedan acordar el contenido de dicho Derecho si tal interpretación no afecta a terceros. Lo anterior puede admitir como excepción aquellos casos en que se afecten derechos fundamentales o que la parte interesada no pueda proveerse de pruebas debido a una situación que escapa a su control y diligencia. Esta es, principalmente, la pobreza.

En el mismo orden de ideas, si un tribunal chileno se ve forzado a aplicar recurrentemente algún Derecho extranjero en un caso que se presenta de forma reiterada, no se entiende por qué habría que exigir que se rinda prueba del mismo si en otros casos similares o iguales ya lo ha aplicado. En efecto, el Derecho extranjero puede ser un hecho en el que se fundamenta la demanda y, por lo mismo, debe ser probado en juicio, pero es un hecho público y notorio y que puede ser conocido por el juez por múltiples fuentes. La ley de gravedad es un hecho que sirve de fundamento a múltiples procesos y no por ello debe probarse su realidad en cada uno de ellos, pues el juez sabe de su existencia desde que tiene memoria[80].

Así las cosas, en la aplicación del Derecho extranjero la jurisprudencia se debe abrir a admitir diversas soluciones al problema dependiendo de cuáles sean los intereses en juego y las dificultades del Derecho que se pretende probar. Esto es un análisis que necesariamente se debe hacer en cada caso.

5. Visión crítica del tratamiento que se ha dado al asunto en Chile

El Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, de aprobarse, significaría un cambio importante para la jurisprudencia. En efecto, este anteproyecto, al menos en el papel, se hace cargo de la necesidad de aplicar el Derecho extranjero más conectado y, siguiendo aquel mandato de la justicia, ordena a los jueces a aplicar de oficio el Derecho extranjero.

En este sentido, quita la responsabilidad de probar el Derecho extranjero a las partes, pero les permite contribuir a la determinación del texto, vigencia, sentido y alcance.

Asimismo, admite la casación en el fondo para cautelar la apropiada aplicación del Derecho extranjero y permite su prueba por cualquier medio, debiendo evaluarse dicha prueba conforme a las reglas de la sana crítica[81].

80 Esta es la teoría del hecho fuera de la causa, defendida en Chile por Villarroel y Villarroel cit., (n. 1) pp. 114-133. Con todo, también es una tendencia que ha sido seguida, por ejemplo, por los tribunales franceses que aceptan que el juez utilice sus conocimientos personales sobre la ley extranjera, lo que en ese país ha sido especialmente relevante dada la cantidad de casos sobre divorcios de los países del Magreb o de la protección de menores bajo el régimen de la *kafala* [Corneloup cit., (n. 6) p. 379]. Además, es una solución que, de cierta manera, tiene sanción legislativa en Alemania, cuyo Código Procesal Civil dispone en su artículo 293 que el Derecho que rige en otro Estado, el Derecho consuetudinario y los estatutos necesitan de prueba en tanto como tales sean desconocidos para el tribunal.

81 Pueden verse en este sentido los artículos 16 y 17 del Anteproyecto de Ley.

Desde la teoría parece una visión acertada, pero desde la práctica se auguran problemas. Conocer y probar el Derecho extranjero es una función complicada. No en vano Goldschmidt señalaba que se requerían tribunales especiales para el Derecho Internacional Privado, indicando que había más razones para mantener esta judicatura especial antes que aquellas de materias comerciales, administrativas o penales[82].

Lo que ocurre es que, por medio del Anteproyecto, se pretende pedir a los tribunales más de lo que pueden dar y ello hace bastante probable que no apliquen la ley extranjera, sino una mera apariencia de la misma, la que posiblemente se basará en la traducción de los textos legales y su interpretación conforme a los esquemas normativos nacionales.

Aplicar un Derecho extranjero es caro y por lo mismo no es una mera declaración legislativa la respuesta a este problema, sino que la vía apropiada para resolverlo es una inversión sustanciosa. Para aplicar el Derecho extranjero los jueces deben contar con una fuente de información fidedigna en la cual puedan confiar. Esta fuente de información puede ser o la suministrada por las partes o por alguna organización que preste auxilio a la función judicial. Asimismo, puede ser el conocimiento del propio juez, siempre y cuando este sea real, lo que sólo puede derivarse de una buena formación jurídica en el Derecho extranjero o de la práctica del mismo.

Los redactores del Anteproyecto han buscado mejorar la situación actual, intentando dar una aplicación real y segura al Derecho extranjero. No cabe duda de que hicieron suyas las palabras de David, acerca de que un sistema de Derecho Internacional Privado que no garantiza la aplicación real del Derecho extranjero designado por su norma de conflicto es un sistema de Derecho Internacional Privado que no funciona[83]. Sin embargo, la solución propuesta no asegura el éxito, sino sólo una nueva oportunidad de error para la judicatura y que lo que hasta ahora es injusto debido a una omisión, se vuelva injusto debido a una acción.

Más aún, no puedo dejar de señalar que el análisis hecho hasta aquí supone la honestidad intelectual y el respeto del mandato legal por parte del juez. En este sentido, piénsese en qué clase de poder se puede entregar a un juez que no se siente vinculado más que a su propia idea de justicia o que oculta intenciones oscuras ¿Cómo podrá la comunidad controlar que haya aplicado debidamente el Derecho extranjero? Ya para los expertos es difícil su determinación ¿cómo será ella para la opinión pública?

En este contexto, y dado que no parece pretenderse incurrir en las inversiones necesarias para permitir un acertado entendimiento de la ley extranjera, creo que la solución propuesta en los artículos 16 y siguientes del Anteproyecto no es la mejor, y que en esta materia haríamos bien en recoger un esquema casuístico como el propuesto en este artículo.

82 Goldschmidt cit. (n. 60) p. 22.

83 David, Cyreille, *La loi étrangere devant le juge du fond. Étude comparative*, Dalloz, París, 1964, pp. 33-39.

Por lo mismo, el Anteproyecto es en esta materia un retroceso, pues resta libertad a los tribunales para calibrar la situación y actuar, ya sea investigando de oficio el Derecho extranjero o considerando que la prueba de éste recae en las partes del juicio[84].

En efecto, en los casos de otras naciones iberoamericanas que han optado por soluciones similares, la única salida y forma de reconocer el enfoque casuístico que considera la relevancia del Derecho extranjero en cada caso y los costos de su conocimiento es invocando la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero y aplicar los efectos que de ella se siguen. Así, por ejemplo, en un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, en el que debía probarse el Derecho alemán, se destacó como de no poder probarse dicho Derecho, debía aplicarse el Derecho argentino según lo dispuesto en el artículo 2595 letra a) del Código Civil y de Comercio argentino.

Esta sentencia nos puede servir para reflexionar, pues en ella la Corte mendocina dio por probado el Derecho alemán gracias a la información del mismo que encontró en idioma castellano[85]. En este sentido, puede uno preguntarse ¿con qué certeza puede considerar que conoce el Derecho teutón? Quizás el caso resultó simple y además la solución del tribunal parece sensata. Con todo, ¿qué se debe esperar en casos más complejos?

Con respecto a este punto, se puede hacer una segunda crítica al Anteproyecto. Él guarda silencio frente al caso en que no se pueda probar el Derecho extranjero. Por ende, no sabemos si se optará por aplicar el Derecho chileno, solución que parece estar más en línea con el Derecho comparado, o por rechazar la demanda por falta de fundamento siguiendo lo que ha sido la jurisprudencia nacional.

6. Conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos analizado críticamente la forma de tratar el Derecho extranjero en nuestro país y lo que se propone a su respecto en el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. Esto lo hemos hecho para mostrar la bondad y complicación de las soluciones propuestas al problema de la necesidad de aplicar la ley extranjera, y proponer mejoras al respecto.

La propuesta realizada puede estructurarse del siguiente modo. Primero, he afirmado que la calificación de la naturaleza del Derecho extranjero, ya sea como

84 La situación sería similar a la que se vivió en Perú con la reforma legislativa que en dicho país modificó el Código Civil introduciendo normas similares a las que se pretende introducir en Chile (véase García-Calderón, Gonzalo, "Aplicación de oficio del Derecho extranjero, *Ius et Praxis*, n° 35, 2004, p. 240). En este sentido, vale tener presente el trabajo del profesor Menicocci quien en las Jornadas del año 2023 nos mostraba como al volverse ley las normas doctrinales y jurisprudenciales del Derecho Internacional Privado pueden limitar la respuesta del sistema frente a los casos que se presenten por no haber incluido ahí algún aspecto relevante del mismo (Menicocci, Alejandro, "Los problemas generales del Derecho Internacional Privado. Posibles vicisitudes resultantes de su incorporación en las fuentes formales", *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, vol. 9, n° 1, 2023, p. 18).

85 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, F., M.C. c/ K., M. s/ Alimentos Provisorios -Compulsa, Sentencia de 19 de agosto de 2015.

hecho o Derecho, no tiene mayor importancia a efectos de determinar la forma en que los ordenamientos jurídicos tratan al Derecho extranjero. En segundo lugar, he expuesto la jurisprudencia chilena y el estado actual del Derecho en esta materia. En tercer lugar, he analizado de forma crítica la jurisprudencia afirmando que ella reconoce las dificultades que existen para el apropiado conocimiento del Derecho extranjero, pero que ha resuelto el problema recurriendo a reglas absolutas para todos los casos, en lugar de considerar la aplicación de reglas según las características del caso que se presente. Finalmente, se ha dicho que el Anteproyecto sigue esta línea de buscar soluciones universales y que hace pasar la responsabilidad de la prueba del Derecho extranjero de las partes del proceso a los tribunales. Esto es calificado como un error en los términos planteados, pues este traspaso de responsabilidad se produce sin dotar a los tribunales de los recursos necesarios para cumplir con dicho mandato, lo que augura complicaciones. Asimismo, se destaca el silencio del Anteproyecto frente al caso en que no se pueda probar la ley extranjera.

Una ley es siempre una respuesta para el caso general. En ella, el legislador se hace cargo de un caso común y lo resuelve de una manera universal. Siempre pueden presentarse excepciones a ese caso universal y ahí está el rol de los tribunales de determinar si un caso concreto queda cubierto por la norma legal.

El error en el Derecho Internacional Privado y, en concreto, en el análisis de la forma de considerar el Derecho extranjero está en que la planificación de las normas se ha hecho con un parámetro errado para determinar cuál es el conflicto jurídico que resolver. En efecto, este no es el hecho de enfrentarnos a un Derecho extranjero. Eso no es lo que de forma más fundamental distingue estos casos y sus problemas.

Lo más fundamental y a lo que debe estarse la jurisprudencia y el legislador al momento de determinar las normas por las cuales pretenda regir la aproximación de las autoridades locales al conocimiento y aplicación de las normas extranjeras son los fines que cada remisión al Derecho extranjero protege y los costos de conocer dicho Derecho.

Esta es la nueva perspectiva de análisis que se propone.

Bibliografía

Bello, Andrés, *Principios de Derecho Internacional*, Atalaya, Buenos Aires, 2000.

Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

García-Calderón, Gonzalo, "Aplicación de oficio del Derecho extranjero, *Ius et Praxis*, n° 35, 2004, pp. 235-242.

Calvo, Alfonso, "Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 68, n° 2, 2016, pp. 133-156.

Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo 1, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

Corneloup, Sabine, "L´application de la loi étrangere", *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 66, n° 2, 2014, pp. 363-390.

David, Cyreille, *La loi étrangere devant le juge du fond. Étude comparative*, Dalloz, París, 1964, pp. 33-39.

Esplugues, Carlos, "La aplicación del Derecho extranjero en Iberoamérica y la Unión Europea: Paralelismo desde la diferencia", *Revista Boliviana de Derecho,* n° 31, 2021, pp.14-59.

Frimpong, Richard, *Private International Law in Commonwealth Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia*, 7ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1990.

Guzmán, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

Herrero, Alejandro, "Problemática de la aplicación del Derecho extranjero", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 4, 1977, pp. 137-182.

Menicocci, Alejandro, "Los problemas generales del Derecho Internacional Privado. Posibles vicisitudes resultantes de su incorporación en las fuentes formales", *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, vol. 9, n° 1, 2023, pp. 13-22.

Monsalve, Aldo, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2010.

Mortensen, Reid, Garnett, Richard, Keyes, Mary, *Private International Law in Australia*, 4ª ed., LexisNexis Butterworths, Chatswood, 2019.

Nussbaum, Arthur, "The Problem of Proving Foreing Law", *The Yale Law Journal*, vol. 50, n° 6, 1941, pp. 1018-1044.

Picó i Junoy, Joan, "Causa de la Falta de Aplicación del Derecho Extranjero", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n° 1-2, 2011, pp. 67-73.

Ramírez, Mario, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Conosur, Santiago, 1994.

Saavedra, Constanza, *Análisis de la aplicación del Derecho extranjero y la oposición de la lex fori a ello: Necesidad de una regulación normativa clara a la luz de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago. 2018.

Thayer, James, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1898.

Tu, Guangjian, *Private International Law in China*, Springer, Singapur, 2016.

Villarroel, Carlos y Villarroel, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2018.

Jurisprudencia

Brownlie v. FS Cairo (Nile Plaza) LLC [2021] 3 WLR 1011.

Suppipat v. Narongdej [2022] EWHC 1806.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, F., M.C. c/ K., M. s/ Alimentos Provisorios -Compulsa, Sentencia de 19 de agosto de 2015.

Cote de Apelaciones de Santiago, ABN AMRO Bank NV con Raimundo Serrano MC y Mc Auliffe Corredores de Bolsa S.A., apelación, fallada el 26-12-2002, rol n° 1517-1998.

Corte de Apelaciones de Santiago, ENDESA S.A. con Inversiones Leap Wireless Chile S.A., apelación, fallada el 31-07-2003, rol n° 11276-2002.

Corte de Apelaciones de Concepción, Roque Paredes, María con Fisco de Chile, apelación, fallada el 24-01-2003, rol n° 3006-2002.

Corte de Apelaciones de Iquique, Leonardo Solari Alcota, nulidad, fallada el 29-09-2004, rol n° 56-2004.

Corte de Apelaciones de Santiago, Dubernet Azócar, Isabel y De la Fuente Montane, Vicente con Fisco de Chile, casación en la forma y apelación, fallada 28-10-2005, rol n° 204-2005.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Imputados: Gonzalo Andrés Yuseff Rivera, Luis Rolando Torres Barria y Rodrigo Eduardo Uribe Marín, apelación, fallada el 13-04-2005, rol n° 46-2005.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Yuseff Sotomayor, Gonzalo con Ilustre Municipalidad de Valparaíso, consulta, fallada el 13-06-2005, rol n° 1227-2005.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Servicio de Impuestos Internos con Empresa Eléctrica del Norte Grande, apelación, fallada el 13-07-2007, rol n° 230-2007.

Corte de Apelaciones de Santiago, Toro con Constructora Nueva Extremadura Limitada, nulidad laboral, fallada el 31-01-2013, rol n° 1695-2012.

Corte de Apelaciones de Santiago, Iram Chile Capacitación, apelación, fallada el 03-04-2014, rol n° 9990-2013.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Blanca Aida Argote Arnes, apelación, fallada el 23-09-2020, rol n°.1361-2019.

Corte de Apelaciones de Santiago, LATAM Airlines Group S.A. con Sotomayor, apelación, fallada el 30-03-2023, rol n°. 70-2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, Autori con Sistema Oracle de Chile S.A., nulidad laboral, fallada el 25-09-2023, rol n° 822-2023.

Corte Suprema, ABN AMRO Bank NV con Raimundo Serrano MC y Mc Auliffe Corredores de Bolsa S.A., casación en la forma y en el fondo, fallada el 30-11-2004, rol n° 868-2003.

Corte Suprema, State Street Bank and Trust Company, exequatur, fallada el 14-05-2007, rol n° 2349-2005.

Corte Suprema, Luis Alberto Cortés Delgado y otros con Maruha Corporation y otros, casación en el fondo, fallada 2-10-2007, rol n° 5869-2006.

Corte Suprema, Dubernet Azócar Isabel con Fisco de Chile, casación en la forma y en el fondo, fallada el 13-09-2007, rol n° 5869-2006.

Corte Suprema, Mund & Fester GMBH & CO. KG con Transportes Trasallendes Logistics, csacón en la forma y en el fondo, fallada el 14-10-2024, rol n° 448-2014.

Corte Suprema, Andrews Wilfredo Omar con Zarhi Castagnet, casación en la forma y en el fondo, sentencia de reemplazo, fallada el 3-10-2016, rol n° 31.455-2016.

Corte Suprema, Inversiones Gazmuri Limitada con SII V Dirección Regional, casación en el fondo, fallada el 28-06-2018, rol n° 5990-2017.

Corte Suprema, rol n° 5990-2017.

Corte Suprema, Earth River Expeditions con Robert Cowan Currier Ortiz (EARTH RIVER), casación en el fondo, fallada el 27-12-2017, rol n° 36.814-2017/36.819-2017.

Corte Suprema, Dagoberto Ramos Avendaño con Fisco de Chile, casación en el fondo, fallada el 16-06-2021, rol n° 5237-2019.

Corte Suprema, Alave Zarzuri Enrique con Ticona, casación en el fondo, fallada el 17-12-2021, rol n° 78.982-2020.

Corte Suprema, Blanca Aida Argote Arnes, casación en el fondo, fallada el 20-09-2022, rol n° 129.371-2020.

Textos normativos, proyectos de ley y tratados internacionales

Código Procesal Civil de 1887 (Alemania).

Decreto Legislativo 295, de 1984, Código Civil (Perú).

Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 (Venezuela).

Ley n° 544-14 (República Dominicana).

Ley n° 26.994, de 2014, Código Civil y Comercial. (Argentina).

Ley n° 19.920, de 2020, General de Derecho Internacional Privado. (Uruguay).

Código de Bustamante.

Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, de 1979.

Decreto 752, de 1985, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el convenio sobre aplicación e información del Derecho extranjero, suscrito entre los gobiernos de las Repúblicas de Chile y oriental del Uruguay.

Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado.

UNA APROXIMACIÓN A LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE DISPUTAS EUROPEA EN LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS

AN APPROACH TO EUROPEAN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN THE PLATFORM ECONOMY

Rosa Pla Almendros*

RESUMEN

La Unión Europea lleva unos años intentando mejorar la calidad del entorno en línea y reducir el desequilibrio existente entre los usuarios de Internet y las grandes plataformas en línea. Una de las medidas por las que ha apostado bajo este propósito han sido los medios de solución extrajudicial de disputas en línea (ODR), que, frente a los órganos judiciales, ofrecen a los usuarios una vía de tutela eficaz para resolver los conflictos en que se vean involucrados. En los últimos años, los ODR han sido incorporados en normas comunitarias digitales en materia de derechos de autor, difusión de contenido terrorista o comunicación audiovisual. Y la última norma en añadirse a esta tendencia ha sido el nuevo Reglamento de Servicios Digitales, cuyos medios de solución extrajudicial, sin embargo, no parece que vayan a funcionar a la perfección.

PALABRAS CLAVE: *medios de solución extrajudicial de litigios en línea, Reglamento de Servicios Digitales, moderación de contenidos, disputa, libertad de expresión.*

ABSTRACT

The European Union has been trying for some years to improve the quality of the online environment and to reduce the imbalance between internet users and large online platforms. Online dispute resolution (ODR) is one of the measures that it has been comitted to for this purpose, which, as opposed to judicial bodies, offer users an effective means of protection to resolve the disputes in which they are involved. In recent years, ODR has been incorporated into EU digital rules on copyright, dissemination of terrorist content or audiovisual communication. And the latest addition to this trend is the new European Digital Services Act, whose ODR, however, do not seem to be working perfectly.

KEY WORDS: *online dispute resolution, Digital Services Act, content moderation, dispute, freedom of expression.*

* Becaria de colaboración del Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Universidad de Valencia, España. Graduada en Derecho y Administración de Empresas en la Universidad de Valencia. roplal@alumni.uv.es.

1. Introducción

El desequilibrio entre los que dominan el entorno digital y los que participan del mismo es cada vez más patente: las redes sociales, las plataformas de viajes y alojamiento o los mercados en línea no son meros puntos de encuentro virtuales entre los comerciantes y consumidores, sino que condicionan su experiencia imponiéndoles de manera unilateral sus términos y condiciones.

Con objeto de disminuir el mencionado desequilibrio, que trae consigo riesgos relacionados con la desinformación o el contenido ilícito, la Unión Europea ha emitido un nuevo Reglamento 2022/2065, de Servicios Digitales[1] (RSD) que somete a las plataformas en línea a obligaciones de diligencia debida, entre las cuales destaca la incorporación de medios de solución extrajudicial de litigios en línea (ODR, por sus siglas en inglés) que pretenden proteger a los usuarios frente a ciertas conductas de las plataformas en línea. Debe admitirse, no obstante, que los ODR no son exclusivos del RSD: otras normas anteriores en materia de derechos de autor, comunicación audiovisual o consumo incorporan medios de solución extrajudicial que, con anterioridad al RSD, ya permitían resolver conflictos en el ámbito digital.

En este contexto, tras aclarar la importancia de los ODR como forma de solución de conflictos del entorno en línea (apartado 2), el objetivo de la presente contribución es ofrecer una panorámica de los distintos medios extrajudiciales a los que los usuarios pueden acudir para impugnar decisiones de las plataformas en línea (apartado 3), haciendo especial hincapié en el último instrumento que en el ámbito comunitario se suma a esta tendencia: el Reglamento de Servicios Digitales (apartado 4).

2. La solución extrajudicial como (única) vía para resolver los conflictos del entorno en línea

De la misma manera que en el entorno fuera de línea, los usuarios del entorno en línea pueden verse envueltos en disputas, algunas de las cuales serán comunes con aquel, y otras contarán con ciertas particularidades[2]. Estas disputas, que pueden ser tanto contractuales (por ejemplo eliminación de contenido por parte de la plataforma, calidad del servicio prestado), como extracontractuales (por ejemplo infracciones de propiedad intelectual)[3], suelen contar con un escaso valor económico y alcance transfronterizo, de modo que lo óptimo sería poder resolverlas de forma sencilla y barata, así como a la misma velocidad con la que funciona Internet.

En este sentido, y ante los desmedidos costes y duración de los procesos judiciales, los medios alternativos de solución de conflictos en línea se alzan como la vía

1 Reglamento 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), 2022, (Unión Europea).

2 Katsh, Ethan, "Dispute resolution in cyberspace", *Connecticut Law Review,* vol. 28, n° 4, 1996, p. 956.

3 Zhao, Yun, *Dispute Resolution in Electronic Commerce,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 26-30.

más idónea para poner fin a dichas disputas. Estos medios, también conocidos como *Online Dispute Resolution* (ODR), son procedimientos extrajudiciales a los que las partes acuden de forma voluntaria para resolver sus conflictos a través de procedimientos que ellas mismas controlan, en los que no se aplica necesariamente el Derecho sustantivo, en los que puede intervenir o no un tercero, y los cuales se desarrollan a través de medios electrónicos[4].

Estos rasgos que caracterizan a los ODRs se traducen en innegables ventajas con respecto a los órganos judiciales a la hora de resolver disputas electrónicas. Sintéticamente, los mecanismos ODR permiten a las partes resolver el conflicto de la misma manera que ha surgido -en línea- y, por tanto, sin necesidad de desplazarse; son más simples que los procesos judiciales, gracias a su flexibilidad y a la importancia de la autorregulación [5], por medio de las que se evita el recurso a estructuras rígidas y complejidades como las derivadas del Derecho Internacional Privado; son más rápidos gracias a la instantaneidad de Internet [6], y por último, cuentan con un coste más bajo, toda vez que no existen costes ni de desplazamiento ni de representación, no siendo obligatoria.

En definitiva, frente al elevado coste y la lentitud de los órganos judiciales, los ODR son los medios más adecuados para resolver disputas surgidas en línea, especialmente cuando participa un usuario -en la mayoría de ocasiones, consumidor-, el cual no suele contar con demasiados recursos, experiencia ni conocimientos para litigar[7].

3. Una visión general de la apuesta comunitaria por los odr en el ámbito digital

La Unión Europea, en su afán por consolidar el mercado interior, a finales del siglo pasado comenzó a impulsar el uso de los medios de solución extrajudicial en línea con el objetivo de proteger a los consumidores, aumentar su confianza en el mercado interior e incrementar las transacciones intracomunitarias. Dos décadas después, la UE no ha dejado de lado esa estrategia, sino que ha seguido apostando por ella[8], siendo su máximo exponente el marco normativo recientemente configurado para el ámbito digital, cuya finalidad es limitar el poder de las plataformas en línea en el conocido como Mercado Único Digital.

De esta manera, se han introducido ODRs en distintas normas dirigidas en su mayoría a regular el ámbito digital, que protegen a los usuarios de Internet,

4 La definición de ODR no es un concepto estrictamente legal, sino que ha emergido de la doctrina, la cual, en ocasiones, es controvertida. En este sentido, se pueden encontrar distintas definiciones de los ODR en Lodder, Arno, y John Zeleznikow, *Enhanced dispute resolution through the use of information technology,* Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 79; o Hörnle, Julia, *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 75.

5 Callies, Gralf-Peter, "Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Market Place", *German Law Journal*, vol. 7, n° 8, 2006, pp. 654.

6 Gilliéron, Philippe, "From Face-to-Face to Screen-to-Screen: Real Hope or True Fallacy?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 23, n° 2, 2008, p. 312.

7 Schmitz, Amy, "'Drive-Thru' Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers Through Regulated ODR", *Baylor Law Review,* vol. 62, n°10-18, 2010, p. 180.

8 Stanciulescu, Andreea Ana-Maria, "Digital single market: consumer protection rules in the Digital Services Act", *International Journal of Legal and Social Order*, n° 1, 2023, p. 409.

dotándoles de una vía de tutela eficaz y viable frente a los operadores digitales[9]. Estos ODR son los siguientes:

En primer lugar, el Reglamento de Servicios Digitales pone a disposición de los usuarios dos medios de solución extrajudicial que les permiten impugnar decisiones de moderación de contenidos adoptadas por las plataformas. Estos serán tratados en profundidad en el siguiente epígrafe.

En segundo lugar, la Directiva 2019/790, de *copyright*[10] -o, mejor dicho, las leyes nacionales que la transponen-, permite a los usuarios que han cargado obras protegidas en una plataforma impugnar a través de un mecanismo interno de gestión de reclamaciones y de órganos de solución extrajudicial independientes las decisiones que aquella adopte retirando o inhabilitando el acceso a las obras protegidas que ellos mismos han cargado (artículo 17.9).

En tercer lugar, el Reglamento 2021/784, de lucha contra la difusión del contenido terrorista en línea[11], dota a los usuarios que hayan publicado un contenido que haya sido posteriormente retirado o bloqueado por su carácter potencialmente terrorista de un mecanismo interno de soluciones para reclamar extrajudicialmente esa decisión (artículo 10).

En cuarto lugar, la Directiva 2018/1808, de comunicación audiovisual[12] permite a los usuarios acudir a mecanismos de solución extrajudicial -transpuestos en la legislación nacional- para impugnar las medidas adoptadas por las plataformas en línea de intercambio de vídeos establecidas en un Estado miembro en relación con vídeos generados por los usuarios y con comunicaciones audiovisuales que inciten a la violencia o al odio o sean constitutivos de delitos terroristas, racistas o de pornografía infantil (artículo 28.ter.7).

En quinto lugar, la Directiva 2013/11/UE[13], aunque no está específicamente prevista para proteger a los consumidores frente a las plataformas en línea, garantiza la existencia de órganos de solución extrajudicial acreditados a los cuales pueden acudir los usuarios que sean consumidores para reclamar litigios derivados de un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios celebrado con un comerciante establecido en la UE, incluyendo los contratos de prestación de servicios celebrados con una plataforma. En este caso, los usuarios (consumidores)

9 A excepción de la Directiva 2018/1808, los Centros Europeos del Consumidor y, hasta el momento de su futura reforma, la Directiva 2013/11/UE, el resto de las normas más abajo mencionadas permiten a los usuarios utilizar los ODRs que introducen, con independencia de que la plataforma en línea se encuentre situada en un Estado tercero, lo cual debe ser celebrado ya que las plataformas más grandes están ubicadas en ellos.

10 Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/, 2019, (Unión Europea).

11 Reglamento 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, 2021, (Unión Europea).

12 Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), 2018, (Unión Europea).

13 Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), 2013, (Unión Europea).

tendrán la posibilidad de acudir a estos órganos a través de una plataforma en línea creada por el Reglamento 524/2013[14], en la que quedan integrados los distintos órganos de solución extrajudicial acreditados de todos los Estados miembros[15].

En sexto lugar, los Centros Europeos del Consumidor[16] constituyen otra vía de la que pueden servirse los usuarios que sean consumidores residentes en la UE para alcanzar un acuerdo con la plataforma en línea establecida en la UE, así como para obtener información sobre otras vías para resolver su litigio.

En séptimo y último lugar, los arts. 11 y 12 del Reglamento 2019/1150[17] configuran un sistema interno de reclamaciones y un procedimiento de mediación que ponen a disposición de los usuarios, que sean profesionales establecidos en la UE, para que puedan impugnar los incumplimientos del citado Reglamento por parte de las plataformas, las medidas adoptadas por las plataformas en relación con el servicio que prestan, y los problemas tecnológicos que puedan surgir en conexión con el servicio prestado por las plataformas.

En este sentido, y sin perjuicio de la posibilidad de recurrir, en sus respectivos ámbitos de aplicación[18], a cualquiera de los mecanismos anteriores, todos ellos tienen un carácter autocompositivo, de modo que en cualquier momento cualquiera de las partes puede decidir acudir a los órganos judiciales para resolver la controversia, tal y como exige el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE[19].

4. La última novedad comunitaria en materia de odr: el reglamento de servicios digitales.

El Reglamento de Servicios Digitales (RSD), que entró en funcionamiento el pasado febrero de 2024, constituye el ejemplo más reciente de norma que incorpora ODR en el ámbito digital. El principal objetivo de este instrumento es hacer del entorno en línea un espacio seguro, para lo cual lucha contra la desinformación, contra los contenidos ilícitos que circulan por las plataformas y contra la falta

14 Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n o 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, 2013, (Unión Europea).

15 Es cierto, sin embargo, que la UE acaba de lanzar una propuesta de reforma de la Directiva 2013/11 y del Reglamento 524/2013 a finales del pasado año (*vid.* COM (2023) 649 final y COM (2023) 647 final). Esta pretende eliminar la plataforma —que contaba con una escasísima participación—, así como ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva, posibilitando acudir a los órganos de ADR acreditados para resolver disputas también extracontractuales, así como para solucionar conflictos surgidos con comerciantes establecidos fuera de la UE.

16 El conjunto de estos centros, ubicados en los distintos Estados miembros, Islandia y Noruega, conforma la Red de Centros Europeos del Consumidor, operativa desde 2005. Su página web es accesible a través del siguiente enlace: https://www.eccnet.eu/, (consultada: 30 de mayo de 2024).

17 Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, 2019, (Unión Europea).

18 Si se comparan, puede apreciarse cómo se solapan los ámbitos de aplicación de algunos de los medios extrajudiciales antes expuestos. Sin embargo, debe criticarse que ninguna de las normas involucradas establezca criterios de coordinación claros entre ellos. A favor de esta crítica, Barceló, Rosa, "Las plataformas online y la resolución extrajudicial de litigios: cuestiones críticas", en: Romero, María (dir.), *Hacia una nueva tutela efectiva de consumidores y usuarios,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 617-630.

19 De Miguel, Pedro, "Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales", *La Ley Unión Europea,* n° 109, 2022, p. 31.

de transparencia de estas. Sin embargo, el RSD tiene un segundo objetivo, que consiste en proteger los derechos de los usuarios en este medio. De hecho, podría afirmarse que se trata de la norma más importante y ambiciosa del mundo en la protección de los derechos funamentales de los usuarios frente a las redes sociales y mercados y plataformas en línea[20].

A este respecto, el legislador europeo al elaborar el RSD fue plenamente consciente de que las libertades de expresión e información en el entorno digital están en riesgo y deben protegerse, dada la función constitucional con la que cuentan en la realidad social actual[21]. El problema que se plantea es claro: las plataformas en línea deciden unilateralmente qué contenido pueden publicar a través de ellas los usuarios, restringiéndolo cuando así lo estiman oportuno, son las llamadas decisiones de moderación de contenidos. Si a ello se le suma que el RSD incorpora cláusulas que incentivan la moderación de contenidos[22] y un régimen restrictivo de exención de responsabilidad, el resultado es que las plataformas eliminan todo aquel contenido que suscite una mínima duda de ilicitud -aun cuando sea lícito-. En definitiva, el marco regulador puede dar lugar a un *over-removal* del contenido generado por los usuarios[23].

Ahora bien, en la medida en que las plataformas en línea son entes privados, nada debería tener que ver lo anterior con la vulneración de derechos fundamentales, sino con el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual. Sin embargo, las plataformas se han convertido, de hecho, en verdaderos espacios públicos que posibilitan la libertad de expresión y el intercambio de ideas entre sus usuarios[24], convirtiéndose así en una "nueva fábrica de opinión pública"[25]. En consecuencia, las decisiones de moderación de contenidos sí pueden vulnerar libertades como la de expresión e información.

Para proteger estas libertades, el RSD incorpora dos medios de solución extrajudicial que permiten a los usuarios de las plataformas en línea impugnar las decisiones de moderación de contenidos adoptadas por estas: un sistema interno de gestión de reclamaciones (artículo 20) y un órgano de solución extrajudicial de litigios (artículo 21). Estos se añaden a la posibilidad de acudir a los órganos judiciales, razón por la que se ha concebido como un *triple-layered system*[26].

20 Stanciulescu, cit. (n. 8), p. 404.

21 Cotino, Lorenzo, "Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías,* n° 17, 2017, p. 26.

22 En concreto, lo hace a través del mecanismo de notificación y acción del artículo 16 RSD y de la figura de los alertadores fiables del artículo 22 RSD. Con anterioridad, la UE fomentó la moderación en instrumentos como el Código de Conducta para la lucha contra la incitación legal al odio en Internet (2016) o el Código de conducta de buenas prácticas en materia de desinformación (2018).

23 Turillazzi, Aina *et al.*, "The Digital services act: an analysis of its ethical, legal and social implications", *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, n° 1, p. 94.

24 Frosio, Giancarlo y Christopher Geiger, "Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's Platform liability regime", *European Law Journal*, vol. 29, n° 1-2, 2023, p. 32.

25 Jiménez, Aitor y Cancela, Ekaitz, "¿Es posible gobernar a las grandes tecnológicas? Análisis crítico de la Ley Europea de Servicios Digitales", *Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales,* vol. 20, n° 1, p. 92.

26 Kuczerawy, Aleksandra: "Remedying Overremoval", en HOBOKEN, Joris *et al.*, *Putting the Digital Services Act into Practice: Enforcement, Access to Justice, and Global Implications*, Verfassungsblog, Alemania, 2023, p. 179.

De modo más preciso, las decisiones de moderación de contenidos impugnables a través de los artículos 20 y 21 RSD deben cumplir con un elemento subjetivo y otro objetivo. Empezando por el primero, tan solo se podrá hacer uso de estos cauces cuando la decisión sea dictada por una plataforma en línea que no sea microempresa ni pequeña empresa ni lo haya sido durante el año anterior (artículo 19 RSD). En cuanto al elemento objetivo, la decisión a impugnar debe tener por finalidad restringir un contenido ilícito o incompatible con las condiciones generales de la plataforma que dicta la decisión[27]. Será ilícito el contenido que califique como tal la legislación nacional o comunitaria (artículo 3.h)), e incompatible con las condiciones generales, el que considere como tal cada plataforma[28].

Así las cosas, los afectados por una decisión que cumpla con estos dos requisitos podrán impugnarla acudiendo al sistema interno del artículo 20 RSD o, alternativa o subsidiariamente, a los órganos extrajudiciales del artículo 21 RSD, cuyas pecularidades se exponen de forma sucinta a continuación.

4.1. El sistema interno de gestión de reclamaciones

La plataforma en línea que restrinja un contenido que a través de ella difunda un usuario debe comunicárselo a este (artículo 17 RSD) y poner a su disposición un mecanismo gratuito, de fácil acceso y manejo que le permita impugnarla en un plazo mínimo de 6 meses. Además, también deberá poner este mecanismo a disposición de aquel que haya reportado el contenido (artículo 16 RSD) y de cualquiera que pueda verse afectado indirectamente por el contenido retirado -sea o no usuario de la plataforma-. La diferencia será que en este último caso, la plataforma no tiene la obligación de notificar su decisión al legitimado activo.

Una vez impugnada la decisión de retirada del contenido, la plataforma debe reconsiderar su decisión en un plazo oportuno y de forma no exclusivamente automatizada, sino con supervisión humana, para así evitar que sea la inteligencia artificial la que adopte la decisión, dadas sus limitaciones para entender el contexto, el humor o la ironía.

4.2. Los órganos de solución extrajudicial de litigios (artículo 21 RSD)

En este caso, la decisión no se impugna ante un mecanismo propio de la plataforma, sino ante órganos de solución extrajudicial independientes y ajenos a la misma, los cuales estarán certificados por las autoridades nacionales competentes[29], significando

27 Por restringir se debe entender no solo retirar el contenido, sino también bloquear el acceso al mismo, restringir su visibilidad o la capacidad de monetización. Aunque será menos común, también pueden impugnarse las decisiones en que las plataformas decidan no restringir un contenido tras recibir la notificación de un contenido potencialmente ilícito por parte de un usuario.

28 Las plataformas en línea pueden detectar el contenido ilícito o bien voluntariamente por sí mismas, o bien tras una notificación de un alertador fiable (artículo 22 RSD) o del mecanismo de notificación y acción (artículo 16 RSD). Por el contrario, el RSD solo prevé la posibilidad de detectar el contenido incompatible por la primera de las vías, a no ser que voluntariamente las plataformas quieran servirse de las otras dos.

29 Las autoridades nacionales encargadas de certificar a los órganos de solución extrajudicial son los coordinadores de servicios digitales. En España, es la Comisión Nacional de la Comisión de la Competencia, la cual, sin embargo, todavía no ha certificado a ningún órgano.

ello que cumplen con requisitos mínimos de imparcialidad, independencia y conocimientos especializados, entre otros (artículo 21.3 RSD). Se prevé que vayan a certificarse distintos órganos de solución en cada uno de los Estados miembros y, ante el silencio del legislador comunitario, la doctrina considera que los interesados podrán acudir a cualquiera de ellos, y no solo a los establecidos en el Estado miembro de su residencia[30].

En este caso, podrá impugnar la decisión restrictiva del contenido aquel que hubiera publicado el contenido que ahora se vería restringido, así como el que lo haya notificado, y deberá hacerse en el plazo que establezca el órgano de solución extrajudicial correspondiente -nada dice el RSD en este punto-. Una vez interpuesta la reclamación, el órgano deberá resolver en un plazo de 90 días, duplicable en caso de especial complejidad. La resolución, no obstante, en ningún caso será vinculante, de modo que aunque considere que el contenido eliminado es lícito, la plataforma será libre de eliminarlo y del revés.

Resta aclarar que acudir a este órgano no resulta gratuito como sucede en el caso del artículo 20 RSD, si bien es cierto que se configura un régimen de costas y honorarios mucho más beneficioso para los usuarios que para las plataformas en línea (artículo 21.5 RSD).

5. Conclusiones

Ventajas como la rapidez, sencillez, bajo coste y flexibilidad de los medios de solución extrajudicial en línea convierten a estos en herramientas idóneas para resolver los conflictos del ámbito digital, habida cuenta de que se adaptan a la velocidad exigida por el comercio electrónico y al bajo coste y sencillez demandadas por los usuarios.

Bajo este razonamiento, distintas normas comunitarias han incorporado ODRs que protegen a los usuarios en materia de derechos de autor, contenido terrorista, comunicación audiovisual o consumo. El último instrumento que se ha añadido a esta apuesta ha sido el RSD, cuyos ODRs todavía están pendientes de implementación. A pesar de ello, su regulación ya se prevé deficitaria: la falta de concreción de los procedimientos puede fragmentarlos y dificultar su uso para los consumidores[31], acudir a los órganos extrajudiciales del artículo 21 RSD puede resultar inútil porque las plataformas no quedan vinculadas por sus soluciones y, sobre todo, tan solo se prevé su uso para dirimir disputas relacionadas con la moderación de contenidos, pero no para ninguna otra que pueda surgir a raíz del RSD, las cuales deberán resolverse -en caso de estar bajo su ámbito de aplicación- acudiendo a los órganos de la Directiva 2013/11/UE.

30 De Miguel, cit., (n. 19), p. 31. Por ello es necesario que se uniformicen los criterios que determinen la ilicitud del contenido, habida cuenta de que es posible que las normas nacionales conduzcan a aquella situación en que los órganos de solución extrajudicial de distintos Estados miembros adopten soluciones distintas en lo relativo a la ilicitud de un contenido.

31 Wimmers, Jörg, "The out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act. A disservice to its own goals", *Jipitec*, n° 12, 2021, p. 382.

A pesar de la difícil coordinación práctica de todos estos mecanismos de ODRs, debe aplaudirse la apuesta por los mismos habida cuenta de que los usuarios quedarán desprotegidos en todas aquellas disputas que no puedan subsumirse en el ámbito de aplicación de ninguno de ellos, ya que la única posibilidad de resolverlas será acudir a los (inviables) procedimientos judiciales.

Bibliografía

Barceló, Rosa, "Las plataformas online y la resolución extrajudicial de litigios: cuestiones críticas", en: Romero, María (dir.), *Hacia una nueva tutela efectiva de consumidores y usuarios,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 617-630.

Calliess, Gralf-Peter, "Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Market Place", *German Law Journal*, vol. 7, n° 8, 2006, pp. 647-660.

Cotino, Lorenzo, "Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías,* n° 17, 2017, pp. 1-32.

De Miguel, Pedro, "Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales", *La Ley Unión Europea,* n° 109, 2022, pp. 1-47.

Frosio, Giancarlo y Christopher Geiger, "Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's Platform liability regime", *European Law Journal*, vol. 29, n° 1-2, 2023, pp. 31-77.

Gilliéron, Philippe, "From Face-to-Face to Screen-to-Screen: Real Hope or True Fallacy?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 23, n° 2, 2008, pp. 301-345.

Hörnle, Julia, *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Jiménez, Aitor y Ekaitz Cancela, "¿Es posible gobernar a las grandes tecnológicas? Análisis crítico de la Ley Europea de Servicios Digitales", *Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales,* vol. 20, n° 1, pp. 91-99.

Katsh, M. Ethan, "Dispute resolution in cyberspace", *Connecticut Law Review,* vol. 28, n° 4, 1996, pp. 953-980.

Kuczerawy, Aleksandra: "Remedying Overremoval", en: Hoboken, Joris *et al.*, *Putting the Digital Services Act into Practice: Enforcement, Access to Justice, and Global Implications*, Verfassungsblog, Alemania, 2023, pp. 167-182.

Lodder, Arno, y John Zeleznikow, *Enhanced dispute resolution through the use of information technology,* Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Schmitz, Amy, "'Drive-Thru' Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers Through Regulated ODR", *Baylor Law Review,* vol. 62, n° 10-18, 2010, pp. 178-244.

Stanciulescu, Andreea Ana-Maria, "Digital single market: consumer protection rules in the Digital Services Act", *International Journal of Legal and Social Order*, n° 1, 2023, pp. 400-411.

Turillazzi, Aina *et al.*, "The Digital services act: an analysis of its ethical, legal and social implications", *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, n° 1, pp. 83-106.

Wimmers, Jörg, "The out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act. A disservice to its own goals", *Jipitec*, n° 12, 2021, pp. 381-401.

Zhao, Yun, *Dispute Resolution in Electronic Commerce,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.

Normativa

Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), 2013, (Unión Europea).

Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), 2018, (Unión Europea).

Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/, 2019, (Unión Europea).

Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, 2013, (Unión Europea).

Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, 2019, (Unión Europea).

Reglamento 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, 2021, (Unión Europea).

Reglamento 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), 2022, (Unión Europea).

LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN LOS TIEMPOS ACTUALES Y EL ACCESO A JUSTICIA. COOPERACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

JUDICIAL COOPERATION IN CURRENT TIMES AND ACCESS TO JUSTICE. COOPERATION IN TIMES OF PANDEMIC: A MISSED OPPORTUNITY?

"En medio de la dificultad reside la oportunidad"
Albert Einstein.

Carlos E. Echegaray de Maussion*

RESUMEN

En el presente trabajo consideraremos el rol que tiene en la actualidad la cooperación judicial internacional y su fundamento y razón de ser que es el de garantizar el acceso a justicia, para eso repasaremos algunos conceptos y principios del Derecho Internacional Privado y veremos como la jurisprudencia argentina reacción frente a la pandemia.

PALABRAS CLAVES: *Cooperación judicial internacional, pandemia, Derecho Internacional Privado.*

ABSTRACT

In this paper we will consider the current role of international judicial cooperation and its foundation and reason for being, which is to guarantee access to justice. To do so, we will review some concepts and principles of private international law, and we will see how Argentine case law reacted to the pandemic.

KEYWORDS: *international judicial cooperation, pandemic, private international law.*

1. Introducción

La pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020, a raíz de la acción del COVID-19 provocó una verdadera conmoción a nivel global y Argentina ni la región estuvieron ajenas a las consecuencias que la misma trajo aparejadas en diversos ámbitos tales como el funcionamiento del servicio de justicia.

La actividad jurisdiccional debió replantear su funcionamiento en todas sus dimensiones dentro de las cuales está la cooperación judicial internacional y la debida garantía de acceso a justicia que es su razón de ser y su faro e inspiración.

* Profesor de Derecho Internacional Privado de las Facultades de Derecho de la UNC, UBP y UCSAL, de Argentina.

En el presente trabajo consideraremos el rol que tiene, en la actualidad, la cooperación judicial internacional y su fundamento y razón de ser, que es el de garantizar el acceso a justicia, y para eso repasaremos algunos conceptos y principios del Derecho Internacional Privado y veremos en algunos fallos la reacción de la jurisprudencia nacional frente a la pandemia.

2. La cooperación clásica en el Derecho Internacional Privado

No cabe duda de que la idea de cooperación internacional ha alcanzado un auge cuantitativo y cualitativo inusitado en todos los órdenes de la realidad social durante la segunda mitad del siglo XX.

En esta cooperación para que pueda encuadrarse como tal deben concurrir tres requisitos acumulativamente: una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad y unos fines concretos.

Como hemos manifestado *supra*, en los hechos de la realidad esto ocurre cuando el juez de un Estado, con motivo de un proceso que tiene lugar ante su jurisdicción, se ve precisado a solicitar la colaboración del juez de otro Estado, a fin de que lleve a cabo determinados actos procedimentales que, una vez cumplido, pasarán a integrar aquél.

Clásicamente se reconocía que la cooperación reconocía al menos tres grados o niveles, un primer nivel lo constituyen las solicitudes de actos de mero trámite; un segundo nivel lo constituyen las medidas cautelares y el tercer nivel comprende el reconocimiento y ejecución de sentencias[1].

En la actualidad, la importancia y desarrollo que ha obtenido el reconocimiento y ejecución de las sentencias, permite concluir que se ha convertido en un capítulo autónomo de la cooperación internacional, cobrando día a día mayor protagonismo.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el progreso incesante de los medios de comunicación, el aumento cada vez mayor de las relaciones internacionales con o sin desplazamiento de los sujetos, entre otras condiciones ya apuntadas, son factores que contribuyen a fomentar y aun a exigir la cooperación entre los distintos Estados.

Este principio de cooperación debe ser en consecuencia como un deber de los Estados a favor de los particulares (binomio derecho/deber) que encuentra su traducción jurídica nada menos que en sus normas fundamentales que los obligan a cooperar con el resto de los Estados, traduciéndose dicho deber prestacional en una serie de obligaciones jurídicas como es el de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, mediante un adecuado sistema de reconocimiento de las decisiones extranjeras que les afecten.

1 Dreyzin de Klor, Adriana. *Conferencia inaugural del XXXIII Seminario de AMEDIP*, Universidad de Colima, México, 2010.

En definitiva, este principio debe ser concebido en la actualidad como un principio constitucional en virtud del cual los Estados están obligados a cooperar entre ellos para garantizar el correlativo derecho de los particulares a obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito internacional.

3. La cooperación judicial internacional como principio del Derecho Internacional Privado actual

Para seguir con esta idea tenemos que tener en cuenta que la realidad del Derecho Internacional Privado actual nos muestra un mundo globalizado, signado por la internacionalización de las relaciones jurídicas, por los procesos de integración regional, por los desarrollos de las nuevas tecnologías y principalmente, por un fenómeno que impregna el escenario jurídico en su totalidad: la universalización de los tratados de Derechos Humanos, fenómeno que ilumina el derecho en orden a su interpretación y aplicación, ya que el acervo jurídico refrendado una vez finalizada la segunda gran guerra mundial, contribuye sobremanera a modificar esta ciencia[2].

En este mundo internacionalizado, ya sea por el traslado físico de los sujetos del derecho o por la simple actividad de operar con el mundo desde un ordenador sin que sea necesario el traslado, es una cuestión de no menor importancia el planteamiento del rol que juega la cooperación judicial internacional.

Una evolución que es generalizada en la mayor parte de los países occidentales, indica que en la actualidad el principio de cooperación jurídica internacional constituye un rasgo preponderante del Derecho Internacional Privado de nuestros tiempos[3].

La necesaria coordinación entre distintos ordenamientos jurídicos nacionales convierte a la cooperación internacional en una herramienta esencial para efectivizar la vigencia de los derechos humanos fundamentales.

Al decir de Dreyzin de Klor: "El aumento de las relaciones jurídico-privadas de tráfico externo trae consigo la necesidad de regular el auxilio judicial internacional para no obstaculizar la realización de la justicia. La cooperación jurisdiccional consiste en que los jueces del proceso (denominados exhortantes o requirentes) solicitan de otros jueces (denominados exhortados o requeridos) que les ayuden en su tramitación, por ejemplo notificando resoluciones o receptando la declaración de testigos domiciliados en la jurisdicción de estos últimos, requiriendo la traba de medidas cautelares o, en el grado más profundo del despliegue de cooperación judicial, exhortando al reconocimiento y ejecución de sentencias"[4].

2 Dreyzin de Klor cit (n.1).

3 Se ha señalado a la "cooperación" dentro del tríptico de materias que integra un cuarto sector de cuestiones del Derecho Internacional Privado, que en el ámbito del reconocimiento de sentencias y ejecución de decisiones puede entenderse como una manifestación autónoma de este sector. Además, las técnicas de cooperación son de utilización en el sector de la competencia judicial. Fernández Rozas, José Carlos, Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, Civitas, 6ta ed., 2011, p.29.

4 Dreyzin de Klor, Adriana. *El derecho internacional privado actual*, T. 1, Zavalía, Buenos Aires, 2015, p. 24.

La cooperación jurídica internacional se inserta en el Derecho Internacional Privado en general y particularmente en el Derecho Procesal Civil Internacional.[5]

4. Fundamento de la cooperación jurídica internacional

El derecho y obligación de los Estados a prestarse la asistencia judicial y administrativa, tiende cada vez más a ser un imperativo con fundamento en la internacionalización de la vida de las personas, las familias y las empresas.

Una de las manifestaciones del desarrollo de la cooperación judicial internacional se advierte en el significativo cambio de lo que se percibe como su fundamento: el concepto tradicional de reciprocidad, de conveniencia o de cortesía o *comitas gentium*, como bases para prestar colaboración con los pedidos de asistencia jurisdiccional de otros Estados, han sido desplazado por la concepción que entiende obligatoria la cooperación judicial internacional, ya sea cuando existen tratados internacionales que vinculan a los países en cuestión, como también cuando la asistencia se presta con fundamento en las normas de fuente interna de Derecho Internacional Privado o en la costumbre internacional[6].

Más allá que estas ideas no son excluyentes entre sí, sino complementarios, hoy la base de la cooperación radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones, que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado no puede verse frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas[7].

Esta circunstancia ha llevado a los foros de codificación internacional a elaborar un entramado notable de reglas sobre prestaciones mutuas entre las autoridades de los Estados, que se sustenta en la necesidad de garantizar la continuidad de la situación jurídica originada en un Estado en el otro y ha marcado la noción que, el principio de cooperación apunta su trascendencia como pilar de las exigencias constitucionales del Derecho argentino.

5. La cooperación judicial internacional y el acceso a justicia

El tema que nos ocupa tiene una especial relación con el acceso a la justicia, cuya garantía y realización es una preocupación constante del mundo jurídico actual, siendo el principio y fin que debe inspirar a ambos institutos el de facilitar el acceso a la justicia para todos, con especial vinculación al Derecho Internacional Privado.

En este sentido los 193 Estados que forman parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) firmaron el 25 de septiembre de 2015, en Nueva York, la nueva agenda de desarrollo sostenible, estableciendo una serie de objetivos para

5 Dreyzin de Klor, Adriana y Saracho, Teresita. *Trámites judiciales internacionales*, Zavalía, Buenos Aires, 2005, p. 71

6 Noodt Taquela, María Blanca, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2018, p. 121.

7 Tellechea, Eduardo. "La cooperación jurisdiccional internacional al ámbito del MERCOSUR y al derecho uruguayo", *DeCITA 04*, Zavalía, Buenos Aires, 2005, p. 362.

combatir la pobreza, la desigualdad y el cambio climático, destacándose su objetivo 16, que impone la necesidad de promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles. Es interesante señalar que además de los representantes de los Estados, participó en la cumbre el Papa Francisco, quien refrendó el documento elaborado.[8]

Se trata de un objetivo que constituye la columna vertebral de los ODS porque invoca la construcción de sociedades pacíficas e incluyentes, requisito esencial para construir una sociedad pacífica, equitativa y justa. No es posible aspirar a mejoras en una sociedad convulsa.[9]

En el presente trabajo nos centraremos, especialmente en el objetivo de facilitar el acceso a la justicia, en la importancia de su reconocimiento y protección por parte de todos y cada uno de los Estados y en su ejercicio efectivo por todas las personas del mundo, sin ningún tipo de discriminación.

Los Estados deben asegurar el acceso universal de este derecho a todas las personas, teniendo en cuenta su realidad, para poder hacer efectivos otros derechos humanos y tradicionalmente, cuando se habla del acceso a la justicia la idea comprende tanto la asunción de competencia por parte de un juez o tribunal como al reconocimiento y ejecución de la sentencia de manera eficaz.

En efecto, se trata de un derecho humano que forma parte del núcleo duro de esta categoría y su reconocimiento y protección efectiva contribuirá en la construcción de una sociedad pacífica, equitativa y justa.

Como ya hemos expresado *supra*, el acceso a la justicia ha sido reconocido como un derecho humano desde mediados del siglo XX, siendo consagrado en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional humanitario[10].

Ese reconocimiento lleva implícito que toda persona, por el solo hecho de serlo cuenta con el mismo, siendo un derecho consolidado que forma parte de los derechos conocidos como de primera generación[11].

8 https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/

9 Quispe Remón, Florabel, *Acceso a la justicia y objetivos del desarrollo sostenible. Objetivos del desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas/Derechos humanos y empresas*. Edición: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, n° 9, 2018. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26561/monografias_9_IFV_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y .(Consultado: 19 de abril de 2024).

10 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949, en sus artículos 8° y 9°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 14; Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en el artículo 6°; Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, en sus artículos 8° y 25; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1985, en su artículo 7°, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 67.

11 Los derechos humanos son clasificados por la doctrina jurídica en derechos de primera, segunda y tercera generación. Los derechos de primera generación abarcan los derechos civiles y políticos, que consagran las así llamadas libertades fundamentales, como el derecho a la vida, la libertad de movimiento, de expresión, de reunión, o religiosa, el acceso a la justicia entre otros no menos importantes. Los derechos de segunda generación son los económicos, sociales y culturales como el derecho a trabajar, a una remuneración digna, a la seguridad social, a la salud, a la educación, a un nivel de vida digno. Los de tercera generación, llamados también derechos de los pueblos son, en principio, derechos difusos y abarcan

Ante esta novedad del objetivo 16 cabe entonces preguntarse ¿qué es lo que se observa en la práctica? ¿El acceso a la justicia es realmente efectivo?

Sería muy osado afirmar que este derecho humano es aplicable de manera efectiva e igualitaria por todos los Estados y en favor de todas las personas, pero de lo que no hay duda es de la importancia que tiene este derecho en el ejercicio de otros derechos humanos que hayan podido ser violados o desconocidos.

6. Derecho Procesal Civil Internacional y acceso a la justicia en el sistema argentino de fuente autónoma

En la Constitución Nacional encontramos preceptos que apuntan a garantizar el acceso a la justicia, así vemos que el Preámbulo se refiere, puntualmente, a afianzar la justicia; el artículo 14, entre los derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación, menciona al de peticionar a las autoridades y el artículo 18 establece ciertas garantías referidas a cuestiones del debido proceso sustantivo.

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación contiene disposiciones que claramente se identifican con la idea del acceso a la justicia, ya que ha incorporado normas relativas a la cooperación internacional desarrolladas en la sección de la jurisdicción internacional y así se observan varias normas de naturaleza procesal como son los artículos referidos a la obligación de cooperar[12], a la asistencia procesal internacional para el dictado de medidas cautelares y provisionales, y el relativo a la igualdad de trato procesal.

En cumplimiento de esos innegociables principios de cooperación y garantía al acceso a justicia que hemos desarrollado y que son parte necesaria del ordenamiento jurídico vigente podemos observar que en tiempos de pandemia los órganos jurisdiccionales echaron mano de distintas tecnologías de la información y comunicaciones que permitieron que dichos principios se hicieran efectivos.

A modo de ejemplo, veremos varias resoluciones en donde se aplicaron acertadamente algunos medios tecnológicos respetando las reglas del debido proceso, concretando los principios de la cooperación ya mencionados.

6.1. Autorizan que la notificación de un divorcio se concrete a través del correo electrónico [13]

La asesoría letrada interviniente solicitó esta modalidad ya que uno de los cónyuges reside en Japón y, en el contexto sanitario, la notificación tradicional podría demorarse.

---

el derecho a un medio ambiente sano, a la paz, al desarrollo sustentable, a la autodeterminación de los pueblos. Según una clásica interpretación de la clasificación de los derechos humanos en generaciones, los derechos de primera generación tienen carácter negativo, eso significa que tales derechos solo exigen que el Estado no interfiera negativamente en su realización y por ello son aplicables directamente. Véase. Bonet de Viola, Ana, "Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 46, n° 124, 2016.

12 Cooperación jurisdiccional: Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.

13 Córdoba, 30 junio de 2021, Noticias Jurídicas. Causa: "C., D. B. c/ S. F., C. M. – Divorcio unilateral – Ley 10.305.

El Juzgado de Familia de 6° Nominación de la ciudad de Córdoba autorizó que una petición de divorcio solicitado por una mujer sea notificada mediante un correo electrónico a su esposo, quien reside en Japón. El pedido había sido formulado por la Asesoría Letrada de Familia del Quinto Turno, que patrocinó a la cónyuge en una acción de divorcio unilateral.

En su presentación, el asesor Sebastián Mastai solicitó que, con carácter excepcional, la petición de divorcio sea notificada vía correo electrónico, en virtud de la pandemia que afecta a todo el mundo. El funcionario judicial recordó que el cierre de fronteras haría interminable el tiempo que llevaría notificar la petición a la cónyuge por la vía legal prevista, que es la vía consular, a través de la Cancillería Argentina.

Previa intervención de la Fiscalía de Familia, el Tribunal interviniente autorizó que la notificación se concrete de la manera solicitada "ante el contexto de pandemia mundial determinante de la situación de emergencia imperante". Para certificar el trámite se acompañó una constancia que acreditaba la titularidad del correo electrónico por parte del cónyuge que residía en Japón y que corroboraba la recepción del mensaje.

Finalmente, la jueza Marcela Menta decretó el divorcio de los cónyuges y, en consecuencia, ofició que esta decisión se inscriba en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Asimismo, declaró extinguida la comunidad de ganancias con retroactividad al 31 mayo de 2019.

6.2. Procede la notificación de alimentos provisorios mediante Whatsapp al progenitor residente en Canadá.[14]

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala en feria, confirmó la notificación de la fijación de alimentos provisorios mediante el sistema de *Whatsapp* al progenitor residente en Vancouver, Canadá.

El Juez de grado desestimó oportunamente dicho pedido efectuado por la actora considerando que "esa vía no reúne las formalidades necesarias para la construcción de actos procesales válidos como sustento de un avance eficaz y seguro del proceso".

Contra dicha decisión, se alzó la actora manifestando que el tiempo que demoraría la notificación mediante exhorto internacional en las condiciones sanitarias de público conocimiento, atentaba contra la tutela de los derechos discutidos.

Las doctoras Bermejo y Benavente manifestaron que les resultaba viable acudir a las herramientas tecnológicas actualmente disponibles "con el objetivo de facilitar a las partes el acceso a la justicia". Ello en virtud de que la medida referida era en protección del derecho de una persona menor de edad.

Adicionalmente, se sumaba el tiempo que insumiría la notificación del demandado en extraña jurisdicción, y el carácter de medida cautelar que poseen los alimentos

14 Buenos Aires, 8 de febrero de 2021, Noticias Jurídicas. Causa: B. L., V. P. y otros c/D., C. S. s/Alimentos: modificación

provisorios, los cuales "tienen por finalidad afrontar las necesidades esenciales y urgentes del niño y que en razón de su naturaleza no pueden ser dilatados ni postergados".

En dicho marco, las camaristas autorizaron la notificación por medio del servicio de *Whatsapp* bajo responsabilidad de la parte actora y por el plazo que corresponde de acuerdo con lo dictado en el artículo 158 del Código y para ello, recomendaron:

a) la confección de un archivo en PDF con las constancias digitalizadas de la causa;

b) la comunicación por parte del Actuario o funcionario habilitado con el número de teléfono indicado explicando el cometido de dicho llamado. En dicho acto "procederá a certificar la identificación y datos personales de la persona que dice recibir el llamado y, en caso de ser verosímil, hacerle saber el cometido de la diligencia remitiéndole en archivo PDF el contenido indicado en el punto a)";

c) la elaboración de un acta dando cuenta de todo lo actuado, indicando día y hora de entrega del mensaje y/o su lectura. En caso de que la notificación no fuera factible, las magistradas resolvieron que la diligencia podía concretarse por correo electrónico, adjuntando en archivo PDF el contenido de la causa. Así las cosas, se revocó lo decidido en primera instancia y se autorizó la notificación del proveído que impuso alimentos provisorios vía *Whatsapp* o e-mail.

6.3. Heredero que reside en Australia otorgó un poder a su representante legal a través de medios virtuales.[15]

El juez de paz de Mburucuyá, Corrientes, ordenó una comunicación a través de la plataforma Cisco Webex a través de la cual el heredero de un sucesorio en trámite ante esa oficina judicial, que reside en Sidney, Australia, le dio el poder a su representante legal para poder participar activamente del proceso.

De este modo, mediante el uso de las nuevas TICs se garantizó el acceso a la justicia por parte de una persona que, por circunstancias personales se trasladó al extranjero y no pudo regresar a la fecha por las restricciones derivadas de la pandemia del virus COVID-19.

Sobre el uso de esta herramienta para brindar un mejor servicio de justicia, el doctor Shwoihort sostuvo que "los magistrados, debemos allanar los obstáculos y barreras de cualquier tipo que entorpezcan un adecuado ejercicio de los derechos por parte de toda persona, en todo proceso, a fin de lograr la anhelada tutela judicial efectiva".

El magistrado teniendo en cuenta que la distancia ocasionaba inconvenientes al interesado para participar en el sucesorio, y ante la petición de la abogada de que se facilite algún medio idóneo que permita al heredero una plena intervención en el sucesorio de su padre, encomendó al secretario de la oficina judicial la coordinación de los detalles para poder celebrar el poder.

15 30 de marzo de 2021, Noticias Jurídicas, Juzgado de Paz de Mburucuyá, Corrientes.

Luego de una efectiva gestión y comunicación con la letrada y el heredero (especialmente vinculadas con la estipulación del día y horarios para la audiencia respectiva, atendiendo a la amplia diferencia horaria entre ambos países) se concretó exitosamente la misma.

6.4. En un proceso de alimentos notificaron por Whatsapp una resolución que fijó alimentos provisorios.[16]

La jueza de Primera Instancia de Personas y Familia 3, de la ciudad de Salta, autorizó notificar por W*hatsapp* la resolución que fijó alimentos provisorios a un hombre, en un proceso en la que no se lograba concretar la notificación por los medios tradicionales ya que en el domicilio aportado los familiares decían que no residía allí e incluso dijeron desconocer el lugar de residencia.

La finalidad de los alimentos provisorios es afrontar las necesidades esenciales y urgentes y por eso no puede dilatarse una resolución, dijo la jueza en su resolución y consideró viable acudir, en este caso particular, a las herramientas tecnológicas actualmente disponibles, con el objeto de facilitar a las partes el acceso a la justicia.

Por ello es que se autorizó la notificación por W*hatsapp* de la resolución que fijó los alimentos provisorios, el interesado recibió en su teléfono un archivo PDF con las constancias digitalizadas de la resolución y traslado a notificar y previamente, alguien del juzgado identificado como tal, procedió a llamarlo presentándose y explicándole el objetivo del llamado comunicándole las previsiones necesarias para que ejerza debidamente su derecho de defensa.

6.5. En un proceso de divorcio durante la pandemia Covid 19 un fallo admite el pedido de notificación del traslado de demanda por medios electrónicos al demandado con residencia en el extranjero.[17]

Se admite la notificación de traslado vía *Whatsapp*, mail o correo internacional privado toda vez que el exhorto, conlleva un lapso considerable de tiempo en razón de la crisis sanitaria. como medio de notificación por lo que se admite el pedido de notificación del traslado de demanda por medios electrónicos.

La jurisprudencia (nacional y provincial) ha accedido a este tipo de notificaciones, en el contexto de reclamos alimentarios (C. Nac. Civ., sala A, 30/6/2020, «L, M A c/ C, W C s/denuncia por violencia familiar; C. 2° Civ. Y Com. La Plata, sala 1°, 4/8/2020, «D.C.A. C/ A.H. s/ alimentos»). En efecto: si bien es cierto que ellas no están previstas en nuestro Código Procesal, no menos cierto es que la normativa procedimental ha sido concebida para tiempos de normalidad, y no de emergencia. Luego, la falta de previsión legal no es obstáculo para que desde la jurisdicción se busquen las soluciones necesarias encaminadas a zanjar las situaciones que se vayan presentando en un contexto atípico y de emergencia.

16 18 de mayo de 2021. Juzgado de Primera Instancia de Personas y Familia N° 3 de la ciudad de Salta. Noticias Jurídicas, Salta.

17 Expediente nº IZ-992-2021 R.I.: 68/2021 – "D. R. M. c/ R. D. M. M. s / divorcio presentación unilateral" – Cámara de apelación en lo civil y comercial de Morón (Buenos Aires) - Sala II - 01/06/2021. elDial.com - AAC47E de 10/06/2021.

La constitución de la provincia de Buenos Aires[18] promete la tutela judicial continua y efectiva y la continuidad tiene que ver con su permanencia en el tiempo, sin interrupciones, lo que, por cierto, involucra también los momentos de emergencia, como en el que vivimos y accediendo al pedido puede darse la situación de que el uso de los medios electrónicos brinde un resultado mucho más eficiente que los clásicos.

De este modo, las nuevas tecnologías han incidido profundamente en pos de lograr el avance más expedito de los procedimientos y así lo ha resaltado la doctrina[19].

Es que el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento para evitar nulidades, pero, en la procura del mismo, no pueden adoptarse temperamentos que, paralelamente, conlleven una mácula a derechos de raigambre superior como ser la tutela judicial efectiva del accionante, y más aún cuando se trata de niños, niñas o adolescentes, estando en juego cuestiones alimentarias.

Como habrá podido observarse con este escueto resumen de casos, la cooperación judicial internacional y el acceso a la justicia fueron eficientemente realizados a través de distintos TICS, aprovechando el órgano jurisdiccional la masiva difusión que los mismos tienen entre la población y la seguridad que ofrecen sin menoscabar las debidas garantías procesales.

Ahora bien, la pregunta que se impone es la de si estos medios de comunicación tecnológicos siguen usándose en la actualidad una vez terminada la pandemia y si los tribunales promueven su uso de manera cotidiana y la realidad no muestra que lamentablemente no es así ya que finalizada la misma se volvió a la forma tradicional de remisión de exhortos entre los distintos Estados.

Sin embargo, existen previsiones legislativas que consagran y a su vez promueven el uso de las TICS como son los principios de ASADIP sobre el acceso a la justicia que seguidamente enunciaremos.

7. Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia

Es importante tener en cuenta que si bien no hay normas expresas que regulen estas modalidades de comunicación tecnológica, si contamos, entre otros instrumentos con los Principios de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) sobre el acceso transnacional a la justicia que fueron adoptados[20] en la asamblea celebrada en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, el 12 de noviembre de 2016.

18 Artículo 15: La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

19 Biello, Gastón, Ordóñez, Carlos, La emergencia sanitaria y el renacimiento de la justicia digital en el poder judicial de la Nación, SJA 08/07/2020, 71 - JA 2020-III. Disponible en: https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/COVID-en-PJN.pdf. (Consultado: 19 de abril de 2024).

20 http://www.asadip.org

Estos principios no son un tratado internacional, sino que suponen una especie de lo que se denomina *softlaw* y que sirve como guía para todos los operadores de justicia de los Estados, expresando que, con el fin de dotar de seguridad y mayor eficacia a las actuaciones procesales interjurisdiccionales, los jueces y demás operadores de justicia pueden establecer comunicaciones judiciales directas y espontáneas, recurriendo a cualquier mecanismo idóneo para lograr dicha certeza y seguridad pudiéndose llevar a cabo audiencias conjuntas a través de videoconferencias o cualquier otro medio disponible, e incluso coordinar decisiones a fin de evitar conflictos entre las autoridades jurisdiccionales y asegurar su efectividad.

Establece que las partes en el proceso tendrán acceso a las comunicaciones entre los tribunales y cuando esto no sea procedente, deberán ser informadas de su contenido, sosteniendo que siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones, los jueces y demás operadores de justicia procurarán y favorecerán la utilización de las TICs, comunicaciones telefónicas, mensajes electrónicos, videoconferencias, etc. con el objeto de efectivizar la cooperación solicitada.

Finalmente, dispone que el emplazamiento, notificación o citación inicial del demandado debe hacerse personalmente, pero en los casos que no sea posible de esa manera, el actor puede procurar que la medida se realice a través de los medios tecnológicos disponibles en el Estado donde el demandado deba ser notificado de conformidad con lo establecido.

8. Proyecto de ley de Derecho Internacional Privado chileno

El aún anteproyecto de ley de derecho internacional privado de Chile[21], atendiendo el sino de los tiempos que nos toca vivir y a tono con la existencia y el uso de las TICS dispone que:

"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".[22]

9. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, hemos visto cómo la interacción entre la cooperación judicial internacional y las nuevas tecnologías está transformando el panorama legal en el contexto internacional.

El impacto que estas nuevas tecnologías tienen en el ámbito de la cooperación judicial internacional es innegable y no tiene vuelta atrás, por ese motivo los esfuerzos colaborativos entre los Estados para buscar soluciones legales y

21 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 Proyecto de ley de derecho internacional privado

22 Artículo 83.

administrativas, con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia en esta materia, debe ser un imperativo categórico a tono con los tiempos que nos tocan transitar.

Hemos comentado acerca del uso de distintas herramientas tecnológicas, como el *e-mail, el whatsapp, cisco weber,* entre otras y sus similares que han permitido establecer comunicaciones efectivas y seguras entre tribunales y particulares situados en distintos Estados.

La visión de hacia dónde pueden dirigirse las conexiones entre la justicia internacional y las nuevas tecnologías nos lleva a considerar respuestas, alternativas y reflexiones profundas sobre los desafíos que enfrentamos. Es innegable que la rápida integración de nuevas tecnologías está transformando aspectos fundamentales del ámbito legal, lo que justifica un análisis cuidadoso.

Es importante destacar los beneficios que la implementación de estas tecnologías puede aportar al sistema de justicia internacional: reducción de costos, menor tiempo de espera que conduce a una mayor eficiencia y rapidez, mientras se garantizan los derechos fundamentales de debido proceso, defensa y seguridad, todo ello con el principio rector de asegurar el acceso a la justicia.

Esta contemplación es crucial para navegar por el terreno complejo de la intersección entre la justicia y la tecnología, asegurando que los cambios promuevan la equidad, la eficiencia y el respeto por los derechos humanos fundamentales.

Extrañamente llama mucho la atención que las recomendaciones de distintos grupos de investigadores en el área como los son AADI y ASADIP entre otras hayan caído, por ahora, en saco roto y se siga discutiendo aún sobre la posibilidad o no del uso de las TICS en el ámbito de la cooperación judicial internacional

El acceso a la justicia es un derecho humano que forma parte del núcleo duro de los derechos humanos y su reconocimiento y protección efectiva contribuirá en la construcción de una sociedad pacífica, equitativa y justa.

Bibliografía

Biello, Gastón, Ordóñez, Carlos, La emergencia sanitaria y el renacimiento de la justicia digital en el poder judicial de la Nación, SJA 08/07/2020, 71 - JA 2020-III. Disponible en: https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/COVID-en-PJN.pdf. (Consultado: 19 de abril de 2024).

Bonet de Viola, Ana, "Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín, Colombia*, vol. 46, n° 124, 2016, pp. 17-32.

Dreyzin de Klor, Adriana. *Conferencia inaugural del XXXIII Seminario de AMEDIP*, Universidad de Colima, México, 2010.

Dreyzin de Klor, Adriana. *El derecho internacional privado actual*. T. 1, Zavalía, Buenos Aires, 2015.

Dreyzin de Klor, Adriana y Saracho, Teresita. *Trámites judiciales internacionales*. Zavalía, Buenos Aires, 2005.

Noodt Taquela, María Blanca. *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*. Eudeba, Buenos Aires, 2018.

Quispe Remón, Florabel. *Acceso a la justicia y objetivos del desarrollo sostenible. Objetivos del desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas/ Derechos humanos y empresas,* Edición: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, nº 9, 2018. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26561/monografias_9_IFV_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado: 19 abril de 2024).

Tellechea, Eduardo, "La cooperación jurisdiccional internacional al ámbito del MERCOSUR y al derecho uruguayo", *DeCITA 04*, Zavalía, Buenos Aires, 2005.

Jurisprudencia

Córdoba, 30 junio de 2021, Noticias Jurídicas. Causa: "C., D. B. c/ S. F., C. M. – Divorcio unilateral – Ley 10.305.

Buenos Aires, 8 de febrero de 2021, Noticias Jurídicas. Causa: B. L., V. P. y otros c/D., C. S. s/Alimentos: modificación.

Corrientes, marzo de 2021, Noticias Jurídicas, Juzgado de Paz de Mburucuyá, Corrientes.

Salta, 18 de mayo de 2021. Juzgado de Primera Instancia de Personas y Familia n° 3 de la ciudad de Salta. Noticias Jurídicas, Salta.

Expediente nº IZ-992-2021 R.I.: 68/2021 – "D. R. M. c/ R. D. M. M. s / divorcio presentación unilateral" – Cámara de apelación en lo civil y comercial de Morón (Buenos Aires) - Sala II - 01/06/2021. elDial.com - AAC47E de 10/06/2021.

TECNOLOGÍAS DE REGISTRO DISTRIBUIDO Y TOKENS EN EL MARCO DEL REGLAMENTO 2020/1784 DE 25 DE NOVIEMBRE SOBRE LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGIES AND TOKENS WITHIN THE FRAMEWORK OF REGULATION 2020/1784 OF NOVEMBER 25TH REGARDING THE NOTIFICATION AND TRANSFER OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL DOCUMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

Carlos Domínguez Padilla*

RESUMEN

El Reglamento 2020/1784, de 25 de noviembre, que establece las normas para la notificación y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en los Estados miembros en materia civil o mercantil ha traído consigo una serie de actualizaciones. Una de ellas la inclusión de los sistemas descentralizados como herramienta para la mejora de la cooperación judicial internacional. Estos sistemas descentralizados y la tecnología de tokens tienen un papel fundamental en el Mercado Único Digital Europeo. Estos sistemas entrañan nuevas cuestiones y especificaciones para las notificaciones electrónicas, tecnologías que, en definitiva, incrementan la seguridad, integridad y eficiencia de las notificaciones electrónicas. Es de suma relevancia poner en contexto estas nuevas tecnologías en las notificaciones electrónicas y en la normativa de la Unión Europea, especialmente desde una perspectiva horizontal y teniendo una comprensión adecuada de las especificaciones de estas nuevas tecnologías para afrontar las presentes y futuras cuestiones que se puedan plantear.

PALABRAS CLAVE: *Cooperación judicial internacional, notificaciones electrónicas, sistemas descentralizados, tecnología de tokens, normativa europea.*

ABSTRACT

Regulation 2020/1784 of November 25 establishes the rules for the notification and transmission of judicial and extrajudicial documents among Member States in civil or commercial matters and has brought about a series of updates. One of them is the inclusion of decentralized systems as a tool for improving international judicial cooperation. These decentralized systems and token technology play a crucial role in the European Single Digital Market. These systems entail new issues and specifications for electronic notifications, technologies that ultimately enhance the security, integrity, and efficiency of electronic notifications. It is of utmost relevance to contextualize these new technologies within electronic notifications and European Union regulations, especially from a horizontal perspective and having a proper understanding of the specifications of these new technologies to address present and future issues that may arise.

KEYWORDS: *International judicial cooperation, electronic notifications, Decentralized systems, Token technology, European regulations.*

* Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. carlos.dominguez@uca.es.

1. Introducción

La cooperación judicial internacional en las notificaciones en materia civil y mercantil se ha convertido en un tema de creciente relevancia en el contexto del mercado único digital. Con la llegada de la era digital, las fronteras geográficas han perdido relevancia para el comercio, lo que ha generado la necesidad de adaptar las herramientas a disposición de la justicia para garantizar una efectiva administración de justicia en un entorno transnacional.

En este sentido, el mercado único digital ha transformado la forma en que las transacciones comerciales se llevan a cabo, permitiendo una mayor interconexión entre personas y empresas en diferentes partes del mundo. Sin embargo, esta interconexión también ha planteado desafíos significativos.

El mercado único digital ha facilitado el desarrollo de transacciones transfronterizas, lo que implica que las partes involucradas en cuestiones de naturaleza civil o mercantil pueden situarse en diferentes Estados. Esto plantea cuestiones sobre la jurisdicción competente para resolver tales disputas y la aplicabilidad de las normativas nacionales en un contexto internacional.

La notificación de documentos judiciales en un contexto transnacional se ha vuelto más compleja, debido a la naturaleza digitalizada de muchas de estas transacciones. Las partes interesadas pueden residir en diferentes Estados y utilizar diversos medios de comunicación electrónica, lo que dificulta el proceso de notificación de forma tradicional.

Ante estos desafíos, la cooperación judicial internacional juega un papel crucial en la facilitación de las notificaciones en materia civil y mercantil en el nuevo contexto del mercado único digital. La cooperación entre diferentes sistemas judiciales es esencial para garantizar el acceso a la justicia y el respeto de los derechos de las partes involucradas en disputas transfronterizas.

En el contexto de las notificaciones en materia civil y mercantil, el Derecho Internacional Privado proporciona los criterios para determinar la forma y el contenido de los documentos judiciales que deben ser notificados en el extranjero, así como los procedimientos para llevar a cabo dichas notificaciones de manera efectiva y eficiente. Además, aborda cuestiones relacionadas con la validez y la eficacia de las notificaciones realizadas a través de medios electrónicos en un contexto transnacional. Esto incluye la aplicación de normas uniformes para garantizar la autenticidad y la integridad de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de notificación.

En conclusión, la cooperación judicial internacional en las notificaciones en materia civil y mercantil es esencial en el nuevo contexto del mercado único digital. El Derecho Internacional Privado proporciona el marco jurídico necesario para regular estas cuestiones y garantizar una administración de justicia efectiva en un entorno transnacional.

2. El Reglamento Europeo 2020/1784, relativo a las notificaciones.

Los objetivos de la Unión Europea (UE) son facilitar el desarrollo del mercado interior en entornos jurídicos seguros en materia civil y mercantil, donde la libre circulación de personas, los datos personales, la vida privada y los derechos de los destinatarios estén garantizados mediante instrumentos que mejoren los sistemas de notificación, el envío y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales entre los Estados miembros, a través de una regulación que permita aumentar la eficacia y la celeridad de los procedimientos judiciales, mediante la simplificación, racionalización y digitalización de estos, contribuyendo a reducir cotes y retrasos judiciales para empresas y particulares, fomentando las relaciones comerciales transfronterizas y la operatividad entre los Estados miembros.

El Reglamento 2020/1784, de 25 de noviembre, establece las normas para la notificación y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en los Estados miembros en materia civil o mercantil y no se aplica a la notificación ni al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en otros ámbitos, por ejemplo, en materia fiscal, aduanera o administrativa; entendiendo la notificación y traslado transfronterizos entre Estados miembros de la UE.

Este Reglamento no se aplica a la notificación o el traslado de documentos a un representante autorizado de una parte en el Estado miembro del foro; debe aplicarse a la notificación o el traslado de cualquier documento a una parte en otro Estado miembro cuando así lo exija el Derecho del Estado miembro del foro, con independencia de si el documento se ha notificado o trasladado al representante de la parte.

Si no se conoce la dirección del destinatario a los efectos de notificación o traslado en el Estado miembro del foro, pero sí ha designado una o varias direcciones conocidas en uno o más Estados miembros a los efectos de notificación o traslado, el documento debe transmitirse a dicho Estado miembro para su notificación o traslado según proclama este Reglamento, aunque no debe entenderse como una notificación o traslado de ámbito nacional dentro del Estado miembro del foro. El documento no debe notificarse ni trasladarse al destinatario mediante un modo de notificación o traslado ficticio, como la notificación o el traslado mediante la fijación de un anuncio en el tablón de anuncios del órgano jurisdiccional o el depósito del documento en el archivo judicial.

El actual Reglamento, entiende por documentos judiciales aquellos elaborados por una autoridad pública o funcionario y otros documentos de transmisión formal emitidos a un destinatario que resida en otro Estado miembro necesarios para probar, preservar o ejercer el derecho o una acción civil o mercantil. En cuanto a los documentos extrajudiciales no deben considerarse los expedidos por las autoridades administrativas a efectos de procedimientos administrativos.

Para obtener una justicia eficaz y diligente es necesario que la transmisión de los documentos judiciales y extrajudiciales entre los órganos locales designados por los Estados miembros se realice de forma directa, rápida y designando uno o más

organismos transmisores y receptores distintos que se encarguen de ambas funciones. Con la implantación de nuevas tecnologías, siempre que garanticen la integridad y fiabilidad de los documentos intercambiados mediante un sistema informático descentralizado fiable y seguro, interoperable entre los distintos Estados miembros, sobre la base de e-CODEX que permita intercambios de datos entre un Estado miembro y otro sin la intervención de ninguna Institución Europea.

La admisión de una demanda, la citación para comparecer como testigo o una sentencia que comunican a una persona una resolución determinada se realizan mediante la notificación del acto procesal formal del órgano judicial.

La notificación a una persona de un país distinto al del Estado del foro debe cumplir las normas que regulan la forma de notificación. No es admisible utilizar con carácter general las notificaciones a través de edictos (de los artículos 156.4, 164 Ley de Enjuiciamiento Civil de España)[1], esta constituye un último y excepcional recurso para las notificaciones internacionales que, en caso contrario, conllevará la nulidad de los actos que vulneran la tutela judicial efectiva.

La tramitación del procedimiento con la ausencia del demandado por carecer de domicilio conocido es posible cuando el órgano judicial conocedor del litigio pueda constatar que se han cumplido con las investigaciones pertinentes y se han agotado todos los medios posibles para tratar de conocer el domicilio, siendo materialmente imposible la notificación en el extranjero si está justificada la notificación de la demanda por medio de edictos.

El Reglamento 2020/1784, de 25 de noviembre, relativo a la notificación y el traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil aplicable a todos los Estados miembros de la Unión, incluido Dinamarca que, como he comentado anteriormente, pretende la transmisión directa y más rápida de los documentos judiciales y extrajudiciales[2], prefiriendo la transmisión de los mismo a través de un sistema informático descentralizado, interoperable, seguro y fiable. Con este propósito se ha dictado el Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423 de la Comisión, de 14 de marzo de 2022, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado[3] a que se refiere el Reglamento (UE) 2020/1784 referido.

El Reglamento 2020/1784 no se aplica cuando la dirección del destinatario es desconocida (artículo 1.2)[4], pero regula la obligación de cooperar entre los Estados miembros para tratar de localizar la ubicación del destinatario, ofreciendo varias opciones a tal efecto (artículo 7°).

1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

2 Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

3 Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423 de la Comisión, de 14 de marzo de 2022, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo.

4 STJUE, de 9 de septiembre de 2021, C-208/20 y C-256/20, Toplofikastic,

El procedimiento de transmisión, notificación y traslado establece que los documentos judiciales deben enviarse directamente entre los organismos con la mayor celeridad posible, e ir acompañados del formulario de solicitud correspondiente en una lengua oficial de la UE.

Los organismos receptores deben notificar el acuse de recibo del documento lo antes posible, informar al organismo transmisor en caso de que falte información o la solicitud recaiga fuera del ámbito de la legislación, expedir el documento al organismo apropiado, en caso de que no dispongan de la competencia territorial necesaria, notificar o trasladar el documento en el plazo de un mes, si disponen de la competencia para ello, e informar al organismo transmisor sobre la notificación, el traslado o la negativa a la aceptación.

Los destinatarios pueden negarse a aceptar el documento si no está redactado en la lengua oficial de su país o en una lengua que entiendan, tanto en el momento de su notificación o traslado, o por medio de una declaración escrita en un plazo de dos semanas; se apliquen normas y plazos específicos si la parte demandada se encuentra ausente cuando un documento abre procedimientos judiciales.

Por norma general, los solicitantes no tienen que hacerse cargo de los costes de la notificación o el traslado de los documentos judiciales. Sin embargo, se aplica una tasa fija única determinada a nivel nacional por la intervención de un funcionario judicial o una persona jurídicamente competente o una modalidad particular de notificación o traslado.

Mediante un sistema informático descentralizado (artículo 3°) como el canal preferente utilizado (artículo 5°) las notificaciones se realizan directamente entre los organismos transmisores y receptores designados por cada Estado miembro, además establece un órgano central que designa también cada Estado de la UE para auxiliar a los organismos transmisores, pudiendo formular la solicitud de una notificación ante el organismo receptor competente (artículo 4°), siempre de forma excepcional. La entidad central en España nombrada en el anterior reglamento fue la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, y hasta el momento los organismos transmisores son los Letrados de la Administración de Justicia[5].

Existen dudas sobre otros medios de notificación previstos en el Reglamento sobre su carácter subsidiario[6] respecto del sistema informático descentralizado o su uso alternativo son los de la vía diplomática o consular utilizada en casos excepcionales recogida en los artículos 16 y 17, a través de agentes diplomáticos o funcionarios consulares, por carta mediante servicio postal con acuse de recibo o equivalente, del artículo 18, o por otro medio electrónico de notificación o traslado disponible ajustado al Derecho del Estado miembro del foro para la notificación o traslado de

5 Rodríguez, Andrés. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2023.

6 Marchal, Nuria, "El nuevo marco europeo sobre notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio europeo digitalizado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, nº 1, 2022, pp. 155-179.

ámbito nacional cuando se tenga constancia de una dirección electrónica conocida y se den las condiciones oportunas, (artículo19).

El Reglamento no especifica las consecuencias de no acompañar a la notificación el formulario L del Anexo I, ni resuelve cómo se determina qué conocimiento lingüístico debe poseer el destinatario, fijando algunos criterios, al efecto, en el Considerando 26. El TJUE ha indicado que el hecho de que el destinatario de un documento objeto de notificación, haya acordado en el ejercicio de su actividad profesional en un contrato con el demandante, que la lengua utilizada en la correspondencia entre ellos sería la del Estado miembro de origen, no constituye una presunción de conocimiento de la lengua, aunque sí un indicio que el juez del Estado del foro puede tomar en consideración cuando verifica si el destinatario entiende la lengua del Estado miembro de origen[7].

Si es necesario o no traducir también los documentos anexos a una demanda; no será preciso si se trata de documentos que no resulten indispensables para comprender el objeto y la causa de la demanda, en todo caso la valoración será del juez del Estado del foro[8].

En cuanto a la subsanación de la notificación o el traslado no aceptados del documento mediante la notificación o el traslado al destinatario de dicho documento junto con una traducción en una de las lenguas previstas en el artículo 12.3. Para este caso, la fecha de notificación o traslado del documento será la fecha en que el documento y su traducción hayan sido notificados o trasladados de conformidad con el Derecho del Estado miembro requerido (artículo 12.5).

La prioridad general de la Comisión, en materia de justicia en red, es la digitalización y siguen el ejemplo de la labor desarrollada paralelamente en el ámbito de la justicia penal. Basándose, como no podría ser de otra manera en el Reglamento eIDAS[9].

Este Reglamento plantea novedosas dudas en torno a las tecnologías de registro descentralizado[10] y la tecnología de *tokens*[11] que pueden aportar numerosas ventajas a la cooperación judicial internacional entre los Estados miembros de la Unión Europea.

3. Sistemas de registro distribuido

Técnicamente una DLT (*Distribuied Ledger Technologies*) es una base de datos que gestionan varios participantes y no está centralizada, no existe una autoridad central, ni árbitro, ni verificador; es un registro distribuido que incrementa la

7 Prats, Sergio. *La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España*. JM Bosch, Barcelona, 2022.

8 Rodríguez, cit. (n. 5).

9 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea.

10 Merchán Murillo, Antonio "Identidad digital: su incidencia en el blockchain", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 50, 2019.

11 Merchán, Antonio, "La identidad digital en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible" en Antoni Pigrau, Maria Font i Mas, Diana Marín, Susana Borràs y Alfonso González (dirs.) *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de desarrollo sostenible,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 323-334.

transparencia y trata de impedir su manipulación aportando mayor seguridad. La *Blockchain* es una DLT con unas características particulares: es una técnica de registro distribuido de información sobre el cual se pueden implementar distintos tratamientos y modelos de negocios. Se trata de una gran base de datos que se distribuye entre varios nodos que participan en la cadena; funciona como un libro de registro inmutable que contiene la historia completa de todas las transacciones que se han ejecutado en la red[12].

Estos nodos se conectan en una red descentralizada, sin un ordenador principal, son redes llamadas P2P (red de pares, red entre iguales) que se comunican entre sí, utilizando el mismo lenguaje que transmiten mensajes o activos en forma de tokens.

La red P2P es una red de ordenadores en la que todos o algunos aspectos funcionan sin clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí; actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto a los demás nodos de la red, permiten el intercambio directo de información en cualquier formato entre los ordenadores interconectados. Usualmente este tipo de redes se implementan como redes superpuestas construidas en la capa de aplicación de redes públicas como en el caso de Internet.

Una manera efectiva de definir los registros es considerarlos como un medio para almacenar información o transacciones. Durante milenios, los registros contables existieron en formato de papel. Sin embargo, con la introducción de nuevas tecnologías y enfoques, los registros contables han experimentado una digitalización, donde los activos se convierten en datos digitales mediante un proceso detallado y se almacenan en una red. Estos registros computarizados ahora constituyen el núcleo de la innovación, ya que ofrecen a las industrias la capacidad de abordar problemas que antes eran insolubles con las soluciones centralizadas tradicionales.

3.1 Características de las DLTs

Una tecnología de registro distribuido presenta características distintivas que la separan de las soluciones de registro centralizado. En términos sencillos, una DLT (tecnología de libro mayor distribuido) se describe mejor como un registro que está replicado, sincronizado y distribuido.

Las características clave de una DLT incluyen[13]:

- Inmutabilidad: Un registro distribuido utiliza criptografía para asegurar un almacenamiento seguro e inmutable. Esto garantiza que una vez que los datos se almacenan, no puedan ser modificados ni alterados.
- Solo anexos: Los registros distribuidos funcionan como anexos únicos, proporcionando un historial completo de transacciones. Esta característica es

12 Domínguez, Carlos, "La revolución blockchain y los smart contracts en el marco europeo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 16, 2022, pp. 1088-1109.

13 Ibid., pp. 1088-1109.

completamente diferente de una base de datos tradicional, donde los datos pueden modificarse para facilitar la funcionalidad, lo que podría dar lugar a cambios y manipulación de datos tanto internos como externos.

- Distribución: Otra característica fundamental del registro es su naturaleza distribuida. No existe un único lugar donde se almacenen los datos; cada parte tiene una copia del registro en la mayoría de las DLT existentes. Algunas DLT, como Corda, almacenan datos de manera diferente.
- Compartido: El registro no está asociado con una sola entidad; se comparte entre nodos. Algunos nodos tienen la responsabilidad de mantener una copia completa del registro, mientras que otros nodos solo almacenan la información necesaria para su funcionamiento eficiente.

3.2 Tipos de tecnologías de registro distribuido

En función de los permisos requeridos para formar parte en una red distribuida pueden distinguirse tres categorías:

- Públicas: En este tipo de redes, cualquier persona puede descargar los programas necesarios, configurar un nodo y participar en el proceso de consenso. Además, cualquiera que forme parte de la red puede enviar transacciones a través de Internet.
- Federadas o de consorcio: En esta categoría, no se permite que cualquier persona participe. Se requiere permiso de acceso, que generalmente se otorga a los miembros de un colectivo específico.
- Privadas: En estas redes, las autorizaciones para realizar transacciones son otorgadas por organizaciones privadas. Estas organizaciones determinan las condiciones bajo las cuales se permite la lectura de las transacciones realizadas.

3.3 Tipos de sistemas de consenso

Dependiendo del tipo de sistema de consenso, pueden surgir diferentes implicaciones. En este contexto, existen dos sistemas principales: *Proof of Work* (prueba de trabajo) y *Proof of Stake* (prueba de participación)[14].

El sistema *Proof of Work* es el más conocido. Utiliza cálculos intensivos en energía para resolver un rompecabezas establecido por la red. Con el tiempo, este rompecabezas se vuelve más complejo desde el punto de vista computacional, lo que dificulta la validación de los nodos.

Por otro lado, el sistema *Proof of Stake* adopta un enfoque diferente para resolver el problema del consenso. En este caso, los nodos con una participación existente pueden participar en el proceso de validación. Este método alternativo es más

14 Vashchuk, Oleksandr y Shuwar, Roman. "Pros and cons of consensus algorithm proof of stake. Difference in the network safety in proof of work and proof of stake", *Electronics and information technologies*, vol. 9, n° 9, 2018, pp. 106-112.

eficiente en términos energéticos y resuelve varios problemas asociados con el *Proof of Work*.

4. El Reglamento 2022/423 en contexto

El Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423, de la Comisión Europea, de 14 de marzo de 2022, es un hito significativo en la búsqueda de una mayor cooperación judicial y la mejora de la comunicación entre los Estados miembros de la Unión Europea. Este Reglamento establece las especificaciones técnicas, medidas y requisitos para la implementación de un sistema informático descentralizado, cuyo objetivo es facilitar la notificación y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

En un mundo cada vez más globalizado, la cooperación judicial transfronteriza es esencial para garantizar la eficacia y la justicia en los procedimientos. Sin embargo, los obstáculos lingüísticos, las diferencias en los sistemas jurídicos y la falta de un marco común para la notificación y el traslado de documentos han dificultado esta cooperación. El Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423 aborda estas deficiencias al establecer un sistema uniforme y eficiente.

En cuanto a las especificaciones técnicas, el Reglamento define las especificaciones técnicas necesarias para la implementación del sistema informático descentralizado. Este sistema se compone de los sistemas finales (*back-end*) de los Estados miembros y los puntos de acceso interoperables, basados en la herramienta e-CODEX. La interoperabilidad es fundamental para garantizar que los documentos puedan ser notificados y trasladados sin problemas entre los diferentes sistemas nacionales.

Para lograr una implementación armonizada, el Reglamento establece medidas y condiciones específicas. Algunos de los aspectos clave son: el formato electrónico, la firma electrónica avanzada y los plazos específicos.

En primer lugar, los documentos deben presentarse en formato electrónico, lo que facilita su procesamiento y transmisión. Se requiere una firma electrónica avanzada para garantizar la autenticidad e integridad de los documentos. Por último, se establecen plazos para la notificación y el traslado de documentos, lo que agiliza los procedimientos[15].

Una vez desarrollado, el sistema será gestionado por un comité directivo. Este comité supervisará su funcionamiento, mantenimiento y actualizaciones. Además, se fomentará la formación y la cooperación entre los profesionales del Derecho para garantizar un uso efectivo del sistema.

El Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423 tiene el potencial de transformar la cooperación judicial en la UE. Al simplificar y agilizar la notificación y el traslado de

15 Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423, de la Comisión, de 14 de marzo de 2022, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo.

documentos, se reducirán los retrasos y se mejorará el acceso a la justicia. Además, sentará las bases para futuras innovaciones en la cooperación judicial electrónica.

El Reglamento representa un paso importante hacia una Europa más conectada y justa desde un punto de vista jurídico. Su implementación exitosa dependerá de la colaboración activa entre los Estados miembros y la adaptación continua a las necesidades cambiantes del marco europeo.

5. Tokens

Un *token* (símbolo, señal o ficha) es una representación de la información que contiene la red. La información viaja encriptada, debido a esto, está distribuida sin que se revele su contenido, conforme va creciendo la cantidad de transacciones, crece la cadena de bloques, y cada bloque tiene su propia huella digital.

El *software* de criptografía genera pares de claves criptografías, públicas y privadas, vinculadas por un algoritmo matemático. Estos pares son únicos, el programa solo los produce una vez y los atribuye a un individuo concreto quien sólo conoce la clave privada[16].

La tecnología de tokens en sistemas descentralizados, como la *blockchain*, presenta una gran oportunidad para mejorar la cooperación judicial internacional. Los tokens pueden aportar unas mejoras significativas en los métodos de notificación electrónica. Tenemos, en primer lugar, que aporta una mejora en la verificación y autenticación de los documentos tanto de carácter judicial como extrajudicial de forma que se puede asignar un token único a cada documento dentro del sistema descentralizado, ofreciendo así una forma más segura y eficaz de verificar la autenticidad de contratos y acuerdos.

Los tokens pueden registrar transacciones y pruebas de manera inmutable en la *blockchain*, lo que facilita la trazabilidad y la integridad de la información pertinente. A través de los contratos inteligentes, que son programas autónomos ejecutados en *blockchain*, pueden automatizar procesos como notificaciones, pagos, transferencias de propiedad y cumplimiento de acuerdos.

La descentralización inherente a la tecnología de tokens garantiza que no exista una autoridad central que pueda manipular la información, mientras que la transparencia de la cadena de bloques permite a las partes verificar y auditar transacciones y registros.

La tecnología de tokens disminuye la dependencia de intermediarios y procesos burocráticos, lo que agiliza los procedimientos judiciales y reduce los costos asociados con la cooperación internacional.

16 Chen, Yan, "Blockchain tokens and the potential democratization of entrepreneurship and innovation", *Business horizons*, vol. 61, n° 4, 2018, pp. 567-575.

La inmutabilidad de la cadena de bloques y la criptografía garantizan la seguridad de los registros y las transacciones, promoviendo así la confianza entre las partes involucradas en disputas transfronterizas.

La tecnología de tokens en sistemas descentralizados tiene el potencial de transformar la cooperación judicial internacional al proporcionar una base segura, transparente y eficiente.

6. Conclusiones

En un contexto de constantes cambios tecnológicos y normativos es fundamental que los profesionales del Derecho nos adaptemos a estos cambios. Es necesario tener cada vez más conocimientos transversales que abarquen también la informática, sólo de esta forma seremos capaces de comprender en su totalidad los nuevos paradigmas que se presentan para el Derecho y también poder ver en profundidad hasta dónde llega la tecnología.

En este estudio se ha podido ver cómo la Unión Europea tiene la actitud y la aptitud para actualizar la normativa y las herramientas para el cumplimiento de esta. Sin duda alguna la utilización de los sistemas descentralizados y la tecnología de tokens mejorarán y facilitarán la cooperación judicial internacional aportando mayor seguridad, integridad, eficiencia y rapidez a las notificaciones electrónicas.

Bibliografía

Chen, Yan, "Blockchain tokens and the potential democratization of entrepreneurship and innovation", *Business horizons*, vol. 61, n° 4, 2018, pp. 567-575.

Domínguez, Carlos. "La revolución blockchain y los smart contracts en el marco europeo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 16, 2022, pp. 1088-1109.

Marchal, Nuria, "El nuevo marco europeo sobre notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio europeo digitalizado", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 74, nº 1, 2022, pp. 155-179.

Merchán, Antonio "Identidad digital: su incidencia en el blockchain", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº. 50, 2019.

Merchán, Antonio "La identidad digital en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible" en Antoni Pigrau, Maria Font i Mas, Diana Marín, Susana Borràs y Alfonso González (dirs.) *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de desarrollo sostenible,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 323-334.

Prats, Sergio. *La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España*. JM Bosch, Barcelona, 2022.

Rodríguez, Andrés. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2023.

Vashchuk, Oleksandr y Shuwar, Roman. "Pros and cons of consensus algorithm proof of stake. Difference in the network safety in proof of work and proof of stake", *Electronics and information technologies*, vol. 9, n° 9, 2018, pp. 106-112.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de septiembre de 2021, Asuntos C-208/20 y C-256/20, Toplofikastic.

Normativa

Reglamento (UE) 2020/1784, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423, de la Comisión, de 14 de marzo de 2022, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 910/2014, en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil de España.

DERECHO DE FAMILIA Y RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

FAMILY LAW AND INTERNATIONAL ABDUCTION

Rafael Villavicencio Piña

RESUMEN

La ruptura de las familias a nivel internacional ha generado que existan padres que sustraen ilícitamente o retienen indebidamente a sus hijos, lo que supone llevar a un infante, sin el consentimiento del otro progenitor, a un país distinto al de su residencia habitual, o mantenerlo en ese lugar más allá de una autorización dada. El derecho del progenitor afectado y del niño consiste en la posibilidad de solicitar su restitución a través de un proceso concentrado, célere y urgente, denominado restitución internacional. Dentro de dicho proceso se debaten diversos asuntos sustanciales vinculados con instituciones del Derecho civil: custodia, residencia, por mencionar algunos; sin embargo, estos tienen connotaciones propias del Derecho de familia y del Derecho internacional, que se analizan en esta investigación para su correcta comprensión.

PALABRAS CLAVE: *Restitución internacional; custodia, consentimiento. excepciones.*

ABSTRACT

The family's rupture at international levels has led to the existence of parents who illegally remove or improperly retain their children, which means taking an infant, without the other parent´s consent to a different country, away from their residence, or keeping them longer. in that place beyond the authorization given. The affected parent´s right consists in the possibility of requesting their restitution through a concentrated, speed and urgent process, named international restitution. Within this process, various procedural and substantial issues related to civil law institutions are debated; but have connotations of family law, such as domicile, residence, custody, aspects that will be analyzed in order to correct their understanding.

KEYWORDS: *international abduction, domicile, custody, exceptions.*

1. Derecho de Familia y movilidad humana

La movilidad humana es un fenómeno histórico que, con la globalización y los medios de transporte actuales, se ha visto notoriamente aumentado, afectando el desarrollo de la vida de las personas que toman la decisión de migrar, bien sea por oportunidades o por necesidad, esto, más allá de la decisión personal, trasciende a las familias, pues, en muchos casos ocurre que uno de los progenitores se traslada

* Abogado, Universidad de Carabobo, Venezuela; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Chile; Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Venezuela. Candidato a doctor en derecho (UCAB). Magister en filosofía (UCAB). Especialista en Derecho de familia y del niño (UCAB). Especialista en Derecho procesal (UCAB). rafaelangel22@gmail.com

con un hijo niño o adolescente, sin el consentimiento del otro, generando las denominadas familias internacionales.[1]

Dentro del marco de esa movilidad existen casos donde un progenitor traslada ilícitamente a los hijos o los retiene indebidamente, es decir, los extrae del país de residencia habitual, o teniendo un permiso para trasladarse a ese otro país por un tiempo determinado se queda más allá de este, en ambos casos sin autorización del otro progenitor. Circunstancia que es abordada a nivel normativo por el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 (en adelante también el "Convenio"). [2]

Dicho tratado junto con las guías de buenas prácticas[3] que se han elaborado con ocasión del mismo, suponen el marco normativo que regula los aspectos de forma y fondo del procedimiento de restitución; es importante destacar que las guías de buenas prácticas son normas de *soft law* que tienen una excelente acogida por parte de los Estados parte.

2. Concepto de restitución internacional

La restitución internacional es un procedimiento que tiene por objeto proteger el derecho de custodia o visitas de un progenitor y de su hijo, en el caso de traslados ilícitos o retenciones indebidas de parte del otro padre, con el objeto de que el infante sea devuelto a su residencia habitual. El Convenio tiene como aspiración fundamental, conforme lo indica su preámbulo, proteger al niño en el plano internacional y establecer un procedimiento, para garantizar el regreso inmediato del niño al Estado de su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.

Para la admisibilidad de dicha solicitud hace falta tener presente los siguientes requisitos: custodia, y el traslado ilícito o retención indebida desde su residencia habitual; interposición dentro del año siguiente a tener conocimiento de la ocurrencia del hecho y que el niño o adolescente no tenga 16 años o más, ni que opere alguna de las excepciones previstas en el tratado. A estos efectos, los términos custodia y residencia tienen una acepción distinta a la que se utiliza en el Derecho civil interno de los países, por lo que es necesario su análisis detallado al igual que comprender la extensión del consentimiento, que es clave para saber si efectivamente el traslado o retención es contrario a Derecho.

1 Son aquellas conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de distintos países. Cfr. González-Martín, Nuria, "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya-Álvarez)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 29, 2015, pp. 1-37.

2 También hay una regulación a nivel del continente americano, la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, sin embargo, este trabajo se referirá sólo a la de 1980 por razones de espacio y por ser de más amplio su ámbito de aplicación.

3 Que tratan aspectos como: medidas de prevención, medidas de aplicación, ejecución, actuaciones de las autoridades centrales e incluso la aplicación apropiada y uniforme de la excepción de grave riesgo establecida en el artículo 13 del Convenio.

3. La custodia

Para tratar este punto es necesario citar el contenido del artículo 3° letra A del Convenio, que señala: "El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención". De manera que el requirente de restitución debe ser titular de la custodia del infante, lo que supone que esta haya sido atribuida de pleno derecho, por una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.[4]

De lo dicho, se desprende que para la procedencia de la restitución es necesario que se vea vulnerada la custodia que ostenta el progenitor solicitante. Pero ¿qué debe entenderse por custodia en estos casos?

En el Derecho Civil ordinario, la custodia, en general, ha sido definida como la tenencia física, el cuidado personal y directo del niño, niña o adolescente[5]. Sin embargo, en el caso del Convenio no se define la custodia, sino que se coloca un contenido mínimo a la luz de su artículo 5°, que señala que para los efectos de ese instrumento "el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia", es decir, que para considerar que se tiene la custodia basta con tener el derecho de decisión sobre el lugar donde vivirá el infante.[6]

Lo que supone que la custodia viene a ser la regla y que la única titularidad que se solicita es que el progenitor pueda decidir a la luz del ordenamiento jurídico sobre el lugar de residencia del infante, es decir, vendrían a ser excepciones a esta regla, por ejemplo, estar privado de la patria potestad.

Tal titularidad puede ser otorgada de pleno derecho, que es lo que ocurre en la mayoría de los casos, es decir, no se debe colocar la carga al progenitor solicitante de demostrar que es titular de la custodia más allá de tener que señalar la ley en la cual se funda y su vigencia a la hora de hacer la solicitud. Si tiene una sentencia o un acto administrativo que lo declare facilita aún más este particular; pero debe entenderse que la titularidad de la custodia es la regla y su ausencia la excepción.

Esto lleva aparejado un punto importante como lo es la forma de manifestar ese consentimiento de cambio de residencia, pues lo ideal es una autorización expresa bien sea por documento público, orden jurisdiccional u otro mecanismo que el

4 Artículo 5°, inciso cuarto del Convenio.

5 En Venezuela la custodia es un atributo de la responsabilidad de crianza, que "requiere el contacto directo con los hijos e hijas y, por tanto, deben convivir con quien la ejerza", según se dispone en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes.

6 Para Blanca Gómez-Bengoechea: "el Convenio sigue la tradición arraigada en la Conferencia de La Haya, y no define los conceptos jurídicos de los que se sirve, aunque, en este caso, sí que establece un contenido mínimo para lograr aproximarse a los fines del Convenio en la mayor medida de lo posible" (Gómez-Bengochea, Blanca, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 70).

ordenamiento jurídico establezca como idóneo; sin embargo, en la práctica de procedimientos de restitución internacional existen casos de interés que denotan que no siempre dicha autorización resulta tan sencilla.

Así se tiene que en Japón[7] se resolvió un caso donde dos padres extranjeros, nacionalizados japoneses, se casaron en 2001. Tuvieron un hijo en 2014. En 2017, los tres se mudaron a Estados Unidos de Norteamérica. En su nuevo país de residencia desarrollaron un negocio, entre tanto la relación matrimonial se deterioró. En 2019, el padre y el hijo regresaron a Japón, con el objetivo, según le había dicho a la madre de hacer unos trámites de visa para Estados Unidos; sin embargo, antes de esto, el padre vendió el negoció y retiró al hijo del jardín de infancia, con la idea de quedarse en Japón. La madre solicitó la restitución del infante que, en definitiva, fue acordada por el tribunal que definió la residencia habitual, vinculada con el derecho a la determinación de la custodia. El juez opinó que la residencia habitual es el lugar donde una persona vive por un período de tiempo, y debe ser juzgado valorando las circunstancias que motivaron esa determinación, pues si bien en el caso estudiado el infante tenía cinco años, a los tres años con el acuerdo de los padres fue trasladado a un nuevo país, y pasado como fuese un año y siete meses no podía el padre de forma unilateral modificar su residencia sin el consentimiento de la madre.

Cabe destacar que en este caso el traslado se dio a su país de nacimiento y donde había transcurrido la mayor parte de su vida; sin embargo, el padre infringió el atributo de custodia de la madre de decidir la residencia de su hijo, por lo que se acordó la restitución.

Otro caso interesante relativo a la custodia y residencia habitual se produjo en Uruguay[8]. Los padres de dos niñas estaban separados, ellas vivían con su madre en Brasil y el padre vivía en Uruguay. El 10 de abril de 2019, la madre de las niñas las llevó a Uruguay para que se quedaran con su padre durante un tiempo.

La madre alegó que, pasado un mes, viajó a Uruguay para buscar a las niñas, pero el padre se negó a devolverlas. Por ese motivo, la madre solicitó la restitución internacional el 17 de septiembre de 2019, ante la Autoridad Central de la República Federativa de Brasil, que remitió la solicitud a su par en Uruguay.

El padre alegó que la madre, al entregarle los pases escolares de las niñas, un bolso con ropa, el carnet médico, y sus documentos de identidad, había demostrado su voluntad explícita de que las niñas se quedaran a vivir con él.

La jueza estimó que la madre había consentido inequívocamente que las niñas vivieran en Uruguay al trasladarlas y al entregarle al padre los documentos necesarios para que éstas retomaran su vida en aquel lugar. Entre esos documentos, se tuvo especialmente en cuenta que la madre había entregado al padre los pases escolares.

7 Tokyo High Court (5th Civil Division). (Japón). 12 de junio de 2020. Nombre del caso 2019 (Ra) No. 636 Appeal case against an order to return the child. Fuente: https://www.incadat.com/es/case/1527

8 Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno. Uruguay. 19 de julio de 2019, Real Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Noruega - D.L.F., L. Y S. – Restitución Internacional de Menor, IUE 0284-000443/2019.

La jueza consideró que, si las niñas hubieran viajado a Uruguay de vacaciones o por poco tiempo era ilógico su ingreso a un centro educativo, ya que la admisión habría sido rechazada si no había posibilidad de permanencia en el país. A su vez, sostuvo que no se requiere que el consentimiento haya sido concedido para una estancia permanente, sino que lo relevante es que haya existido y haya prueba contundente de su existencia.

Como se ve la determinación del consentimiento, residencia habitual y custodia van de la mano en esta clase de casos, donde el juez debe valorar las circunstancias, pero haciendo un estudio del caso que se le presenta.

En consecuencia, el juez debe determinar: 1) que la persona tenga la titularidad de la custodia, 2) la autorización dada, expresa o tácita y 3) lugar de residencia habitual, esto en cuanto a la custodia se refiere: y la existencia o no de las excepciones previstas que se analizarán en este trabajo más adelante.

4. Aspectos procedimentales

La restitución supone un procedimiento urgente, que implica celeridad e informalidad, esto implica una tramitación ideal en un plazo no mayor a seis semanas[9], a tal fin es necesaria la cooperación internacional de órganos, especialmente en sus comunicaciones[10].

Este procedimiento inicia con denuncia de parte del progenitor víctima, que puede realizar ante la autoridad central del país de origen, aunque nada obsta para que se dirija directamente a la jurisdicción del país donde fue indebidamente movilizado el infante, al que le corresponderá notificar a las autoridades centrales respectivas; la petición del progenitor fundamentalmente debe cumplir con dos requisitos: a) ser presentada en el plazo y b) debe demostrar que ostenta la custodia. Esto limita el aspecto probatorio del procedimiento, el Estado requerido no podrá entrar a conocer el fondo de la custodia, ni hacer valoraciones de dónde el infante podrá desarrollarse mejor

El plazo para presentarla es de un año, a partir de la constatación del acto indebido; esto tiene relevancia desde el punto de vista del procedimiento y competencia, pues transcurrido dicho lapso el progenitor no pierde todos sus derechos, sólo que debe recurrir a la normativa ordinaria del nuevo país receptor al transformarse éste en su residencia habitual, por lo que su petición será de lato conocimiento.

9 El artículo 11 del Convenio establece que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrán derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

10 Queda al derecho interno de cada país determinar la mejor formar para concretar ese plazo, algunos ejemplos son: Chile en el Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, publicado en el Diario Oficial el 3 de noviembre de 1998, y sus modificaciones posteriores. En Venezuela en Resolución n° 2017-0019, publicado en la Gaceta Oficial n° 41461, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia. En Argentina el Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 28 de abril de 2017.

Los requisitos de procedencia son: 1) La existencia del derecho de custodia legalmente atribuido; 2) Ilicitud del traslado o retención indebida, 3) Carácter internacional del traslado o retención.

5. Excepciones

Aunque, en principio, el procedimiento supone una restitución inmediata; que implica únicamente la verificación de los requisitos antes descritos, hay la posibilidad de alegar las excepciones contenidas en el artículo 13 del Convenio, estas son:

a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

En cuanto a la causal contenida en el literal a) puede alegarse que el documento utilizado para demostrar la custodia no tiene vigencia, por ejemplo, que con posterioridad fue sustituido por otro y hacerlo valer en el juicio; en este particular es fundamental la comunicación entre los Estados para demostrar la validez de la documentación acreditada en el juicio, a fin de evitar que esta vía sea utilizada únicamente como dilación procesal.

Por su parte, la causal contenida en el literal b) ha sido desarrollada en la respectiva guía de buenas prácticas[11], comprendiendo que debe tener una interpretación restrictiva, y que supone una exposición del infante de un grave riesgo en tres aspectos, a saber: exposición a un peligro grave físico, exposición a un peligro grave psíquico o, que de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable.

La opinión también es fundamental en el procedimiento, en casos vistos en la práctica se ha observado que, al existir una oposición intensa del niño o adolescente a ser retornado, a pesar de las medidas coercitivas, la ejecución resulta impracticable, ya que estos pueden impedir el despegue del avión o causar que se aborte el vuelo; o que por resulte imposible la convivencia determinada en contra de su voluntad[12].

La interpretación y aplicación de estas excepciones debe ser comprendida desde un punto de vista restrictivo[13], a fin de garantizar la finalidad del Convenio y evitar

11 Guía de buenas prácticas del Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Parte VI Artículo 13(1)(b).

12 Celis, María, "El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia", *ACDI, Bogotá*, vol. 13, 2020, pp. 209-249.

13 Para Rubaja, Nieve, *Derecho internacional privado de familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2012, p. 503: "las excepciones al principio de restitución deberán ser interpretadas restrictivamente y contemplando las circunstancias particulares de cada caso, para así garantizar el óptimo funcionamiento de estos instrumentos. De otro modo, desvirtuarían su efectividad, aniquilarían la seguridad jurídica que éstos brindan, alterarían la jurisdicción del juez natural de los niños,

que este se distorsione en un proceso de materias distintas a la restitución, como lo serían por ejemplo la custodia[14].

6. Cooperación internacional

Los Estados contratantes han establecidos distintas formas de cooperación internacional, a tal fin se ha creado la Red internacional de Jueces de la Haya, denominados jueces de enlace, cuya función consiste en actuar de enlace entre sus pares a nivel interno y a nivel internacional con otros miembros de la Red, cumpliendo dos funciones de comunicación. La primera, de carácter general, al compartir información general de la Red Internacional de La Haya o de la Oficina Permanente con sus colegas de jurisdicción y a la inversa, es decir, facilitar información proveniente de sus colegas de jurisdicción a la Red Internacional de La Haya o con la Oficina Permanente. La segunda función consiste en comunicaciones judiciales directas relativas a casos específicos[15].

Las comunicaciones judiciales directas[16] procuran evitar la utilización de las clásicas cartas rogatorias y exhortos (que se mantienen sólo en cuanto a diligencias probatorias), lo que permite una fluidez en el procedimiento.

Los asuntos sujetos a comunicaciones judiciales directas pueden ser, por ejemplo, los siguientes:

a) Prever una audiencia en la jurisdicción extranjera: i. para dictar órdenes provisorias, e.g. alimentos, medidas de protección; ii. para garantizar la posibilidad de realizar una audiencia sumaria;

b) Establecer si hay medidas de protección disponibles para el niño o para el otro progenitor en el Estado al cual el niño deba ser restituido; y en caso afirmativo, asegurar que las medidas de protección disponibles sean puestas en práctica en ese Estado antes de que se ordene una restitución

c) Establecer si el tribunal extranjero puede aceptar y hacer ejecutar compromisos ofrecidos por las partes en la jurisdicción de origen;

d) Establecer si el tribunal extranjero puede emitir una decisión espejo (i.e. la misma decisión en ambas jurisdicciones);

e) Confirmar si el tribunal extranjero ha dictado una decisión;

---

en definitiva, el Estado requerido incumpliría las obligaciones asumidas internacionalmente y se verían afectados los derechos fundamentales del niño o niña de que se trate".

14 En una etapa el tratado fue distorsionado por la jurisprudencia de esta forma. Schuz, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention – A Critical Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2013. pp. 27-28

15 Cfr. Oficina Permanente, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Comunicaciones Judiciales Directas. Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Consultado en: https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf

16 El objetivo de dichas comunicaciones es promover la restitución inmediata del menor y responder formalmente a toda falta de información que el juez competente tuviera acerca de la situación y las implicaciones legales en el Estado de residencia habitual del niño o niña. Cfr. Tenorio, Lázaro, "Las comunicaciones judiciales directas en la restitución internacional de la niñez", *Revista de Derecho Privado*, ed. especial, 2012, pp. 327-366.

f) Verificar si el tribunal extranjero ha constatado la existencia de violencia doméstica;

g) Verificar si fuera pertinente la realización de una transferencia de competencia.[17]

7. Recursos judiciales y la ejecución de la sentencia

Como se ha comentado, el proceso busca la celeridad y concentración del asunto debatido, de manera que se procure que la sentencia dictada en el fondo de la causa no se extienda más allá del análisis del caso concreto donde debe valorar: si existió el traslado ilegal, o retención indebida, analizar las excepciones alegadas, que deben ser interpretadas, como se mencionó, de forma restrictiva, la idea es que esto no se transforme en un Caballo de Troya del procedimiento; asimismo la decisión puede ordenar el establecimiento de una resolución espejo[18].

En procura de la celeridad del procedimiento se debe limitar el ejercicio de los recursos que puedan ejercerse contra ella. Por lo que se debe exigir una fundamentación especial en el caso que se pretenda ejercer la apelación y evitar el uso de recursos extraordinarios, como amparos, protección (Chile), entre otros.

En cuanto a la ejecución de la sentencia, el tribunal al emitir una orden de restitución debe elegir cuidadosamente la opción apropiada para restituir al niño, deberá hacerlo en la forma más detallada y específica posible, incluyendo los datos prácticos de la restitución y las medidas coercitivas que se aplicarán en caso de ser necesario[19], con énfasis en evitar que el progenitor sustractor pueda nuevamente evadir su responsabilidad. También se requiere que las fuerzas de seguridad que vayan a dar cumplimiento a la orden tengan formación para el trato con infantes.

8. Conclusiones

El Derecho de familia está en la necesidad de regular los aspectos de la movilidad familiar que es tan común en la actualidad, por lo que es necesario que su contenido sea comprendido correctamente a la luz del Derecho Internacional. En el caso bajo estudio, específicamente en orden de entender que las sustracciones infantiles son una situación de muy delicada atención, por lo que las instituciones familiares, como la custodia deben entenderse únicamente como el derecho del progenitor a decidir la residencia del infante, cuya titularidad, en todo caso, es la regla y que su excepción es la que debe ser demostrada por el progenitor acusado de sustracción.

El Derecho Internacional en este caso da prioridad a la celeridad en el procedimiento, específicamente en su tramitación, dando paso a figuras que no son aplicables en el

17 Oficina Permanente, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Comunicaciones Judiciales Directas. Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Consultado en: https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf

18 Orden dictada por el Estado requirente replicando una orden realizada por el Estado requerido.

19 Guía de buenas prácticas (IV parte) Ejecución, en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Derecho Civil ordinario, como lo son, por ejemplo, las comunicaciones judiciales directas, que permiten un fluido intercambio de información entre los Estados y muy particularmente con el juez que conoce el fondo del caso.

En el aspecto probatorio, igualmente se debe imponer un principio que favorezca al requirente, pero que debe ser comprendido sobre la base de todos los hechos establecidos en el proceso, pues como se determinó en el caso de Uruguay, la manifestación de aceptación de modificación de la residencia no siempre es expresa, e igualmente la intención es evitar que decisiones caprichosas de un progenitor afecten el desarrollo del infante.

Asimismo, se debe valorar la opinión del infante, como forma de manifestación de su interés superior, cuya valoración debe atender preponderantemente a su desarrollo evolutivo, factores como la edad deben ser considerados al ponderar sus dichos de forma expresa en la decisión.

La utilidad de este procedimiento tiene su base en la correcta comprensión, en primer lugar, por parte del legislador a la hora de regular el procedimiento, lo que en la práctica al menos en América Latina no se ve como prioridad al punto que no es el legislador natural (Congreso, Asamblea, etc.) el que dicta las normas, sino los órganos jurisdiccionales, llenando ese vacío. Asimismo, en muchos casos los procedimientos establecidos distan del ideal deseado en el tratado y permiten que estos procedimientos se extiendan de tal forma que su objetivo central pierda valor, pues la sentencia definitiva se transforma en un mecanismo de desarraigo de su nuevo hogar (hay procedimientos que se extienden por más de 5 años). Es necesario igualmente que los operadores de justicia, en especial los jueces, comprendan que esta materia tiene una especialidad importancia y que la protección del infante se materializa en el resguardo de su residencia habitual y no en la protección de su "jurisdicción", en el sentido que no le corresponde conocer del fondo de todos los pormenores de la dinámica familiar sino únicamente lo determinado en el Convenio.

Bibliografía

Celis, María, "El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia", *ACDI, Bogotá,* vol. 13, 2020, 209-249.

Gómez-Bengoechea, Blanca, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 1980*. Dykinson, Madrid. 2002.

González-Martín, Nuria, "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya-Álvarez)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 29, 2015, pp. 1-37.

Rubaja, Nieve, *Derecho internacional privado de familia.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Schuz, Rhona, *The Hague Child Abduction Convention – A Critical Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

Tenorio, Lázaro. "Las Comunicaciones Judiciales Directas en la Restitución Internacional de la Niñez", *Revista de Derecho Privado*, ed. especial, 2012, pp. 327-366.

Normativa

Convención de La Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 1980.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, 2007. (Venezuela)

Corte Suprema de Chile. Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, publicado en el Diario Oficial de 3 de noviembre de 1998

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Resolución N° 2017-0019, G.O. N° 41461, que estableció procedimiento a seguir para la aplicación del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en todos los circuitos o Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes a nivel nacional.

Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Cuarta parte – Ejecución. 2010.

Jurisprudencia

Tokyo High Court (5th Civil Division). (Japón). 12 de junio de 2020. (Ra) No. 636 Appeal case against an order to return the child. Fuente: https://www.incadat.com/es/case/1527

Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno. Uruguay. 19 de julio de 2019. "Real Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Noruega - D.L.F., L. Y S. – Restitución Internacional de Menor", IUE 0284-000443/2019.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN COMO EXONERACIÓN EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

HARDSHIP AS AN EXCEPTION IN CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOOD

Miguel Brunaud Ramos*

RESUMEN

Este artículo analiza la regulación de la exoneración o sistema de excusas en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, centrándose en la posible aplicación de la Teoría de la Imprevisión, vía integración de ésta, concluyéndose la necesidad de acogerla por aplicación de los mecanismos que contempla la propia Convención o por medio de los principios UNIDROIT.

PALABRAS CLAVES: *Teoría de la Imprevisión, Convención de Viena de 1980, UNIDROIT*

ABSTRACT

This article analyses the regulation of the exoneration or system of excuses in the Vienna Convention on the International Sale of Goods, focusing on the possible application of hardship, via its integration, concluding the need to adopt it by applying the mechanisms contemplated by the Convention itself or by means of the UNIDROIT principles.

KEYWORDS: *Hardship, Vienna Convention of 1980, UNIDROIT*

1. Introducción

El incumplimiento por causas sobrevinientes y no previstas por las partes, es usual en la contratación internacional, por diversos fenómenos, tales como, pandemias, guerras, problemas del transporte, logística, dificultad de aceso a materias primas y alimentos, entre otros. Dichas causas que imposibilitan el cumplimiento están subsumidas en los artículos 79 y 80 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 1980 (en adelante "la Convención"), que regulan los casos fortuitos o de fuerza mayor.

La aplicación de la teoría de la imprevisión o *hardship*, será posible alegarla vía integración de la Convención con los principios UNIDROIT, como ha sido resuelto por la Corte de Casación belga en un fallo que se comentará más adelante, concediéndole facultades al juez para terminar o adaptar los términos del contrato.

* Profesor de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Máster en Derecho de los Negocios por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la Universidad Francisco de Vitoria. mbrunaud@brunaudycia.cl

El presente artículo no abarcará el análisis pormenorizado del deber de renegociación, consecuencial a la aplicación de la teoría de la imprevisión, por ser una materia extensa que amerita referise por cuerda separada.

2. Teoría de la imprevisión

Resulta interesante estudiar la teoría de la imprevisión, y ver los avances que han existido a nivel doctrinario y jurisprudencial, con miras a determinar su aplicación a la Convención.

Cuando nos referimos a esta institución, de inmediato asumimos que existe un incumplimiento de una de las partes, que se ha debido a un cambio de circunstancias que han transformado en excesivamente oneroso su cumplimiento. Como dice Abeliuk corresponde a la "facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada, cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente oneroso"[1].

Lo requisitos de admisibilidad de la misma serán que estemos en presencia de un contrato oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo o de ejecución diferida y que existan eventos o circunstancias sobrevinientes e imprevisibles, que hagan para una de las partes excesivamente oneroso su cumplimiento.

En esta concepción clásica encontramos la primera dificultad sobre su potencial aplicación a casos regidos por la Convención, atendido que la compraventa, con independencia de otorgarse un plazo para el pago de las mercaderías o existir entregas sucesivas de las mismas, siempre será de ejecución instantánea.

Lo anterior, debemos entenderlo matizado con la nueva concepción del contrato, asumiendo que si es posible que exista una compraventa de ejecución continuada o diferida, especialmente, en el ámbito de contratación internacional.

La tendencia mundial es el reconomiento de la teoría de la imprevisión, a modo de ejemplo, se contempla en Italia (artículos 1.467 a 1.469 del Código Civil), Francia (artículo 1.134 del Código Civil), Alemania (artículos 112, 119, 157 y 242 del Código Civil), Estados Unidos de América (Sección 615 del artículo 2° del *Uniform Commercial Code)*, Bolivia (artículos 581 y 582 del Código Civil), Perú (artículos 1.440 y siguientes del Código Civil), entre otros. De éstas, en opinión de Rodrigo Barcia y Rivera, la legislación que desarolla de forma más detallada la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión) sería la que recoge el Derecho alemán[2].

Del mismo modo a nivel jurisprudencial existen casos como el de "Scafom International BV v/s Lorraine Tubes S.A.S., de la Corte de Casación belga, que aplica la teoría de la imprevisión a la Convención, que se comentará más adelante[3].

1 Abeliuk, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 3ª ed., 1993, p. 699.

2 Barcia, Rodrigo y Rivera, José, "Aspectos generales en torno a la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión) en España", *Revista de Derecho de la Ponticia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 47, 2016.

3 Véase "Scafom International BV v/s Lorraine Tubes S.A.S.", sentencia de fecha 19 de junio de 2009, Corte de Casación de Bélgica.

En Chile, no existe una consagración específica de la teoría de la imprevisión, pero podríamos encontrar aspectos de la misma en los artículos 2.180, 2.227 y 2.003 del Código Civil, a propósito del comodato, depósito y contratos a suma alzada, respectivamente.

Asimismo, se han presentado diversos proyectos de ley, todos por mociones parlamentarias, con la finalidad de consagrar positivamente esta institución[4]. De los proyectos referidos, el más completo corresponde al Boletín N.º11.204-07, que propone incorporar cinco nuevos artículos al Código Civil, a partir del artículo 1.546 bis hasta el 1.546 sexies, que, en lo medular, consagran que los contratos onerosos, conmutativos y de tracto sucesivo pueden ser revisados judicialmente para el evento que la prestación se hubiere convertido, por acontecimientos extraordinarios, imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes, en excesivamente gravosa de ser cumplida. La parte demandada podrá enervar la acción, allanándose en su contestación y de no hacerlo, el juez podrá declarar la resolución o terminación del contrato.[5]

Sin perjuicio de la ausencia de consagración legal, encontramos aplicación de la misma en fallos arbitrales y recientemente en sentencias de la Corte Suprema, como, por ejemplo, en el fallo de fecha 20 de marzo de 2020 y respectiva sentencia de reemplazo, ingreso n° 28.122-2018, que en su considerando séptimo señala:

> "… es un hecho ajeno a la voluntad de las partes y ha producido un desequilibrio tal en sus prestaciones que el cumplimiento de la obligación por parte del cliente inversionista importa ahora un deseembolso exagerado. Esa situación, se podría enmarcar en lo que la doctrina denomina teoría de la imprevisión, doctrina de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente".

3. Exoneración en la Convención

Los artículos 79 y 80 de la Convención lo contemplan, extendiéndose a casos fortuitos o de fuerza mayor, que serán casos de incumplimiento total, al disponer el artículo 79.1 lo siguiente:

> "Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias".

Exige la Convención que el impedimiento corresponda a un evento ajeno a su voluntad y que razonablemente no se esperase o previese sus consecuencias al momento del contrato. "El caso fortuito es producto de hechos naturales y la

4 Veánse los Boletines nºs 11.204-7, de abril de 2017; 11.532-07, de diciembre de 2017 y 13.348-07, de marzo de 2020.

5 Véase Boletín nº 11.204,-de abril de 2017.

fuerza mayor de hechos humanos; el efecto o consecuencia de ambos es el mismo: eximir al deudor de responsabilidad"[6].

Esta exoneración de responsabilidad también se extiende para el caso que se haya encargado a un tercero la ejecución total o parcial, en la medida que se den los requisitos ya referidos, según el artículo 79.2 de la CVCIM.

Debemos precisar que, en virtud de este sistema de excusas, la parte incumplidora no será responsable de los eventuales perjuicios que se reclamen, pero se mantienen a salvo el resto de acciones o remedios para la parte cumplidora, estando vigente el efecto de la exoneración mientras dure el impedimento.

Lo que interesa para efectos del planteamiento inicial de este trabajo, es si un incumplimiento derivado de una excesiva onerosidad será posible alegarlo como una excusa, amparados en los artículos 79 y 80, o si no podrá plantearse en ningún caso al no estar prevista en dichos preceptos o si será viable invocar su aplicación en virtud de la integración de la Convención, invocando el principio de buena fe o los principios UNIDROIT, lo que será analizado a propósito del fallo ya enunciado de la Corte de Casación belga.

4. Integración de la Convención

La Convención regula la integración en su artículo 7.2, que dispone:

> "Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los Principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales Principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado".

En términos simples, la Convención contempla un sistema ecléctico de integración, al establecer en dicha norma que se aplicarán en primer lugar los Principios Generales de Derecho que ella misma contiene y en su defecto, el Derecho interno en virtud de la aplicación de la norma de conflicto que determine el Derecho Internacional Privado; debiendo tenerse presente el carácter internacional y uniformidad de su normativa.

Se trata de completar los vacíos o lagunas legales, de materias propias o cuestiones propias del ámbito de la compraventa, pero expresamente no reguladas (laguna *praeter legem*), "debiendo seguirse la autointegración por sobre su heterointegración, las materias no resueltas -se someterán a los principios generales en los que ésta se funda, o inspira-. A falta de dichos principios, el operador jurídico -que entiéndase el juez o el árbitro- podrá resolverlas con arreglo a la norma de derecho interno, aplicable conforme a la norma de conflicto"[7].

6 Marzorati, Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, Tomo I, 2003, p. 179.

7 Vidal, Álvaro, "Integración de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 24, 2003, p.. 469.

Por principios generales hemos de entender que son "las ideas o máximas generales que inspiran al Derecho Uniforme; pudiendo extraerse, de sus disposiciones especifícas, de la historia de su establecimiento y de los comentarios que sobre ella se escribiesen"[8].

Lo que se busca es una aplicación reducida del Derecho interno, evitando que los operadores se inclinen por aplicar sus propios preceptos por sobre la Convención, atendido el carácter internacional del contrato regulado. Del mismo modo, la aplicación de los principios deben encontrarse en la propia Convención, evitando aplicar otro Derecho, costumbres, principios propios de otro ordenamiento jurídico, entre otros.

No existe una enumeración taxativa de principios en la Convención, los que en algunos casos tendrán consagración legal, como la buena fe, autonomía de la voluntad o razonabilidad, y en otros, se inferirán o colegirán de disposiciones del texto. Por lo tanto, será la doctrina la que determinará su definifición y los jueces y árbitros quienes determinarán su aplicación al caso concreto.

Se ha estimado que es posible aplicar principios externos a la Convención, en la medida que se traten de principios generalmente reconocidos por el Derecho Comercial Internacional, dentro de los cuales encontramos los principios UNIDROIT, misión que se menciona en el propio preámbulo del texto, al indicar que: "[estos] Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme"[9].

5. Principios UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se creó al alero de la Sociedad de las Naciones y se reestableció en 1940 a través del Estatuto de UNIDROIT, contando hoy con 63 Estados miembros, habiéndose incorporado Chile en 1951.

Las principales objetivos de UNIDROIT son estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comercial, en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de Derecho uniforme, principios y normas para alcanzar dichos objetivos.

Los principios de UNIDROIT son el resultado de años de intenso debate e investigación de Derecho comparado por parte de un grupo de trabajo formado por representantes de los principales sistemas jurídicos del mundo. [10]

La estructura de los Principios es: Capítulo 1: Disposiciones Generales; Capítulo 2: Formación y apoderamiento de representantes; Capítulo 3: Validez; Capítulo 4:

8 Vidal cit., (n. 7), p. 476.

9 Momberg, Rodrigo, "Compraventa Internacional de mercaderías: El deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 18, 2012, p. 100.

10 Marzorati cit. (n. 6) p. 13.

Interpretación; Capítulo 5: Contenido, estipulación a favor de terceros y obligaciones condicionales; Capítulo 6: Cumplimiento; Capítulo 7: Incumplimiento; Capítulo 8: Compensación; Capítulo 9: Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos; Capítulo 10: Prescripción; y, Capítulo 11: Pluralidad de deudores y de acreedores.

Tal como lo indica el Preámbulo, los Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, siendo su ámbito de aplicación los contratos internacionales, sin perjuicio de su aplicación a contratos nacionales. Es decir, bajo el sistema de los Principios de UNIDROIT cualquier contrato que no sea estrictamente local (vinculado a un solo Estado) puede ser considerado internacional, siempre que se encuadre en alguno de los criterios de internacionalidad antes señalados o en otros[11].

Lo principios pertinentes a la excesiva onerosidad o *harschip* corresponden a los siguientes:

Sección 2: Excesiva onerosidad (*hardship*) artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato) Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (*hardship*).

Artículo 6.2.2 [*Definición de la "excesiva onerosidad* (*hardship*)] Hay "excesiva onerosidad" (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3 [*Efectos de la "excesiva onerosidad* (*hardship*)] (1) En caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

11 Ibid. p 14.

6. Aplicación de la teoría de la imprevisión a la Convención

Como anticipamos a comienzos de este trabajo, resulta interesante de analizar el caso *"Scafom International BV v/s Lorraine Tubes S.A.S."*, tanto en lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Amberes como el pronunciamiento de la Corte de Casación de Bélgica.

Resumidamente el caso consiste en que una empresa francesa vende tubos de acero a una empresa holandesa, a un precio fijo, sin que hayan pactado una cláusula de *hardship*. Con posterioridad a la celebración del contrato, los costos de producción se incrementaron, aumentando el precio del acero en más de un 70%.

Atendido el cambio de precios, la empresa francesa (vendedora) solicitó a la empresa holandesa (compradora), la adaptación de los términos del contrato, específicamente en lo concerniente al precio, negándose la compradora a ello, y exigiendo el cumplimiento del contrato en los términos originales.

En primera instancia, el Juzgado Comercial de Tongeren rechazó la demanda interpuesta por la empresa francesa, de modificar el precio, por estimar que la excesiva onerosidad no estaba regulada en la Convención.

La Corte de Apelaciones de Amberes dejó sin efecto la sentencia, señalando que el artículo 79 de la Convención no excluía la posibilidad de alegar por las partes una excesiva onerosidad, amparándose en los Principios en los cuales se funda ese instrumento internacional.Advirtiendo que se hace necesario atender a las normas de Derecho Internacional Privado, de conformidad al artículo 7.2. de la Convención, resultando aplicable el Derecho Francés, específicamente, la ejecución de buena fe conforme al artículo 1.134 del Código Civil galo. Así las cosas, la posición de la empresa holandesa de negarse a renegociar los términos del contrato se estimó contraria a la buena fe, lo que conllevó una condena adicional de perjuicios en favor del vendedor.

En contra de la sentencia de segunda instancia el comprador interpuso un recurso de casación, para ante la Corte de Casación de Bélgica, el que fue rechazado por sentencia de 19 de junio de 2009, confirmándose la decisión, con la declaración que las circunstancias imprevisibles que alteran el equilibrio del contrato corresponden a una laguna o vacío que debe ser integrada por los Principios Generales de Derecho Comercial Internacional, dentro de los cuales se encuentran los principios UNIDROIT, quedando, por ende, la parte afectada en estado de solicitar la revisión del contrato y al mismo tiempo, confirmó la condena por indemnización de perjuicios en contra de la compañía holandesa por haberse negado a negociar.

La Corte de Casación belga señala que las situaciones de *hardship* están comprendidas en el artículo 79 de la Convención, indicando:

> "… los cambios de circunstancias que no han sido razonablemente previsibles al tiempo de celebrar el contrato y que son de una naturaleza tal que inequívocamente tienen como consecuencia incrementar la

> carga del cumplimiento del contrato de una manera desproporcionada, pueden, bajo ciertas circunstancias, configurar un impedimento [12]

Lo que hizo la Corte de Casación belga al establecer el deber de renegociación de la empresa holandesa, no fue sino indicar que ese vacío o laguna debía integrarse por los principios generales del comercio internacional, los que en el caso particular se encuentran en los principios UNIDROIT.

La tesis de la Corte de Bélgica, en opinión de esta parte es correcta, en el sentido de estimar que si bien la teoría de la imprevisión no está expresamente reglada en la Convención, si es posible aplicarla en virtud de la integración de la misma.

Pero a la misma solución llegó la Corte de Apelaciones de Amberes, por aplicación de normas de Derecho Internacional Privado, específícamente la buena fe, ya que "Actuar de buena fe es un hecho absolutamente objetivo. Es decir, una parte que haya actuado inequitativa e irrazonablemente no puede argüir en su defensa el hecho de haber creído actuar honestamente"[13].

7. Conclusiones

Considerando los factores que influyen en el comercio internacional, que hace que cambien las circuntancias y que en muchos casos, tales alteraciones no fueron o no pudieron ser previstas por los contratantes, resulta esencial, que las partes incorporen cláusulas de *hardship* en sus contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Pero para el evento que no las hayan incluido, debemos concluir que sí es posible alegar una excesiva onerosidad sobreviniente o teoría de la imprevisión, por medio de la integración de la Convención.

Es decir, a través del sistema ecléctico de integración de la Convención es posible alegarla, ya sea por aplicación de normas de Derecho Internacional Privado que regulan la buena fe en todos los ámbitos del contrato, no solo como lo hace la Convención a apropósito de la interpretación; y también por aplicación de Principios Uniformes extra Convención, como son los Principios UNIDROIT.

Bibliografía

Abeliuk, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 3ª ed., 1993.

Barcia, Rodrigo y Rivera, José, "Aspectos generales en torno a la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión) en España", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 47, n° 2, 2016, pp. 117- 150.

Marzorati, Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Tomos I y II, Astrea, Buenos Aires, 2003.

12 Momberg, cit., (n. 9) p. 107.

13 Marzorati cit., (n. 5) p. 55.

Momberg, Rodrigo, "Compraventa internacional de mercaderías: El deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º18, 2012, pp. 95-119.

Vidal, Álvaro, "Integración de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 24, 2003, pp. 457-491.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, EN EL ÁMBITO NACIONAL Y COMPARADO

LEGAL REGIME OF NON-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY, AT THE NATIONAL AND COMPARATIVE LEVEL

Nicolás Lagos Morales*

RESUMEN

En el presente trabajo se presenta un análisis de la responsabilidad civil internacional, así como también de los principales factores de conexión establecidos en el ámbito comparado, además de los problemas que han conllevado su aplicación. A partir de ello, se estudiarán aquellos que han sido adoptados por la jurisprudencia chilena, centrándonos en las sentencias de la Corte Suprema, en los roles 5969-2011 y 2147-2013. Teniendo esto en consideración, planteamos por medio de esta investigación la falta de un criterio claro por parte de nuestra jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Internacional Privado, responsabilidad extracontractual, ley aplicable, competencia judicial internacional*

ABSTRACT

This paper presents an analysis of international civil liability, as well as the main connecting factors established in the comparative field, as well as the problems that have led to its application. From this point, we will study the factors that Chilean case law has adopted, focusing on the judgments of the Supreme Court in the cases Rol. 5969-2011 and Rol. 66893-2013. In this context, we raise the lack of clear criterion among our judges.

KEYWORDS: *International Private Law, Tort Liability, Applicable Law, International Judicial Competition*

1. Introducción

Cada Estado ostenta soberanía para dictar normas con el objeto de regir las personas, bienes y actos que se sometan a su jurisdicción[1]. Tal regulación tiene por objeto tanto situaciones meramente internas, como aquellas que contemplen algún elemento internacional, es decir, hipótesis en las cuales exista un contacto objetivo entre cualquiera de los supuestos del caso, con la legislación de otro país. La regulación de este último tipo de casos corresponde al Derecho Internacional Privado, tarea que cumple utilizando normas de conflictos de leyes, que determinan la legislación aplicable a una relación jurídica[2], normas que contienen un factor de

* Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1 Ramírez, Mario, *Curso Básico de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Santiago, 2003, p. 3

2 Ibid., p. 49.

conexión, esto es, el elemento localizador que anuda la relación jurídica con una legislación determinada[3].

El presente trabajo se enfocará en analizar, tanto en el ámbito nacional como en el comparado, qué factores de conexión son utilizados para resolver conflictos derivados de obligaciones no contractuales en el área de la responsabilidad civil internacional.

En efecto, un amplio sector de la doctrina es conteste en señalar que nuestro sistema nacional contiene grandes vacíos normativos, no siendo suficiente la regulación que presenta el decimonónico Código Civil de Chile en sus artículos 14 a 18, como tampoco el bajo número de instrumentos internacionales ratificados por Chile relativos a esta área del Derecho[4]. Es más, un área especialmente sensible en nuestra legislación es la responsabilidad extracontractual con elementos internacionales, área en la cual es aún más patente esta deficiencia normativa ya mencionada, debido a que no existe regla alguna en nuestra legislación que regule este ámbito del Derecho. Cobra relevancia esta deficiencia normativa, dado que la inmigración está cobrando fuerza en nuestro país, recibiendo Chile un gran flujo de personas de distintas nacionalidades[5], situación que configura riesgos susceptibles de dar lugar, por ejemplo, a hechos que generan responsabilidad civil por accidentes con elementos internacionales relevantes.

Ante tal situación, los jueces son los primeros en ser llamados a resolver estos asuntos, recurriendo a criterios no establecidos por el legislador, los cuales no siempre son uniformes, lo que tiene como principal consecuencia la afectación de una de las bases del Derecho, la seguridad jurídica.

2. Características de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Internacional Privado

2.1. Carácter residual de su ámbito de aplicación

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el número de fuentes de las obligaciones se reducen a dos, aquellas que derivan de un contrato y aquellas que no derivan de un contrato[6]. Lo cual tiene por efecto caracterizar a la responsabilidad extracontractual como una fuente "residual"[7], que abarca tanto actos constitutivos de delitos y cuasidelitos civiles, como actos que normalmente poseen una regulación típica, entre los cuales se encuentran la mencionada responsabilidad por

3 Ibid., p. 51

4 Mereminskaya, Elina, "Las paradojas del Derecho Internacional Privado chileno", *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, nº 1, 2007, p. 141.

5 Gallegos, Jaime, "El Derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio", en *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2014, p. 242.

6 Villarroel, Carlos y Villarroel, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, p. 351.

7 Calvo, Alfonso, Carrascosa, Javier, Caamiña, Celia, Castellanos, Esperanza y Rodríguez, Juliana, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2.776.

enriquecimiento injusto, la gestión de negocios ajenos sin contrato que le anteceda, la responsabilidad precontractual, o bien, la responsabilidad por omisión de un deber directamente impuesto por la ley[8].

Por tanto, un abanico heterogéneo de casos es susceptible a dar lugar a este tipo de responsabilidad[9], como lo son los accidentes en carretera[10], actos que causen daños medioambientales[11], fabricación de productos defectuosos[12], actos atentatorios hacia la libre competencia[13], etc. Bajo el presupuesto de que tales actos involucren un elemento internacional.

Como consecuencia de lo anterior, es todo un desafío establecer una solución general que resulte adecuada a todos los posibles escenarios que puedan dar lugar a este tipo de responsabilidad, es por ello que, en general se aprecia una tendencia por establecer regulaciones sectoriales para cada tipo de responsabilidad y, de manera supletoria, una regla general para aquellos casos no previstos por la normativa especial[14].

2.2. Muy frecuente carácter internacional de las obligaciones extracontractuales

La actividad económica actual presenta un marcado rasgo "transnacional"[15], dado que los bienes y servicios no reconocen fronteras, por ejemplo, cada vez son más frecuentes los viajes internacionales, como también el tránsito de mercaderías producidas en un país con el objeto de ser comercializadas en otro. Tomemos como ejemplo el caso de nuestro país, la mayoría de los productos que se comercializan en Chile son manufacturados en el extranjero, elemento foráneo que, en el caso de suscitarse una controversia derivada del producto importado, convierte al conflicto en uno internacional. Podemos observar cómo un conflicto internacional de tales características se presentó en el caso rol n° 5969-2011, de 10 de abril de 2011, en el cual la Corte Suprema en virtud de un recurso de casación en el fondo, conoció un caso de responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos, productor cuyo domicilio se encontraba en Austria. Tal producto produjo daños en Chile, y en virtud de ello la Corte consideró que era adecuada la atribución de competencia judicial internacional en los tribunales chilenos[16].

8 Ibid., p. 2.776.

9 Ibid., p. 2.776.

10 Supuesto regulado en tratados, como lo es el Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971. En el ámbito interamericano encontramos el Protocolo de San Luís, de 25 de junio de 1996.

11 Supuesto regulado por el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, hecho en Lugano, el 21 de junio de 1993.

12 Supuesto que cuenta con una regulación especial contenida en el artículo 5° del Reglamento (CE) 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).

13 Supuesto que también encuentra una regulación especial en el Reglamento Roma II, en su artículo 6°.

14 Por ejemplo, el mencionado Reglamento Roma II contempla una regla general supletoria en su artículo 4°, y luego contempla en sus artículos 6° y siguientes regulaciones específicas para cada tipo de responsabilidad sectorial.

15 Calvo y otros cit., (n. 7), p. 3.802.

16 Una descripción de este caso se realizará en el apartado 4.1 del presente trabajo.

2.3. Sistema basado en el método indirecto de solución conflictos

Si realizamos una mirada general respecto a la regulación de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Internacional Privado comparado, nos podemos dar cuenta que la materia en cuestión no es regulada por normas materiales que otorguen soluciones de fondo a las controversias que se susciten, sino que se utilizan normas indirectas convencionales entre Estados, o internas de cada país[17]. Por tanto, la regulación se limita a atribuir competencia a alguna de las legislaciones en juego, para efectos de que esta solucione en definitiva el conflicto, en virtud de su Derecho sustantivo.

2.4. Inexistencia de regulación en nuestro país

Como ya se adelantó, en Chile no existe regla de conflicto para determinar la ley aplicable en casos de responsabilidad extracontractual con elementos internacionales.

Esta situación encuentra su explicación en la poca atención que le prestó el Código Civil de Chile, en general, a la regulación de la responsabilidad civil extracontractual. En efecto, durante la época de su dictación, la economía chilena se encontraba en un estado de desarrollo preindustrializado. Es decir, el Código estaba pensado para aplicarse a un Chile rural, de la misma forma como fue pensado su principal fuente de inspiración, el Código Civil francés de 1804[18]. Aquella época se caracteriza por la inexistencia de tecnología con el potencial de generar daños a gran escala o, al menos, que supongan un riesgo permanente. Por tanto, sufrió nuestro Código una importante desactualización frente al desarrollo tecnológico que se llevó a cabo posteriormente, como, por ejemplo, la creación de la industria del automóvil o de la aviación, que permitieron tanto el transporte transfronterizo de personas, como de productos. Desarrollo de tecnologías susceptibles de dar origen a responsabilidad extracontractual.

En la misma situación se encuentra nuestras reglas de atribución de competencia judicial internacional, dado que, en principio, no existe norma que regule la materia.

La explicación de este problema, al igual que el Código Civil chileno, radica en la antigüedad de nuestro Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Alejandro Romero, explicando que a la época de la codificación no se visualizó la relevancia que en el futuro tendría la presente materia[19].

3. Criterio *lex loci delicti commissi*

A continuación, se analizarán los criterios que predominan en el Derecho comparado, tanto para determinar la ley sustantiva aplicable, como para determinar

17 Iñiguez, Daniel, "Daños emergentes de accidentes de tránsito en los Estados parte del Mercosu", en *Edición Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe,* Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, p. 225.

18 Cabrillac, Rémy, "El derecho civil francés desde el Código Civil", *Revista de Derecho*, vol. 22, n°. 2, 2009, p. 68.

19 Romero, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 9.

el foro competente, los cuales son *lex loci delicti commissi y forum loci delicti commissi,* respectivamente.

3.1. Fundamento de la regla forum loci delicti commissi, como regla de competencia judicial internacional

En primer lugar, el fundamento del criterio recae en la circunstancia de que el tribunal situado en el lugar del hecho dañoso se encuentra en una mejor posición para conocer los supuestos fácticos ligados al caso, lo que se traduce en la facilitación del acceso a la prueba por parte del tribunal.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte del Distrito Sur de Nueva York en el caso *Aguinda v Chevron-Texaco*, donde se declaró incompetente amparada en el "*forum non conveniens*", es decir, estimó que existía otro foro más adecuado para dirimir la controversia, refiriéndose a los tribunales del lugar del hecho dañoso, los ecuatorianos.

De tal manera, el coste de la labor jurisdiccional se ve reducido y, por tanto, se lleva a cabo de manera eficiente[20]. En el mismo sentido, costes del litigio disminuyen para ambas partes, debido a que, al ser los tribunales más próximos al litigio aquellos del lugar del hecho dañoso, su competencia puede ser razonablemente prevista por ambos litigantes[21]. En tal sentido, "el Tribunal del lugar del delito es el juez natural"[22].

3.2. Problemáticas que presenta su aplicación

a) Ilícitos a distancia

Generalmente en el caso de un accidente, el lugar del delito a que se refiere el criterio *Forum loci delicti commissi,* claramente es referido al lugar en el cual se verifica el mismo accidente. Sin embargo, ¿Qué ocurre cuando el hecho que causa el accidente y el daño, se verifican en Estados distintos?, ¿Cuál es el lugar del delito?

El criterio predominante a nivel comparado ha sido la adopción de la denominada "tesis de la ubicuidad", la cual consiste en determinar como tribunal competente tanto el lugar del hecho generador, como el lugar en que se verifica el daño[23], quedando a disposición del actor la elección del foro.

El origen de esta solución tiene lugar en el denominado "caso Bier" (*Mines de Potasse / Handelskwekerij G.J. Bier BV*), en el cual se vertieron desechos al río Rin bajo el amparo de la legislación francesa, lo que ocasionó contaminación en Holanda, país cuya ley prohibía tales actos. En el fallo emanado a partir de este

20 Calvo y otros cit., (n. 7), p. 3.792.

21 Ibid., p. 3.791.

22 Opertti, Didier, *Derecho Internacional Privado y Medio Ambiente. La Contaminación Transfronteriza y el Derecho Internacional Privado*, Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial del Uruguay, Montevideo, 1992, p. 135.

23 Calvo y otros cit., (n. 7), p. 3.803.

caso el Tribunal Europeo estableció la mencionada tesis de la ubicuidad y, por tanto, reconoció la competencia de ambos tribunales, a elección del actor. Luego, sentencias posteriores han seguido el mismo criterio[24].

Por otro lado, Argentina estableció esta tesis de manera expresa en su Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 2656, que otorga competencia tanto al tribunal del lugar donde se verifica el hecho generador del daño, como al tribunal del lugar en que se verifica el daño.

La justificación de esta tesis recae en que ambos Estados presentan la misma "proximidad" con el litigio. Ambos lugares pueden reflejar una conexión relevante del supuesto con un Estado[25]. En definitiva, seguir esta tesis tiene como resultado potenciar el f*orum actoris*, dado que con mucha frecuencia el Estado donde se verifica el daño es el Estado donde se encuentra domiciliado el demandante, ya sea este la presunta víctima o el presunto responsable[26].

b) Lugar del hecho dañoso imprevisible

Uno de los fines del Derecho Internacional Privado es la seguridad jurídica y, por tanto, evitar la aplicación mecánica de criterios que conlleven a resultados imprevistos.

> En efecto, vamos a tomar como ejemplo el Reglamento Bruselas 1 Bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de la Unión Europea. Tal instrumento no establece de manera explícita un foro subsidiario en caso de que el hecho dañoso se verifique en un lugar desligado de la relación jurídica en cuestión, sin embargo, el TJUE ha descartado la aplicación del tenor literal del artículo 7.2 del mencionado reglamento, que establece el lugar del hecho dañoso como regla de competencia judicial, en razón de la falta de previsibilidad de la elección del foro[27]. Esto, basándose en el fin de dicho instrumento, la "previsibilidad de la competencia del tribunal que debe fallar el caso"[28].

3.3. Régimen jurídico adoptado en Chile

Como ya ha sido mencionado, la regulación del Derecho Internacional Privado en Chile es bastante escueta. No hay norma positiva en nuestra legislación que regule la competencia judicial internacional de los tribunales chilenos. Históricamente se

24 El Reglamento Bruselas 1 Bis relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, no resuelve el problema, dado que en su artículo 7° numeral 2 otorga competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Sin distinguir supuestos de ilícitos a distancia. La jurisprudencia se ha encargado de la creación y aplicación de la tesis de la ubicuidad, por ejemplo, se encuentran STJUE de 16 de junio de 2016, C-12/15; STJUE de 21 de mayo de 2015, C-352/13 [Calvo y otros cit., (n. 7), p. 3.805].

25 Ibid. p. 3-805.

26 Ibid. p. 3.792

27 Ibid. p. 3.798.

28 Ibid. p. 3.798.

ha sostenido que la regla aplicable a conflictos civiles y mercantiles internacionales está contenida en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales[29] el cuál declara "A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes". Por tanto, a partir de esta norma, los tribunales chilenos se arrogarían competencia para conocer de todos los juicios promovidos en el país, debido a una "competencia universal limitada por el territorio"[30].

Sin embargo, el fallo "Holzman y otros con Gainborg" marca un cambio jurisprudencial, en el cual la Corte Suprema de Chile declaró que el referido artículo 5° del Código Orgánico no era una norma de competencia judicial internacional, sino que sólo tiene por objeto distinguir la competencia temporal de la espiritual[31].

A falta de normativa específica, los tribunales han aplicado el Código de Bustamante en casos que la controversia versare con países signatarios de aquel tratado[32]. Tal Código no establece una regla específica para obligaciones extracontractuales, por lo cual debemos atenernos a la regla general establecida en el artículo 323, esto es, determinar la competencia judicial en razón del domicilio o residencia del demandado[33].

Ahora, la solución seguida en casos fuera del ámbito de aplicación del Código de Bustamante ha sido aplicar por analogía al ámbito internacional, las normas orgánicas de competencia judicial internas[34] y, por tanto, hacer extensivo el artículo 134 del Código Orgánico, el cual atribuye competencia al tribunal del domicilio del demandado. Más allá de las críticas de optar por la analogía al ámbito internacional, cabe preguntarse por la utilidad de seguir esta regla.

En el ámbito comparado es común que se enuncie la regla *actor sequitur forum rei*[35]. Sin embargo, es una cláusula establecida de manera supletoria, como una regla general, salvo las excepciones que se puedan presentar es determinadas áreas específicas. Por lo cual no es un criterio que satisface a cabalidad las necesidades de previsibilidad y acceso a la justicia que presenta el ámbito extracontractual. En efecto, como en los casos ya vistos de ilícitos a distancia, resulta injusto determinar la incompetencia de los tribunales del domicilio de la víctima, dado que el domicilio del actor bien podría ser un elemento fortuito dentro de la relación jurídica.

29 Villarroel y Villarroel cit., (n. 6), p. 398.

30 Ibid., p. 399 (citando a Diego Guzmán Latorre)

31 Ibid., p. 399.

32 Ibid., p. 400 (citando a Diego Guzmán Latorre).

33 Artículo 323. Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia.

34 Villarroel y Villarroel cit., (n. 6), p. 400.

35 Siguen tal solución el artículo 4° del Reglamento Bruselas 1 bis, artículo 11 del Anteproyecto de Ley Modelo OHADAC relativa al Derecho Internacional Privado, artículo 2608 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y artículo 2057 del Código Civil de Perú.

3.4. Fundamento de la regla lex loci delicti commissi como regla de determinación de ley aplicable

A continuación, se analizarán las raíces conceptuales del criterio, para después evidenciar las incongruencias que presenta su aplicación con sus fundamentos teóricos, como también las insuficiencias que han encontrado diversos autores en su aplicación práctica.

Tres conceptos son el fundamento del criterio *lex loci delicti commissi*: la exclusividad de la soberanía territorial, la doctrina de los derechos adquiridos y la cortesía internacional entre Estados[36].

En definitiva, el derecho adquirido nace en el momento en que se verifica un hecho dañoso que da lugar a la responsabilidad civil, es decir, una soberanía estatal crea un derecho adquirido al verificarse los hechos fundantes de una acción.

Una vez que se verifican los hechos que dan lugar a la responsabilidad extracontractual, la víctima obtiene un crédito en contra del victimario, derecho adquirido que se hará valer en juicio, cuyo objeto es el cobro del débito[37]. Por ejemplo, en el Estado A un conductor comienza su viaje, en el Estado B ocurre un accidente que da lugar a la responsabilidad civil de un tercero, es la soberanía del Estado B la que crea el derecho adquirido a favor del conductor, consistente en un crédito, que constituye la causa que permite demandar al deudor del crédito[38].

3.5. Problemas que plantea el criterio lex loci delicti commissi:

a) Ilícitos a distancia

El problema ya mencionado en el apartado sobre competencia judicial internacional se vuelve a presentar aquí, esto es, ¿Cómo determinar el lugar del delito? ¿Por el lugar del hecho generador del daño, o por el lugar en que se verifica el daño?

En el ámbito sobre determinación de ley aplicable, si optamos por localizar el acto por el lugar del hecho generador del daño, podría eventualmente ampararse acciones lícitas en un Estado, pero ilícitas en el lugar donde se sufren sus efectos, por lo cual se ampararía la conducta del sujeto activo, y por tanto, eventualmente amparar conductas dolosas, por otro lado, si localizamos el acto en el lugar del daño, puede resultar inaplicable el criterio en los casos dónde el daño se verifique en varios Estados[39].

Opertti opina que "si el hecho generador del daño se produce en un Estado y el daño o perjuicio en otro, el hecho perfecciona en el segundo la calidad de ilícito,

36 Audley Mclaughiln, James, "Conflict of Laws: The Choice of Law Lex Loci, Doctrine, the Beguiling Appeal of a Dead Tradition, Part One", *West Virginia University College of Law Review*, vol. 93, n° 4, 1991, p. 957.

37 Ibid., p. 958.

38 Ibid., p. 961.

39 Delegación de Uruguay, Exposición de motivos del proyecto de convención interamericana sobre ley aplicable y jurisdicción internacionalmente competente en materia de responsabilidad extracontractual", 4 de febrero de 2002, OEA/Ser.K/XXI.6, Sexta conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), Washington, DC, pp. 3-4

con independencia de gozar de ella 'ab initio'"[40], es decir, no hay que considerar al acto dañoso como un hecho aislado, sino también su consecuencia, para que así se configure el "hecho dañoso", por tanto, la solución consiste en aplicar acumulativamente las legislaciones correspondientes al lugar del hecho generador del daño y del lugar del daño. El problema de optar por esta solución recae en que establece un factor de conexión acumulativo, lo cual tiene como consecuencia aumentar los requisitos para dar lugar a una eventual responsabilidad civil por daños.

Varias legislaciones optan por localizar el criterio *lex locus comissi delicti* en el lugar donde se produce el daño. En el ámbito latinoamericano, Argentina sigue tal criterio en el artículo 2657 del Código Civil y Comercial, el cual establece como ley competente la ley del Estado donde se produce el daño[41]. También Venezuela en la Ley de Derecho Internacional Privado, en su artículo 32[42].

En el ámbito Europeo, la Unión Europea regula esta materia en el reglamento Roma II, que establece de manera general la localización de la ley del lugar del daño[43].

Sin embargo, a nivel de Derecho uniforme latinoamericano, el Código de Bustamante, sigue el criterio contrario, esto es, estima aplicable la ley del lugar donde se verifica el hecho generador del daño en el caso de hechos negligentes que no constituyan delito penal[44-45]

Otra opción es seguir el criterio alternativo *favor laesi,* es decir, queda a elección de la víctima determinar la legislación competente que regirá la relación jurídica.

Es discutible este método, dado que tal solución es propia del ámbito de obligaciones derivadas del Derecho del consumidor, el cual se caracteriza por la protección de la parte más débil, quien es la víctima en su calidad de consumidor[46]. Por lo cual,

40 Opperti cit., (n. 22), p. 135.

41 Artículo 2657.- Derecho aplicable. 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 en que 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 en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

42 Artículo 32. Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos

43 Artículo 4 Reglamento Roma II "Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la 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 en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión."

44 Art. 168. Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las origine.

45 Existe una discusión en lo relativo a qué artículo del Código de Bustamante resulta aplicable a los actos dolosos no penados por la ley. El ya mencionado artículo 168 solo menciona los hechos negligentes, en cambio el artículo 167 hace mención a los delitos penales, que se sujetan a la ley que establece el delito.

Compartimos la opinión del profesor González, quien estima que el artículo 168 comprende tantos los actos negligentes como los dolosos, debido a que el artículo 167 regula exclusivamente delitos tipificados penalmente. Por tanto, los actos dolosos se rigen por la ley del lugar del acto, de acuerdo con el Código Bustamante (González, Edison, "El régimen internacional de las obligaciones extracontractuales", *Derecho PUCP*, n° 21, 1962, p. 72).

46 En el mismo sentido, González Campos también considera que no hay razones que justifiquen atribuir a alguien la opción por una u otra legislación, excepción hecha de los casos de Derecho de consumo. (González Campos, Julio,

convertir esta solución, proveniente de un área específica, a una regla general en materia de obligaciones extracontractuales puede resultar complejo.

La República Oriental del Uruguay sigue esta solución en el artículo 52 de la Ley General de Derecho Internacional Privado[47].

Por su parte, la República Dominicana sigue este criterio alternativo en el artículo 69 de su Ley sobre Derecho Internacional Privado, con la diferencia que deja la elección en manos de ambas partes y, en caso de discordia, debe aplicarse la ley del lugar de producción del daño[48].

c) Casos en los cuales el lugar del ilícito no representa una conexión relevante con la relación jurídica.

Es común que se presenten casos en los cuales las partes presenten elementos comunes que los liguen con un Estado distinto del lugar del ilícito, por tanto, se establecen criterios que excluyen la aplicación del factor *lex loci*, con el fin de evitar la elección de una ley que no tenga conexión sustancial con el ilícito.

Puede darse tal situación en casos de accidentes de carretera, en los cuales ambas partes involucradas tienen un domicilio común. Por tanto, el factor de conexión, domicilio, adquiere relevancia por sobre el criterio *lex loci*.

Varios cuerpos normativos establecen esta regla, por ejemplo, encontramos el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados Parte del Mercosur, cuyo artículo 3° sigue el criterio *lex loci,* salvo que en el accidente participaren solo personas domiciliadas en un Estado Parte del tratado, en tal caso debe aplicarse el Derecho del Estado donde se encuentre el domicilio común[49].

Por su parte, el Reglamento Roma II establece en el artículo 4°, de manera general, el factor de conexión residencia habitual en el caso que ambas partes la compartan en el mismo Estado (distinto del lugar en que se verificó el daño)[50]. Idéntico es el caso del ya citado Código Civil y Comercial de Argentina, que en su artículo 2657 establece como factor de conexión domicilio, si este es común para las partes[51].

Fernández Rozas, José y Calvo Caravaca, Alfonso, *Derecho Internacional Privado: Parte Especial*. Eurolex, Madrid, 1995, pp. 314-315).

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

48 Artículo 69. Ley aplicable a obligación contractual derivada de un hecho dañoso. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho que cause daño será la ley elegida por el autor del hecho y la víctima.

Párrafo I. En su defecto, se aplicará la ley 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 en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

49 Protocolo de San Luís, Artículo 3°. La responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último.

50 Reglamento Roma II, artículo 4.2 "No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país."

51 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, artículo 2657 "… No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país."

Por otro lado, puede suceder que el acto (u omisión) negligente y el lugar del daño, se verifiquen en un lugar desligado y completamente ajeno a las circunstancias de vida tanto de la víctima como del victimario[52]. Es por ello que se ha utilizado para evitar este resultado el establecimiento de "cláusulas de escape". El Código Civil y Comercial de Argentina, en el artículo 2597, establece la aplicación de un Derecho distinto al designado por la norma de conflicto, en razón de los lazos entre otro ordenamiento y la relación jurídica en cuestión[53].

El Reglamento Roma II también previene esta situación, el artículo 4.3 que prevé que, si la relación jurídica presenta vínculos más estrechos que la legislación de un país distinto que el designado por la norma de conflicto prevista en el mismo cuerpo normativo, debe aplicarse la ley de tal país. Precisa la norma que un vínculo más estrecho puede basarse en una relación preexistente entre las partes, como lo fuera un contrato vinculado con el hecho dañoso[54]. En definitiva, lo que se atiende es a reconocer la vinculación que presente la relación jurídica con un Estado diverso al llamado de la *lex loci*.

Cabe mencionar que, a diferencia de los métodos mencionados no regulados, que ha utilizado la jurisprudencia para evitar la aplicación del criterio *lex loci*, las cláusulas de escape ya mencionadas no admiten arbitrariedad judicial, el juez de la causa deberá comparar el caso con el ordenamiento que presenta mayor conexión, además de los requisitos establecidos en cada cláusula ya vista.

3.6. El régimen jurídico presente en Chile

De igual manera como ocurre con la determinación de la competencia judicial internacional, no encontramos regulación alguna atingente a la materia de determinación de ley aplicable en Chile, en supuestos con elementos internacionales relevantes.

En lo referente a tratados internacionales que regulen la materia, cabe hacer presente el Código de Bustamante, sigue expresamente, en su artículo 168, el criterio de elección de ley de acuerdo con el lugar del hecho generador del daño[55].

Sin embargo, en casos en que no resulte aplicable tal tratado, como lo sería que intervenga un país no signatario, cabe preguntarse por cuál criterio seguir.

52 Delegación de Uruguay cit., (n. 39), p. 5.

53 Artículo 2597.- Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente.

54 Artículo 4.3 "Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión."

55 Artículo 168 del Código de Bustamante "las obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las origine"

En virtud del principio de territorialidad de la ley, previsto en el artículo 14 del Código Civil, podría aplicarse la ley chilena si se verificare en territorio nacional el hecho generador del daño[56], a la misma conclusión arribamos si se verifica el daño en Chile, dada la importancia del daño como requisito para dar lugar a la responsabilidad civil extracontractual.

Por otro lado, si el hecho generador del daño o el daño se verifica en el extranjero, se podría plantear la "bilaterización" o "proyección internacional" de la norma del aludido artículo 14 del Código Civil, es decir, si los hechos verificados en Chile se rigen por la ley chilena, podemos interpretar que los hechos que tuvieron lugar en el extranjero se rigen por el Derecho extranjero.

4. Posición jurisprudencial chilena

Las oportunidades en la cual la Corte Suprema de Chile se ha pronunciado en casos de responsabilidad civil extracontractual internacional no han sido muchas, sin embargo, podemos traer a colación dos sentencias referidas a la materia en cuestión.

3.1. Rivas Nielsen, Fernando G. y otro c/ Óptica Rodolfo Hammersley S.A y otro, Corte Suprema, rol n° 5969-2011.

Los hechos del caso son los siguientes: El hijo de la parte demandante nació con una sordera bilateral profunda, y tras una evaluación realizada por su médico tratante y el especialista de la firma MED-EL, decidieron operarlo con la técnica del implante coclear en la Clínica Las Condes. El referido centro de salud privado celebró un contrato de compraventa con MED Austria.

Posterior a la implantación, el 25 de marzo de 2002, se constató la falla total del aparato. Luego de un proceso de negociación con los representantes de la firma MED-EL Latinoamérica SRL, la sociedad asumió toda la responsabilidad. Se realizó una segunda operación para el recambio del implante, que se llevó a cabo el 12 de abril de 2002 en la misma clínica.

La firma MED-EL AUSTRIA envió a la operación a un ingeniero. Luego, el 8 de enero de 2004, de nuevo, se presentaros fallas generalizadas y en la última calibración realizada el 4 de marzo de ese año se detectó la falla total del implante en sus doce electrodos.

En virtud de lo anterior, los padres del niño interponen demanda de responsabilidad extracontractual en contra de las compañías Med-El Elektro-Medizinische Gerate Gesellschaft m.b.h., domiciliada en Austria, y Med-El Latinoamericana, domiciliada en Argentina.

La Corte Suprema de Chile, en sede de casación, determinó que los tribunales de Chile poseían competencia judicial internacional en el presente caso, conclusión cuyo razonamiento se sustentó principalmente en el considerando sexto de la

56 Calvo y otros cit., (n. 7), p. 3.782.

sentencia: "Que, en consecuencia, considerando a la jurisdicción como un atributo de la soberanía y teniendo en cuenta que en el caso en estudio se trata de aparatos médicos deficientes, fabricados en el extranjero, que fueron implantados en Chile a un niño que tiene domicilio en el país, el cual sufrió, al igual que sus padres, perjuicios que deben ser indemnizados, no es dable sino aceptar la plena eficacia de la actuación de los Tribunales chilenos para resolver los asuntos sometidos a su decisión, sin que el argumento dado por las demandadas -empresa extranjera sin domicilio en el país- sea un elemento que permita, a un órgano que ejerce jurisdicción, excusarse de conocer los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan".

En un primer lugar, cabe destacar que la Corte descarta aplicar el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales como regla de competencia judicial internacional, concebida a partir del domicilio del demandado, en su reemplazo, el máximo tribunal aplica el artículo 5° del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, más allá de los comentarios que se pudieran efectuar al anterior punto, la pregunta fundamental radica en determinar cuál es el criterio específico adoptado por la Corte Suprema para determinar la competencia de los tribunales de chilenos.

La Corte no brinda un criterio único, y a partir del caso podemos extraer, al menos, tres posibles factores.

- *Domicilio de la víctima*, el cual se encuentra en Chile a la época de la verificación del daño y la presentación de la demanda. Tal criterio se desprende del mencionado considerando sexto de la sentencia de casación "en el caso en estudio se trata de aparatos médicos deficientes, fabricados en el extranjero, que fueron implantados en Chile a un niño que tiene domicilio en el país".
- *Lugar de producción del daño*, que se verificó en Chile respecto del daño ocasionado al menor, como también el daño moral ocasionado a los padres que se encontraban en Chile. Aquello se puede extraer del considerando sexto de la sentencia de casación "niño que tiene domicilio en el país, el cual sufrió, al igual que sus padres, perjuicios que deben ser indemnizados".

  Mismo criterio encontramos en el considerando tercero de la sentencia de primera instancia "es evidente que la condición y presupuesto, de esta responsabilidad, esto es, el daño, también se habría producido en nuestro país".
- *Lugar en que se verificó el hecho generador del daño.* El hecho generador es la fabricación del aparato defectuoso, pero el hecho dañoso no se agota en la fabricación, ya que "concluye" con su implantación en Chile, tal operación es un hecho generador del daño en el menor. En tal sentido el considerando cuarto de la sentencia de casación señala que "un hecho ilícito concluyó en Chile mediante el implante de aparatos deficientes, mismos que ocasionaron los

daños patrimoniales y extrapatrimoniales a los demandantes" Tal razonamiento está en consonancia con la sentencia de primera instancia en su considerando tercero "El asunto que se ha planteado en la demanda -en el ámbito de la responsabilidad aquiliana- se promovió en Chile, respecto a un hecho ilícito que habría concluido en Chile, precisamente al implantar al niño en dos oportunidades aparatos que tendrían un carácter defectuoso, produciéndose, igualmente, los daños demandados en nuestro país".

Sin embargo, se ha planteado que el considerando sexto mencionaría sólo dos criterios distintos para atribuir competencia, el domicilio de la víctima y el lugar donde se produce el daño[57].

Sobre el particular, coincidimos tal predicamento, en cuanto no es razonable determinar el domicilio del actor como foro general, dado que tal solución propendería al establecimiento de un "foro exorbitante", con el riesgo, además, de ser modificado unilateralmente por el actor. En el mismo sentido, una mejor lectura de la decisión de la Corte es aquella que afirma la competencia de los tribunales chilenos cuando el daño se produzca en el país[58]. Además, agregamos la posibilidad de atribuir competencia en base al lugar del hecho generador del daño, en virtud de lo ya expuesto precedentemente, y en consonancia con la teoría de la ubicuidad sustentada por el TJUE.

Por otro lado, hay que tener presente las especiales circunstancias del caso en concreto, que se podría interpretar como un supuesto de Derecho del consumidor, cuyo ámbito de protección a la víctima debe ser mayor al régimen general. Por ejemplo, el Reglamento Bruselas I establece en su artículo 18 como tribunal competente el tribunal del domicilio del consumidor[59].

Si bien no existe un contrato de consumo entre ambas partes, cabe tener en cuenta que un tercero (Clínica Las Condes) celebró un contrato con la parte demandada, por lo cual hace prever la distribución en Chile del producto y, por ello, arrastrar la competencia de los tribunales chilenos.

En lo relativo a la ley aplicable, ni los tribunales de instancia ni la Corte Suprema tuvieron a la vista la cuestión de ley aplicable, sin embargo, cabe interpretar que los jueces escogieron, implícitamente, el factor de conexión de lugar del hecho generador del daño, o el lugar del daño, ambos verificados en nuestro país.

3.2. Villanueva con Transportes Cometa (Casación). Corte Suprema, rol n° 2147-2013.

Los hechos de la causa se resumen a los siguientes puntos: Un grupo de 43 pasajeros aborda un bus de la empresa Pullman en Arica con destino La Paz, Bolivia. El bus

57 Cornejo, Pablo, "La competencia judicial internacional de los tribunales chilenos en materia de daños", *Estado Diario*, 30 de noviembre de 2020, https://estadodiario.com/columnas/la-competencia-judicial-internacional-de-los-tribunales-chilenos-en-materia-de-danos/.

58 Ibid.

59 Artículo 18 Bruselas 1 Bis "La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor".

debía partir a las 10:00 horas, sin embargo, aduciendo que el bus tenía problemas mecánicos, el inicio del viaje sufrió un retraso de 40 minutos. Al salir del terminal el bus se detuvo por 5 a 10 minutos, ya que el chofer estuvo probando los frenos, sistema de apertura y cierre de las puertas.

Transcurridos 45 de minutos de marcha el bus se detuvo nuevamente, esta vez por más de 3 horas, debido a nuevos desperfectos mecánicos, motivo por el cual tuvieron que viajar al lugar desde Arica, dos mecánicos de la empresa para, según ellos, reparar una bomba de aire que controlaba el sistema de frenos. El bus, ya pasada la frontera de Chile con Bolivia, choca con un camión y vuelca, accidente que tiene por resultado 15 muertos y varios lesionados.

En virtud de lo anterior, las víctimas demandan por responsabilidad extracontractual a la sociedad Transportes Cometa S.A, ante el tribunal del domicilio del demandado, ubicado en nuestro país, no obstante que el accidente tuvo lugar en Bolivia.

El tribunal de primera instancia, acogió, la excepción del artículo 303 n° 1 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, se declaró incompetente para seguir conociendo de este asunto, para ello tuvo presente que el artículo 34 del acuerdo sobre transporte internacional terrestre, promulgado por decreto n° 257, de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que establece una excepción en cuanto a la competencia para conocer de las acciones que deben entablarse en contra de la demandada, puesto que señala que la acción impetrada debe ser invocada en el lugar donde ocurrieron los hechos, independiente de la jurisdicción a la cual pertenece la empresa afectada.

La Corte Suprema, en sede de casación, en su considerando décimo sexto llega a la conclusión que tal acuerdo "no alude a la jurisdicción en materia de responsabilidad civil, sólo se refiere a las infracciones".

Luego, declara que "Que, en consecuencia, considerando a la jurisdicción como un atributo de la soberanía y teniendo en cuenta que en el caso en estudio se trata del supuesto incumplimiento de obligaciones contenidas en contratos de transporte terrestre celebrados en Chile, que causó perjuicios que deben ser indemnizados, no es dable sino aceptar la plena eficacia de la actuación de los Tribunales chilenos para resolver los asuntos sometidos a su decisión, sin que el argumento dado por la demandada -que el supuesto incumplimiento ocurrió en la República de Bolivia- sea un elemento que permita, a un órgano que ejerce jurisdicción, excusarse de conocer los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan…. cualquiera sea la posición que se tenga respecto de la jurisdicción en materia de responsabilidad civil extracontractual, lo cierto es que en este caso también se dedujo demanda subsidiaria de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, fundada en el incumplimiento de los contratos de transporte terrestre celebrados en Chile, por lo que no cabe duda de que en lo que toca a esta acción corresponde su conocimiento a los tribunales nacionales".

De acuerdo con lo anterior, lamentablemente la Corte no se pronunció, al menos expresamente, acerca del factor que atribuye competencia a los tribunales chilenos. Al igual que en el caso anterior, el máximo juzgador no fundamenta su competencia en razón del factor de conexión "domicilio del demandado", y simplemente se emplea como regla de competencia judicial internacional, nuevamente, el artículo 5° del Código Orgánico, dado que considera el asunto promovido dentro del territorio de la república, aunque ahora no se refiera expresamente a la responsabilidad extracontractual, sino a la responsabilidad contractual en razón del lugar de celebración del contrato.

Hay que tener a la vista que en el presente caso resulta aplicable un tratado internacional, el Código de Bustamante, dado que tanto Chile como Bolivia son Estados que ratificaron tal instrumento, por tanto, y en virtud del principio de jerarquía, es aplicable con preferencia un tratado internacional por sobre las leyes internas. Al efecto, su artículo 323 establece el domicilio del demandado como regla de competencia judicial internacional, por lo cual, resulta ajustado a derecho la atribución de competencia de los tribunales chilenos.

Sin embargo, el profesor Alejandro Romero estima que "si se demanda en Chile para hacer efectiva alguna hipótesis de responsabilidad civil por un hecho ocurrido en otro país (por ejemplo, por un accidente ocurrido en territorio extranjero), procede acoger la declinatoria de jurisdicción, salvo que exista una norma legal que expresamente otorgue a nuestros tribunales la competencia para conocer de ese hecho[60], aquella conclusión se fundamenta en el hecho que el Código de Bustamante llama a aplicar la ley del lugar del hecho generador del daño, lo cual conllevaría a aplicar en Chile una ley extranjera, cuestión, según el académico referido, resulta improcedente, dado el principio de territorialidad de la ley, "salvo que exista una habilitación especial de preceptos de derecho internacional que autoricen el reenvío"[61].

Aquella interpretación consideramos que se debe a la reserva efectuada por Chile al Código de Bustamante[62], razón por la cual el profesor considera que la aplicación de la ley extranjera resultaría, *a priori*, contraria al orden público de Chile, dado que toda remisión al Derecho extranjero hecha por el Código de Bustamante sería inválida, sin embargo, sí serían válidas aquellas remisiones establecidas por el legislador nacional. Tal punto de vista implica alterar la naturaleza propia del orden público como aquella institución que limita la aplicación del Derecho extranjero, dado que esta solo debe actuar *a posteriori*, luego de conocidos los efectos de la norma en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez resuelta aquella problemática, no habría problema con aplicar el mencionado artículo 168 del Código de Bustamante como criterio de determinación de ley

60 Romero cit., (n. 19), p. 9.

61 Ibid. p. 9.

62 "...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".

aplicable al fondo del asunto, el cual establece como factor de conexión el lugar en que se verifique el hecho generador del daño, por lo cual podemos concluir que, si se establece que el hecho generador del accidente se verificó en Chile, por una omisión en la revisión técnica del bus, será aplicable la ley chilena. En cambio, si se verificó en Bolivia el accidente producto de una negligencia del conductor, será aplicable la ley boliviana.

4. Conclusión

Creemos que, a diferencia de la normativa ya analizada de Estados extranjeros, el marco jurídico establecido por el Derecho Internacional Privado nacional no satisface las exigencias básicas que impone el tráfico jurídico actual, que se desarrolla en el contexto de una economía globalizada.

En efecto, si bien los tribunales chilenos, al parecer, han seguido factores de conexión que se han adoptado en el ámbito jurídico comparado, aquellos factores no se evidencian explícitamente, sin que se vislumbre una postura clara que permita anticipar claramente sus decisiones.

Bibliografía

Audley Mclaughiln, James, "Conflict of Laws: The Choice of Law Lex Loci, Doctrine, the Beguiling Appeal of a Dead Tradition, Part One", *West Virginia University College of Law Review*, vol. 93, n° 4, 1991, pp. 957-999.

Cabrillac, Rémy, "El derecho civil francés desde el Código Civil", *Revista de Derecho*, vol. 22, n°. 2, 2009, pp. 65-73.

Calvo, Alfonso, Carrascosa, Javier, Caamiña, Celia, Castellanos, Esperanza y Rodríguez, Juliana, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Cornejo, Pablo, "La competencia judicial internacional de los tribunales chilenos en materia de daños", *Estado Diario*, 30 de noviembre de 2020, https://estadodiario.com/columnas/la-competencia-judicial-internacional-de-los-tribunales-chilenos-en-materia-de-danos/.

Delegación de Uruguay, Exposición de motivos del proyecto de convención interamericana sobre ley aplicable y jurisdicción internacionalmente competente en materia de responsabilidad extracontractual", 4 de febrero de 2002, OEA/Ser.K/XXI.6, Sexta conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), Washington, DC.

Gallegos, Jaime, "El Derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio", en *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2014, pp. 213-244.

González Campos, Julio, Fernández Rozas, José y Calvo Caravaca, Alfonso, *Derecho Internacional Privado: Parte Especial*. Eurolex, Madrid, 1995.

González, Edison, "El régimen internacional de las obligaciones extracontractuales", *Derecho PUCP*, n° 21, 1962, pp. 58-73.

Iñiguez, Daniel, "Daños emergentes de accidentes de tránsito en los Estados parte del Mercosu", en *Edición Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe,* Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005.

Mereminskaya, Elina. "Las paradojas del Derecho Internacional Privado chileno", *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, nº 1, 2007, pp. 139-157.

Opertti, Didier, *Derecho Internacional Privado y Medio Ambiente. La Contaminación Transfronteriza y el Derecho Internacional Privado*, Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial del Uruguay, Montevideo, 1992.

Ramírez, Mario, *Curso Básico de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Santiago, 2003

Romero, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

Villarroel Barrientos, Carlos, y Villarroel Barrientos, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015.

Jurisprudencia:

Aguinda v Chevron-Texaco, Corte del Distrito Sur de Nueva York, 2002.

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

Mines de Potasse / Handelskwekerij G.J. Bier BV, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30 de noviembre de 1976, C-21/1976 (Unión Europea).

Rivas Nielsen, Fernando G. y otro c/ óptica Rodolfo Hammersley S.A y otro, Corte Suprema, 10 de abril de 2013, rol n° 5969-2013 (Chile).

Villanueva c/ Transportes Cometa, Corte Suprema, 16 de septiembre de 2013, rol n° 2147-2013 (Chile).

APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO RESPUESTA A MIGRACIÓN DE APÁTRIDAS EN CHILE

APPLICATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW AS A RESPONSE TO STATELESS MIGRATION IN CHILE

Boris Tapia Barrientos*

RESUMEN

La migración aumenta debido a diversos factores sociales, políticos, estructurales de cada Estado. La ilegalidad de la migración es una realidad debido a la falta de políticas concretas y a interpretaciones inadecuadas de las normas. Ante este vacío normativo, algunos migrantes ilegales se acogen a ciertas políticas de protección familiar o a medidas contra la discriminación en general, lo que ha resultado en situaciones de apatridia en Chile. A pesar de los esfuerzos para abordar estos retos, actualmente existe un limbo legal para algunos migrantes que no se consideran ni legales, ni irregulares, siendo denominados ilegales-apátridas, sin poder regularizar su situación ni ser devueltos o expulsados a su país de origen. Por ello, se propone aplicar el Derecho Internacional Privado para abordar la situación particular de cada apátrida en coordinación con cada Estado involucrado.

PALABRAS CLAVE: *migración, apátridas, migrantes legales, migrantes irregulares, migrantes ilegales.*

ABSTRACT

Migration increases due to various social, political and structural factors in each state; the illegality of migration is a reality due to the lack of concrete policies and inadequate interpretations of the rules. Given this regulatory vacuum, some illegal migrants take advantage of certain family protection policies or measures against discrimination in general, which has resulted in situations of statelessness in Chile. Despite efforts to address these challenges, there is currently a limbo for some migrants who are considered neither legal nor irregular, being called illegal-stateless persons, unable to regularize their situation or be returned or expelled to their country of origin. Therefore, it is proposed that Private International Law be applied to address the particular situation of each stateless person in coordination with each State involved.

KEYWORDS: *migration, stateless persons, legal migrants, irregular migrants, illegal migrants.*

1. Introducción

En la Cumbre de Desarrollo Sostenible, realizada en Nueva York del 25 al 27 de septiembre de 2015, se adoptó la Declaración sobre el Desarrollo Sostenible,

* Licenciado en Psicología, egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés en La Paz, Bolivia. Docente de post grado de la Universidad Franz Tamayo. Correo electrónico btapiabarrientos@gmail.com

denominada "La transformación de nuestro mundo: la Agenda para el Desarrollo Sostenible 2030" (Agenda 2030), que parte del principio de "no dejar a nadie atrás". Esta Agenda establece un conjunto de 17 objetivos (Objetivos de Desarrollo Sostenible - ODS) que agrupan 169 metas de aplicación universal para los próximos 15 años. El Director General de la OIM, William Lacy Swing, expresó el compromiso de apoyar a los gobiernos en la tarea de "garantizar que se logren los objetivos de migración de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, para que la migración se vuelva humana y digna". El representante especial del secretario general de las Naciones Unidas para la Migración Internacional, Peter Sutherland, destaca que la Agenda 2030 parte de un principio inclusivo frente a los migrantes, los refugiados y las personas internamente desplazadas. De hecho, la declaración que acompaña a los Objetivos de Desarrollo Sostenible afirma: "Vamos a cooperar internacionalmente para garantizar una migración segura, ordenada y regular, que implique el pleno respeto de los derechos humanos y el trato humano de los migrantes, independientemente de su condición migratoria, de los refugiados y de los desplazados"[1].

2. Denominaciones migratorias en Chile

En Chile se manejan dos tipos de denominación migratoria: el control de identidad, que generalmente tiene un origen de persecución criminal, y el control migratorio, que se explicita en el contexto de las facultades otorgadas a las policías en materia de inmigración, cuyo objetivo es mantener un estricto seguimiento de todas las personas que transitan por los pasos fronterizos o espacios físicos de acceso.[2]

3. Interpretación del Ministerio del Interior (y seguridad) en Chile

En 1995, el Ministerio del Interior de Chile interpretó que los "extranjeros transeúntes" serían aquellas personas que se encuentran en el país en tránsito, como los turistas o tripulantes, y en situación migratoria irregular. Como consecuencia de esa interpretación se inscribieron en el país como HET (Hijo de Extranjero Transeúnte) al menos cuatro mil personas, casi todas porque sus padres no contaban con documentos que acreditaran su residencia y, por ende, se encontraban en situación migratoria irregular al momento del nacimiento de su hijo. Desde 2014, la interpretación administrativa desconocía la nacionalidad, lo que podría generar una vulneración a los derechos humanos de las niñas y niños inscritos como HET. Diversas organizaciones de la sociedad civil y universidades abordaron la situación de diversas formas, incluyendo la presentación de reclamos de nacionalidad ante la Corte Suprema.

1 Canelón, Agrivalca y Almansa, Ana, "Migración: retos y oportunidades desde la perspectiva de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)", *RETOS, Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, vol. 8, n°. 16, 2018, pp. 109-120.

2 Fiscalía de Chile, Control de identidad migratoria. Recuperado de http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogasChile/documentos/publicaciones/control_de_identidad_migratorio_XM.pdf.

En el marco de estos casos, el máximo tribunal confirmó, de forma consistente, la nacionalidad chilena de aquellas personas a quienes se les había desconocido este derecho al momento de su nacimiento, por la sola circunstancia de la situación migratoria irregular de sus padres/madres.[3]

4. Modificación del criterio de interpretación del concepto de extranjero transeúnte

En agosto de 2014, a la luz de las obligaciones internacionales y adoptando el criterio de la Corte Suprema, el Departamento de Extranjería y Migración (DEM) reinterpretó el concepto de "extranjero transeúnte", señalando que este término se refiere solo a quienes se encuentran de paso por Chile y no presentan ánimo de residencia, es decir, solo a los turistas y tripulantes, no correspondiendo extender su aplicación a extranjeros en situación de irregularidad migratoria.[4]

5. Adhesión de Chile a la Convención sobre el estatuto de los apátridas

En 2017, Chile concluyó el proceso de adhesión a la Convención sobre el estatuto de los apátridas, de 1954, y a la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961, luego de depositar los instrumentos correspondientes ante la Secretaría General de las Naciones Unidas en Nueva York. Así, se convirtió en el país número noventa en adherir a la Convención de 1954 y el número setenta y uno en adherir a la Convención de 1961. Actualmente, la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) estima que, al menos 10 millones de personas en el mundo, no cuentan con una nacionalidad, es decir, son apátridas. Como resultado de esta situación, algunas no pueden ir a la escuela, al médico, encontrar un trabajo, abrir una cuenta bancaria o casarse. Al adherir a estas convenciones, los Estados se comprometen a brindarles protección y garantizar su acceso a derechos fundamentales.

Mientras que la Convención de 1954 define el concepto de "apátrida" y regula la protección de las personas con ese carácter, la Convención de 1961 establece normas para prevenir la apatridia y asegurar el derecho a la nacionalidad, previsto en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración y Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con estas acciones, Chile demuestra aún más su compromiso en la erradicación de esta problemática, a partir de lo cual ACNUR felicitó al Estado de Chile, y el Representante de la Oficina Regional para el Sur de América Latina, Michele Manca di Nissa, reiteró el compromiso de la Agencia para cooperar con el país para lograr la erradicación de la apatridia en el mundo.[5]

3 VVAA, *Chile reconoce*, 2017, Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2017/11214.pdf

4 Ibid.

5 Ibid.

6. Concepto de apátridas

A los efectos de la convención aludida, el término "apátrida" designa a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.[6]

7. Situación actual de migrantes en Chile

Pese a los esfuerzos enunciados los especialistas apuntan a la "falta de soluciones y políticas reales" frente al fenómeno migratorio. Organizaciones y académicos plantean que no se ha logrado una respuesta integral a la crisis migratoria que se vive actualmente en el país, mientras que desde la oposición sostienen que el Gobierno no ha tenido una buena gestión.[7]

8. Propuestas para una adecuada migración

El informe de la Organización Internacional de Migraciones, denominado Aplanamiento de la movilidad humana para rescatar la Agenda 2030 es el primero de su tipo en términos de alcance, y una contribución central de esa entidad a la Cumbre de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2023. El informe muestra cómo, con la acción correcta, la movilidad humana puede ayudar a alcanzar los ODS y apoyar el desarrollo más allá de 2030. Presenta evidencia relacionada bajo seis "Acciones de Aceleración", mostrando los beneficios potenciales de la acción política a través del análisis del Centro de Migración, Política y Sociedad (COMPAS, de la Universidad de Oxford) y el World Data Lab WDL GmbH. Ejemplos de iniciativas exitosas y recomendaciones sobre cómo avanzar son relevantes para las áreas políticas que, a menudo, operan por separado, lo que trae nuevas conexiones para la consideración de los responsables políticos. Esto se refleja en la mezcla de ODS que cada acción apoya; muchos no se mencionan a menudo en la misma frase. Las acciones también tienen como objetivo conectar a países y comunidades. Son universalmente relevantes, otorgando un papel que desempeñar a los países de todas las regiones, tanto en la recepción como en el envío de migrantes, y en todos los niveles de ingresos. Por último, unen varios elementos transversales de la política de movilidad y desarrollo, que deben estar relacionados con las intervenciones.[8]

9. Propuestas finales.

Si bien los esfuerzos para la erradicación de apátridas en el mundo son evidentes y concreto, existen situaciones que dejan en estado de indefensión a ciertos

6 Artículo 1° del decreto n° 112, de 2018, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, que promulga la Convención sobre el estatuto de los apátridas.

7 Radio Universidad de Chile. (Especialistas apuntan a falta de soluciones y políticas reales frente a fenómeno migratorio en el país. Recuperado de https://radio.uchile.cl/2023/11/23/especialistas-apuntan-a-falta-de-soluciones-y-politicas-reales-frente-a-fenomeno-migratorio-en-el-pais/

8 Mosler, Elisa, *Leveraging Human Mobility to Rescue the 2030 Agenda IOM Flagship Report for the SDG Summit. IOM*, Ginebra, 2023.

migrantes que no encajan o cumplen con los requisitos para asegurar el derecho a la nacionalidad como el ir a la escuela, al médico, encontrar un trabajo, abrir una cuenta bancaria o casarse, lo cual supone relevantes desafíos.

Frente a este escenario, como propuesta, nos permitimos recordar que la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado constituye una obra de fundamental importancia, ya que en ella se regulan de forma sistemática gran parte de los problemas generales del Derecho Internacional Privado, procurando garantizar el respeto del Derecho extranjero.

En la esfera del Derecho Internacional Privado, es muy importante el estudio de la nacionalidad, ya que la condición jurídica de una persona depende, en cierta medida, de su nacionalidad y determina los derechos y deberes que gozan los extranjeros. La finalidad de solucionar los conflictos de leyes requiere determinar la nacionalidad de las partes, independientemente del tipo de relación civil, penal, contractual, laboral u otras, debido a que el estado civil y la capacidad jurídica de las personas se rigen por su ley personal. Como expresa Niboyet, la idea de un individuo sin nacionalidad es tan extraña como la idea de una cosa sin dueño[9].

Aun cuando la aludida convención no ha sido ratificada por Chile, permitiría avanzar en distintas materias para facilitar la recepción y aplicación del Derecho extranjero, entre otros aspectos, en materia de nacionalidad.

Bibliografía

Canelón, Agrivalca y Almansa, Ana, "Migración: retos y oportunidades desde la perspectiva de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)", *RETOS, Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, vol. 8, n°. 16, 2018, pp. 109-120.

Columba, Asdrúval, *Derecho Internacional Privado*, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2023.

Mosler, Elisa, *Leveraging Human Mobility to Rescue the 2030 Agenda IOM Flagship Report for the SDG Summit. IOM*, Ginebra, 2023.

Radio Universidad de Chile. (Especialistas apuntan a falta de soluciones y políticas reales frente a fenómeno migratorio en el país. Recuperado de https://radio.uchile.cl/2023/11/23/especialistas-apuntan-a-falta-de-soluciones-y-politicas-reales-frente-a-fenomeno-migratorio-en-el-pais/

VVAA, *Chile reconoce*, 2017, Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2017/11214.pdf

Normativa

Decreto 112, de 2018, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga la Convención sobre el estatuto de los Apátridas (Chile).

9 Columba, Asdruval, *Derecho Internacional Privado*, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2023.

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO: CONDENA AL ESTADO DE CHILE

Sebastián Henríquez San Martín*

1. Introducción

El Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya o Convenio) es un tratado que busca garantizar la restitución de niños, niñas y adolescentes (NNA) trasladados o retenidos ilícitamente desde su residencia habitual. Su fin es preservar el *statu quo* previo a la sustracción[1], proteger al menor de sus efectos perjudiciales y asegurar su retorno inmediato a su residencia habitual[2].

La filosofía del Convenio apunta a resguardar el verdadero interés del menor[3], en sintonía con los principios de protección de la infancia. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) exige que cualquier decisión sobre menores priorice su interés superior, el cual debe orientar la interpretación y aplicación del Convenio.

Este comentario analiza la decisión CRC/C/90/D/121/2020 del Comité de Derechos del Niño (el Comité), que concluyó que Chile violó la CDN al autorizar el retorno a España de un niño con autismo. Esta es la primera vez que el anotado organismo se pronuncia sobre sustracción internacional de menores. La decisión destaca por interpretar el Convenio a la luz del principio del interés superior del niño, fijando criterios para estos procedimientos, considerando la situación de vulnerabilidad.

2. Hechos del caso

El caso se centra en el niño J.M., nacido en 2016, en Chile, hijo de N.E.R.Á. (la madre) y O.S.F. (el padre). Tras una residencia en España por motivos laborales del padre, la relación de la pareja se deterioró. La madre denunció maltrato psicológico y adicción al cibersexo por parte del padre. En abril de 2017 se diagnosticó a J.M. con autismo.

---

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1 Picand, Eduardo, "El interés superior del niño en la Convención de la Haya de 1980 sobre restitución internacional de menores" en Departamento de Derecho internacional de la Universidad de Chile (ed.), *Estudios de Derecho Internacional contemporáneo: homenaje al profesor Edmundo Vargas Carreño*, Thomson Reuters, Santiago, 2024, p. 229.

2 Ayala, Irene, "El menor como víctima: La eficacia de la regulación internacional frente a los secuestros internacionales de menores", en Ordeñana Gezurga, Ixusko (dir.), *Víctimas en distintos ámbitos del derecho*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011, p. 115.

3 Pérez-Vera, Elisa, "Rapport explicatif", en Bureau Permanent de la Conférence (ed.), *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haya, 1982, p. 431.

En julio de 2017, ambos progenitores autorizaron que la madre viajara con el niño a Chile por un tiempo determinado. No obstante, al iniciar tratamiento médico, decidieron permanecer en el país por al menos dos años, mientras el padre iniciaba tratamiento en España. En marzo de 2018, el padre visitó Chile sin objetar la permanencia del niño. En julio de 2018 denunció en España la retención ilícita de su hijo, solicitando su restitución en virtud del Convenio.

En enero de 2019, el 1er Juzgado de Familia de Viña del Mar rechazó la solicitud de restitución, concluyendo que la madre contaba con el consentimiento del padre para la permanencia en Chile, que configuraba la residencia habitual del niño. Aplicando el artículo 13 literal a) del Convenio, el tribunal priorizó el interés superior de J.M., advirtiendo que la restitución afectaría su estabilidad y bienestar, dada su condición, y la posibilidad de una separación materna. La Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó el fallo de primer grado.

En septiembre de 2019 la Corte Suprema revocó ambas sentencias y ordenó la restitución de J.M. a España, sin especificar las condiciones del retorno, ni con quién residiría ni en qué circunstancias se llevaría a cabo. La madre desobedeció el fallo y fue declarada en rebeldía.

La madre recurrió al Comité, solicitando dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema, que se permitiera a J.M. permanecer en Chile bajo su cuidado, que se pusiera término a las medidas coercitivas en su contra, y que un juez chileno decidiera sobre las atribuciones parentales.

3. Doctrina

El Comité recordó que el Convenio busca la restitución inmediata del menor para proteger su interés superior, pero esta presunción puede ceder ante las excepciones de los artículos 12, 13 y 20. Los tribunales deben valorar estos factores eximentes, fundamentando sus decisiones a la luz del artículo 3° de la CDN, e interpretar las excepciones de forma estricta.

Reconoció que el juez de restitución no tiene los mismos elementos que quien resuelve sobre custodia o visitas, pero debe evaluar si la restitución podría dañar al niño o ser perjudicial para su interés superior.

En el caso de J.M., el Comité observó que el Juzgado de Familia rechazó la restitución, considerando el consentimiento del padre y los riesgos para J.M. debido a su autismo y su posible separación, en línea con la CDN. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión sin abordar adecuadamente estos factores, especialmente la vulnerabilidad de J.M. y su vínculo materno, y sin evaluar el retorno conjunto madre-hijo ni el impacto de la orden de detención contra la madre en España. Por esto, el Comité no pudo confirmar que la Corte Suprema hubiera evaluado estos elementos, y consideró que la audiencia posterior para ejecutar la restitución no subsanó la omisión.

El Comité concluyó que la restitución inmediata, sin medidas de protección ni adecuada evaluación del interés superior del niño, vulneró el artículo 3° de la CDN, en relación con los artículos 9 y 23.

El Comité estableció que Chile debe:

1. Revaluar la solicitud de restitución considerando el tiempo transcurrido y el grado de integración de J.M. en Chile.
2. Otorgar una reparación efectiva, incluyendo indemnización.
3. Garantizar que el interés superior del niño sea prioritario en futuras decisiones de restitución internacional, conforme a los criterios de esta decisión.

Finalmente, pidió al Estado informar sobre las medidas adoptadas en 180 días y difundir la decisión.

4. Comentario

4.1. Interpretación del Convenio a luz de la CDN

4.1.1. Interés superior del niño

El Comité de los Derechos del Niño sostuvo que el Convenio debe interpretarse a la luz del principio del interés superior del niño, consagrado en la CDN y el preámbulo del Convenio. Coincidimos, pues los Estados deben cumplir sus obligaciones en derechos humanos, especialmente respecto de los niños. Esto implica que no pueden aplicar el Convenio sin considerar los estándares internacionales, en particular los de la CDN y su interpretación por el Comité. Esta postura ha sido respaldada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha insistido en que la aplicación del Convenio no debe ser automática, sino que debe evaluarse el bienestar del niño[4].

Aunque el Convenio favorece la restitución inmediata al Estado de residencia habitual, esta presunción no es absoluta. Puede ceder ante casos excepcionales que contravengan el interés superior del niño, debiendo evaluarse en cada caso[5]. La tensión entre el Convenio y la CDN es solo aparente, ya que ambos buscan proteger los derechos de los NNA. Los órganos internacionales distinguen entre restitución y custodia, señalando que "las cuestiones de fondo relacionadas con custodia y visitas se reservan para el país de residencia habitual"[6], sin embargo, ello no exime una evaluación cuidadosa del interés superior del niño, especialmente en casos de riesgo o circunstancias excepcionales.

4 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*, demanda N° 39388/05, párrafo 138.

5 Marín, Carolina y Singh, Mani, "Return of a child with autism to Spain under The Hague Convention 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction", 31 de octubre de 2022, en línea: https://www.childrensrightsobservatory.org/case-notes/jm-v-chile.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de septiembre de 2023, *Córdova vs. Paraguay*, serie C No. 505, párrafo 73.

El TEDH ha subrayado que la prioridad de la restitución no debe ser rígida[7], sino que debe considerar aspectos como el tiempo transcurrido desde la sustracción y el grado de integración del menor en su nuevo entorno[8]. En el caso *X vs. Letonia*, el TEDH afirmó que la celeridad no exime al juez de evaluar las excepciones previstas en el Convenio[9]. Además, ha señalado que el interés superior del niño busca garantizar su desarrollo y preservar los vínculos familiares, salvo que se demuestre que son perjudiciales[10].

El Comité, en su Observación General n° 14, señala que el interés superior del niño es un concepto flexible que requiere interpretación individualizada, considerando sus características y entorno[11]. Esta visión ha sido acogida por la Corte Suprema de Chile, que señala que los jueces deben concretar este principio según los hechos y circunstancias del caso[12]. El profesor Eduardo Picand ha identificado tres funciones del principio en procedimientos de sustracción internacional: positiva (maximizar derechos), negativa (prevenir riesgos) y hermenéutica (guiar la interpretación normativa para cumplir las funciones anteriores)[13].

En conclusión, aunque el Convenio promueve la restitución inmediata, su aplicación debe ser evaluada caso por caso, priorizando siempre el interés superior del niño.

4.1.2. Interpretación restrictiva de las excepciones del Convenio

Las excepciones al deber de restitución previstas en el Convenio deben interpretarse estrictamente, según el Comité de los Derechos del Niño, para evitar que se usen como pretexto para frustrar los fines del Convenio, como el retorno inmediato del niño y la prevención de efectos nocivos del traslado ilícito. Toda excepción debe estar debidamente justificada, demostrando que la restitución perjudicaría gravemente el interés superior del niño. Esta postura tiene amplio respaldo doctrinario[14].

La jurisprudencia nacional e internacional[15], incluida la del TEDH, respalda esta interpretación restrictiva. El TEDH ha advertido que aceptar ciertos argumentos vaciaría de contenido el Convenio, por lo que las excepciones deben ser estrictamente interpretadas para evitar que el progenitor sustractor obtenga

7 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*, demanda N° 39388/05, párrafo 138.

8 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*, demanda N° 39388/05, párrafo 139.

9 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2013, *X vs. Letonia*, demanda N° 27853/09, párrafo 118.

10 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 2007, *Maumousseau y Washington vs. Francia*, demanda N° 39388/05, párrafo 67.

11 Comité de los Derechos del Niño, "Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14, p. 9.

12 Corte Suprema, 8 de septiembre de 2020, Rol N° 24587-2020, considerando 5°.

13 Picand, Eduardo, cit (n. 1), p. 234.

14 Pérez-Vera, Elisa, cit. (n. 3), p. 434 ; Beaumont, Paul y McEleavy, Peter E., *The Hague Convention on international child abduction*, Oxford University Press, 1999, p. 138.

15 Corte Suprema de Suiza, 30 de enero de 2017, caso N° 5A_936/2016, considerando 6.1; Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 24 de mayo de 2022, expediente N° 9193105, considerando 7°, y Corte de Apelaciones de Irlanda, 30 de julio de 2019, [2019] IECA 227, párrafo 63.

reconocimiento legal de una situación unilateral[16]. La Corte Suprema de Chile también ha sostenido que el interés superior del niño obliga a una interpretación restrictiva de las excepciones a la restitución[17].

La lógica de este enfoque es clara: si en general el interés superior del niño se satisface con su pronta restitución, un uso amplio de las excepciones podría incentivar traslados o retenciones arbitrarias. Así, una aplicación laxa no solo debilita el mecanismo internacional, sino que también puede legitimar situaciones generadas por vías de hecho.

4.1.3. La seguridad del menor

El Comité destaca que el tribunal encargado de resolver sobre la restitución internacional debe asegurar que se realice de manera segura, en línea con el artículo 13 n°1 literal b) del Convenio, que prevé una excepción si la restitución expone al niño a un grave riesgo de daño físico o psíquico. El riesgo debe ser concreto, real y significativo[18], y el daño, de seriedad tal que se considere una situación intolerable[19].

En ciertos casos, el daño a un progenitor puede generar un grave riesgo para el niño. La Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya lo reconoce, señalando que no es necesario que el niño sea víctima directa del daño para que se configure la excepción[20]. En este caso, el riesgo psíquico era evidente, ya que el niño con Trastorno del Espectro Autista (TEA) tenía un vínculo afectivo estrecho con su madre, quien era su principal cuidadora, y su separación podría afectar gravemente su estabilidad emocional.

El análisis debía centrarse en el impacto psicológico de la separación y si alcanzaba el umbral de gravedad exigido por el artículo 13 n°1 literal b), considerando si existían medidas de protección adecuadas[21]. La existencia de una orden de detención contra el progenitor no basta por sí sola para aplicar la excepción[22], pero si se combina con vulnerabilidades del niño, como su neurodivergencia, el análisis debe ser más detallado.

El caso de J.M. muestra la importancia de considerar las necesidades particulares de los menores, especialmente aquellos con neurodivergencia. Tratarlo como a un niño neurotípico podría ocasionar un daño severo, lo que contradice el principio

16 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 2007, *Maumousseau y Washington vs. Francia*, demanda N° 39388/05, párrafo 73. En el mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de junio de 2023, *Kukavica vs. Bulgaria*, demanda N° 57202/21, párrafo 15 y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2013, *X vs. Letonia*, demanda N° 27853/09, párrafo 116

17 Corte Suprema, 27 de septiembre de 2024, Rol N° 28290-2024, considerando 6°.

18 Corte Suprema del Reino Unido (Inglaterra y Gales), 10 de junio de 2011, Re E [2011] UKSC 27, párrafo 33.

19 Corte Suprema de Canadá, 20 de octubre de 1994, [1994] 3 SCR 551.

20 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980. Guía de Buenas Prácticas*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado - HCCH Oficina Permanente, La Haya, 2021, parte VI: Art. 13(1)(b), p. 26.

21 Tribunal Regional Superior de Núremberg para asuntos de familia, 5 de julio de 2017, caso N° 7 UF 660/17.

22 Corte Suprema de Israel, 10 de agosto de 2010, caso N° 5690/10.

del interés superior del niño. Por lo tanto, se requiere un análisis individualizado y sensible a las circunstancias del menor.

Por ello, la neurodivergencia del menor introduce una dimensión crítica que obliga a repensar el umbral y la aplicación del artículo 13 n° 1 literal b). No basta con una evaluación abstracta del riesgo ni con una confianza genérica en las medidas de protección del Estado requirente; se exige de un análisis individualizado, situado y atento al impacto concreto que la restitución tendría sobre ese niño. Este caso resalta la necesidad de un enfoque interseccional en la aplicación del Convenio, reconociendo que no todos los niños enfrentan la restitución de la misma manera.

La excepción del artículo 13 n° 1 literal b) no fue debatida en sede interna, ya que la Corte Suprema revocó la sentencia por falta de acreditación del consentimiento, atendiendo al artículo 13 n° 1 literal a), sin pronunciarse sobre el riesgo grave.

Es necesario advertir que, algunos autores, como Marín y Singh, argumentan que el Comité excedió su mandato al valorar hechos no considerados por la jurisdicción interna y sugerir medidas de protección, contradiciendo a la Corte Suprema[23].

No compartimos esa visión. Creemos que el Comité actuó dentro de sus competencias al analizar el riesgo de la restitución y pronunciarse sobre el artículo 13 n°1 literal b). La omisión de la Corte Suprema no impide al Comité evaluar si la decisión estatal respetó las obligaciones internacionales derivadas de la CDN, ya que su función es valorar los hechos y garantizar el interés superior del niño y la protección adecuada frente a los riesgos.

En consecuencia, la omisión interna no limita la potestad del Comité de pronunciarse. Sostener lo contrario vaciaría de contenido su rol de órgano de control y debilitaría su capacidad de proteger efectivamente los derechos de NNA.

3.2. Función del Comité

La resolución del Comité aclara que no actúa como instancia de apelación frente a las decisiones de los tribunales nacionales en casos de restitución internacional. Su función se limita a verificar si la interpretación y aplicación del Convenio por parte de dichos tribunales se ajusta a las obligaciones del Estado bajo la CDN.

Sin embargo, se advierte una tensión entre esta declaración y la recomendación dirigida al Estado de Chile de reevaluar la solicitud de restitución. El uso del término "debe" en la decisión sugiere que, en la práctica, la recomendación opera como una revisión adicional del caso. Marín y Sigh sostienen que dicha recomendación constituye un error, pues convierte al Comité en una especie de tribunal de apelación al instar a la realización de una nueva audiencia[24].

Aunque formalmente el Comité no tiene esa función, el carácter imperativo de su recomendación genera un debate sobre los límites de su intervención. Resulta

23 Marín, Carolina y Singh, Mani, cit. (n. 5).

24 Ibid.

esencial que el Comité clarifique y fundamente con precisión el alcance de su rol en estos casos, a fin de resguardar sus principios sin comprometer su misión de proteger los derechos fundamentales de NNA.

5. Conclusiones

El caso *N.E.R.Á. c. Chile* marca un hito en la interpretación del Convenio al consolidar su armonización con la CDN. El Comité destacó que el principio del interés superior del niño debe guiar la interpretación del Convenio y es una obligación jurídica para los Estados parte. La restitución internacional no puede ser un automatismo que ignore la complejidad de los casos y los contextos de vulnerabilidad.

El Comité subrayó que cada restitución debe evaluarse según su impacto real en el niño, y que las excepciones del artículo 13, aunque de interpretación estricta, exigen considerar escenarios donde la restitución pueda causar un daño mayor que el que busca evitar. En este caso, la neurodivergencia del menor y su vínculo con la madre exigían un análisis más profundo, que la Corte Suprema omitió.

La decisión reafirma el deber de los tribunales de no perder de vista que el Convenio busca proteger a los NNA. También subraya la necesidad de un enfoque interseccional y contextualizado en la aplicación del Derecho Internacional Privado, que considere la realidad concreta de cada niño y sus necesidades.

Este caso es relevante no solo por los derechos en juego, sino también porque cuestiona el rol del Comité frente a las jurisdicciones internas, revisa los estándares actuales de grave riesgo en contextos de neurodivergencia infantil y propone una interpretación del Convenio más sensible a la diversidad de las infancias. Representa una oportunidad para avanzar hacia una práctica judicial verdaderamente centrada en el NNA, en su individualidad y en su dignidad.

Bibliografía

Ayala, Irene, "El menor como víctima: La eficacia de la regulación internacional frente a los secuestros internacionales de menores", en Ordeñana Gezurga, Ixusko. (Dir), *Víctimas en distintos ámbitos del derecho*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011, pp. 107-132.

Beaumont, Paul y McEleavy, Peter E., *The Hague Convention on international child abduction*, Oxford University Press, 1999.

Marín, Carolina y Singh, Mani, "Return of a child with autism to Spain under The Hague Convention 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction", 31 de octubre de 2022, en línea: https://www.childrensrightsobservatory.org/case-notes/jm-v-chile

Pérez-Vera, Elisa, "Rapport explicatif" en Bureau Permanent de la Conférence (Ed), *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*,

Conférence de La Haye de droit international privé, La Haya, 1982, pp. 426-476.

Picand, Eduardo, "El Interés Superior del Niño en la Convención de la Haya de 1980 sobre Restitución Internacional de Menores", en Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile (ed.), *Estudios de Derecho Internacional contemporáneo: homenaje al profesor Edmundo Vargas Carreño*, Thomson Reuters, Santiago, 2024, pp. 229-256.

Normativa

Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Jurisprudencia

Comité de Derechos del Niño, 20 de junio de 2022, dictamen CRC/C/90/D/121/2020.

Corte de Apelaciones de Irlanda, 30 de julio de 2019, [2019] IECA 227.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de septiembre de 2023, *Córdova vs. Paraguay*, serie C No. 505.

Corte Suprema de Chile, 8 de septiembre de 2020, rol n° 24587-2020.

Corte Suprema de Chile, 27 de septiembre de 2024, rol n° 28290-2024.

Corte Suprema de Canadá, 20 de octubre de 1994, [1994] 3 SCR 551.

Corte Suprema de Israel, 10 de agosto de 2010, caso N° 5690/10.

Corte Suprema de Argentina, 24 de mayo de 2022, expediente n° 9193105.

Corte Suprema del Reino Unido, 10 de junio de 2011, Re E [2011] UKSC 27.

Corte Suprema de Suiza, 30 de enero de 2017, caso N° 5A_936/2016.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de junio de 2003, *Maire vs. Portugal*, demanda n° 48206/99.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 2007, *Maumousseau y Washington vs. Francia*, demanda n° 39388/05.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*, demanda n° 39388/05.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2013, *X vs. Letonia*, demanda n° 27853/09.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de junio de 2023, *Kukavica vs. Bulgaria*, demanda n° 57202/21.

Tribunal Regional Superior de Núremberg para asuntos de familia, 5 de julio de 2017, caso n° 7 UF 660/17.

Comité de los Derechos del Niño, "Observación general n° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3°, párrafo 1)", 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.

RECONOCIMIENTO DE FALLOS EXTRANJEROS EN CHILE ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE RESPETAR EL ORDEN PÚBLICO CHILENO?

Karola Lay Muñoz*

Como bien sabemos, el Código de Procedimiento Civil ("*CPC*") indica que en aquellos casos en que no pueda aplicarse ni el sistema convencional ni el sistema de reciprocidad, se aplicará el denominado sistema de regularidad internacional. Así, el artículo 245 de ese cuerpo normativo[1] señala una serie de requisitos copulativos para reconocer un fallo extranjero, entre los cuales podemos encontrar en el numeral 1 que el fallo no debe contener "nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio".

El requisito recién expuesto, no se refiere a que el fallo no pueda separarse de la legislación chilena, pues ello implicaría, en la práctica, que la controversia debería someterse a nuestra legislación en todos los casos, cuestión que sería imposible de cumplir. En este contexto, se ha planteado que la sentencia es contraria a las leyes de la República cuando contraviene el orden público chileno, en otras palabras, el precepto legal "conduciría a pensar que incorpora una referencia un tanto abstrusa al principio de la no contrariedad con el orden público, presumiblemente, internacional"[2], pero ¿qué entendemos por orden público internacional?

Debemos recordar que el orden público es precisamente un límite a la autonomía de la voluntad. En este contexto, resulta necesario delimitar el contenido de aquello que consideramos como orden público o como parte de éste, pero nos encontramos con una serie de dificultades, debido a que descansa en conceptos de mucha imprecisión y mutabilidad, como la institucionalidad básica y las ideas morales, políticas, sociales y económicas, que se consideren fundamentales en un país determinado. "En general la doctrina le reconoce los siguientes caracteres: 1. Es localista, puesto que cada país tiene su propio concepto de orden público; 2. Es

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1 Artículo 245 del CPC. "En los casos en que no pueda aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:
1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;
2a. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;
3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa.
4a. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas".

2 Esplugues, Carlos, "Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 43, n° 2, 2014, p. 329.

impreciso; (…) Estas últimas características dificultan, a las diversas legislaciones, expresar cuándo son las leyes de orden púbico, en tal forma que, como regla general, es el juez de la causa quien debe calificarlas como tales"[3].

En consecuencia, los tribunales superiores de nuestro país, en particular la Corte Suprema, tienen una laboral importante, correspondiente a dotar de contenido al concepto de orden público[4]; si bien es difícil conceptualizarlo, se ha señalado que debe ser de aplicación restringida con el sólo objetivo de garantizar intereses fundamentales de la nación[5]. Pese a lo anterior, la jurisprudencia ha sido reacia a darle contenido de forma sistemática, "como regla general, la Corte Suprema, lejos de analizar los valores o principios sobre los que se asienta el modelo jurídico chileno, procede a valorar otros extremos relacionados con la sustancia de la decisión extranjera"[6].

El máximo tribunal nacional no ha seguido una misma línea en cuanto a determinar cuándo nos encontraríamos ante una infracción del orden público internacional. Así, podemos observar a modo de ejemplo, el análisis de la Corte Suprema en la sentencia de 12 de abril de 2023, causa rol n° 43.994-2022, la cual acogió un exequatur que versó sobre un cobro de facturas que se efectuó por medio de un procedimiento ejecutivo monitorio llevado ante un tribunal italiano.

En este caso, la parte recurrida, IMELSA S.A. alegó -entre otras cosas- que la acción ejecutiva para el pretendido cobro se encontraba prescrita, indicando que esta materia se regula por normas de orden público. Ante esto, la Corte Suprema señaló, en su considerando sexto, que "En la especie, nada se observa contrario a las leyes de la República, en ninguna de las alternativas que han sido propuestas como el significado de la exigencia. En todo caso, si bien la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico tiene el carácter de norma de orden público, aquella por disposición de la misma ley -artículo 2493 del Código Civil. No puede ser declarada de oficio, sino que debe alegarse, cuestión que no ocurrió, pues la parte requerida no formuló oposición alguna en el juicio monitorio". El citado extracto, podría dar a entender que en caso de haber sido alegada la prescripción en el procedimiento monitorio seguido en Italia entonces ¿ahí sí se consideraría como contrario a las normas de orden público y, por tanto, a las leyes de la República?

Del breve pronunciamiento que se realiza sobre este punto en la sentencia, la Corte desaprovecha la oportunidad de delimitar el concepto de orden público internacional. Para la Corte el haber iniciado un procedimiento monitorio de una deuda que, bajo criterio chileno, se encontraba prescrita es un asunto que no

3 Ramírez, Mario, *Curso Básico de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 83.

4 Si bien podemos encontrar referencias al concepto de orden púbico interno e internacional en nuestro ordenamiento jurídico, aún existe mucha vaguedad. De hecho, el Código de Bustamante, contempla en los artículos 8° y 175 impedimentos y ordenes bajo el alero del orden público, no obstante, el texto no hace precisión alguna que dote de contenido el ámbito de protección del orden público en materia de Derecho Internacional Privado.

5 Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 288.

6 Esplugues cit., (n. 2), p. 331.

atenta contra las leyes de la república, pero aun así reprocha el no haber alegado la prescripción en la oportunidad procesal en la cual se discutió el fondo del asunto.

Sin embargo, se mezclaron asuntos y no se otorgó una respuesta adecuada. Es del todo verdadero que la prescripción no puede ser declarada de oficio, conforme lo señala el artículo 2493 del Código Civil[7], cuestión que, en cierto modo, podría colisionar con la idea de que las normas de prescripción son de orden público, pues sería un derecho disponible para la parte beneficiada. Aun así, es posible distinguir entre el derecho de la parte a renunciar a la prescripción una vez ya transcurrido el plazo, y las disposiciones que regulan su aplicación en la vida del Derecho, pues las partes no pueden modificar el plazo el plazo de prescripción, ni renunciar anticipadamente a la prescripción.

Por lo demás, resulta interesante destacar lo ocurrido con la prescripción de la acción ejecutiva, toda vez que el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, luego de obligar al juez a hacer un examen de fondo y no sólo de forma, agrega que el tribunal denegará la ejecución si el título presentado tiene más de tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible[8]. Por tanto, habiendo sido un procedimiento ejecutivo el llevado a cabo ante los tribunales italianos, cabe preguntarse si cambia las circunstancias acerca de la prescripción y su declaración de oficio ¿es esta norma parte del orden público que un fallo extranjero debe respetar? La Corte Suprema no responde a estas interrogantes y, por el contrario, deja pasar la oportunidad de pronunciarse al respecto.

Habiendo tanto que precisar acerca de las normas de prescripción, como normas que forman parte del orden público chileno, la Corte Suprema desaprovechó la oportunidad de dotar de contenido el concepto y delimitar su aplicación como límite de la autonomía de la voluntad y como requisito de nuestro ordenamiento jurídico para reconocer sentencias extranjeras.

En un fallo distinto, esta vez de 18 de julio de 2023, igualmente de la Corte Suprema, bajo la causa rol n°13.342-2022, se solicitó el reconocimiento de dos sentencias dictadas por un tribunal español, una que declaró la incapacidad de una persona, otorgando la tutoría a nombre de su hija, y otra que autorizó judicialmente la disposición de bienes inmuebles del incapaz.

Ante este caso, el Defensor Público señaló que debía rechazarse la solicitud de reconocimiento de la sentencia que autoriza a la tutora a vender dos inmuebles de su pupila, pues de lo contrario se vulnerarían los numerales 1° y 2° del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, ya que se contravendría los artículos 15, 16 inciso primero, 393 y 394 del Código Civil[9]. Por su parte, la Fiscala Judicial,

7 Artículo 2493 del CC. "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio".

8 Véase Domínguez, Ramón, *La prescripción extintiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 63.

9 Artículo 15 del Código Civil. "A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.
1º. En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;
2º. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos".

en su informe de rigor señaló que la sentencia -en lo que respecta a la venta de los inmuebles- se ajusta a la legislación nacional sólo en cuanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 393 del Código Civil, se exige decreto judicial y que la autorización sea otorgada por causa de utilidad o necesidad manifiesta; además, se inclina en rechazar la forma de realización de la venta, esto es que no se realice a través de subasta, ni intervención de persona o entidad especializada, a fin de procurar la obtención del mayor rendimiento económico posible, de conformidad con el artículo siguiente. Sin perjuicio de tales argumentos, el máximo tribunal no autorizó el reconocimiento de la sentencia que accedía a la venta de los inmuebles, haciendo suyos los argumentos del Defensor Público.

En efecto, la norma que rige el "estatuto real" es el artículo 16 del Código Civil. "[P]odemos constatar que su art. 16 sigue criterios territorialistas o territorialistas intermedios […] sometiendo los efectos de los contratos al Derecho chileno, cuando su ejecución tenga lugar en Chile, atendido lo prescrito por el inciso tercero de ese precepto, que parece rechazar cualquier otra ley elegida por las partes. En efecto, se ha dicho que, en razón de que esta norma tendría el carácter de orden público, ella impediría el cumplimiento en Chile de alguna resolución de un tribunal extranjero que se refiera a bienes existentes en el país"[10].

El precepto citado debe ser interpretado en este caso junto con los artículos 393 y 394 del Código Civil, que se refieren, precisamente, a compraventa de bienes raíces y protección a la parte más débil de una relación jurídica. Por tanto, la Corte Suprema al fundamentar su decisión de rechazar la sentencia que autorizaba la venta de inmuebles ubicados en nuestro país, en los artículos 16, 393 y 394 del Código Civil nuevamente permite concluir que se debe a normas de orden público, las cuales se verían vulneradas y de esa forma se transgreden las "leyes de la República".

Por otra parte, pareciera no seguirse un criterio similar en el fallo dictado por el máximo tribunal en el procedimiento rol n° 106.157-2022, de 24 de abril de 2023. En esta ocasión la controversia inicial versó sobre un contrato de arrendamiento de un inmueble situado en Chile, entre una empresa rusa y una persona natural chilena que se había pactado que debía quedar regido por el Derecho ruso, en virtud del cual se demandó el pago de las rentas adeudadas, indemnización de perjuicios, entre otros asuntos.

La parte recurrida en el procedimiento de *exequatur* no alegó el incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 245 de nuestro código adjetivo, y la Corte

---

Artículo 16 inciso primero "Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile".

Artículo 393. "No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta".

Artículo 394. "La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta".

10 Gallegos, Jaime, "Deficiencias en las normas internar de derecho aplicable a los contratos internaciones, en los países miembros de la Alianza del Pacífico", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 18, 2018, p. 592.

Suprema, en lo referente al numeral 1°, se limitó a señalar, en su considerando cuarto. que no contraviene las leyes de la República debido a que "se pronunciaron sobre un juicio de terminación de contrato de arrendamiento más cobro de prestaciones varias, acogiéndolo y condenado a la demanda a la restitución del inmueble arrendado, al pago de las rentas y demás prestaciones acreditadas".

A primera vista, pareciera ser comprensible que la Corte tomara dicha decisión, pues como bien sabemos de un contrato de arrendamiento nacen derechos personales[11] entre el arrendador y el arrendatario, y no derechos reales[12]. En consecuencia, podría concluirse que, dado que de un contrato de arrendamiento no nacen derechos reales, ni tampoco la obligación de dar una cosa, en el sentido de transferir el dominio, entonces no cabe la aplicación del artículo 16 del Código Civil.

Pese a lo anterior, quedan a lo menos dos preguntas sin respuestas. En primer lugar, de un contrato de compraventa tampoco nacen derechos reales, sino que es un contrato solemne que -en cuanto a sus obligaciones principales- obliga al comprador a pagar el precio y al vendedor a entregar la cosa, pero se justifica la aplicación del artículo 16 (y en el caso anterior igualmente de los artículos 393 y 394), por tratarse de una situación regida por el estatuto real y por normas de orden público.

En segundo lugar, se omitió todo comentario sobre la naturaleza de orden público de la ley que regula en nuestro país el contrato de arrendamiento y su procedimiento. En efecto, la ley n° 18.101, que fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, establece en su artículo 19 que "son irrenunciables los derechos que esta ley confiere a los arrendatarios", en este sentido, es normativa que integra un orden público de protección a la parte considerada más débil en este contrato, es decir, al arrendatario. Este punto no fue alegado ni por la parte recurrida ni pronunciado por la Corte.

Podemos observar con los fallos analizados que en realidad no hay lineamientos claros respecto del orden público como límite de la autonomía de la voluntad, o más concretamente como requisito establecido en el numeral 1° del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no hay uniformidad acerca de qué cuestiones se consideran contrarias a las leyes de la República.

En conclusión, la Corte Suprema no ha hecho el trabajo de determinar qué definición de orden público es aplicable al tratar los requisitos que fallos extranjeros deben cumplir para ser reconocidos en Chile. Por el contrario, ha evitado pronunciarse respecto a este punto, cuestión que no brinda certeza a los operadores jurídicos.

11 Artículo 578 del CC. "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales".

12 Artículo 577 del CC. "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona".

Bibliografía

Calvo, Alfonso. y Carrascosa, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016.

Domínguez, Ramón, *La prescripción extintiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

Esplugues, Carlos, "Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 43, n° 2, 2014, pp. 297-353.

Gallegos, Jaime, "Deficiencias en las normas internar de Derecho aplicable a los contratos internaciones, en los países miembros de la Alianza del Pacífico", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 18, 2018, pp. 587-616.

Ramírez, Mario, *Curso Básico de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010

Jurisprudencia

Corte Suprema en la sentencia de 12 de abril de 2023, causa rol n° 43.994-2022,

Corte Suprema, 18 de julio de 2023, causa rol n°13.342-2022

Corte Suprema, 24 de abril de 2023, rol n° 106.157-2022.

REPORTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CAUSA ROL N° 9.442-2022, DE 12 DE JUNIO DE 2023, CONOCIENDO RECURSO DE NULIDAD CONTRA LAUDO ARBITRAL

Constanza Núñez Gómez*

Pacific Hydro Chacayes S.A., propietaria de la central hidroeléctrica Chacayes en Chile, inició un arbitraje contra Astaldi Cachapoal Ltda. y/o Astaldi SpA (empresa de origen italiano que opera en Chile), alegando un incumplimiento grave del contrato "EPC" suscrito entre ambas para la construcción de un vertedero de emergencia. Tras el colapso del aliviadero, solicitó indemnización por daños que ascienden a un total de US$47.554.163, junto con intereses y costas del arbitraje, producto de errores de diseño y construcción. Astaldi, por su parte, alegó que la acción estaba prescrita, que la demanda era improcedente y que los daños reclamados exceden los términos del arbitraje, imputando negligencia a la demandante en la inspección y mantenimiento

El laudo arbitral, emitido por mayoría, desestimó las objeciones de Astaldi y declaró que la demanda era admisible, que la acción no estaba prescrita y que Astaldi incurrió en incumplimiento grave del contrato, siendo condenada a pagar a Pacific Hydro una indemnización por daño emergente y lucro cesante, más intereses y costas.

Astaldi interpuso recurso de nulidad, basándose en que el laudo rechaza la excepción de prescripción, infringiendo normas de orden público sobre prescripción extintiva y determinación de la culpa, condenando a esa compañía por culpa grave, en contradicción con el contrato y las limitaciones de responsabilidad pactadas. Por otro lado, Pacific Hydro sostuvo que el laudo se basó en una correcta interpretación del Derecho aplicable y ponderación de la prueba.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de nulidad deducido, señalando que la ley n° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional establece un marco normativo que limita la intervención de los tribunales en supuestos de arbitraje, y el recurso de nulidad sólo procede en casos de violación grave y manifiesta del orden público chileno, lo cual no se evidencia en este caso. El tribunal de alzada concluyó que el laudo arbitral no viola el orden público chileno de manera evidente y grave, por lo que rechaza el recurso de nulidad.

El análisis de la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago revela una interpretación meticulosa de la citada ley n°19.971, así como una aplicación

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

coherente de sus disposiciones. En efecto, a lo largo de todo el análisis ese tribunal intenta resguardar los objetivos primordiales del arbitraje comercial internacional. Así lo reflejan especialmente los considerandos.

La ley modelo UNCITRAL consagra causales taxativas y excepcionales para anular un laudo arbitral, entre las cuales se puede mencionar a modo de ejemplo que las decisiones excedan los términos del arbitraje; que según la ley chilena el asunto no pueda someterse a arbitraje; y que el laudo contravenga el orden público chileno. Esto trae especial relevancia en un contexto actual en que las leyes nacionales y la forma en que se aplica la justicia han ido incorporando gradualmente una clara orientación a favor del arbitraje, siendo esencial que se respete la inalterabilidad de los laudos arbitrales[1].

En este sentido, los tribunales deben velar por evitar que se recurra al recurso de nulidad contra un laudo arbitral abusando de la amplitud del concepto de orden público, que se ha posicionado como la causal más socorrida debido a la imprecisión de sus contornos y a la multiplicidad de sus interpretaciones.

La recurrente hace uso precisamente de esta amplitud en la definición de orden público e ignora el verdadero sentido de la ley al dar una rigidez excesiva al concepto. Tal como señala la Corte de Apelaciones, la doctrina ha entendido que el concepto "no abarca todas las normas imperativas de la ley local, sino solamente aquella que responde al principio jurídico más fundamental o relevante del ordenamiento en que se dicta o intenta reconocer el laudo"[2]. En otras palabras, el precepto del artículo 34 de la mencionada ley n° 19.971 se refiere al orden público internacional, diferente al orden público interno y está concebido así para resguardar los beneficios del arbitraje internacional, pues, una cualidad esencial de la institución del arbitraje es su naturaleza intrínsecamente internacional[3]. Inclusive, a nivel comparado se menciona necesaria "una ruptura entre los propósitos y principios de la ley extranjera y los principios esenciales del Estado de aplicación"[4].

En síntesis, la Corte adopta un enfoque equilibrado y meticuloso al restringir el concepto de orden público, evitando así posibles abusos de las causales de nulidad. Además, demuestra una distinción clara entre las normas locales y el orden público internacional al fundamentar sus decisiones. Al afirmar que la prescripción extintiva no constituye parte del orden público nacional, al ser susceptible de modificación por acuerdo de las partes. Del mismo modo, la determinación de la culpa se considera de alcance meramente legal. Estas consideraciones reflejan una aproximación precisa en la interpretación y aplicación de la ley por parte de la Corte.

---

1 Ossa, Felipe, "El orden público en el arbitraje comercial internacional: La experiencia chilena y comparada", en McLean, Magaly y Moreno-Valle, Jaime, *Arbitraje comercial internacional: reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Organización de Estados Americanos, Washington, 2015, p. 331.

2 Corte de Apelaciones, Sentencia de 12 de junio de 2023, considerando 7°.

3 Márquez, Stephania, *El Orden Público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile*, tesis para el grado de magister en derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 41.

4 Roldán, Juan, "El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional", *Revista de Derecho Privado*, n°44, 2010, pp. 1-30.

Bibliografía

Márquez, Stephania, *El Orden Público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile*, tesis para el grado de magister en derecho, universidad de chile, Elina, Santiago, 2009.

Ossa, Felipe, El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: La Experiencia Chilena y Comparada, en McLean, Magaly y Moreno-Valle, Jaime, *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, Organización de Estados Americanos, Washington, 2015, pp. 331-341.

Roldán, Juan, "El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional", *Revista de Derecho Privado*, n°44, 2010, pp. 1-30.

REPORTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN CAUSA ROL N° 94-2023, DE 24 DE ENERO DE 2024, EN QUE SE ACOGE OTORGAR EL EXEQUATUR A UN LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO

Elías Alzamora Urzúa*

En la causa singularizada compareció la sociedad Fujian La Plata Import And Export Co., Ltd., solicitando la autorización para ejecutar en Chile el laudo arbitral emitido el 10 de marzo de 2022, en Singapur, por el árbitro único Lijun Chui, en el caso CCI N° 26252/FITG. El referido pronunciamiento arbitral condenó a la sociedad Global Business Development Ltda. al pago de USD 89.100, más USD 3.845 por intereses, junto con otros costos y gastos, hasta su completo pago. El conflicto surgió a raíz de un contrato entre las partes para la compra y adquisición de patas de pollo congeladas, el cual fue incumplido por Global Business Development Ltda. La parte requirente informó que, tras el incumplimiento del contrato, se acordó la terminación del mismo, quedando pendiente el reembolso de USD 89.100, que fue objeto de la sentencia arbitral mencionada.

La parte solicitante fundamentó su petición en los artículos 242, 243, 244, 245 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ya que no existe un tratado internacional entre Chile y Singapur que regule la ejecución de sentencias entre ambos países. Argumentando que, incluso en ausencia de un tratado, la sentencia debe ser reconocida y autorizado su cumplimiento en Chile, de acuerdo con el anotado artículo 245, dado que se cumplen los requisitos para el reconocimiento de la sentencia arbitral.

La petición fue notificada a la parte requerida, la cual se opuso al exequátur. Argumentando que la solicitud no cumplía con los requisitos establecidos en la ley n° 19.971, principalmente en lo referente a la falta de traducción certificada del laudo y de copia del acuerdo arbitral. Además, alegó que no fue notificado adecuadamente durante el proceso arbitral, lo que le impidió ejercer sus derechos. La parte solicitante respondió a las objeciones presentadas, argumentando que se cumplieron todas las exigencias legales y convencionales para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en Chile.

Finalmente, la fiscalía judicial emitió un informe sugiriendo conceder el exequátur para el cumplimiento de la sentencia arbitral en Chile.

Con estos antecedentes, la Corte realizó su análisis, señalando que todas las sentencias de tribunales extranjeros, incluidas las arbitrales, deben pasar por un

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

proceso de exequátur para ser ejecutadas en territorio nacional. Este proceso sigue las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y la ley n° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional, así como la Convención de Nueva York, de 1958.

El caso en cuestión se relaciona con un contrato de compraventa internacional en el que las partes, dos sociedades de diferente nacionalidad y residencia, se sometieron a una legislación extranjera según la cláusula 12 del contrato. La parte requerida argumentó que un documento denominado "Terminación y Cancelación" puso fin al contrato, lo que según ella invalidó el acuerdo de arbitraje e hizo que la sentencia arbitral sea contraria al orden público chileno. Sin embargo, tanto el laudo arbitral como el informe de la fiscalía judicial señalaron que la controversia se sometió al arbitraje en virtud de las cláusulas 12 y 18(2) del contrato de compraventa, y que no se modificó el acuerdo de arbitraje. Además, se presentó una copia del contrato de compraventa firmada por ambas partes.

Por lo tanto, el acuerdo en el que las partes aceptaron la competencia de un tribunal extranjero tiene fuerza de ley entre los contratantes, como lo permite la ley n° 19.971 y el artículo 318 del Código de Derecho Internacional Privado, y no hay evidencia de que haya sido anulado por las partes.

En adición, la Corte destacó que el procedimiento de exequátur no constituye una instancia para revisar el mérito de los hechos o del Derecho debatido en la causa original, ni para resolver defensas o excepciones que deban ser abordadas en la ejecución del fallo. Su objetivo es verificar el cumplimiento de requisitos mínimos y no revisar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia. En este caso específico, se decide conceder el exequátur solicitado para la sentencia arbitral emitida en Singapur.

La parte requerida presentó argumentos tanto formales como sustantivos para oponerse a la solicitud de reconocimiento y ejecución del fallo arbitral. Por lo que la Corte analizó si dichas alegaciones son pertinentes a la luz de las normas aplicables, evaluando si están relacionadas con los requisitos para reconocer la fuerza obligatoria del fallo extranjero en Chile, según el artículo 35 de la ley n° 19.971, y si los motivos de oposición se ajustan a los contemplados en el artículo 36 de dicho estatuto normativo.

La oponente argumentó que la solicitud presentaba defectos formales insubsanables. Sin embargo, durante el proceso de exequátur, la parte solicitante proporcionó el contrato de compraventa firmado por las partes, que incluye la cláusula compromisoria, junto con su traducción al español. Además, se presentó una copia autenticada de la sentencia solicitada, tanto en su idioma original como traducida. Respecto al visto bueno o aprobación de un tribunal superior del país de origen del fallo, aunque este requisito se contempla en el Código de Procedimiento Civil para resoluciones de jueces árbitros, la ley sobre arbitraje comercial internacional, que es aplicable en este caso, no lo exige. Además, aunque la copia de la sentencia no fue inicialmente apostillada o legalizada, esta formalidad se cumplió antes de la vista de la causa. Por lo tanto, la solicitud no presenta los defectos formales alegados.

Las alegaciones sobre la falta de emplazamiento debido a la falta de notificación a la requerida durante el arbitraje, la controversia sobre el acuerdo arbitral y la supuesta violación del orden público chileno deben ser planteadas como defensas durante la etapa de ejecución de la sentencia. Sin embargo, la Corte descartó la alegación de la inexistencia de un acuerdo arbitral que respalde la sentencia. El propio laudo detalla las notificaciones y actuaciones realizadas durante el arbitraje, indicando que la demandada fue debidamente emplazada y notificada. Además, la dirección y los datos de contacto de la demandada están claramente especificados en la sentencia y en el contrato de compraventa que originó la controversia, lo que sugiere que la demandada fue notificada correctamente durante el proceso arbitral.

La Corte concluyó que la Fiscalía Judicial obró correctamente al señalar que no había motivos para denegar el reconocimiento del laudo. No se cumplieron las condiciones del artículo 36 n° 1, letra a) de la ley de arbitraje comercial internacional, ni tampoco se contraviene el orden público chileno.

Además, se estima que la controversia es arbitrable ya que se trata del cumplimiento de un contrato mercantil internacional donde las partes aceptaron un tribunal arbitral y someterse a un ordenamiento extranjero. Por lo tanto, se acogió la solicitud de reconocimiento del laudo en análisis.

ADIPRI

Asociación Chilena de
Derecho Internacional Privado