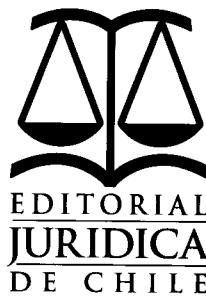


BCED\_09 ARLOS VILLARROEL BARRIENTOS  
340.9 ABRIEL VILLARROEL BARRIENTOS  
V722e  
c. 1  
138722  
~~138722~~

# CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## PARTE GENERAL

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES





## PREFACIO

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
.JURIDICAS Y SOCIALES

Este libro no pretende ser ni un tratado sobre Derecho Internacional Privado, ni tampoco un manual sobre nuestra disciplina. Diríamos que se ubica justo en medio de ambos.

No podríamos llamar a este trabajo un “tratado” porque sería demasiado pretencioso de nuestra parte. En efecto, solo abordamos la Parte General y dejamos para una etapa posterior el estudio de la Parte Especial. Por lo mismo se echarán de menos muchas referencias a la legislación, jurisprudencia y doctrina chilenas. Nos hemos limitado a citar esas fuentes en la medida que ellas se refieran o se relacionen a materias que trata la Parte General. Hemos preferido comenzar por la Parte General, no solo porque en el orden conceptual la Parte General debe preceder a la Parte Especial, sino que también porque falta en nuestro medio la discusión sobre muchos problemas que plantea nuestra disciplina y que son bien conocidos en otras latitudes. Una buena comprensión de las materias que constituyen el estudio de la Parte General del Derecho Internacional Privado ciertamente será indispensable para abordar en forma seria todos los temas de la Parte Especial. Además, tampoco podríamos llamar “tratado” a un libro que no agota cada uno de los temas que aborda sino que se limita –la más de las veces– a plantear los problemas clásicos del estudio del Derecho Internacioal Privado, a analizar las distintas alternativas que se han entregado para solucionarlos, aportando en cada caso nuestra opinión fundada sobre cómo resolverlos, a la luz de nuestra legislación.

Sin embargo, tampoco podríamos decir que este libro sea simplemente un manual. Hemos hecho un esfuerzo por poner

al día la doctrina chilena en los temas más relevantes del Derecho Internacional Privado. El libro contiene una importante cantidad de citas que permitirán a cualquier lector que se interese por algún tema en especial, profundizarlo adecuadamente. Hemos sido muy cuidadosos en respaldar las afirmaciones que hacemos en importante bibliografía.

Los primeros tres capítulos del libro pretenden introducir el estudio de nuestra disciplina. Por eso, tratamos del concepto de Derecho Internacional Privado, del tráfico jurídico externo –que constituye la materia fundamental de esta rama del derecho– y de sus las fuentes. Interesa especialmente destacar que en el capítulo relativo al tráfico jurídico externo se analiza el papel del ordenamiento estatal a la hora de regular las situaciones con elementos extranjeros relevantes. Esperamos que ello sirva para que en el futuro nuestra legislación tome en cuenta estos sencillos criterios para evitar caer en el chauvinismo de pretender que es la ley chilena la que debe aplicarse a todos los casos en que existan vínculos con distintos sistemas jurídicos. El repaso de las fuentes del Derecho Internacional Privado chileno demuestra lo atrasada que se encuentra nuestra legislación y la jurisprudencia en relación a las nuevas tendencias internacionales.

El estudio de la norma de conflicto incluye el análisis de la estructura de la norma y sus particularidades. En especial merece destacarse el tratamiento que damos al empleo de los factores de conexión y a los criterios de elección entre ellos. Además, se abordan las materias clásicas del método conflictual, como son las calificaciones, el reenvío, la cuestión previa, los problemas

temporales, la aplicación del derecho extranjero en Chile, el orden público y el fraude a la ley. Entre estas materias cabe señalar que los problemas temporales que provoca el método conflictual no siempre se tratan en los estudios de Derecho Internacional Privado; por ello resulta interesante hacerse cargo de esas situaciones. Especial mención merece el capítulo destinado a la aplicación del derecho extranjero en Chile. En efecto, en ese capítulo se analiza en detalle los alcances de la entrada en vigencia del tratado suscrito entre Chile y Uruguay relativo a la aplicación e información del derecho extranjero; tratado que se encuentra vigente. Este capítulo, con pequeñas correcciones, está tomado de un artículo que publicamos en 1991 en la *Revista Chilena de Derecho*. Curiosamente, y a pesar de que el tratado suscrito entre Chile y Uruguay sobre aplicación del derecho extranjero es el texto normativo más importante en nuestra legislación referente a este tema, no ha existido debate doctrinario alguno –que conozcamos– respecto de las conclusiones que entregáramos hace ya más de diez años. Aparentemente, el tratado y nuestro artículo pasaron desapercibidos. Ello resulta desconsolador si se considera que nuestros tribunales de justicia a menudo deben aplicar el derecho extranjero. Particularmente importante resulta que se haya omitido discutir las consecuencias que el tratado trae aparejadas en relación con la libre investigación del derecho extranjero, con las facultades y limitaciones de los jueces para aplicarlo, con la procedencia y alcance del recurso de casación en el fondo y con la solución que los tribunales deben dar en los casos en que no sea posible conocer el tenor del derecho extranjero aplicable. En cuanto al orden público, sostenemos que esa excepción a la aplicación de la ley extranjera constituye un conjunto de principios que inspiran nuestro ordenamiento y no un conjunto de disposiciones del sistema jurídico chileno. Esta conclusión es de capital importancia al momento de aplicar el derecho extranjero y se aleja de la actual doctrina de nuestros tribunales de justicia. El orden público para nosotros, más que un juicio de sobrevaloración del derecho

propio, constituye un juicio de disvalor respecto del derecho extranjero. Estamos ciertos que la correcta aplicación de la noción del orden público en el Derecho Internacional Privado resulta fundamental para mantener un sistema conflictual moderno y coherente. Por ello nos hemos preocupado de precisar cuidadosamente las características de la institución y los efectos de su aplicación. En esta última materia suscribimos la tesis de que en caso de aplicarse la noción de orden público no debe lisa y llanamente recurrirse a la aplicación de la ley chilena, sino más bien corregir el derecho extranjero en todo aquello que resulte repugnante a nuestros principios, eliminando los efectos perjudiciales de la aplicación del derecho foráneo. Esta conclusión supone un esfuerzo para obtener una menor inobservancia del derecho extranjero. En lo que se refiere al fraude a la ley creemos que nuestros tribunales debieran abrirse a aceptar la posibilidad de sancionar el fraude a la ley extranjera y no solo limitar la institución al caso en que la ley chilena resulte defraudada.

El Capítulo XIII trata de la norma material. Nos pareció indispensable tratar el sistema material de manera de no reducir el estudio del Derecho Internacional Privado a la mera norma de conflicto.

En el capítulo siguiente nos referimos con cierto detalle al estudio de las normas de policía. Creemos necesario que esta clase de normas –que no conceden relevancia jurídica a los elementos extranjeros envueltos en una relación, y se limitan a disponer la aplicación del derecho propiense integren a nuestra disciplina de manera de aplicarlas con un criterio internacional y no como mero derecho interno. Las normas de policía constituyen una novedad desde el punto de vista doctrinario, por lo que presentan muchos problemas en su aplicación que aún no han sido resueltos. Atendido que no conocemos estudios que se hayan realizado en nuestro país acerca de esta clase de normas nos hemos detenido con mayor profundidad en su análisis e importancia. Para ello hemos abordado su fundamentación teórica y los criterios para distinguirlas de otra clase de normas. Es-

pecial mención merece el tratamiento que dimos a las normas de policía extranjeras y la posibilidad de aplicarlas en nuestro país. Estamos conscientes que las normas de policía constituyen, por el momento, una de las materias más complejas del Derecho Internacional Privado.

Finalmente, hemos incluido, como un apéndice del libro, un artículo sobre la pretendida crisis del método conflictual, que publicáramos en 1994 en una colección de estudios jurídicos preparado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. En este artículo —que hemos revisado— hacemos un análisis del método conflictual, del método material y de las normas de policía. Destacamos que nos hacemos cargo de las críticas que ha recibido el método conflictual y de la posibilidad de que este método pueda ser desplazado por el método material y por las normas de policía. Nuestra conclusión es que el sistema conflictual, con todos sus defectos, constituye todavía el principal sistema para abordar un caso con

elementos internacionales y que ni el método material ni las normas de policía podrán, en un futuro cercano, excluir completamente el método conflictual.

Esperamos sinceramente que la lectura del presente libro constituya no solo una ayuda para los alumnos que estudien la Parte General del Derecho Internacional Privado, sino que también sirva como material de consulta para quienes quieran conocer alguno de los problemas que aborda nuestra disciplina. Quedaríamos muy satisfechos si, además, constituye un aporte para los especialistas del Derecho Internacional Privado en Chile. No podemos olvidar que el Derecho Internacional Privado, por sus dificultades técnicas, ha pasado a ser casi una ciencia oculta, sólo al alcance de los especialistas. Ello a pesar de que tanto los jueces como los abogados deben conocer a menudo de casos con elementos internacionales relevantes.

LOS AUTORES



## *Capítulo I*

# CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

### 1. RAZON DE SER DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho Internacional Privado, como una rama autónoma del Derecho, tiene una doble razón de ser, de carácter copulativo:

a) La existencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos en el mundo.<sup>1</sup> Resulta una realidad indiscutible que el planeta no se encuentra regido por un solo sistema jurídico. En efecto, cada país tiene al menos un sistema jurídico. Los estados federales tienen tantos sistemas jurídicos cuantos estados pertenezcan a la unión. La pluralidad de ordenamientos jurídicos se mantiene en el mundo de hoy a pesar de los esfuerzos que en los últimos tiempos se han efectuado por poner en práctica, en ámbitos cada vez más crecientes del Derecho, principios de carácter internacional.

b) El hecho de que las relaciones jurídicas no se detienen en la frontera.<sup>2</sup> Para estos efectos se considera un concepto de frontera que es jurídico y no político, v. gr., hay distintos Derechos Internacionales Privados al interior de un Estado federal.<sup>3</sup> También resulta evidente que, aun cuando gran parte de las relaciones jurídicas quedan atrapadas dentro de las fronteras de un país, una parte de ellas traspasa dichas fronteras de manera que pasa a interesar a más de un ordenamiento. Esta realidad es más evidente en países distintos de Chile, acostum-

brados a recibir una mayor cantidad de inmigrantes y a mantener relaciones más fluidas con el extranjero.

En el siglo XXI ningún pueblo vive aislado del resto, por lo que —a pesar de que no somos escindibles— al lado de nuestra “vida interna”, por decirlo de algún modo, convive una “vida internacional”. Esta “vida internacional” reviste una forma particular. Por eso el orden jurídico aplicable a la “vida interna” y el orden jurídico aplicable a la “vida internacional” no son idénticos.<sup>4</sup> El segundo constituye el Derecho Internacional Privado.

### 2. CARACTER INTERNACIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Desde el punto de vista de los problemas de que se ocupa el Derecho Internacional Privado es un derecho de tipo internacional. En efecto, trata de las relaciones jurídicas que interesan a más de un Estado; pero si se le examina desde sus fuentes, el Derecho Internacional Privado es fundamentalmente nacional y su fuente más importante es la ley.<sup>5</sup> Lo anterior desde una perspectiva formal. Sin embargo, a pesar de que las fuentes más importantes del Derecho Internacional Privado son de carácter nacional, existen ahora muchas convenciones internacionales sobre Derecho Internacional Privado. También existen normas derivadas de la costumbre internacional en materia de derecho comercial (*lex mercato*).

<sup>1</sup> J. A. Carrillo Salcedo. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. 1985. Pág. 22.

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>3</sup> Ibídem. Pág. 23.

<sup>4</sup> Yvon Loussouarn y Pierre Bourel. *Droit International Privé*. Troisième édition. Dalloz. Paris. Pág. 2.

<sup>5</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 24.

*ria).* Lo anterior, por la tendencia de comerciantes de una misma rama a agruparse internacionalmente y por la acción de entidades como ONU (*UNCITRAL*), Cámara de Comercio Internacional (*Incoterms*) e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado.<sup>6</sup> Sin perjuicio de lo anterior, existen también ahora en el Derecho Internacional Privado tendencias inversas que demuestran el aumento de la actividad estatal, tales como las normas de policía, normas que no obstante abordar casos con elementos internacionales relevantes, hacen aplicable el derecho local, despreciando el elemento internacional del asunto. Por eso puede decirse que el Derecho Internacional Privado es un ordenamiento jurídico tensionado entre tendencias nacionales e internacionales.

### 3. CARACTER PRIVADO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Históricamente el Derecho Internacional Privado ha quedado limitado a los problemas de índole “privado”. Sin embargo, en los últimos años esta característica se ha ido perdiendo, por las siguientes razones:

a) En el derecho se ha ido atenuando la diferencia entre el derecho público y el derecho privado. Tanto es así que muchas ramas del derecho reclaman situarse en una situación intermedia entre el derecho privado y el público. Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho del Trabajo, el cual es un derecho privado fuertemente reglamentado con normas de orden público que impiden el juego amplio de la autonomía de la voluntad, al contrario de lo que ocurre en el Derecho Civil.

b) Desde el punto de vista histórico, han sido los especialistas en derecho privado quienes han abordado primero los problemas de esta disciplina.<sup>7</sup> Así ocurrió con Andrés Be-

llo, redactor de nuestro Código Civil, quien fue tratadista en Derecho Internacional Privado. Sin embargo, el avance de nuestra disciplina ha redundado en que ahora ella sea materia de especialistas que no necesariamente son profesores de Derecho Civil. De esta manera,<sup>8</sup> al Derecho Internacional Privado se han incorporado criterios de derecho público, o bien han pasado a ser materias de Derecho Internacional Privado cuestiones que claramente pertenecen al Derecho Público. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas sobre condición jurídica de los extranjeros que forman parte de nuestra disciplina a pesar de que, técnicamente, constituyen materia de derecho público. Esta tendencia de ampliar el ámbito del Derecho Internacional Privado para incluir materias como la ya referida es positiva, ya que permite tratarlas con criterios más internacionalistas, lo que resulta más beneficioso para las personas a quienes van dirigidas las normas respectivas.

c) Se sostiene que en derecho público rige el principio de territorialidad, en sentido formal; principio que no se aplica en el derecho privado. Lo anterior significa que en materias de derecho público los jueces de un Estado solo pueden aplicar las normas dictadas por el Estado de cuya estructura forman parte. Por ejemplo, un juez del crimen, aun cuando un delito presente vínculos con países extranjeros, si conforme a nuestra ley tiene jurisdicción para conocer de un asunto, deberá aplicar la ley chilena. En derecho privado, donde no rige el principio de territorialidad en sentido formal, es posible llegar a aplicar la ley extranjera. El hecho de que un tribunal pueda aplicar una ley extranjera para resolver el asunto sometido a su jurisdicción es una cuestión de la esencia del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la práctica contemporánea permite afirmar la existencia de una tendencia que apunta a la discreta acogida de normas de derecho público extranjero en el foro.<sup>9</sup> Lo anterior se aprecia, por ejemplo, en los siguientes casos:

<sup>6</sup> Ibídem.

<sup>7</sup> Ibíd. Pág. 29.

<sup>8</sup> Ibíd. Pág. 32.

i. La aplicación de una ley extranjera a una situación de carácter netamente privada puede exigir, en ciertos casos, aplicar también normas de derecho público que forman parte de la reglamentación que rodea a dicha situación jurídica en la ley extranjera, como normas sobre cambios internacionales, antimonopolios, entre otras.<sup>9</sup>

ii. La institución de la extradición a menudo exige al Estado requerido revisar si conforme a la legislación del Estado requirierte, la acción u omisión que se imputa al sujeto constituye o no delito.

iii. El resguardo del principio de legalidad en materia penal ha llevado a países como Suiza a aceptar la aplicación de la ley penal extranjera del lugar donde se cometió el delito si ella resulta más favorable para el inculpado que la ley del Estado que detiene al delincuente.<sup>10</sup>

Como se aprecia, lo que en realidad hace privado al Derecho Internacional Privado, más que el origen de la norma, son sus destinatarios.<sup>11</sup> El Derecho Internacional Público tiene como sus sujetos los propios Estados y las organizaciones internacionales.<sup>12</sup> Sin embargo, la frontera entre las dos disciplinas no es clara como aparece. Por un lado, crecientemente los autores consideran que el propio individuo puede ser sujeto de Derecho Internacional Público, al menos para solicitar la aplicación de normas que protegen los derechos humanos.<sup>13</sup> Pero incluso en ese caso la intervención del individuo siempre tiene por objeto imponer obligaciones a los Estados, mientras que en el Derecho Internacional Privado el papel del Estado se limita a dictar las normas y a aplicarlas.<sup>14</sup> Por otro lado, los Estados pueden encontrarse implicados

en situaciones sustraídas al Derecho Internacional Público, como cuando se comportan como personas privadas en ámbitos de contratación.<sup>15</sup> También es forzoso distinguir el Derecho Internacional Privado del derecho público internacional, ya que este último se aplica al aspecto internacional de las relaciones entre un Estado y los individuos, como por ejemplo para determinar las normas tributarias aplicables para gravar una operación con elementos internacionales.<sup>16</sup> En todo caso debemos agregar, como lo veremos más adelante, que incluso las reglas de derecho público, cuando inciden en las relaciones entre los individuos –como las normas de control de cambios internacionales–, no pueden ser excluidas del Derecho Internacional Privado.<sup>17</sup> En efecto, el Derecho Internacional Privado regula la vida internacional de las personas, la cual no solo se afecta con normas de derecho privado sino también con normas de derecho público. Estas normas de derecho público, en la medida que afecten las relaciones internacionales, resulta más conveniente incluirlas en esta disciplina porque permite enfocarlas con criterio del Derecho Internacional Privado.

#### 4. AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Existen distintas doctrinas acerca de la extensión del Derecho Internacional Privado:

a) Doctrina que limita el Derecho Internacional Privado exclusivamente a los conflictos de leyes. Esta doctrina restrictiva, sostenida principalmente en Alemania,<sup>18</sup> se basa en el gran particularismo que presentan los conflictos de leyes frente a otros ámbitos del derecho. Este particularismo se manifiesta de la siguiente manera:

<sup>9</sup> Ibíd. Pág. 30.

<sup>10</sup> Véase André Huet. "Pour une application limitée de la loi pénale étrangère". Artículo publicado en la revista *Journal de Droit International*. Editions Techniques S.A. París. 1982. Pág. 625.

<sup>11</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 36.

<sup>12</sup> Pierre Mayer. *Droit International Privé*. Editions Montchrétien E.J.A. París. 1984. Pág. 10.

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Ibídem.

<sup>15</sup> Ibíd. Pág. 11.

<sup>16</sup> Ibídem.

<sup>17</sup> Ibídem.

<sup>18</sup> Yvon Loussouarn y Pierre Bourel. Ob. cit. Pág. 5.

i. El conflicto de leyes reposa sobre muy pocas disposiciones y constituye, más bien, un aporte jurisprudencial.<sup>19</sup>

ii. Las normas de conflicto se limitan a determinar la ley aplicable sin zanjar el fondo del litigio.<sup>20</sup>

iii. Para resolver un conflicto de leyes es necesario elaborar categorías de conexión para luego incluir la situación jurídica de que se trata en alguna de esas categorías de conexión, lo que se llama "teoría de las calificaciones". La determinación de estas categorías de conexión se hace sobre la base de las categorías del derecho civil interno.<sup>21</sup>

iv. En cuanto a la teoría general de los conflictos de leyes, se distingue entre la creación de los derechos y el efecto internacional de los derechos adquiridos, lo que tiene importancia al momento de apreciar la institución del orden público; y, además, se prevé el que una norma extranjera normalmente aplicable no pueda regir el caso si los individuos han obtenido fraudulentamente su aplicación o bien la norma extranjera es incompatible con el derecho del foro.<sup>22</sup>

Incluso más allá del conflicto de leyes podemos decir que forma parte de nuestra disciplina la reglamentación jurídica de las relaciones que interesan a más de un ordenamiento jurídico desde el plano de su reglamentación propiamente tal. Esto es, desde el punto de vista de las normas que regirán la vida internacional de las personas.<sup>23</sup> Lo anterior significa que será competencia del Derecho Internacional Privado el determinar cuál será la ley que deberá aplicar el tribunal a una situación jurídica con elementos internacionales relevantes.

b) Doctrina que incluye los conflictos de jurisdicción en el Derecho Internacional Privado. Esta doctrina es acogida en los países anglosajones y en Francia ha sido propuesta por Bartin y Pillet.<sup>24</sup> Existe conflicto

de jurisdicciones cada vez que un litigio presenta un elemento extranjero, por lo que los tribunales que conocen del asunto deben decidir si son o no competentes. Los conflictos de jurisdicción son previos a los conflictos de leyes, porque antes de determinar la ley aplicable, el juez debe necesariamente pronunciarse sobre su propia competencia.<sup>25</sup> La posibilidad de incluir los conflictos de jurisdicción en el Derecho Internacional Privado reposa, por una parte, en que existen analogías que es posible construir entre los conflictos de jurisdicción y los conflictos de leyes y, por otra, en la interdependencia estrecha que existe entre ambas materias.<sup>26</sup>

Entre las analogías se pueden citar las siguientes:

i. Los conflictos de jurisdicción también se encuentran poco reglamentados y su elaboración es principalmente jurisprudencial.<sup>27</sup>

ii. En materia de conflictos de jurisdicción también se trasladan al campo internacional normas previstas para regir en el ámbito interno.<sup>28</sup>

iii. Existen, además, analogías de estructura. Así como en materia de conflicto de leyes se distingue entre la creación de un derecho y el efecto internacional de los derechos adquiridos, en materia de conflictos de jurisdicción se distingue entre la competencia del juez para conocer de un asunto y la eficacia internacional de sus fallos.<sup>29</sup>

Para demostrar la interdependencia de las materias se señala que el conflicto de jurisdicción incluye el conflicto de ley, porque la determinación de la ley aplicable puede variar en función del juez que conoce el litigio. No se trata de decir que el juez debe aplicar la ley del foro pero sí que cada país tiene su propio sistema de Derecho Internacional Privado y que cada juez aplica su propia norma de conflicto.<sup>30</sup>

<sup>19</sup> Ibíd. Pág. 8.

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> Ibídem.

<sup>22</sup> Ibíd. Pág. 9.

<sup>23</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 38.

<sup>24</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 11.

<sup>25</sup> Ibídem.

<sup>26</sup> Ibídем.

<sup>27</sup> Ibíd. Pág. 12.

<sup>28</sup> Ibídem.

<sup>29</sup> Ibídem.

<sup>30</sup> Ibíd. Pág. 13.

Entre las diferencias que existen entre los conflictos de jurisdicción y los conflictos de ley puede apuntarse el que la norma que resuelve el conflicto de leyes es una norma de conflicto y, por lo tanto, pretende determinar el derecho aplicable, sin resolver el fondo del asunto. La norma que resuelve el conflicto de jurisdicciones es una norma material que no se limita a designar la ley aplicable sino que resuelve directamente el problema.<sup>31</sup> Loussouarn y Bourel estiman que es legítimo incluir los conflictos de jurisdicciones en el Derecho Internacional Privado.<sup>32</sup> Por lo mismo, será materia de esta disciplina determinar si el tribunal de un Estado tiene o no jurisdicción para conocer de un asunto con elementos internacionales y si es posible o no hacer cumplir en dicho Estado la sanción impuesta por un tribunal extranjero para tener vigor en ese país.<sup>33</sup>

c) Doctrina que incluye la condición de los extranjeros en el Derecho Internacional Privado. Los países latinos –Francia, Italia, España y América del Sur– tienen una concepción más amplia del Derecho Internacional Privado e incluyen en ella la condición jurídica de los extranjeros.<sup>34</sup>

El problema de la condición de los extranjeros consiste en determinar cuáles deben ser las prerrogativas que los extranjeros deben gozar en el territorio,<sup>35</sup> tales como derechos administrativos, derechos políticos y derechos civiles. En este ámbito los países se mueven desde aceptar la asimilación total de los extranjeros respecto de los nacionales hasta privar a los extranjeros de algunos derechos reservados a los nacionales. Para fundar esta doctrina se sostiene que existen suficientes analogías entre el Derecho Internacional Privado y las normas sobre condición jurídica de los extranjeros, tanto en materia de fuentes de dichas normas como en relación al razonamiento y la técnica jurídica.<sup>36</sup>

d) Doctrina que incluye el estudio de la nacionalidad en el Derecho Internacional Privado. Esta doctrina es la francesa.<sup>37</sup> A pesar de que en Francia se reconoce que la nacionalidad presenta un particularismo muy marcado, se justifica incluirla en el Derecho Internacional Privado porque existen vínculos entre ella y las materias que estudia nuestra disciplina.<sup>38</sup> Para fundar el particularismo del estudio de la nacionalidad se dan las siguientes razones:

i. A diferencia del conflicto de leyes y del conflicto de jurisdicciones la nacionalidad es una materia reglada ya sea en la Constitución o la ley.<sup>39</sup>

ii. La norma que regula el conflicto de leyes es bilateral, esto es, puede llevar al juez a aplicar la *lex fori* o bien una ley extranjera. Por el contrario, las normas sobre nacionalidad son unilaterales. Esto significa que el juez sólo puede resolver si un determinado individuo tiene o no la nacionalidad del foro, pero no puede atribuirle una distinta.<sup>40</sup>

iii. Finalmente, la nacionalidad es una institución de derecho público y rige las relaciones entre el individuo y el Estado.<sup>41</sup>

Para justificar la inclusión de la nacionalidad en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en Francia se dan diversas razones; entre ellas, el que la nacionalidad es parte del estatuto personal, el que los estados y la capacidad de las personas se rigen por la ley nacional, por lo que esta institución se vincula a los conflictos de leyes y el que existe una relación evidente entre la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros que depende de las políticas de inmigración y de emigración de un país.<sup>42</sup>

A modo de conclusión podemos decir que las materias más propias del Derecho Internacional Privado son determinar el tribunal competente (*forum*) y determinar el derecho aplicable (*ius*). Sin embargo, en ciertos países se incluyen en nuestra disciplina la condición jurídica de los extranjeros y la

<sup>31</sup> Ibíd. Pág. 15.

<sup>32</sup> Ibíd. Pág. 16.

<sup>33</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 38.

<sup>34</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 16.

<sup>35</sup> Ibíd. Pág. 16.

<sup>36</sup> Ibíd. Pág. 18.

<sup>37</sup> Ibíd. Pág. 20

<sup>38</sup> Ibídem.

<sup>39</sup> Ibídem.

<sup>40</sup> Ibídem.

<sup>41</sup> Ibíd. Pág. 21.

<sup>42</sup> Ibídem.

nacionalidad. Resumiendo, podemos decir que los problemas que aborda el Derecho Internacional Privado pueden plantearse de la manera siguiente: 1) Segúin el derecho del Estado del tribunal, ¿tienen esos tribunales competencia para conocer el asunto?; 2) En caso afirmativo, ¿qué derecho aplicará el tribunal?; 3) ¿Qué efectos tendrá una sentencia extranjera en el Estado del tribunal?; 4) ¿Cuál es la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas?; 5) ¿Cuáles son los derechos y obligaciones de los extranjeros en el país?

## 5. DEFINICION DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

De acuerdo con lo señalado precedentemente, podemos adelantar una definición del Derecho Internacional Privado: *“Derecho Internacional Privado es la rama del derecho que tiene por objeto resolver acerca de las normas que se aplican y los tribunales que conocerán los asuntos con elementos internacionales relevantes; regular los efectos de las sentencias extranjeras y determinar la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas y la condición jurídica de los extranjeros”*.

## Capítulo II

### EL TRAFICO JURIDICO EXTERNO

#### 1. EL ELEMENTO INTERNACIONAL RELEVANTE

Maury sostuvo que cada vez que hay elementos extranjeros en una relación jurídica existe un caso de Derecho Internacional Privado.<sup>1</sup> El elemento extranjero puede presentarse de una o más de las siguientes maneras, siguiendo la clasificación propuesta por los estatutarios:

- a) En cuanto al elemento personal: si uno de los otorgantes del acto es nacional de un Estado extranjero o tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado extranjero.
- b) En cuanto al elemento real: si el bien de que se trata está situado en el extranjero.
- c) En cuanto al elemento relativo al acto: si el acto o hecho se celebra, ocurre o produce sus efectos en el extranjero.

Sin embargo, no todo elemento extranjero transforma en internacional el caso; lo que importa es que la repercusión social de los hechos reclame una reglamentación que corresponda a su carácter internacional.<sup>2</sup> Por lo tanto, para que se trate de un caso de Derecho Internacional Privado, el elemento extranjero debe ser relevante. Por ejemplo, en materia de estatuto personal puede ser relevante para determinar el estado civil de una persona, su nacionalidad, su domicilio o residencia habitual. Sin embargo, esos mismos elementos pierden relevancia en otros casos, como en el contrato de transporte que celebra un extranjero que aborda un bus de la locomoción colec-

tiva. La relevancia del elemento extranjero es algo que habitualmente apreciará cada país y la apreciación podrá dar lugar a resultados distintos en un país o en otro. Por ejemplo, para Francia la nacionalidad extranjera de un individuo puede ser un elemento relevante, especialmente a la hora de examinar el estatuto personal; no será lo mismo para Chile. Ello por cuanto la ley aplicable al estatuto personal en el derecho francés es la nacionalidad, lo que no ocurre en nuestro caso, sino tratándose de la chilena en las situaciones previstas en el artículo 15 del Código Civil.

#### 2. UNIVERSALISMO Y PARTICULARISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho Internacional Privado parte de una premisa internacionalista: la constatación de que las relaciones jurídicas se desarrollan al amparo de distintos ordenamientos. Esta constatación demuestra que el Derecho Internacional Privado no es una mera manifestación del derecho interno. El Derecho Internacional Privado, más bien, constituye la encarnación del deber de los Estados de cooperar internacionalmente, lo que resulta de la creciente interdependencia de todos los países.<sup>3</sup>

Desde el punto de vista de su carácter internacional el Derecho Internacional Privado parte de la base que:

- a) Hay que construir una vida de relación ordenada y previsible para los sujetos,

<sup>1</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 39.

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>3</sup> Ibíd. Pág. 48.

lo que implica que los ordenamientos jurídicos regulen las relaciones conforme a principios generalmente aceptados en el mundo.<sup>4</sup>

b) Hay que aceptar la existencia de la pluralidad de ordenamientos que rigen en el mundo.<sup>5</sup>

c) Hay que respetar la existencia de dicha diversidad.<sup>6</sup>

Por lo tanto, en hipótesis, no existiría Derecho Internacional Privado si hay cosmopolitismo absoluto, porque ello significa la unificación jurídica total, y tampoco si no hay cooperación internacional que niegue la creciente internacionalización de la realidad humana.<sup>7</sup>

Atendido lo expuesto es preciso rechazar dos errores extremos:

#### a) El universalismo

El esfuerzo de los universalistas de establecer principios jurídicos universales que vinculen los distintos ordenamientos está en contradicción con la realidad. En efecto, cada ordenamiento se relaciona con el Derecho Internacional Privado desde una perspectiva propia, esto es, teniendo en vista un particularismo que no se puede desconocer.<sup>8</sup> Por ejemplo, el art. 955 del Código Civil –que regula la sucesión de quien fallece teniendo su último domicilio en el extranjero– importa una concepción acerca de la sucesión por causa de muerte como cuestión de la persona y no de titularidad de los bienes.

#### b) El particularismo exagerado

También es erróneo no tomar en cuenta debidamente las peculiaridades del tráfico externo y las exigencias del comercio internacional.<sup>9</sup> En efecto, el elemento internacional es lo que hace entrar en vigor las normas de Derecho Internacional Privado; por lo mismo,

aun cuando exista una perspectiva nacional para enfocar los problemas, no se desconoce que dichos problemas tienen carácter internacional. El reconocimiento de la realidad internacional explica que las normas relativas al tráfico externo, a veces, son distintas de aquellas destinadas al campo nacional. El artículo 135 del Código Civil constituye un ejemplo de lo anterior. Los matrimonios celebrados en Chile se entienden contraídos bajo el régimen de sociedad conyugal, siempre que no se pacte separación de bienes o el régimen de participación en los gananciales. Por el contrario, la norma es la inversa tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero: los cónyuges se entienden separados de bienes, salvo que se pacte la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales. Ello demuestra en este caso concreto que, aun cuando exista una perspectiva particular para abordar los casos con elementos internacionales relevantes, las soluciones que se entregan tienen en vista los intereses del tráfico externo y, por ello, pueden diferir de las soluciones que el mismo derecho entrega para casos puramente internos. Debe destacarse que, en el caso propuesto, el legislador considera, en el interés de los matrimonios, que el régimen que presenta mayores ventajas es la sociedad conyugal. Por eso lo impone a todos los matrimonios que se celebren en el territorio nacional, sean los contrayentes chilenos o extranjeros. Sin embargo, cuando se trata de asimilar a un régimen matrimonial interno los matrimonios celebrados en país extranjero, el legislador deja a un lado al régimen de sociedad conyugal –probablemente porque estima que no es la regla general en el extranjero y que, normalmente, no estuvo en la intención de los contrayentes– y prefiere para ellos el régimen de separación de bienes.

Por lo tanto, puede concluirse que los principios sobre los cuales se construyen las normas de Derecho Internacional Privado no son exclusivamente particularistas, pues tienen en vista intereses generales del tráfico externo, aunque desde la óptica nacional. No puede desconocerse el particularismo del Derecho Internacional Privado porque si no este solo contendría normas abstractas y genéricas inspiradas en concep-

<sup>4</sup> Ibídem.

<sup>5</sup> Ibídem.

<sup>6</sup> Ibídem.

<sup>7</sup> Ibídem.

<sup>8</sup> Ibíd. Pág. 50.

<sup>9</sup> Ibíd. Pág. 51.

ciones teóricas y no realidades históricas; pero este particularismo no es exagerado por cuanto adapta las normas nacionales a las necesidades del tráfico externo.

### 3. ROL DEL ORDENAMIENTO ESTATAL

El ordenamiento estatal no puede pretender tener exclusividad para regular con sus propias reglas materiales todas las situaciones con elementos extranjeros, aunque las personas o bienes estén en el territorio o los actos o hechos hayan ocurrido o produzcan sus efectos en el territorio, por las siguientes razones:

a) Se trata de construir un sistema armónico y previsible en el mundo entero, que reconozca que los distintos ordenamientos deben convivir en la realidad internacional común. Esta debe ser una aspiración que todos los Estados del mundo debieran cumplir en interés de las personas y no como una forma de satisfacer los intereses de los otros Estados. Es importante destacar que si el Estado pasa por sobre esta realidad y pretende imponer su ley a todas las situaciones con elementos internacionales, con ello se perjudicarán las personas que deban convivir con esa legislación y no los restantes Estados del mundo. En teoría, cada Estado podría hacer aplicables sus leyes a todas las personas y bienes que se encuentren en su territorio y a todos los actos y hechos que ocurran o produzcan sus efectos en el territorio. Sin embargo, con ello se perjudicarían las personas porque éstas solo pueden prever el que vaya a regir la racionalidad en la distribución de las competencias legislativas a lo largo del mundo, lo que no ocurriría si cada Estado pretendiera tener competencia universal. Por ejemplo, las personas deben partir de la base que las normas que rigen su estado civil y su mayoría de edad las van a seguir donde quiera que se trasladen y que serán respetadas en todo el mundo. De esta manera se evitará que una persona pueda ser considerada soltera a un lado de la frontera y casada al otro lado de ella, o que una persona pueda ser considerada capaz en un

país e incapaz en otro. Si un Estado pretende imponer sus propias reglas en estas materias, sin considerar los intereses del tráfico externo, se producirán desarmonías en la regulación internacional de las que las personas serán las víctimas.

b) Por otro lado se puede apuntar que no es cierto que en el mundo exista la exclusividad legislativa, esto es, que cada Estado pretenda regular todas las situaciones con elementos internacionales mediante la aplicación de sus propias normas.<sup>10</sup> En efecto:

i. Todos los sistemas jurídicos prevén la aplicación de normas extranjeras.

ii. La competencia exclusiva de la *lex fori* implicaría que no habría solución si no hay litigio, porque solo se conocería la ley luego de saberse el tribunal que conocerá del asunto. Por lo tanto, las personas no podrían anticipar la ley que regirá al fondo del asunto, ya que dicha ley dependerá del lugar donde se demande.<sup>11</sup>

iii. La competencia exclusiva de la *lex fori* implicaría el riesgo de *forum shopping*. Esto significa que el demandante, sabedor de que la ley que regirá el fondo del asunto será la *lex fori*, demandará en el foro donde su pretensión será acogida.<sup>12</sup>

iv. Las soluciones serían fragmentarias e inestables, ya que no se aplicarían en el extranjero. Cada una de las sentencias que dictarían los respectivos tribunales se harían conforme a la *lex fori*. Ello significaría que para un mismo asunto podrían haber, en teoría, tantas soluciones cuantos foros puedan conocer de él. Con ello las respectivas soluciones no podrían tener la pretensión de aplicarse en el extranjero y las partes se perjudicarían, ya que no podrían hacer valer sus derechos fuera del país donde se hubiera dictado la sentencia que les confiera dichos derechos.<sup>13</sup>

v. La decisión de someter el asunto a un tribunal determinado se funda en con-

<sup>10</sup> Ibid. Pág. 54

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibid. Pág. 57.

sideraciones diferentes a la decisión de someterlo a una ley determinada. La competencia judicial, por razones de comodidad, puede ser más amplia que la competencia legislativa, la cual exige siempre más precisión. Esto significa que los vínculos que existen entre el tribunal, por una parte, y la situación que se juzga, por la otra, pueden ser menos fuertes que los vínculos que existen entre el derecho conforme al cual se va a fallar dicha situación, por una parte, y el respectivo asunto, por la otra. Lo anterior, por las siguientes razones: los derechos subjetivos no pueden depender de una decisión del actor en cuanto a la elección del tribunal; históricamente la competencia judicial y la competencia legislativa han seguido caminos distintos; determinados vínculos pueden justificar la aplicación del foro pero no necesariamente su ley, por ejemplo, las partes pueden elegir un tribunal de un país ubicado equidistante de los domicilios de las partes.

En definitiva y concluyendo, si bien la *lex fori* no tiene la competencia exclusiva para regular el tráfico externo, con los límites que se estudiarán, sí tiene la tarea de organizar la reglamentación de dicho tráfico externo.<sup>14</sup> Por lo tanto, el rol del ordenamiento estatal es ordenar la reglamentación del tráfico externo.

#### 4. DIRECTRICES INTERNACIONALES PARA LA REGLAMENTACION DEL TRAFICO EXTERNO

Por su propia naturaleza el tráfico externo debiera ser regulado por un legisla-

dor internacional, pero como éste no existe, la función es asumida por las autoridades locales. Por lo tanto, el legislador nacional –atendido que la materia que está regulando tiene carácter internacional– está limitado por principios de carácter internacional. Las normas de Derecho Internacional Privado que dicte el legislador nacional debieran ser aceptables para cualquier legislación. Así se reconoce en la exposición de motivos del Proyecto del Benelux del Código de Derecho Internacional Privado,<sup>15</sup> y el principio nos parece aceptable.

Las limitaciones que pesan sobre el legislador nacional son las siguientes:

a) Tal como se ha visto en el N° 3 anterior, la pretensión de aplicar siempre su propio punto de vista viola el Derecho Internacional. El Estado no es libre para aplicar su derecho a situaciones que no están vinculadas consigo.<sup>16</sup>

b) Además, la vinculación debe ser intensa.<sup>17</sup> Así, por ejemplo, la nacionalidad puede ser suficiente vínculo como factor de conexión para el estatuto personal pero puede no serlo tratándose del estatuto real.

c) Hoy no existe una regla internacional que ponga límites precisos a la aplicación de cada ordenamiento.<sup>18</sup> Sin embargo, subsisten límites racionales.

d) Un criterio exorbitante de nacionalismo no tendrá efectos en el extranjero.<sup>19</sup> Se ha venido avanzando en esta materia y existen convenios que buscan facilitar la aplicación extraterritorial de los fallos.

<sup>14</sup> Ibíd. Pág. 63.

<sup>15</sup> Ibíd. Pág. 65.

<sup>16</sup> Ibíd. Pág. 66.

<sup>17</sup> Ibídem.

<sup>18</sup> Ibídem.

<sup>19</sup> Ibíd. Pág. 69.

## *Capítulo III*

### FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
.JURIDICAS Y SOCIALES

Las fuentes del Derecho Internacional Privado pueden clasificarse en fuentes internas y fuentes internacionales:

#### 1. FUENTES INTERNAS

a) La ley. En Chile la ley como fuente del Derecho Internacional Privado es insuficiente, se encuentra dispersa y es antigua.

i. En primer lugar, es insuficiente, ya que solo existe un puñado de normas que tienen vinculación con nuestra disciplina, principalmente en el Código Civil, y especialmente en su Título Preliminar. Las principales normas de Derecho Internacional Privado chileno son los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 60, 120, 121, 135, 955, 998, 1027 y 1028 del Código Civil; los artículos 1º, 4º y 15 de la Ley de Matrimonio Civil; el artículo 113 del Código de Comercio; los artículos 1º, 5º y 6º del Código Orgánico de Tribunales; los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal; los artículos 106, 174 y 425 del Código Penal; el Decreto Ley N° 1.094 que fijó normas sobre ingreso y permanencia de extranjeros en Chile, y el Decreto Ley N° 2.349 que fijó las normas procesales sobre inmunidad de ejecución en los contratos internacionales para el sector público.

ii. En segundo, lugar, la legislación se encuentra dispersa. Tal como se ha visto precedentemente, la legislación chilena de Derecho Internacional Privado se encuentra repartida en distintos cuerpos legales: el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Orgánico de Tribunales, el Código Penal, el Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Penal, el Decre-

to Ley N° 2.349. Por contraste el moderno Código italiano de Derecho Internacional Privado de 1995 agrupa en sus disposiciones, con un criterio común, todas las materias de la disciplina. Nuestra legislación, en tanto que dispersa, no tiene ni puede tener criterio común alguno.<sup>1</sup>

iii. En tercer lugar, las normas chilenas de Derecho Internacional Privado son antiguas. En efecto, las más importantes normas legales se encuentran en el Título Preliminar del Código Civil que data de 1855. En otros países se han dictado modernos códigos o conjuntos de normas de Derecho Internacional Privado como en Alemania en 1986, en Suiza en 1988 y en Italia en 1995.

b) La costumbre. No tiene gran relevancia en Chile ya que conforme al artículo 2º del Código Civil la costumbre no constituye derecho sino en los casos en los cuales la propia ley se remite a ella. En nuestro derecho, la costumbre en materia mercantil tiene mayor importancia atendido lo dispuesto en los artículos 4º, 5º y 6º del Código de Comercio. Sin embargo, la costumbre nacional ni aun en materias de índole comercial, ha constituido una fuente importante de normas de Derecho Internacional Privado.

---

<sup>1</sup> Vale la pena mencionar que el profesor Avelino León Steffens presentó una ponencia sobre Reforma del Derecho Aplicable en el Sistema Chileno de Derecho Internacional Privado, fruto de un seminario en el cual participaron destacados especialistas. El proyecto está redactado articulado y puede leerse en el libro *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Segunda Parte, preparado bajo el auspicio de la Fundación Fueyo Laneri. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002. Págs. 187 y siguientes.

c) La jurisprudencia. Debería ser una fuente muy importante atendido el carácter insuficiente, disperso y antiguo que tiene nuestra legislación. Sin embargo, a menudo la jurisprudencia ha sido contradictoria y deficiente. Incluso más, la correcta interpretación del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, que había sido la más importante contribución de nuestra jurisprudencia en el ámbito del Derecho Internacional Privado, ha sido echada por tierra en recientes fallos.

d) La doctrina. En Chile la doctrina es escasa y se reduce a una media docena de autores. Lamentablemente ese puñado de especialistas mantiene opiniones diferentes en puntos relevantes del estudio del Derecho Internacional Privado por lo que la importancia de la doctrina como fuente de nuestra disciplina es exigua.

El solo hecho de que en Derecho Internacional Privado existan fuentes internas arroja las siguientes consecuencias:

a) Hay distintos sistemas de Derecho Internacional Privado a lo largo del mundo.<sup>2</sup>

b) Las soluciones que entregan los distintos sistemas de Derecho Internacional Privado son diferentes. Existen reglas universalmente aceptadas, como el principio de que la ley del lugar rija la forma del acto –*locus regit actum*–, pero aspectos importantes de nuestra disciplina se abordan con criterios distintos; por ejemplo, en materia de estatuto personal, esto es, en relación con las normas que regulan el estado civil, el nombre y la capacidad de las personas, algunos países optan por usar como factor de conexión el domicilio y otros, la nacionalidad.

c) Atendido que las soluciones pueden ser distintas, dichas soluciones pueden llegar a ser contradictorias.

d) Esta diversidad de opiniones en nuestra disciplina puede ser aprovechada por las partes, las cuales pueden elegir el derecho que mejor se aviene con sus propósitos. Lo anterior no presenta problemas cuando la

elección del derecho está disponible para las partes pero no cuando ello no es así. En este último caso la manipulación maliciosa del hecho que subyace en el factor de conexión para escapar a la aplicación de una ley imperativa constituirá fraude a la ley imperativa eludida, el cual debe ser sancionado.

e) Existe un Derecho Internacional Privado comparado que tiene importancia para ilustrar diferentes materias.<sup>3</sup>

## 2. FUENTES INTERNACIONALES

a) Las reglas no escritas. Las reglas no escritas son principios generales de derecho de aplicación universal.<sup>4</sup> Por ejemplo, el principio *locus regit actum* que en nuestro derecho se manifiesta en los artículos 17 y 1027 del Código Civil y 15 de la Ley de Matrimonio Civil.

b) Los tratados internacionales. Los tratados internacionales pueden ser de dos clases: bilaterales y colectivos.

i. Tratados bilaterales: los tratados bilaterales son inconvenientes porque introducen elementos perturbadores en el sistema, puesto que obligan a averiguar en cada caso si la relación jurídica está regulada o no por el tratado, ya que en el primer caso se aplicarán las normas de dicho tratado y en el segundo caso no;<sup>5</sup> además obligan a los tribunales a aplicar normas diferentes a situaciones idénticas, según quiénes sean las personas que litigan. La ventaja que presentan los tratados bilaterales es que normalmente son más fáciles de concluir y ratificar porque no es necesario poner de acuerdo sino a dos Estados.

ii. Tratados colectivos: los tratados colectivos son de gran utilidad ya que no presentan los inconvenientes que señalamos tratándose de los tratados bilaterales. Sin embargo, atendido que se trata de instrumentos multilaterales, resulta difícil su conclusión y ratificación.<sup>6</sup> La historia de la uni-

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>4</sup> Ibíd. Pág. 27.

<sup>5</sup> Ibíd. Pág. 30.

<sup>6</sup> Ibíd. Pág. 31.

ficación del Derecho Internacional Privado en América Latina es testigo de cómo las reservas introducidas al momento de la suscripción y ratificación de instrumentos multilaterales han esterilizado su vigencia. Un caso patético al respecto es el Código de Derecho Internacional Privado, llamado también Código Bustamante, tal vez el instrumento multilateral más importante que se encuentre vigente en nuestro país.

c) La jurisprudencia. La jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Privado es escasa porque las cortes internacionales resuelven principalmente problemas de Derecho Internacional Público y no de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, se pueden citar casos notables que incorporaron a nuestra disciplina instituciones muy importantes de Derecho Internacional Privado. Por ejemplo, el caso Boll, por medio del cual la Corte Internacional de Justicia reconoció la existencia de las normas de policía, esto es, de aquellas normas en las cuales un caso internacional se trata como un caso puramente interno, y la forma como ellas se compatibilizan con las normas de conflicto.<sup>7</sup>

d) La convención. La convención de las partes es una muy importante fuente de Derecho Internacional Privado. Como es sabido, las partes gozan de la autonomía de la voluntad para disponer de las reglas que les van a regir. La autonomía de las partes es amplia y puede ser conflictual o material, dependiendo si ellas han dispuesto solamente del derecho que va a regir el asunto o han reglamentado substancialmente, en el propio contenido, la materia que les ocupa.

e) La *lex mercatoria*. La *lex mercatoria* está constituida por las normas que han establecido los comerciantes para facilitar el intercambio de bienes y servicios. La *lex mercatoria* es hoy una fuente muy recurrida de Derecho Internacional Privado. Un ejemplo de esta clase de normas son los *Incoterms* de la Cámara de Comercio Internacional que reglamentan aspectos de la compraventa internacional de mercaderías.

<sup>7</sup> Acerca del caso Boll, véase Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 93.

### 3. HISTORIA DE LA UNIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA LATINA

La unificación del Derecho Internacional Privado se puede hacer de dos maneras distintas: sobre la base de unificar las normas de conflicto y sobre la base de unificar las reglas materiales.<sup>8</sup> Unificar las normas de conflicto significa que todos los países pasan a emplear el mismo factor de conexión para regir la misma situación; por ejemplo, todos los signatarios de un tratado adoptan la nacionalidad como factor de conexión para el estatuto personal. La unificación de normas de conflicto, obviamente, no asegura que la solución final del caso sea la misma porque el empleo de un mismo factor de conexión puede localizar el caso en distintos derechos y, por lo tanto, hacer aplicable a una misma situación distintos ordenamientos. Unificar las normas materiales significa que todos los países pasan a adoptar la misma solución de fondo para el caso correspondiente; por ejemplo, todos los signatarios de un tratado acuerdan que la mayoría de edad se alcanzará a los 18 años.

a) Intentos de codificación de las normas de Derecho Internacional Privado en América Latina

En América Latina han existido cuatro importantes intentos de unificación del Derecho Internacional Privado:

i. *Tratado de Lima* (1875). En esta conferencia no se clarificó si se pretendía unificar las reglas materiales o las de conflicto, ya que la invitación del Gobierno peruano disponía como objetivo la búsqueda de uniformidad de la legislación privada y, donde ello no sea posible, determinar las disposiciones conforme a las cuales debían resolverse los conflictos que se produjeran en la aplicación de estas leyes.<sup>9</sup> Chile propuso uni-

<sup>8</sup> Anna Maria Villela. *L'unification du droit international privé en Amérique latine*. Artículo publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé*. Editions Sirey. París. 1984, N° 2. Pág. 233.

<sup>9</sup> Ibíd. Pág. 235.

ficar las reglas materiales a través de la adopción por todos los países del Código Civil de Bello.<sup>10</sup> El problema básico que tuvo el Tratado de Lima fue que adoptó la nacionalidad como factor de conexión para el estatuto personal.<sup>11</sup> Esta decisión provocó el rechazo de muchos Estados que recibían fuerte inmigración, como Argentina y Uruguay. A la postre, el tratado no llegó a tener fuerza obligatoria porque no obtuvo la ratificación de los Estados que lo habían suscrito.<sup>12</sup> El único país que ratificó el Tratado de Lima fue Perú.<sup>13</sup> Sin embargo, este tratado tiene el mérito de haber sido el primero en el mundo sobre materias de Derecho Internacional Privado.<sup>14</sup>

ii. *Tratados de Montevideo* (1888). La Conferencia de Montevideo fue organizada por Uruguay y Argentina.<sup>15</sup> Los Tratados de Montevideo fueron los siguientes: de Derecho Civil, de Derecho Comercial, de Derecho Penal, de Derecho Procesal, de Propiedad Literaria y Artística, de Patentes de Invención, de Marcas de Comercio y de Fábrica y de Ejercicio de Profesiones Liberales. Los tratados fueron suscritos por varios países y no han sido denunciados. Los primeros cuatro tratados unifican las reglas de conflicto y los últimos cuatro unifican las reglas materiales.<sup>16</sup> Chile suscribió todos los tratados, salvo los de Derecho Civil, Derecho Penal y de Ejercicio de Profesiones Liberales; sin embargo, no ratificó ninguno de ellos.<sup>17</sup> Los Tratados de Montevideo pusieron énfasis en la ley del domicilio.<sup>18</sup> Estos tratados de Derecho Internacional Privado tienen el mérito de ser los primeros en el mundo que fueron ratificados por más de un Estado y, por lo tanto, entraron en vigencia.<sup>19</sup>

iii. *Código Bustamante*. El Código de Derecho Internacional Privado, llamado “Código Bustamante”, fue un resultado notable de las Conferencias Panamericanas. El tratado fue aprobado en 1928, en la Sexta Conferencia de La Habana.<sup>20</sup> En esa conferencia se tomaron diversos acuerdos, convenciones y resoluciones, entre ellos se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado, obra del cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén.

El problema más grave que debió enfrentar el Código Bustamante fue el de las reservas. El tratado fue aprobado sin reservas por algunos países, por ejemplo, Bolivia, Haití, Ecuador y México.<sup>21</sup> Fue aprobado con reservas por Argentina, Brasil y Chile.<sup>22</sup> Estados Unidos se abstuvo de aprobarlo.<sup>23</sup> El tratado ha sido ratificado por quince países.<sup>24</sup> Sin embargo, algunos muy importantes no lo han hecho, como Argentina, Colombia y México.<sup>25</sup>

Las reservas que se hicieron al Código Bustamante fueron de dos tipos: 1) Indeterminadas, esto es, de carácter general y que no se refieren a preceptos específicos del tratado. Hicieron esta clase de reservas Colombia, Costa Rica, Chile, Uruguay y Nicaragua.<sup>26</sup> Las reservas de esta clase no cumplieron con el Art. 3º de la Convención que impedía hacer reservas indeterminadas.<sup>27</sup> 2) Determinadas, esto es, que se refieren a preceptos o instituciones específicas del tratado. Brasil y El Salvador hicieron esta clase de reservas respecto de preceptos del Código Bustamante; Argentina, Paraguay y República Dominicana hicieron reservas de esta naturaleza referidas a instituciones del tratado.<sup>28</sup>

La reserva chilena se formuló al suscribirse por los plenipotenciarios, en los si-

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Federico Duncker Biggs. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1967. Pág. 96.

<sup>12</sup> Ibíd. Pág. 97.

<sup>13</sup> Villela. Ob. cit. Pág. 242.

<sup>14</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 38.

<sup>15</sup> Ibíd. Pág. 97.

<sup>16</sup> Ibíd. Pág. 98.

<sup>17</sup> Ibíd. Pág. 99.

<sup>18</sup> Ibídem.

<sup>19</sup> Ibíd. Pág. 38.

<sup>20</sup> Ibíd. Pág. 119.

<sup>21</sup> Ibíd. Pág. 118.

<sup>22</sup> Ibídem.

<sup>23</sup> Ibídem.

<sup>24</sup> Ibíd. Pág. 126.

<sup>25</sup> Ibídem.

<sup>26</sup> Ibíd. Pág. 118.

<sup>27</sup> Ibídem.

<sup>28</sup> Ibídem.

guiéntes términos: "Chile salvará su voto en las materias y en los puntos que estime convenientes, en especial en los puntos referentes a la política tradicional y a su legislación nacional". El Congreso Nacional, al aprobar el tratado, amplió la reserva efectuada por los plenipotenciarios chilenos dejando constancia que la aprobación se hacía: "Con la reserva formulada por los delegados de Chile y además 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".

El Código de Derecho Internacional Privado se promulgó por Decreto N° 374 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 10 de abril de 1934, publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de abril de 1934.

iv. *Tratados de Panamá, Montevideo y La Paz*  
 Estos tratados se han acordado dentro del marco de la Primera, Segunda y Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebradas en Panamá, Uruguay y Bolivia el 30 de enero de 1975, el 8 de mayo de 1979 y el 24 de mayo de 1984, respectivamente. Estas Conferencias son conocidas por las siglas de CIDIP I, II y III y abarcaron diversos aspectos de nuestra disciplina. Las convenciones a que dieron lugar las Conferencias CIDIP I, II y III son las siguientes: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975; 2) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975; 3) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975; 4) Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975; 5) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975; 6) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975; 7) Convención Interamericana sobre Conflic-

tos de Leyes en Materia de Cheques, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; 8) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; 8) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; 9) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cauteulares, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; 10) Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; 12) Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; 13) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; 14) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, suscrita en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984; 15) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, suscrita en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984; 16) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, suscrita en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984.

Las Conferencias Interamericanas CIDIP se fundaron en los siguientes principios: 1) Se evitaron las codificaciones amplias y compactas. Por ello no se emplearon códigos generales. Se pretendió reemplazar los códigos antiguos por textos modestos pero eficaces.<sup>29</sup> La inspiración para esta tesis pragmática se encontró en la codificación norteamericana.<sup>30</sup> En materias de Derecho Procesal, Derecho Comercial y Derecho Civil se buscó coordinar reglas de conflictos sin dar reglas materiales. 2) Se han tratado de evitar las reservas de carácter general y aceptar sola-

<sup>29</sup> Villela. Ob. cit. Pág. 247.

<sup>30</sup> Ibíd. Pág. 248.

mente las que no atenten en contra del objeto y fin del tratado.<sup>31</sup>

b) Características de la codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina

La codificación americana está limitada geográficamente a los países de Latinoamérica, quedando excluidos los Estados Unidos.<sup>32</sup> Este país ha participado en algunas conferencias, pero no ha suscrito los tratados que surgieron de ellas. Las principales características de la codificación americana son:

i. Globalista.<sup>33</sup> Se proponen reglas para solucionar todos los conflictos de leyes. Este sistema comenzó desde la Conferencia de Lima.

ii. Regionalista o bipolar.<sup>34</sup> Se divide América Latina en dos partes opuestas. La división se produce al tener que optar acerca del factor de conexión que rige el estatuto personal.<sup>35</sup> El Tratado de Lima optó por la nacionalidad, los Tratados de Montevideo eligieron el domicilio y el Código Bustamante no se definió.

c) Resultados de la codificación americana

Los principales resultados del proceso codificador latinoamericano son los siguientes:

i. Resultados teóricos. Sin perjuicio de la característica de bipolarización, los tratados son aptos para unificar por su carácter globalizante.<sup>36</sup> Además, los tratados permitieron dejar por escrito y en vigencia grandes principios teóricos. Así por ejemplo, los tratados de Montevideo se inspiraron en las obras de Story, Savigny, Freitas y Bello. El Código Bustamante siguió la escuela italiana moderna.<sup>37</sup>

ii. Resultados prácticos. Los resultados prácticos de los Tratados de Montevideo han sido relativos ya que numerosos países no han renovado su adhesión. En cuanto al Código Bustamante son tan amplias las re-

servas que se le formularon –entre ellas la de Chile– que han disminuido por completo su influencia práctica. Sólo se aplica plenamente en escasos países, de los cuales la mayoría son de América Central.<sup>38</sup>

d) Dificultades de la codificación americana

Se pueden apuntar como las principales dificultades de la codificación americana las siguientes:

i. El peso de las tradiciones existentes. El tratado de Roma, punto de partida de la Unión Europea, para evitar discusiones en torno a las tradiciones legislativas de los distintos Estados prefirió intentar formular reglas nuevas, independientes de las respectivas tradiciones legislativas.<sup>39</sup> En América Latina el problema principal ha surgido en materia de estatuto personal, ya que los países del Atlántico –que tradicionalmente han recibido mucha inmigración extranjera– prefieren usar como factor de conexión para el estatuto personal el domicilio y los países del Pacífico para ese fin prefieren usar la nacionalidad.

ii. La ausencia de Estados Unidos. Este país para evitar ratificar las convenciones panamericanas se escudó en que la ratificación de esta clase de tratados correspondía a los estados federados y no al estado federal.<sup>40</sup> Sin embargo, posteriormente ha ratificado convenciones de origen europeo. Estados Unidos ha participado en las discusiones y ha colaborado en la redacción de proyectos, pero después no ha suscrito o no ha ratificado los tratados.

iii. La ratificación de las convenciones.<sup>41</sup> Todavía no se puede liberar el procedimiento del formalismo que pesa sobre las ratificaciones. La ratificación de los tratados por los Congresos, por el temor a contrariar normas y principios, transforma el procedimiento de codificación en lento y difícil.

<sup>31</sup> Ibíd. Pág. 251.

<sup>32</sup> Ibíd. Pág. 241.

<sup>33</sup> Ibídem.

<sup>34</sup> Ibíd. Pág. 243.

<sup>35</sup> Ibídem.

<sup>36</sup> Ibíd. Pág. 244.

<sup>37</sup> Ibídem.

<sup>38</sup> Ibíd. Pág. 243.

<sup>39</sup> Ibíd. Pág. 252.

<sup>40</sup> Ibíd. Pág. 253.

<sup>41</sup> Ibíd. Pág. 255.

## *Capítulo IV*

### INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA NORMA DE CONFLICTO

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

#### 1. ACTITUDES TEORICAS QUE PUEDEN ADOPTARSE FRENTE A UN CASO CON ELEMENTOS INTERNACIONALES RELEVANTES

Frente a un caso con elementos internacionales relevantes, en teoría, el Estado puede adoptar tres actitudes diferentes:

a) Desconocer el elemento internacional del caso y tratarlo como si fuera uno puramente interno. Si se adopta esta actitud se dice que el Estado dicta una norma de policía.<sup>1</sup> Es importante destacar que como el caso presenta elementos internacionales relevantes y, por lo tanto, se trata técnicamente de una situación sometida al Derecho Internacional Privado, la norma de policía aborda casos que naturalmente pertenecen al Derecho Internacional Privado, pero tratándolos como si fueran asuntos de derecho interno.<sup>2</sup> Por eso puede decirse que la norma de policía es una norma de Derecho Internacional Privado, pero que desprecia el elemento internacional del caso. Se pueden citar como ejemplos de ámbitos en los cuales existen abundantes normas de policía, las normas laborales, las reglas de protección al consumidor, las de protección de menores, las de educación básica obligatoria, etc.

b) Reconocer el elemento internacional del caso y darle una solución de fondo, en atención a las características propias del tráfico externo. En esta situación se dice que se está frente a una norma material.<sup>3</sup> La norma

material reconoce el elemento internacional del caso, ya que precisamente en consideración a las peculiaridades del tráfico externo otorga una solución substancial al asunto.<sup>4</sup> Atendido que el caso presenta elementos internacionales relevantes se trata de un caso de Derecho Internacional Privado que la norma material atiende en consideración a sus especiales características. La norma material, como se verá más adelante, no difiere técnicamente de las demás normas jurídicas que se estudian en otras disciplinas. Un ejemplo de norma material está constituido por el artículo 1028 del Código Civil, referido a la forma de los testamentos que se otorgan en el extranjero.

c) Reconocer el elemento internacional del caso y solucionarlo indirectamente, entregando la decisión de fondo acerca del mismo al derecho que aparece más vinculado con la situación planteada.<sup>5</sup> En este caso se dice que se está en presencia de una norma de conflicto. Un ejemplo de norma de conflicto lo constituye el artículo 955 del Código Civil, que dispone que la ley que rige la sucesión es la ley del último domicilio del causante.

#### 2. ESTRUCTURA DE LA NORMA DE CONFLICTO

La estructura de la norma de conflicto es distinta a la estructura clásica de la norma jurídica. En efecto, tal como en toda norma de derecho, la norma de conflicto presenta un tipo legal, que describe la si-

---

<sup>1</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 77.

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>3</sup> Ibídem. Pág. 79.

---

<sup>4</sup> Ibídem.

<sup>5</sup> Ibídem.

tuación, y una consecuencia jurídica, que entrega la solución a la situación planteada. Sin embargo, tratándose de la norma de conflicto la solución es indirecta ya que ella queda radicada en otro derecho, distinto de aquel que conoce del asunto. Para operar de este modo la consecuencia jurídica de la norma de conflicto contempla el llamado “factor de conexión”, que es el elemento conforme al cual se remite la solución a un derecho distinto de aquel que está conociendo del asunto.<sup>6</sup> Para facilitar la comprensión de la estructura de la norma de conflicto merece citarse el artículo 1027 del Código Civil, el cual dispone que “Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria”. Como se aprecia, existe aquí: 1) un tipo legal que consiste en la situación planteada: forma del testamento otorgado en el extranjero; 2) una consecuencia jurídica que no resuelve materialmente el asunto, sino que remite la solución a otro derecho mediante el uso de un factor de conexión: al derecho del lugar donde se otorgue el testamento. Por lo tanto, el factor de conexión es la ley del lugar del otorgamiento del acto. Si la norma en comento hubiera entregado una solución de fondo al asunto y no una indirecta, estaríamos en presencia de una norma material; tal es el caso del artículo 1028 del Código Civil, el cual regula la forma de los testamentos otorgados en país extranjero mediante este otro sistema.

La norma de conflicto recibe ese nombre del hecho de que se “suponen” en conflicto todos los derechos potencialmente aptos para regir la situación, correspondiéndole a la norma de conflicto “situar” la solución en uno de esos ordenamientos, aquel que la norma de conflicto considere como

<sup>6</sup> Acerca de la estructura de la norma de conflicto véase Werner Goldschmidt. *Derecho Internacional Privado*. Quinta edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1985. Pág. 79. Véase también Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 134.

el más vinculado al caso de que se trate. En realidad no existe tal conflicto sino varios sistemas jurídicos con los cuales la relación jurídica se encuentra relacionada, pluralidad de ordenamientos que provoca la duda acerca de cuál de ellos debe ser el derecho aplicable.<sup>7</sup> La tarea de localización es el proceso que lleva a cabo la norma de conflicto “cuya misión no es resolver directamente una cuestión jurídica, sino remitirse al ordenamiento que ha de proporcionar la reglamentación sustantiva del supuesto de tráfico externo de que se trate”.<sup>8</sup>

El método que emplea la norma de conflicto para solucionar un caso de Derecho Internacional Privado es analítico y analógico.

a) Es analítico porque separa el caso para entregar a cada una de sus partes una solución distinta.<sup>9</sup> Este procedimiento es conocido con el nombre francés de “*dépeçage*”, esto es, despedazamiento, trozamiento. En efecto, la norma de conflicto divide el caso en distintas partes, por ejemplo, requisitos de forma del acto, capacidad de las partes, requisitos de fondo del acto, efectos del mismo, etc. Cada una de las partes en las cuales se ha fragmentado el caso con elementos internacionales relevantes, en teoría, podría quedar entregada a un derecho distinto.

b) Es analógico porque el procedimiento de *dépeçage* se realiza empleando, por analogía, las categorías del Derecho Civil.<sup>10</sup>

### 3. CARACTERISTICAS DE LA NORMA DE CONFLICTO

La norma de conflicto clásica tiene las siguientes características:<sup>11</sup>

a) Es abstracta; esto es, se elige sin consideración al derecho material que en definitiva será aplicable.

<sup>7</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 80.

<sup>8</sup> Ibíd. Pág. 81.

<sup>9</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 9.

<sup>10</sup> Ibíd. Pág. 10.

<sup>11</sup> Pierre Mayer. Ob. cit. Pág. 84.

b) Es neutra; esto es, se decide sin consideración al resultado final que tendrá el litigio para el demandante y para el demandado.

c) Es bilateral, porque da lo mismo, desde la perspectiva del método conflictual, aplicar la ley propia o la ley de un país extranjero; el método no privilegia la aplicación de la *lex fori*.

#### 4. CRITICAS AL METODO CONFLICTUAL

El método conflictual ha sufrido numerosas críticas desde diferentes puntos de vista. Las principales críticas son las siguientes:

a) Aun cuando el método conflictual pretenda respetar el elemento internacional del caso termina nacionalizando la solución. En efecto, tal como se ha señalado, la norma de conflicto respeta el elemento internacional del caso sobre la base de situar la solución del mismo en el derecho con el cual aparece más vinculado. Sin embargo, la solución que entrega el derecho designado por la norma de conflicto –“*lex causae*”– será siempre una solución nacional, esto es, la misma que se daría para un caso meramente interno que debiera resolverse por ese mismo derecho.<sup>12</sup> Quienes formulan esta crítica al método conflictual prefieren que se vayan reemplazando las normas de conflicto por normas materiales, las cuales, como se ha visto, se dictan en consideración al elemento internacional del caso y precisamente tienen en vista dicho interés.<sup>13</sup>

b) El método conflictual, atendidas las características de la norma de conflicto, desconoce el creciente rol del Estado y, por ende, el de la *lex fori*.<sup>14</sup> Se insiste en que no resulta pertinente situar en un plano de igualdad la *lex fori* y las leyes extranjeras. Quienes formulan críticas en este sentido prefieren ampliar el ámbito de aplicación

de las normas de policía, las cuales persiguen proteger los objetivos del foro y, por lo tanto, desconocen el elemento internacional del caso.<sup>15</sup>

c) El método conflictual entrega soluciones demasiado complejas,<sup>16</sup> las cuales, por lo mismo, tienen un alto grado de incertidumbre.

La *lex fori* tiene la responsabilidad de organizar la reglamentación del tráfico externo en cada uno de los países.<sup>17</sup> Ella decidirá cómo se distribuye el campo de aplicación de las normas de policía, normas materiales y normas de conflicto y cómo todos dichos métodos se coordinan y complementan en un sistema ordenado, previsible y respetuoso de la realidad internacional de los casos.

#### 5. CLASIFICACION DE LAS NORMAS DE CONFLICTO

Las normas de conflicto admiten diversas clasificaciones, atendiendo a diferentes puntos de vista. Las más importantes son las siguientes:

a) Normas de conflicto internas e internacionales, según si la fuente de la norma de conflicto es interna o internacional.<sup>18</sup> La fuente más importante de normas de conflicto internas es la ley y la de normas de conflicto internacionales es el tratado.

b) Normas de conflicto estatales o convencionales, según si la fuente de la norma de conflicto es el Estado o los particulares. Un ejemplo de norma de conflicto estatal es la ley. Las normas de conflicto convencionales derivan de los contratos que abordan casos con elementos internacionales.

c) Normas de conflicto unilaterales o bilaterales, según si regulan cuando se aplica el propio ordenamiento o si designan genéricamente la ley aplicable, sin considerar

<sup>12</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 83.

<sup>13</sup> Ibíd. Pág. 162.

<sup>14</sup> Ibíd. Pág. 84.

<sup>15</sup> Ibíd. Pág. 162.

<sup>16</sup> Ibídem.

<sup>17</sup> Ibíd. Pág. 87.

<sup>18</sup> Ibíd. Pág. 136.

si se trata del derecho propio o de uno extranjero.<sup>19-20</sup> Las normas de conflicto unilaterales son la expresión de la tesis de diversos autores quienes estiman que el único rol del Derecho Internacional Privado es determinar la aplicación espacial de su propio derecho y que no resulta lícito que la *lex fori* disponga cuándo se aplica un derecho extranjero.<sup>21</sup> Algunos de los autores que han postulado tesis unilateralistas son Niedner, Schnell, Niboyet, Quadri y Alfonsín.<sup>22</sup> Un unilateralismo limitado a las normas de policía ha sido sostenido por Gothot.<sup>23-24</sup> El unilateralismo considera que el Derecho Internacional Privado es más un derecho de conflicto de soberanías que uno que resuelve cuestiones privadas con elementos internacionales. Sin embargo, cuando la *lex fori* ordena la aplicación de una ley extranjera no le da competencia a un Estado extranjero, sino simplemente se sirve de su derecho para integrar la premisa mayor del silogismo judicial, lo que no está prohibido. El unilateralismo limitado, que constituye la manifestación más moderna de unilateralismo, postula simplemente utilizar factores de conexión en forma unilateral. Un ejemplo de esa clase de normas sería una que dispusiera que el estado y la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio, pero que el estado y capacidad de los chilenos se rige por la ley chilena. Los problemas más serios del unilateralismo son los siguientes:

i. El unilateralismo no resuelve todos los casos con elementos internacionales que se planteen ante un juez. En efecto, si la norma unilateral no ordena aplicar el derecho del foro puede suceder una de dos posibilidades: que ningún otro derecho tenga interés en conocer del asunto; o que uno o más derechos

extranjeros tengan interés en resolverlo.<sup>25</sup> El primer problema se ha propuesto solucionarlo sobre la base de aplicar la *lex fori*<sup>26</sup> Sin embargo, en esa situación la *lex fori* no tiene vínculos suficientes con el caso y, por lo mismo, ha decidido no aplicarse al caso concreto. En consecuencia, no debiera aplicarse al asunto. El segundo problema solo resulta ser tal cuando dos o más derechos tienen interés en conocer del asunto, ya que en esta situación no existe ningún criterio unilateral que permita elegir entre uno u otro derecho. La solución unilateral a este problema sería bilateralizar la solución propuesta por la norma de conflicto del foro<sup>27</sup> –esto es, aplicar lo que haya resuelto la *lex fori* para el caso que ella haya regulado los casos no regulados por ella–, lo que no resulta en ningún caso sencillo y supone también aplicar la *lex fori* a situaciones a las cuales no ha querido aplicarse.

ii. El unilateralismo, al extender la aplicación de la *lex fori*, permite el *forum shopping*, con los efectos indeseados que hemos visto.

Finalmente, interesa destacar que solo las normas unilaterales que no puedan bilateralizarse pasan a constituir en realidad un método distinto e incluso opuesto al método conflictual. Rigaux llama a esta clase de normas “normas exclusivamente unilaterales” y, en su opinión, no pueden bilateralizarse porque dichas normas aportan una derogación limitativa a una disposición de conflicto de leyes bilateral o bien porque el legislador ha acumulado dos puntos de conexión para aplicarse el uno en defecto del otro.<sup>28</sup> Si la norma no es de esta clase, se podrá interpretar como bilateral y se tratará tan solo de una técnica legislativa diferente.<sup>29</sup> Un ejemplo de lo anterior es el siguiente: el artículo 3º del Código Civil francés dispone que el estado y la capacidad de los franceses se rige por la ley francesa; sin embargo, la jurisprudencia de ese país ha estimado que la redacción uni-

<sup>19</sup> Ibíd. Pág. 137.

<sup>20</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 85.

<sup>21</sup> Adolfo Miaja de la Muela. *Derecho Internacional Privado*. Tomo Primero. Novena edición. Ediciones Atlas. Madrid. 1985. Pág. 370.

<sup>22</sup> Ibídem y ss.

<sup>23</sup> Véase Pierre Gothot. “Le renouveau de la tendance unilatérale en droit international privé”. Artículo publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé*, 1971. Pág. 22

<sup>24</sup> Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 378.

<sup>25</sup> Yvon Loussouarn y Pierre Bourel. Ob. cit. Pág. 139.

<sup>26</sup> Ibídem.

<sup>27</sup> Ibíd. Pág. 140.

<sup>28</sup> François Rigaux. *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Editorial Civitas, S.A.. Madrid. 1985, Pág. 252.

<sup>29</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 139.

lateralista de esa norma tiene una razón histórica, pero la disposición constituye tan solo la expresión de un principio general que puede ser postulado de la siguiente manera: “el estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley nacional”.<sup>30</sup>

## 6. LOS FACTORES DE CONEXION

Los factores de conexión tienen por función vincular la norma de conflicto con el derecho aplicable, esto es, la *lex fori* con la *lex causae*. El factor de conexión forma parte de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, la que, como hemos visto, no contiene en sí misma la solución del caso sino que la remite a otro derecho.<sup>31</sup>

Las conexiones de la norma de conflicto pueden asumir distintas variables:

a) Conexiones únicas y conexiones múltiples, según si la norma o normas de conflicto utilizan uno o más factores de conexión.<sup>32</sup> Las conexiones múltiples, a su vez, pueden ser copulativas o disyuntivas. Las conexiones disyuntivas, cuando se trata de examinar requisitos, favorecen la validez del acto. En el mismo caso las conexiones copulativas hacen más difícil la validez del acto. Un ejemplo de conexión única es el artículo 955 del Código Civil, el cual solo establece como factor de conexión para regir la sucesión el del último domicilio del causante. Un ejemplo de conexión múltiple, de carácter copulativo, es el que establece la Ley de Matrimonio Civil en el artículo 15 al disponer que los chilenos en el extranjero deben cumplir con los requisitos de fondo de la ley del lugar de la celebración del matrimonio y no estar sujetos a los impedimentos dirimentes de la ley chilena. En el derecho moderno se emplean habitualmente conexiones múltiples y preferentemente de carácter disyuntivo.

b) Conexiones mudables e inamovibles, según si se alteran o no por el transcurso del tiempo.<sup>33</sup> Ejemplos de conexiones de carác-

ter mudable son la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual de las personas para regir su estatuto personal.<sup>34</sup> En efecto, si se establece que el estatuto personal de una persona quedará regido por la ley de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual, la situación de hecho puede variar y el sujeto puede quedar regido sucesivamente por leyes distintas; por ejemplo, una persona podría tener la nacionalidad francesa y, por lo tanto, quedar regido por esas leyes, pero luego podría cambiar su nacionalidad y adquirir la italiana, con lo cual quedará regido por esas nuevas leyes; lo mismo ocurrirá tratándose de factores de conexión, como el domicilio o la residencia habitual. Por el contrario, un ejemplo de conexión inamovible es la *lex situs* tratándose de los bienes inmuebles, porque los inmuebles no se pueden mover y, por lo tanto, salvo el caso de anexión territorial, siempre quedarán regidos por la misma ley; otro ejemplo de conexión inamovible es la ley de la celebración del acto, ya que dicha ley no puede alterarse por cuanto sus efectos ya se han agotado con el propio acontecer de la situación que ha regulado.<sup>35</sup> La importancia de esta clasificación se verá más adelante al tratar de los conflictos móviles: solo las conexiones mudables pueden provocar conflictos móviles.

c) Conexiones principales y subsidiarias, según si se aplican en primer lugar o solo si falla la conexión que debiera aplicarse.<sup>36</sup> La existencia de conexiones subsidiarias evita que se deje de aplicar la norma de conflicto si falla la conexión principal.

## 7. LA ELECCION DE LOS FACTORES DE CONEXION

La elección de los factores de conexión depende, en gran medida, del énfasis territorial o personal del sistema de Derecho Internacional Privado de que se trate.<sup>37</sup> Un sistema de Derecho Internacional Privado

<sup>30</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 87.

<sup>31</sup> Werner Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 80.

<sup>32</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 147.

<sup>33</sup> Ibíd. Pág. 148.

<sup>34</sup> Ibídem.

<sup>35</sup> Ibídem.

<sup>36</sup> Ibíd. Pág. 150.

<sup>37</sup> Ibíd. Pág. 153.

puede ser más o menos territorial según si decide emplear más o menos factores de conexión que apunten a la ley local.

Todos los sistemas son territoriales; por eso puede decirse que un sistema es personal cuando es menos territorial. Lo anterior arranca de que la territorialidad trae ventajas indiscutibles:

a) Cada país considera que es apto para regir a todas las personas, bienes, actos y hechos que se encuentren o que sucedan en el territorio.<sup>38</sup>

b) Protege, por comodidad, a las partes ya que siempre ellas sabrán qué ley las rige dependiendo del territorio en que se encuentran.<sup>39</sup>

c) Protege la autoridad del ordenamiento estatal, porque el Estado está en situación de ejecutar lo que disponga.<sup>40</sup>

d) Protege los intereses internacionales, porque distribuye adecuadamente las competencias de los distintos Estados.<sup>41</sup>

Por lo mismo siempre la regla general será la territorialidad y la excepción será la personalidad. Sin embargo, no todas las leyes pueden tener carácter territorial ya que es conveniente que determinadas leyes sigan a la persona donde quiera que se traslade.<sup>42</sup> Por ejemplo, sería altamente inconveniente que las normas sobre estado civil dependieran del lugar donde se encuentre el sujeto y que éste pueda ser soltero o casado según si cruza o no una frontera. Lamentablemente la aplicación de la ley chilena conduce a resultados tan desafortunados como el que acabamos de ver.<sup>43</sup>

Es importante destacar que el territorialismo no implica la aplicación de la *lex fori*. Territorialismo y *lex fori* son dos cuestiones distintas. En efecto, el uso de facto-

res de conexión de carácter territorial no impide la aplicación de leyes extranjeras. Por ejemplo, el que el estatuto real quede regido por la *lex situs* –elección típicamente territorial– importará la aplicación de normas extranjeras si los bienes respectivos se encuentran situados en el extranjero. Por el contrario, solo resulta legítimo que el Estado elija conexiones que privilegien la *lex fori*, siempre que exista una vinculación intensa entre el foro y la situación respectiva.

La elección de los factores de conexión es compleja porque entran en juego intereses distintos y, a menudo, contrapuestos. En efecto, las partes preferirán que se elija el derecho más vinculado con la situación, el Estado querrá defender su autoridad y la comunidad internacional preferirá que se distribuyan adecuadamente las competencias entre los diversos Estados.<sup>44</sup>

Los principales principios que deben respetarse al momento de elegir los factores de conexión son los siguientes:

a) La ley local es muy relevante a la hora de la elección de las conexiones.<sup>45</sup> Ya hemos visto las ventajas de la territorialidad. Podemos agregar ahora que la ley local es aquella del lugar donde se forma el hecho y, por lo tanto, la del lugar más probable donde se producirán las consecuencias que tal hecho genere. Por lo tanto, si se elige la ley local como factor de conexión existirán más posibilidades de que coincidan, respetándose la internacionalidad del caso, la competencia legislativa y la judicial.

b) La naturaleza intrínseca de la relación es una realidad que no puede desconocerse al momento de elegir los factores de conexión.<sup>46</sup> Este principio viene de Savigny y resulta de la constatación de que cuando hay dos o más derechos que tienen una vinculación con el caso, la vinculación de uno y otro con la situación no tiene la misma intensidad.<sup>47</sup> De aquí puede extraerse el principio de que existen derechos que naturalmente deben regir una situación, cuestión que debe ser reconocida por los demás Estados.

<sup>38</sup> Ibíd. Pág. 154.

<sup>39</sup> Ibídem.

<sup>40</sup> Ibíd. Pág. 154.

<sup>41</sup> Ibídem.

<sup>42</sup> Ibídem.

<sup>43</sup> Respecto a las normas que rigen el estatuto personal en Chile véase Carlos Villarroel y Gabriel Villarroel. "Consideraciones sobre el Estatuto Personal en la Legislación Chilena". Artículo publicado en la *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 15. 1988. Págs. 341 y ss.

<sup>44</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 179.

<sup>45</sup> Ibíd. Pág. 182.

<sup>46</sup> Ibíd. Pág. 191.

<sup>47</sup> Ibíd. Pág. 192.

i. En materia de estatuto personal se requiere que exista estabilidad de las situaciones.<sup>48</sup> Por lo tanto, es preferible emplear factores de conexión tales como la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual –que siguen a la persona donde quiera que se traslade– que otros de carácter territorial, como la ley del lugar de la celebración del acto.

ii. En materia de estatuto real, por lo menos para los inmuebles, parece razonable que ley que se aplique sea la *lex situs*.<sup>49</sup> Sin embargo, se admite una excepción a esta regla en materia de sucesión, la cual puede quedar sujeta a una ley personal, como la de la nacionalidad o la del domicilio del causante. Tratándose de bienes muebles, aplicar lisa y llanamente la *lex situs* es más discutible y podría pensarse en otras opciones, como la ley personal del propietario. Finalmente, para las mercaderías en tránsito sería desaconsejable emplear la *lex situs* y se sugieren otras alternativas.

iii. En materia de contratos el ideal es emplear una ley que esté vinculada a las partes.<sup>50</sup> Por eso resulta una buena opción la ley de la autonomía de la voluntad.<sup>51</sup> En el derecho anglosajón se emplea la doctrina de la “proper law of the contract” para significar que existe una ley con la cual el contrato tiene su más íntima conexión.

iv. En materia de responsabilidad extracontractual se estima que la ley que mejor se aviene con la situación es la ley del lugar de la comisión del delito o cuasidelito.<sup>52</sup> En el

<sup>48</sup> Ibíd. Pág. 193.

<sup>49</sup> Ibídem.

<sup>50</sup> Al respecto véase Carlos Villarroel y Gabriel Villarroel. “Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones emanados de los Contratos Internacionales”. Artículo publicado en la *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 17, 1990. Págs. 351 y ss.

<sup>51</sup> Carrillo Salcedo rechaza la aplicación de la ley de la autonomía como aplicación de este principio. Más bien considera que el principio sentado impondría regir el contrato por una ley que tenga conexión con el negocio de que se trata. Véase Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 194.

<sup>52</sup> Carrillo Salcedo opina, sin embargo, que la aplicación del principio savigneano exigiría emplear una solución más flexible como la que propone la “proper law of the tort”. Véase Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 195.

derecho anglosajón se ha sostenido que la decisión de elegir la *lex loci delictii* lleva a soluciones mecánicas y algunos autores han postulado la aplicación de la “proper law of the tort”, que puede ser distinta a la *lex loci delictii*.<sup>53</sup> Estas soluciones estadounidenses tienen el inconveniente que agregan una fuerte dosis de incertidumbre al sistema a cambio de solucionar mejor algunos casos puntuales. Se cita a menudo la situación de un transporte benévolos en el cual el único factor de conexión que vincule el caso con el derecho de A sea el lugar del accidente, en circunstancias de que todos los otros factores de conexión apunten al derecho de B, por ejemplo, nacionalidad del autor y de la víctima, domicilio o residencia habitual de uno y otro, matrícula del vehículo, lugar de la celebración del acuerdo de transporte benévolos, etc. En tal caso se sostiene que es anormal sujetarse solo al lugar del accidente para determinar la ley aplicable.<sup>54</sup> Sin embargo, estas soluciones, que demuestran hostilidad por las generalizaciones y constituyen pinceladas de “impresionismo jurídico”, en palabras de Loussouarn y Bourel, otorgan un poder exorbitante al juez y crean una gran inestabilidad jurídica.<sup>55</sup>

c) El tercer principio que debe tomarse en cuenta para elegir el factor de conexión es la armonía internacional de las soluciones.<sup>56</sup> La armonía de las soluciones interesa a las partes ya que les otorga garantía de certeza en sus relaciones jurídicas. Por lo mismo a veces resulta más conveniente que el foro sacrifique ciertas posiciones en aras del ideal de orden.<sup>57</sup> La moderna unificación del Derecho Internacional Privado ha exigido que se abandonen principios afincados en los derechos nacionales y que se exploren soluciones distintas que puedan ser aceptadas por los otros países.

<sup>53</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 199.

<sup>54</sup> Ibídem.

<sup>55</sup> Ibíd. Págs. 222 y ss.

<sup>56</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 202.

<sup>57</sup> Ibíd. Pág. 203.



## Capítulo V

# LAS CALIFICACIONES

**BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES**

### 1. CONCEPTO DE CALIFICACION

El problema de las calificaciones es una figura lógica general que se presenta cada vez que dos sistemas de cualquier tipo tratan, de manera diferente, una misma situación. Por ejemplo, en el caso de los sistemas lingüísticos habrá de decidirse entre pronunciar una palabra conforme a las reglas de pronunciación del idioma de quien está hablando o conforme a las reglas de pronunciación del idioma a que pertenece la palabra. Por eso, calificar, en sentido amplio, es determinar quién debe elegir el significado preciso de una expresión multivoca.<sup>1</sup>

La calificación existe en todas las ramas del Derecho. En Derecho Civil debe calificarse para determinar la naturaleza jurídica de distintos contratos, por ejemplo, venta o arriendo. En Derecho Penal también procede la calificación para determinar la naturaleza jurídica de un delito, por ejemplo estafa o fraude.

En Derecho Internacional Privado calificar es determinar la naturaleza jurídica de una relación para incluirla en las categorías jurídicas de la *lex fori*. Sucede a veces que las normas de conflicto pueden ofrecer dudas en cuanto a si comprenden o no una determinada relación. Por lo tanto, en Derecho Internacional Privado la calificación sólo será un problema si se está frente a un conflicto de calificación.

<sup>1</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 87.

### 2. ORIGEN DEL PROBLEMA DE LAS CALIFICACIONES

El problema de las calificaciones en Derecho Internacional Privado fue planteado primero por Franz Kahn en 1891.<sup>2</sup> Posteriormente Bartin sostuvo que, aun cuando todos los países del mundo unificaran sus normas de conflicto, subsistirían problemas de Derecho Internacional Privado por las distintas calificaciones que dichos sistemas jurídicos harían de las diferentes relaciones jurídicas.<sup>3</sup> Bartin estudió y sistematizó el problema de las calificaciones trayendo a colación dos ejemplos; el más famoso de los cuales fue el "Caso de la viuda maltesa". "Se trataba de un matrimonio anglo-maltés que luego del casamiento celebrado en Malta (donde regía la ley inglesa) se había establecido en Argelia (donde estaba en vigencia la ley francesa), lugar este último en que el marido adquirió un bien raíz. Al morir, la viuda solicitó el reconocimiento de la 'cuarta del cónyuge pobre sobre el inmueble, contemplada en la legislación anglo-maltaise sobre régimen matrimonial, pero desconocida para el Derecho sucesorio francés'. Las reglas de derecho internacional privado inglesas y francesas eran las mismas: los derechos sucesorios sobre los bienes raíces se regían por la *lex situs*; y el régimen matrimonial, por la ley del domicilio de los cónyuges al momento de casarse. Sin embargo, el derecho invocado era sucesorio para la ley francesa, y propio del régimen

<sup>2</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 338.

<sup>3</sup> Berta Kaller de Orchansky. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1984. Pág. 85.

matrimonial para la anglo-maltesa, de tal manera que si el juez calificaba según una u otra ley, la demanda de la viuda iba a ser rechazada o acogida. En efecto, si el juez consideraba que la pretensión era de naturaleza sucesoria, correspondía aplicar la ley de la situación de los bienes, o sea, la ley francesa, y como esta ley no contempla la cuarta del cónyuge pobre, en el hecho la viuda habría carecido de derecho alguno. Por el contrario, si la pretensión de la viuda se relacionaba con los derechos que para ella resultaban del régimen matrimonial, era aplicable la ley de Malta, que sí contemplaba la institución de la cuarta del cónyuge pobre".<sup>4</sup>

### 3. CALIFICACION CONFORME A LA *LEX FORI*, A LA *LEX CAUSSAE* O DE ACUERDO CON EL METODO COMPARATIVO

El problema de las calificaciones trajo consigo el problema de decidir conforme a cuál ley debía determinarse la naturaleza jurídica de la relación respectiva. Al respecto se han postulado las siguientes teorías:

a) Calificación conforme a la *lex fori*. Consiste en afirmar que la calificación debe hacerse conforme a las categorías del sistema jurídico del juez que conoce de la causa. Calificar conforme a la *lex fori* significa sostener que para saber cuál norma de conflicto del foro se va a emplear, cada institución debe considerarse conforme a los criterios de la *lex fori*. Para ello se dan las siguientes razones:

i. Batiffol y Lagarde han señalado que la *lex fori* es la que ordena la aplicación de una ley extranjera –en teoría, podría haber sujetado el caso a la *lex fori*– por lo tanto, ella debe decidir el sentido y extensión de la norma de conflicto en virtud de la cual puede aplicarse el derecho extranjero. Calificar viene a ser interpretar una categoría jurídica del ordenamiento del foro y resul-

ta obvio que una categoría del foro solo puede ser interpretada por los criterios de la *lex fori*.<sup>5</sup> Bartin planteaba este argumento sosteniendo que había envuelto un problema de soberanía, pero Batiffol y Lagarde rechazan este razonamiento, ya que se reduce a sostener que la *lex fori* decide cuándo se aplica la ley extranjera, cuestión que nadie discute.<sup>6</sup>

ii. Mientras no se realice el proceso de calificación conforme a la *lex fori* no se conoce ninguna ley extranjera en particular según la cual pudiera calificarse.<sup>7</sup> Ello por cuanto la determinación de la ley extranjera –*lex caussae*– surgirá solo después de conocida la norma de conflicto que debe aplicarse, para lo cual es indispensable calificar. Por lo tanto, es inevitable calificar conforme a la *lex fori* porque a esa altura del razonamiento no se conocerá ninguna otra ley que pudiera servir para tal objetivo, ya que la *lex caussae* solo se conocerá una vez efectuado el proceso de calificación.

iii. Solo la calificación conforme a la *lex fori* permite la uniformidad y consistencia del sistema jurídico del foro. La calificación conforme a la *lex caussae* puede conducir a resultados desafortunados. Valga recordar el caso de los pagarés de Tennessee. Se trataba de un deudor de un efecto de comercio que fue demandado en Alemania, y que opuso en el juicio la excepción de prescripción del efecto de comercio. La norma alemana de conflicto sujetaba la prescripción a la ley aplicable a la obligación, en la especie la ley de Tennessee, Estados Unidos. Sin embargo, la ley americana aplicable a los efectos de comercio consideraba la prescripción como norma de procedimiento y no de fondo. En los dos casos, tanto si se aplicaba a la prescripción la ley alemana o la ley de Tennessee, la obligación se encontraba prescrita. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán consideró que no podía aplicar la norma alemana sobre prescripción porque la ley que regía la obligación era la de Tennessee y que tampoco podía aplicar

<sup>4</sup> Diego Guzmán Latorre. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1989. Pág. 292.

<sup>5</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 341.

<sup>6</sup> Ibíd. Pág. 342.

<sup>7</sup> Ibídem.

la ley de Tennessee porque se trataba –conforme a ese derecho– de una norma de procedimiento y solo podía regirse por las normas de procedimiento de la *lex fori*. Resultó así que el tribunal alemán rechazó la excepción de prescripción y acogió la demanda.<sup>8-9</sup> Sin perjuicio de resultados desafortunados como el del ejemplo, además, la calificación conforme a la *lex caussae* podría traer como consecuencia que dos casos similares en el foro pudieran calificarse de manera distinta dependiendo de la *lex caussae*, lo que es grave ya que significaría que se aplicarían diferentes normas de conflicto del foro a una misma situación dependiendo del país con el cual está vinculada esa situación.<sup>10</sup> Como se aprecia para evitar desarmonías al interior de la *lex caussae*, la *lex fori* paga un precio muy alto: su propia inconsistencia.

Han sostenido que la calificación debe hacerse conforme a la *lex fori*, entre otros, Batiffol, Bartin, Kahn, Lerebours-Pigeonnière, Maury, Ago, Anzilotti, Niboyet, Arminjon, Luoussouarn y Bourel.<sup>11-12</sup>

b) Calificación conforme a la *lex caussae*. Consiste en afirmar que la calificación debe hacerse conforme a las categorías del sistema jurídico al cual pertenece la ley que va a regir en definitiva el fondo del asunto. Para ello se dan las siguientes razones:

i. Se sostiene que si se calificara conforme a la *lex fori* se sería desleal con la *lex caussae*, por cuanto se le aplicaría conforme a categorías que ella desconoce.<sup>13</sup> Por ejemplo, si conforme a la *lex caussae* el asunto es de naturaleza matrimonial y conforme a la *lex fori* de orden sucesorio; si la calificación se hace conforme a la *lex fori* el asunto se considerará de carácter sucesorio y se aplicará la

*lex caussae* para solucionar un problema sucesorio en circunstancias que, conforme a esa ley, el problema es de índole matrimonial. Por eso se aduce que calificar conforme a la *lex fori* importa dejar en nada la aplicación de la ley extranjera, ya que más que regirse por esta última ley se aplicaría un híbrido que no existe en parte alguna.<sup>14-15</sup>

ii. Si se calificara conforme a la *lex fori* se produciría un divorcio entre el derecho que define, la *lex fori*, y el derecho que reglamenta, la *lex caussae*; por lo tanto, la indivisibilidad del orden jurídico solo regiría para la *lex fori*.<sup>16</sup>

Han sostenido que la calificación debe hacerse conforme a la *lex caussae*, entre otros, Despagnet, Wolff y Goldschmidt.<sup>17-18</sup> Para superar el argumento consistente en que la única ley que el juez conoce al momento de calificar es la *lex fori* y, por lo tanto, que sólo se podría calificar conforme a esa ley, Cheshire y Robertson postularon un sistema de doble calificación en el cual la primera calificación –de carácter provisorio– la haría la *lex fori* y la segunda –de carácter definitivo– la haría la *lex caussae*; Cheshire luego abandonó esta tesis.<sup>19</sup> Una tesis parecida han postulado, en la doctrina italiana, Anzilotti, Ago, Fedozzi y otros.<sup>20</sup>

c) Calificación conforme al método comparativo. Rabel sostuvo que la calificación es un proceso propio del Derecho Internacional Privado y, por lo tanto, debía hacerse empleando categorías propias, más amplias que las locales.<sup>21-22</sup> Este método presenta la ventaja que otorga una solución internacional al problema, cuestión que no hacen ni los sistemas de calificación *lege fori* ni *lege caussae*. Sin embargo, pese a ser muy seductor en doctrina, este sistema es difícil

<sup>8</sup> Martin Wolff. *Derecho Internacional Privado*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1958. Pág. 155.

<sup>9</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 344.

<sup>10</sup> Véase Gerhard Kegel. *Derecho Internacional Privado*. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1982. Pág. 184.

<sup>11</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 293.

<sup>12</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 289.

<sup>13</sup> Véase Guzmán. Ob. cit. Pág. 299; Wolff. Ob. cit. Págs. 147 y ss.

<sup>14</sup> Dicey y Morris. *The Conflict of Laws*. Steven & Sons Limited. Volume 1. London. 1980. Pág. 36.

<sup>15</sup> Berta Kaller. Ob. cit. Pág. 87.

<sup>16</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 95.

<sup>17</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 299.

<sup>18</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 98.

<sup>19</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 37.

<sup>20</sup> Mijaya de la Muela. Ob. cit. Pág. 363.

<sup>21</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 118.

<sup>22</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 287.

la ley de Tennessee porque se trataba –conforme a ese derecho– de una norma de procedimiento y solo podía regirse por las normas de procedimiento de la *lex fori*. Resultó así que el tribunal alemán rechazó la excepción de prescripción y acogió la demanda.<sup>8-9</sup> Sin perjuicio de resultados desafortunados como el del ejemplo, además, la calificación conforme a la *lex caussae* podría traer como consecuencia que dos casos similares en el foro pudieran calificarse de manera distinta dependiendo de la *lex caussae*, lo que es grave ya que significaría que se aplicarían diferentes normas de conflicto del foro a una misma situación dependiendo del país con el cual está vinculada esa situación.<sup>10</sup> Como se aprecia para evitar desarmonías al interior de la *lex caussae*, la *lex fori* paga un precio muy alto: su propia inconsistencia.

Han sostenido que la calificación debe hacerse conforme a la *lex fori*, entre otros, Batiffol, Bartin, Kahn, Lerebours-Pigeonnière, Maury, Ago, Anzilotti, Niboyet, Arminjon, Luoussouarn y Bourel.<sup>11-12</sup>

b) Calificación conforme a la *lex caussae*. Consiste en afirmar que la calificación debe hacerse conforme a las categorías del sistema jurídico al cual pertenece la ley que va a regir en definitiva el fondo del asunto. Para ello se dan las siguientes razones:

i. Se sostiene que si se calificara conforme a la *lex fori* se sería desleal con la *lex caussae*, por cuanto se le aplicaría conforme a categorías que ella desconoce.<sup>13</sup> Por ejemplo, si conforme a la *lex caussae* el asunto es de naturaleza matrimonial y conforme a la *lex fori* de orden sucesorio; si la calificación se hace conforme a la *lex fori* el asunto se considerará de carácter sucesorio y se aplicará la

*lex caussae* para solucionar un problema sucesorio en circunstancias que, conforme a esa ley, el problema es de índole matrimonial. Por eso se aduce que calificar conforme a la *lex fori* importa dejar en nada la aplicación de la ley extranjera, ya que más que regirse por esta última ley se aplicaría un híbrido que no existe en parte alguna.<sup>14-15</sup>

ii. Si se calificara conforme a la *lex fori* se produciría un divorcio entre el derecho que define, la *lex fori*, y el derecho que reglamenta, la *lex caussae*; por lo tanto, la indivisibilidad del orden jurídico solo regiría para la *lex fori*.<sup>16</sup>

Han sostenido que la calificación debe hacerse conforme a la *lex caussae*, entre otros, Despagnet, Wolff y Goldschmidt.<sup>17-18</sup> Para superar el argumento consistente en que la única ley que el juez conoce al momento de calificar es la *lex fori* y, por lo tanto, que sólo se podría calificar conforme a esa ley, Cheshire y Robertson postularon un sistema de doble calificación en el cual la primera calificación –de carácter provisorio– la haría la *lex fori* y la segunda –de carácter definitivo– la haría la *lex caussae*; Cheshire luego abandonó esta tesis.<sup>19</sup> Una tesis parecida han postulado, en la doctrina italiana, Anzilotti, Ago, Fedozzi y otros.<sup>20</sup>

c) Calificación conforme al método comparativo. Rabel sostuvo que la calificación es un proceso propio del Derecho Internacional Privado y, por lo tanto, debía hacerse empleando categorías propias, más amplias que las locales.<sup>21-22</sup> Este método presenta la ventaja que otorga una solución internacional al problema, cuestión que no hacen ni los sistemas de calificación *lege fori* ni *lege caussae*. Sin embargo, pese a ser muy seductor en doctrina, este sistema es difícil

<sup>8</sup> Martin Wolff. *Derecho Internacional Privado*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1958. Pág. 155.

<sup>9</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 344.

<sup>10</sup> Véase Gerhard Kegel. *Derecho Internacional Privado*. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1982. Pág. 184.

<sup>11</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 293.

<sup>12</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 289.

<sup>13</sup> Véase Guzmán. Ob. cit. Pág. 299; Wolff. Ob. cit. Págs. 147 y ss.

<sup>14</sup> Dicey y Morris. *The Conflict of Laws*. Stevens & Sons Limited. Volume 1. London. 1980. Pág. 36.

<sup>15</sup> Berta Kaller. Ob. cit. Pág. 87.

<sup>16</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 95.

<sup>17</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 299.

<sup>18</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 98.

<sup>19</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 37.

<sup>20</sup> Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 363.

<sup>21</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 118.

<sup>22</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 287.

de aplicar en la práctica porque supone adoptar acuerdos en categorías internacionales de calificación.<sup>23-24</sup>

En nuestra opinión corresponde examinar las distintas etapas del proceso de calificación para determinar en qué etapa deberá aplicarse la *lex fori* y en qué etapa deberá aplicarse la *lex caussae*. No se trata aquí de calificar primero conforme a la *lex fori* y luego conforme a la *lex caussae* de manera que esta segunda calificación eche por tierra la primera, ya que no hay calificación provisoria ni definitiva como propone Robertson. Se trata simplemente de aplicar una u otra calificación a distintas etapas del proceso, el cual tendrá siempre el carácter de definitivo. Examinaremos ahora en detalle el proceso de calificación.

#### 4. EL PROCESO DE CALIFICACION

Toda operación de calificación supone dos etapas: la primera: definir la cuestión de derecho planteada; y la segunda: clasificar dicha cuestión de derecho entre las categorías jurídicas de la *lex fori*. Además, en ciertos casos, puede ser necesario calificar entre reglas substanciales del derecho designado, *lex caussae*, aun cuando esta última calificación no es propiamente una "calificación" de Derecho Internacional Privado, sino que pertenece al derecho interno.<sup>25</sup>

##### a) Definición de la cuestión de derecho planteada

El objeto que se va a calificar es la cuestión de derecho substancial planteada conformada por la pretensión del demandante y los hechos que la sostienen. Este es el único punto de partida cierto para el juez el que, además, resulta inevitable para él, ya que consiste precisamente en la demanda del actor.<sup>26</sup>

En ciertos casos la demanda está fundada en una ley extranjera. Entonces, es preciso conocer la *lex caussae* para definir la

cuestión de derecho planteada.<sup>27</sup> Por ejemplo, en el caso de la viuda maltesa era necesario conocer la institución de la "cuarta del cónyuge pobre" porque en ella se fundaba la demanda. Este conocimiento no se emplea para clasificar la cuestión de derecho dentro de las categorías del foro sino para conocer la cuestión de derecho que se va a calificar. Un buen conocimiento de la ley extranjera y del derecho comparado puede permitir conocer cuestiones que deben ser sometidas a leyes distintas.

##### b) Clasificación de la cuestión de derecho

La segunda etapa del proceso de calificación consiste en clasificar la cuestión de derecho en una de las categorías definidas en las normas de conflicto del foro. Por lo tanto, esta etapa se traduce en que hay que interpretar las normas de conflicto del foro, asunto que está sujeto a control por la vía del recurso de casación. Se trata de incluir la cuestión de derecho en las categorías de las normas de conflicto del foro, por lo que las normas extranjeras no se consideran.<sup>28</sup>

Resulta lógico que se clasifique conforme a las normas de conflicto del foro porque el legislador del foro estableció la regla de conflicto y, en consecuencia, corresponde al juez de ese mismo sistema jurídico interpretarla. La clasificación que haga la *lex caussae* no se considera en esta etapa, aun cuando puede servir en la etapa siguiente.

La etapa de clasificación presenta dos problemas que es necesario resolver:

i. El conjunto de categorías del foro, ¿es exhaustivo o tiene lagunas? La interpretación de las categorías debe ser más amplia que la interpretación de dichas normas para efectos de la aplicación del derecho interno, para que no haya lagunas y no existan cuestiones de derecho que no se incluyan en alguna categoría jurídica de la *lex fori*.<sup>29</sup> Por lo tanto, las categorías del foro deben cubrir todas las soluciones posibles, v. gr., el matrimonio debe incluir el matrimonio poligámico. No

<sup>23</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 118.

<sup>24</sup> Loussoarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 287.

<sup>25</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 112.

<sup>26</sup> Ibídem.

<sup>27</sup> Ibíd. Pág. 113.

<sup>28</sup> Ibíd. Pág. 115.

<sup>29</sup> Ibíd. Pág. 117.

se llega a emplear un sistema con categorías tan amplias como las que proponía Rabel, pero sí se extiende la respectiva interpretación que se da en el derecho interno de manera de incluir, por ejemplo, al matrimonio poligámico en el concepto de matrimonio. Ello resulta legítimo por cuanto se trata de un legislador nacional, pero inmerso en un problema internacional. En definitiva se usa la noción interna sólo como referencia.<sup>30</sup> Por ejemplo, una noción como la de “contrato sucesorio” –ajena a nuestro derecho– debe clasificarse dentro de la categoría del foro prevista para la sucesión. Sin embargo, la categoría no puede ser tan amplia que desvirtúe la institución. Así, el concubinato no podría incluirse en la categoría prevista para el matrimonio. La razón para ello es que toda norma tiene presupuesto y efectos y estos elementos se definen el uno en relación al otro. Si la ley define una categoría es para darle un cierto efecto, si el matrimonio se sujeta a la ley personal –como ocurre en países de Europa continental– es para darle cierta estabilidad porque se trata de un vínculo institucional; bajo ese concepto el matrimonio poligámico es matrimonio pero el concubinato no, ya que éste, por esencia, no es institucional. El concubinato podría incluirse en categorías distintas como la comunidad o sociedad.<sup>31</sup>

ii. ¿Cómo se elige entre dos categorías del foro cuando hay aparentemente superposiciones? Obviamente el problema se produce si las categorías se superponen parcialmente. Por ejemplo, las normas de protección del consentimiento pueden ser consideradas disposiciones que deben ser incluidas entre la categoría prevista para las condiciones de forma del acto o bien en la categoría prevista para la capacidad. La solución en este caso es buscar la razón de ser de la norma de conflicto –incluyendo la elección del factor de conexión– y escoger la categoría de derecho que más convenga a dicho factor de conexión.<sup>32</sup>

La calificación debe respetar el conjunto del sistema para que sea coherente y no hay

que esclavizarse con las soluciones de derecho interno porque el Derecho Internacional Privado es diferente del derecho interno.<sup>33</sup>

### c) Calificación de las reglas substanciales en la ley designada

Se pueden seguir las directrices de la *lex caussae* si con ello no se pone en discusión la aplicación de la *lex fori* como ocurrió en el caso de los pagarés de Tennessee. La calificación según las normas de la *lex caussae* es legítima, mientras ella no altere la calificación ya efectuada por la *lex fori*.<sup>34</sup> Por ejemplo, si la norma de conflicto dispone que los derechos reales en los bienes se rigen por la ley del lugar donde estén situados, sin distinguir entre bienes muebles e inmuebles, dicha distinción debe ser hecha conforme a la *lex caussae*, ello por cuanto esa calificación no va a alterar la aplicación de la ley designada porque sea el bien mueble o inmueble se aplicará la misma norma de conflicto que conducirá a la misma *lex caussae*. Por el contrario, si la *lex fori* tiene dos normas de conflicto diferentes, una para los bienes muebles y otra para los bienes inmuebles, la distinción entre bienes muebles e inmuebles no puede ser realizada por la *lex caussae*, por cuanto incide en la norma de conflicto y podría alterar la decisión acerca de la propia ley que debe regir el asunto –*lex caussae*–, cuestión que ya fue decidida por la *lex fori*.

## 5. EL DERECHO CHILENO EN MATERIA DE CALIFICACION

Nuestra legislación nada dice acerca de la forma cómo deben resolverse los conflictos de calificación.

Diego Guzmán cita dos oportunidades en las cuales la Corte Suprema debió pronunciarse sobre la calificación. En ambos casos la Corte aceptó el criterio de que la calificación debía hacerse por la *lex fori*.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Ibíd. Pág. 118.

<sup>31</sup> Ibíd. Pág. 119.

<sup>32</sup> Ibídem.

<sup>33</sup> Ibíd. Pág. 120.

<sup>34</sup> Ibíd. Pág. 122.

<sup>35</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 303.



## *Capítulo VI*

### EL REENVIO

#### 1. CONCEPTO DE REENVIO

Cuando una norma de conflicto ordena aplicar un derecho extranjero surge la duda acerca de qué parte del ordenamiento extranjero debe aplicarse: la regla material o el derecho de conflicto del derecho designado por la *lex fori*. En el primer caso se aplicará el derecho sustancial interno del derecho designado por la norma de conflicto, sin considerar sus propias normas indirectas. En el segundo caso se aplicará la norma de conflicto del derecho designado por la *lex fori*. El reenvío sólo surge en esta segunda alternativa.

En caso de que la *lex fori* decidiere que de aplicarse un derecho extranjero deben aplicarse también sus normas de conflicto existen tres posibilidades:

a) Que ese derecho acepte (envío). La aceptación se produce si coinciden las normas de conflicto de la *lex fori* y del derecho designado por la norma de conflicto o bien si el derecho designado por la norma de conflicto no tiene a su vez una norma de conflicto para regir dicha situación.

b) Que ese derecho envíe la solución del problema de vuelta a la *lex fori* (reenvío de primer grado). Esto ocurre si la norma de conflicto del derecho designado por la *lex fori*, en virtud del juego de su propio factor de conexión, hace aplicable al derecho de la *lex fori*.

c) Que ese derecho remita la solución a un tercer derecho (reenvío de segundo grado). Este es el caso si la norma de conflicto del derecho designado hace aplicable al asunto un tercer derecho.

#### 2. ORIGENES DEL REENVIO

Según algunos autores los primeros vestigios del problema del reenvío se presentaron en los *Commentaires d'Anselme* al Edicto Perpetuo de 1611. En las memorias de Froland se mencionan dos casos de reenvío y el autor se pronuncia una vez a favor y otra vez en contra.<sup>1</sup>

El primer caso importante resuelto por la jurisprudencia se presentó en Inglaterra en 1841, en el caso llamado *Collier vs. Rivaz*. En este surgió la famosa tesis de la jurisprudencia inglesa de que los tribunales deben resolver el asunto tal como lo hubieran hecho los tribunales del país extranjero (*foreign court theory*). “El... caso se refería a la validez formal de un testamento y seis codicilos otorgados en Bélgica, por un inglés domiciliado en este país. El testamento y dos codicilos fueron hechos de acuerdo a la ley belga; los cuatro codicilos restantes fueron hechos en conformidad a lo prescrito por el Derecho inglés. Si el juez inglés, ante quien se planteó la cuestión, aplicaba la ley belga –y debía hacerlo, porque el Derecho inglés sometía en aquella época la validez de las disposiciones testamentarias sobre muebles a la ley del domicilio del causante–, tenía que concluir que el testamento y los dos codicilos otorgados según la ley belga eran válidos, y que los cuatro codicilos restantes eran nulos, pues el causante, a pesar de tener su domicilio en Bélgica, había testado conforme a la forma inglesa. Pero la ley belga contenía una regla de conflictos que reenviaba a la ley nacional del testador, en este caso la ley inglesa, reenvío que fue aceptado por el

<sup>1</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 265.

juez, el que, en consecuencia, declaró válidos tales codicilos".<sup>2</sup>

Sin embargo, el caso más famoso y que dio origen al estudio doctrinal del reenvío fue el *Affaire Forgo*. La Corte de Casación francesa aceptó el reenvío en su célebre sentencia de 1878. "Se trataba de una cuestión de sucesión mobiliaria. Javier Forgo era un hijo natural, de nacionalidad bávara, que a la edad de cinco años había sido llevado a Francia por su madre. Durante toda su existencia vivió en Pau, sin haber podido constituir allí, sin embargo, su domicilio de derecho. El artículo 13 del Código Civil subordinaba la adquisición de un domicilio de derecho en Francia, a la obtención, por parte del interesado, de un decreto de admisión al domicilio. Forgo no solicitó ni obtuvo ese decreto y, por tal motivo, se estimó que en Francia solo tenía un domicilio de hecho, y que el domicilio de derecho lo había conservado en Baviera, lugar de su nacimiento. En Pau murió a los 68 años, dejando una importante fortuna mobiliaria y solamente parientes colaterales. Debido a que, según las leyes sucesorias francesas, esos parientes no eran herederos, el juez francés declaró como tal al Fisco francés. Así las cosas, los parientes colaterales de Forgo ejercitaron la acción de petición de herencia, basados en que su derecho de sucesión estaba reconocido en el Código bávaro, aplicable en virtud de una norma de conflictos francesa, según la cual la sucesión mobiliaria debía regirse por el último domicilio de derecho del causante, que, como dijimos, Forgo había conservado en Baviera. Desestimada la demanda por el Tribunal de Pau, los actores recurrieron a la *Cour de Cassation*, que remitió el asunto al Tribunal de Apelación de Burdeos. Este dictó sentencia estimatoria de la pretensión de los parientes de Forgo al decidir que la ley aplicable a la sucesión era la del domicilio de derecho del difunto, o sea, la ley bávara. Por lo tanto, no había más que consultar el Código bávaro y proceder, conforme a sus disposiciones sucesorias, a la entrega del haber here-

ditario. Los abogados fiscales franceses (*l'Administration des Domaines*) comenzaron a estudiar la ley bávara y descubrieron que ella contenía, a su vez, una regla de derecho internacional privado, gracias a la cual el reenvío iba a hacer su entrada en la jurisprudencia. Sostuvieron dichos abogados que el Código Civil bávaro, evidentemente aplicable al caso, ya que así lo declaraba la norma de conflictos francesa, contenía una regla en virtud de la cual las sucesiones mobiliarias quedaban sujetas a la ley del lugar del domicilio efectivo del difunto. Encotrándose este en Francia, la ley bávara competente remitía, por lo tanto, la solución del asunto a la ley sucesoria francesa y el Estado francés debía recoger, pues, la sucesión. Esta tesis fue rechazada por los primeros jueces que conocieron el asunto. Los abogados franceses dedujeron, entonces, un recurso de casación sosteniendo que, al aplicar falsamente la ley bávara, el tribunal había violado indirectamente la ley francesa. La Corte de Casación de Francia acogió el recurso en sentencia de 24 de junio de 1878, triunfando así la tesis del reenvío".<sup>3</sup>

Al comienzo se le atribuyó a la institución del reenvío una importancia decisiva en el desarrollo del Derecho Internacional Privado. La práctica de más de un siglo ha demostrado que la influencia no ha sido todo lo substancial que se esperaba.

### 3. REQUISITOS PARA ESTAR EN PRESENCIA DE UN PROBLEMA DE REENVIO

Los requisitos para estar en presencia de un problema de reenvío son los siguientes, los que deben concurrir copulativamente:

- a) Existencia de al menos dos ordenamientos jurídicos.<sup>4</sup>
- b) Que se adopte la teoría de la referencia máxima según la cual la referencia al derecho extranjero es hecha a éste en su conjunto, incluyendo sus normas de conflic-

<sup>3</sup> Ibíd. Pág. 266.

<sup>4</sup> Berta Kaller. Ob. cit. Pág. 113.

to.<sup>5</sup> Esto significa, según Rigaux, que el foro, frente a un derecho extranjero, prefiere aplicar las normas de conflicto de ese derecho antes que las normas materiales de ese mismo derecho.<sup>6</sup>

c) Los factores de conexión de las normas de conflicto del foro y del derecho extranjero deben ser distintos.<sup>7</sup> Mayer recalca que cada factor de conexión debe interpretarse conforme a su propia ley.<sup>8</sup>

#### 4. EXPLICACION DEL REENVIO POR LA COORDINACION DE LAS REGLAS DE CONFLICTO

Sin dejar de lado la doctrina que afirma que el juez debe zanjar los conflictos de leyes según las reglas de conflicto del foro, la circunstancia de que la situación planteada tenga puntos de conexión con un sistema extranjero ya determinado hace razonable que el juez del foro tome en cuenta esta característica para la solución del conflicto.<sup>9</sup> Lerebours-Pigeonnier afirma que el reenvío importa el que la solución de principio sufre una modificación admitida por la ley del foro;<sup>10</sup> esto es, la *lex fori* acepta que el derecho designado por su regla de conflicto pueda modificar la solución que ella ha establecido. La doctrina clásica del reenvío lo consideraba como un abandono de la aplicación de la regla de conflicto del foro en favor de la regla de conflicto extranjera, en circunstancias que la propia ley del foro prevé una coordinación eventual de su regla con la regla de conflicto extranjera.<sup>11</sup>

#### 5. ACEPTACION DEL REENVIO POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

a) Discusión en doctrina y jurisprudencia acerca de la procedencia del reenvío

Muchos autores, siguiendo a Bartin, han rechazado el reenvío, por las siguientes razones:

i. La regla de conflicto que debe aplicarse es la del foro y no la extranjera. Cada país al adoptar sus propias normas indirectas zanja él mismo los conflictos de leyes. No es necesario consultar la ley de otro Estado porque el conflicto ya está zanjado. Algunos autores como Pillet han fundado esto en una razón de soberanía.<sup>12</sup>

ii. El reenvío puede llevar a un círculo vicioso o a una situación indefinida de reenvíos.<sup>13</sup>

iii. El reenvío, según Rigaux, es una institución ilógica. En efecto, para aceptar el reenvío de primer grado la *lex fori* debe aceptar primero aplicar la norma de conflicto del derecho designado –y no la material– y luego tratándose de la *lex fori* aplicar la norma material y no la de conflicto.<sup>14</sup>

A pesar de esta vigorosa oposición la jurisprudencia francesa e inglesa han aceptado el reenvío. Lo mismo ha ocurrido en Bélgica y en Austria.<sup>15</sup> En Alemania la ley acepta el reenvío de primer grado; el reenvío de segundo grado solo se acepta si no contraviene el sentido de la norma de conflicto alemana, artículo 4º de la Ley de 25 de julio de 1986. Suiza acepta el reenvío solo en los casos en que la propia ley lo determina, artículo 14º de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de enero de 1988. En Holanda, Grecia, Portugal, en los países escandinavos y en Estados Unidos –a pesar de un fallo– se ha rechazado el reenvío.<sup>16</sup> En Italia siempre se había rechazado el reenvío; sin embargo, la Ley de mayo de 1995 ha aceptado el reenvío de primer grado y el de segundo grado si la ley del Estado al cual se ha reenviado acepta el reenvío, artículo 13º.

Algunos tratados internacionales, como la Convención de La Haya de 1995 para regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio, han tratado de evitar el reenvío.

<sup>5</sup> Ibídem.

<sup>6</sup> François Rigaux. Ob. cit. Pág. 304.

<sup>7</sup> Berta Kaller. Ob. cit. Pág. 113.

<sup>8</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 156.

<sup>9</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 356.

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Ibíd. Pág. 353.

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Rigaux. Ob. cit. Pág. 306.

<sup>15</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 354.

<sup>16</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 151.

### b) Ventajas e inconvenientes del sistema del reenvío

Resulta ventajoso que exista coordinación entre la regla del foro y la regla extranjera y que ello sea imputable a una voluntad explícita del legislador extraída de las reglas que él mismo ha expresado, por las siguientes razones:

i. En el orden internacional el reenvío de segundo grado resuelve la divergencia de las reglas de conflicto y permite alcanzar con ello uno de los objetivos más importantes del Derecho Internacional Privado. En efecto, el reenvío de segundo grado permite que sea alcanzada la misma solución aun cuando la situación se haya planteado en diferentes países.<sup>17</sup> El reenvío de primer grado logra el mismo objetivo, pero sólo cuando el derecho designado por la regla de conflicto rechaza el reenvío. Un ejemplo de dicha situación podría ser el siguiente: el derecho A dispone que la capacidad se rige por la ley del lugar de la celebración del acto (derecho de B); el derecho de B establece que la capacidad se rige por la ley nacional (derecho de C); el derecho de C dispone que la capacidad se rige por la ley del domicilio (derecho de D); y el derecho de D también dispone que la capacidad se rija por la ley del domicilio (derecho de D). Si se acepta la institución del reenvío y el caso se plantea en cualquiera de A, B, C o D se aplicará siempre el derecho de D. Se logra así la armonía internacional de las soluciones que es uno de los objetivos más importantes del Derecho Internacional Privado. Por el contrario si se rechaza la institución del reenvío, si el asunto se plantea en A se aplicará derecho de B; si se plantea en B se aplicará derecho de C; si se plantea en C o D se aplicará derecho de D.

ii. En el orden interno el reenvío de primer grado permite al juez aplicar su propia ley interna, lo que facilita su tarea.<sup>18</sup> Es importante destacar que la aplicación de la propia ley ocurre en una etapa posterior a aquella en que se ha respetado el elemento

internacional del caso; en efecto, la *lex fori* consulta una norma de conflicto que localiza el asunto en el derecho que, conforme a la *lex fori*, es el más apto para resolver el caso. Lo que ocurre es que dicho derecho reenvía la solución a la *lex fori*. No se trata de sostener que aplicar la *lex fori* por sí sola va a constituir una ventaja para el juez porque con ese criterio no tendría sentido que existiera la norma de conflicto.

iii. Favorece el interés de las partes, especialmente el reenvío de segundo grado, porque unifica las soluciones de los diversos derechos envueltos en una cadena de reenvíos. Se trata de que las partes puedan prever la solución y esto ocurre porque la solución es la misma cualquiera sea el país en que el asunto se plantee. Esta ventaja ha sido caracterizada por Raape como una “roca de bronce” contra la que se estrellan los adversarios del reenvío. Al respecto Raape propone el siguiente ejemplo: “dos suizos, un tío y una sobrina, contraen matrimonio en Rusia. El Derecho Civil suizo prohíbe tal matrimonio (artículo 100 del Código Civil suizo) y, en cambio, el Derecho Civil soviético lo autoriza. En consecuencia, las legislaciones materiales discrepan. Pero, como las normas de conflictos, tanto de Suiza como de Rusia, declaran competente para reglar el matrimonio a la legislación de lugar de su celebración, en este caso a la legislación rusa, el matrimonio resulta plenamente válido en ambos países. Ahora bien, supongamos que el matrimonio se radica en un tercer país, Alemania –el cual considera la aptitud para contraer matrimonio con determinada persona como cuestión de capacidad y que rige ésta por la ley nacional–, y se discute allí su validez. El juez alemán deberá aplicar, según su regla de derecho internacional privado, el Derecho nacional de los presuntos cónyuges, esto es, el Derecho suizo. Si para su decisión no tiene en cuenta el reenvío, aplicará únicamente el Derecho interno, material, suizo y, en virtud de ello, habrá de declarar nula una unión que tanto un tribunal suizo como otro ruso declararían válida. El resultado es monstruosamente injusto”.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 357.

<sup>18</sup> Ibíd. Pág. 358.

<sup>19</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 270.

A pesar de estas ventajas, el reenvío de segundo grado puede traer consigo dos problemas:

i. Una sucesión indefinida de reenvíos, esto es, que aplicando las reglas de conflicto de terceras leyes el proceso no se detenga y no exista una ley interna que pueda ser aplicable. Para que exista detención en el proceso, la ley designada por una anterior debe tener la misma regla de conflicto que la otra o la última no tener norma de conflicto para el caso. En realidad este no es un verdadero problema por cuanto la sucesión de reenvíos nunca podrá ser indefinida ni tampoco muy larga porque los factores de conexión son limitados y, además, porque normalmente los distintos sistemas jurídicos optan por soluciones parecidas.<sup>20</sup>

ii. La verdadera dificultad aparece cuando el reenvío de segundo grado conlleva la aplicación de una ley que previamente ya ha sido designada como aplicable, ya que entonces se producirá el círculo vicioso llamado "reenvío circular".<sup>21</sup>

Las soluciones posibles a un problema de reenvío circular son las siguientes:

i. La solución más obvia consiste en aplicar, constatado el problema, el derecho material de la ley designada por la *lex fori*.<sup>22</sup> Se parte de la base que el reenvío pretende una coordinación "eventual" de las normas de conflicto, la que, de no darse, permite desear la institución y volver a la regla general, esto es, aplicar el derecho material del derecho designado por la regla de conflicto de la *lex fori*. La *lex fori* ha hecho el esfuerzo que se le reclama, pero ha fracasado.

ii. Otra solución más conforme con la idea de coordinar las normas de conflicto propone consultar el sistema de Derecho Internacional Privado de la ley designada por la regla de conflicto del foro. Si dicho derecho rechaza la institución del reenvío, se aplicará la ley material del Derecho Internacional Privado que él designe. Si él acepta el reenvío que le hace la tercera ley, se aplicará

su propia ley. Esta tesis ha sido propuesta por Batiffol y Lagarde<sup>23</sup> y supone alterar los principios conforme a los cuales trabaja la *lex fori* con los demás derechos envueltos en una cadena de reenvíos. En efecto, en una cadena de reenvíos la *lex fori* no debe consultar a los derechos involucrados si ellos aceptan o rechazan el reenvío. Aun cuando en la cadena de derechos consultados existan uno o más derechos que rechacen el reenvío, de todas maneras la *lex fori* continuará adelante examinando las normas de conflicto de dichos derechos. Por excepción en este caso, Batiffol y Lagarde proponen consultar al derecho designado por la regla de conflicto del foro su opinión sobre el reenvío. La consulta se dirige a ese derecho, y no a otro, porque precisamente ese derecho es el que la norma de conflicto de la *lex fori* ha elegido para solucionar el problema.

iii. Teoría de Jaime Navarrete. Esta teoría tiene importancia especial porque se trata de una elaboración de un profesor chileno, conocida y comentada en el extranjero. Partiendo de la base que el Derecho Internacional Privado tiene por objeto la armonía en las soluciones internacionales,<sup>24</sup> Navarrete sugiere considerar todas las reglas de conflicto implicadas en un circuito de reenvíos y aplicar el derecho material del sistema jurídico del cual ya se ha considerado su regla de conflicto. Por ello, el sistema se conoce como "teoría del agotamiento de la regla de conflicto", porque prefiere aplicar el derecho material del derecho del cual, en una cadena de reenvíos, ya se ha aplicado su regla de conflicto, la que ha producido las consecuencias jurídicas propias de ella, agotándose. Dicha norma se ha agotado en sus efectos en atención a que se ha dictado para reglar una situación dada y, por lo tanto, una vez aplicada no puede nuevamente regir los mismos hechos que ya ocurrieron.<sup>25</sup> Además, como las reglas de competencia son de competencia legislativa, la c

<sup>20</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 360.

<sup>21</sup> Ibídem.

<sup>22</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 157.

<sup>23</sup> Ibídem.

<sup>24</sup> Jaime Navarrete. *El Reenvío en el Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica, Santiago. 1969. Pág. 183.

<sup>25</sup> Ibídem. Pág. 186.

tencia de la regla material cuya norma de conflicto ya fue aplicada, al ser declarada aplicable por segunda vez, se ha visto confirmada.<sup>26</sup> La tesis de Navarrete presenta las siguientes ventajas: 1) Tratándose de un reenvío circular, entrega una explicación razonable para detenerse en la cadena de derechos consultados y elegir el derecho material aplicable. 2) La aplicación de esta teoría es sencilla y permite consultar el mayor número posible de derechos en una cadena de reenvíos con lo cual se garantiza la armonía de las soluciones, objetivo principal del Derecho Internacional Privado. Agrega Navarrete que en el caso que el derecho interno así determinado anule la relación jurídica, se debe aplicar el derecho material anterior en la misma cadena que la valide, porque debe privilegiarse la validez de la relación frente a su nulidad. Según Navarrete, debe elegirse el sistema validante inmediatamente anterior en la misma cadena porque desde el punto de vista de la regla de conflicto de la *lex fori* todos los sistemas jurídicos incluidos en el circuito de reenvíos tienen competencia virtual para regir la relación y se elige el inmediatamente anterior para consultar el mayor número posible de sistemas y favorecer con ello la armonía de la decisión.<sup>27</sup> La armonía no se produce en el reenvío de primer grado ya que en tal caso si el asunto se plantea en A, se envía a B; éste devuelve a A y se aplica el derecho interno de A porque ya está agotada la regla de conflicto. Si se plantea en B, se envía a A; éste reenvía a B y se aplica el derecho material de B porque la regla de conflicto está agotada. Sólo habría armonía en el reenvío de primer grado si B rechaza el reenvío.

## 6. FOREIGN COURT THEORY O “REENVIO TOTAL”

El sistema británico de la *foreign court theory* postula que en una cadena de reenvíos debe consultarse a cada uno de los de-

rechos envueltos en la cadena cuál es su opinión sobre el reenvío antes de avanzar al derecho siguiente.<sup>28</sup> Ello por cuanto la remisión que se hace al derecho extranjero supone no sólo una remisión del derecho sino que, además, el juez de la *lex fori* se considera trasladado al ordenamiento extranjero competente para actuar tal como lo haría el juez de dicho ordenamiento.<sup>29</sup> Por lo tanto, la opinión que, en una cadena de reenvíos, tenga cada derecho sobre esta institución, no sólo debe encontrarse en la ley sino que también en la jurisprudencia y en la doctrina, ya que así obraría el juez extranjero.<sup>30</sup> Los inconvenientes de un sistema como el que se describe son numerosos:

a) Este sistema presenta el inconveniente básico de que solo puede funcionar sobre la base de que no sea adoptado por muchos países; en caso contrario se producirá un círculo vicioso en que ninguna ley resolverá el fondo del problema.<sup>31</sup> Si ningún país quiere tener una opinión sobre el reenvío y prefiere aceptar la de los otros derechos, finalmente ningún país podrá aplicar la solución porque nadie habrá decidido sobre el particular.

b) El sistema es sumamente exigente para los jueces porque los obliga —para avanzar en la cadena de reenvíos y antes de aplicar la *lex caussae*— a consultar no sólo la ley sino también la doctrina y jurisprudencia de los derechos involucrados.

c) Además, presenta el problema de que hace impredecible el resultado, ya que supone saber lo que cada país involucrado dispone acerca del reenvío no solo en su ley y doctrina sino también en su jurisprudencia, lo que es difícil en los países en que las sentencias judiciales solo producen efectos relativos.<sup>32</sup> De hecho en un caso en Inglaterra tuvo que decidirse acerca de si el derecho español aceptaba o rechazaba el reenvío antes de que lo hicieran los propios españoles.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 335.

<sup>29</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 211.

<sup>30</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 76.

<sup>31</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 335.

<sup>32</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 76.

<sup>33</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 212.

<sup>26</sup> Ibíd. Pág. 187.

<sup>27</sup> Ibíd. Págs. 189 y ss.

## Capítulo VII

### LA CUESTION PREVIA

#### 1. CONCEPTO DE CUESTION PREVIA

El caso de Derecho Internacional Privado puede presentar cuestiones diversas pero lógicamente vinculadas, de modo que una resulte condicionante de otra que queda condicionada.<sup>1</sup> Por ejemplo, la validez de una adopción puede ser condicionante de una pretensión hereditaria; también la validez de un matrimonio puede ser condicionante de una pretensión hereditaria de uno de los cónyuges. El problema de la cuestión previa fue planteado primero por los alemanes Melchior y Wengler.<sup>2</sup>

Según Morris los requisitos necesarios para estar en presencia de la institución de la cuestión previa son los siguientes:<sup>3</sup>

- a) Que según la norma de conflicto de la *lex fori*, la cuestión principal se rija por un derecho material extranjero.
- b) Que surja una cuestión preliminar de carácter internacional que pueda examinarse aisladamente o en relación con otros problemas y para cuya solución existan en la *lex fori* normas de conflicto independientes de aquellas que gobiernan la cuestión principal.
- c) Que la aplicación de la norma de conflicto de la *lex fori* que rige la cuestión preliminar, examinada aisladamente, conduzca a un resultado distinto que aplicar la norma de conflicto de la *lex fori* que rija la cuestión principal.

---

<sup>1</sup> Antonio Boggiano. *Derecho Internacional Privado*. Tomo I. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1983. Pág. 268.

<sup>2</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 45.

<sup>3</sup> Ibíd. Pág. 46.

#### 2. LA TEORIA DE LA EQUIVALENCIA Y LAS TEORIAS DE LA JERARQUIZACION

Existen dos alternativas para solucionar los casos en los cuales se dan cuestiones vinculadas, de manera que una pueda ser condicionante de la otra: la teoría de la equivalencia y las teorías de la jerarquización.<sup>4</sup>

a) La teoría de la equivalencia. La teoría de la equivalencia sostiene que cada cuestión, sea que se presente judicialmente sola o concatenada con otras con las que forme un conjunto lógico, se rija por su propio derecho, que es aquel que para tal causa elige la norma de conflicto de la *lex fori*.

b) Las teorías de la jerarquización. Las teorías de la jerarquización, para armonizar las situaciones, persiguen jerarquizar las cuestiones concatenadas y someter unas al derecho aplicable a las otras. De esta manera el derecho que rige la cuestión condicionante también regirá la cuestión condicionada, esto es, la cuestión incidental quedará sometida al derecho que rige la cuestión principal.<sup>5</sup>

Para jerarquizar se han usado dos criterios:

- i. El criterio ideal. Conforme a este criterio se estima que es cuestión principal la que es condición de otra, desde el punto de vista lógico.<sup>6</sup> Por ejemplo, el matrimonio sería cuestión principal para la determinación de los derechos hereditarios, ya que la condición de soltero o casado afec-

---

<sup>4</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 104.

<sup>5</sup> Ibídem.

<sup>6</sup> Ibídem.

tará los derechos en la herencia del presunto cónyuge.

ii. El criterio real. Conforme a este criterio se estima que es cuestión principal la petición de la demanda –esto es, la pretensión– y todas las cuestiones accesorias a dicha pretensión son incidentales.<sup>7</sup> En general, los autores que defienden las teorías de la jerarquización prefieren el criterio real al ideal, puesto que la idea directriz de estas teorías –por razones de armonía en las soluciones– es que se dé al caso la misma solución que debe darle el juez extranjero que resolvería la controversia.<sup>8</sup> Obviamente, para el juez extranjero será inevitable hacerse cargo de la pretensión de la demanda. Las demás cuestiones que puedan plantearse ante él tendrán el carácter de cuestiones incidentales de la cuestión principal.

Todos quienes sostienen las teorías de la jerarquización están de acuerdo en que la cuestión previa debe resolverse por el derecho aplicable a la cuestión principal, pero discrepan al elegir este derecho. La primera alternativa consiste en aplicar a la cuestión previa el derecho material del país cuyo derecho rija la cuestión principal. La segunda alternativa, fundándose en que la *lex fori* ha querido que se resuelva el caso tal como se resolvería en el país cuyo derecho ha sido declarado aplicable, aplica a la cuestión previa el derecho material designado por la norma de conflicto del derecho que rija la cuestión principal.<sup>9</sup> La decisión acerca de estas alternativas está vinculada a la opinión que se tenga en la *lex fori* acerca del reenvío. Si se acepta el reenvío no se ve por qué no debería aceptarse también que la cuestión previa sea resuelta por el derecho conflictual aplicable, conforme lo dispone el derecho que rige la cuestión principal. Además, la segunda alternativa aparece más acorde con los objetivos propuestos con las teorías de la jerarquización. En efecto, el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable para resolver la cuestión incidental, deberá aplicar su propia norma de

conflicto para resolver esta última cuestión y no aplicará su propio derecho material si en su sistema jurídico existe una norma de conflicto.

### 3. OPINION DE PIERRE MAYER

Pierre Mayer sostiene que la jurisprudencia francesa aplica la teoría de la equivalencia, esto es, a cada cuestión concatenada le aplica la norma de conflicto correspondiente y que, en general, los resultados obtenidos de ese modo han sido satisfactorios.<sup>10</sup> Sin embargo, Mayer agrega que la articulación de las respuestas dadas por leyes diferentes está limitada por el hecho de que cada orden jurídico es un sistema y que las normas se han establecido unas en consideración a las otras y no simplemente unas al lado de las otras.<sup>11</sup> El *dépeçage* legislativo presenta problemas que tienen en común la característica que la solución dada por una de las leyes al aspecto del problema que ella rige está vinculada a la solución que ella entrega al aspecto del problema que escapa a su competencia y que es resuelto de manera diferente por la ley competente.<sup>12</sup> Mayer distingue las cuestiones simplemente conexas de las cuestiones encadenadas:

a) Cuestiones simplemente conexas, esto es, cuando formalmente la solución de una cuestión no depende de la otra, pero en el espíritu del legislador existe un vínculo entre ambas. Tal es el caso de los derechos que recibe el cónyuge sobreviviente por efecto del régimen matrimonial o sucesorio. En Francia se ha elegido para este caso la ley sucesoria y en Alemania la ley matrimonial. Otro caso de esta misma clase ocurre si, conforme a un primer derecho, A es hijo natural de B y, conforme al segundo derecho, A es hijo legítimo de C. En casos de cuestiones simplemente conexas, Mayer propone que la solución la entregue

<sup>7</sup> Ibídem.

<sup>8</sup> Ibídem. Pág. 105.

<sup>9</sup> Ibídem.

<sup>10</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 171.

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Ibídem.

una sola ley, tal como lo han resuelto en algunos casos la jurisprudencia francesa y alemana.<sup>13</sup> En caso que sea imposible elegir dicha ley propone sustituir las dos leyes por la *lex fori*.<sup>14</sup>

b) Cuestiones encadenadas. En esta hipótesis pueden ocurrir dos situaciones distintas:

i. Cuando de la solución de una cuestión depende la forma cómo se solucionará la otra. Mayer llama a esta situación “cuestiones en serie”.<sup>15</sup> Tal sería el caso en que se discutiera la validez de una adopción para determinar los derechos sucesorios.

ii. Cuando la solución de una y otra cuestiones dependen de un solo derecho. Mayer llama a esta situación “cuestiones en paralelo”.<sup>16</sup> Tal sería el caso de los requisitos de forma y fondo del matrimonio. Mayer sostiene que las cuestiones encadenadas deben jerarquizarse porque los problemas de forma tienen un rol secundario frente a los problemas de fondo.<sup>17</sup>

Agrega Mayer que tratándose de las cuestiones en serie pueden ocurrir dos problemas:

i. Mutismo de una de las leyes, esto es, una de las leyes ignora la institución declarada válida por la otra. Tal sería el caso en que la ley llamada a regir los efectos de la adopción ignorara la institución y la reconociera la ley que rigiera la validez de la misma. Mayer propone para este caso sustituir la ley que ignora la institución por la que la reconoce.<sup>18</sup>

ii. Vínculo de las soluciones dadas por una de las leyes, esto es, las dos leyes resuelven la cuestión pero hay un vínculo entre la manera como una de esas leyes resuelve la cuestión que le es sometida con aquella que no le es sometida. Tal sería el caso de un divorcio pronunciado en el extranjero sobre la base de la confesión acer-

ca de hechos propios, sentencia que no podrá ser reconocida en un país donde se rechazara el divorcio por mutuo consentimiento. En cambio la situación es distinta en el país donde se pronunció la sentencia, ya que en ese país se acepta el divorcio por mutuo consentimiento y, por lo tanto, no hay problema en aceptar la confesión sobre los hechos propios. Según Mayer, en este caso el juez extranjero hubiera debido adaptar su propia ley de procedimiento a aquella donde la sentencia va a ser cumplida.<sup>19</sup> Distinto es el caso del matrimonio poligámico, donde –según Mayer– nada obsta a aplicar como ley sucesoria la de un derecho que no acepte el matrimonio poligámico para determinar los derechos de la mujer que hubiera contraído un matrimonio de esa clase.<sup>20</sup>

#### 4. CRITICAS A LAS TEORIAS DE LA JERARQUIZACION

Las teorías de la jerarquización han sido objeto de críticas.

a) En opinión de autores como Goldschmidt, estas teorías son injustas, ya que cuando el legislador ordena aplicar el derecho elegido en la norma de conflicto a una cuestión descrita en el tipo legal, no quiere que ese derecho elegido sea aplicado también a otra cuestión –la incidental–, descrita en el tipo legal de otra norma de conflicto que elige otro derecho aplicable.<sup>21</sup> Por ejemplo, la *lex fori* quiere que la sucesión se rija por la ley del último domicilio del causante, pero al mismo tiempo quiere que la validez del matrimonio se rija por la ley del lugar de la celebración o que la validez de la adopción se rija por la ley personal del adoptado y no por la ley que pueda elegir el derecho que va a gobernar la sucesión.

b) No se pueden aplicar las teorías de la jerarquización, al menos en los países en los cuales los fallos de los jueces estén sujetos al

<sup>13</sup> Ibíd. Pág. 172.

<sup>14</sup> Ibíd. Pág. 173.

<sup>15</sup> Ibídem.

<sup>16</sup> Ibídem.

<sup>17</sup> Ibídem.

<sup>18</sup> Ibídem.

<sup>19</sup> Ibíd. Pág. 174.

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 106.

recurso de casación. En efecto, un juez no puede dejar de aplicar una norma de conflicto –la que rige la cuestión previa o incidental– y resolver dicho problema por el derecho que elija la ley que rija la cuestión principal. El juez que obrare de ese modo arriesgaría que, el fallo que dictare pudiere ser casado por no haber aplicado la norma prevista para el caso: la norma de conflicto que rija la cuestión incidental. Para prescindir de la aplicación de una norma del ordenamiento de la *lex fori* –la norma de conflicto que rige la cuestión incidental– el juez requeriría que la legislación de la *lex fori* contuviera disposiciones que lo autorizaran a aplicar a esa situación la norma que rija la cuestión principal, si la cuestión incidental se presenta vinculada con otra cuestión que sea considerada principal de aquella.<sup>22</sup> Para salvar este problema algunos autores proponen la proclamación de la vigencia internacional de los derechos adquiridos, como lo hace el artículo 21 del Convenio del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo); pero aceptan que mientras ello no ocurra el juez de la *lex fori* deberá aplicar todas sus reglas de conflicto.<sup>23</sup>

El tema es más complejo de lo que aparece, ya que la concatenación de las cuestiones que debe resolver el juez existe en la práctica y no puede evitarse. Algunos autores sostienen que, en principio, la *lex fori* debe sacrificarse en beneficio del derecho extranjero, salvo que la situación jurídica “viva” dominantemente en el sistema del foro, con lo que la primacía de este derecho resulta indiscutible. Por ejemplo, el orden jurídico del foro no puede declarar nulas situaciones que él mismo ha constituido como válidas, ni tampoco puede validar situaciones que él considera nulas. En estos

casos, según esos autores, debe primar la unidad interna del derecho del foro sobre la armonía internacional de las soluciones.<sup>24</sup>

## 5. LA CUESTION PREVIA ANTE EL DERECHO

En Inglaterra, Canadá, Australia y Estados Unidos han primado las doctrinas de la jerarquización, pretendiéndose evitar las desarmonías internacionales a que conducen las teorías de la equivalencia.<sup>25</sup> Sin embargo, como observa Morris, a veces por resguardar la armonía internacional el derecho inglés termina pagando un precio demasiado caro, ya que provoca desarmonías en el derecho interno.<sup>26</sup> La misma opinión es compartida por Wolff, quien es partidario de las teorías de la jerarquización.<sup>27</sup> En Chile, Guzmán ha sostenido la teoría de la equivalencia.<sup>28</sup>

Merece destacarse la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, cuyo artículo 8º dispone que la cuestión previa no debe resolverse necesariamente conforme a la ley que gobierna la cuestión principal. El artículo que se comenta reconoce la tremenda importancia de las teorías de la jerarquización, ya que se limita a establecer que “no necesariamente” deben aplicarse esas teorías tratándose de cuestiones concatenadas. La norma no impone la teoría de la equivalencia y nada impediría que bajo el amparo de la Convención se aplicaran las teorías de la jerarquización. Debe precisarse, eso sí, que dicha Convención no ha entrado en vigor y solo ha sido suscrita por Chile, sin que hasta el momento haya sido ratificada por nuestro país.

<sup>22</sup> Mijaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 346.

<sup>23</sup> Ibíd.

<sup>24</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 216.

<sup>25</sup> Dicey y Morris, Ob. cit. Pág. 48.

<sup>26</sup> Ibíd. Pág. 49.

<sup>27</sup> Wolff. Ob. cit. Pág. 199.

<sup>28</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 289.

## 7. LIMITES A LA APLICACION DEL REENVIO

Los límites a la aplicación del reenvío son los siguientes:

a) Se acepta, en general, que no cabe el reenvío en los casos en que las partes hayan designado expresamente una ley aplicable, ya que la voluntad es que la relación se rija por la ley material elegida.<sup>34</sup> Tal principio aparece explícito en ley alemana de 1986 y en la ley italiana de 1995.

b) Tampoco se aplica el reenvío tratándose de la regla *locus regit actum*. El sentido de la regla es validar el acto, por eso se respecta la forma del lugar en que ha tenido lugar. Si esta ley designa otra para que rija el problema se desconoce el objetivo de la regla de conflicto.<sup>35</sup> También se recoge este principio en la ley italiana de 1995.

c) Modernamente se ha aceptado que el reenvío procede en ciertas materias y no en otras, v. gr., se acepta que proceda en materia de estatuto personal y no tratándose de contratos ni de responsabilidad extracontractual. Esta técnica se empleó en la legislación suiza de 1988 y en la italiana de 1995.

## 8. EL REENVIO EN EL DERECHO CHILENO

En el derecho chileno no existe una disposición general acerca del reenvío. No obstante, algunos autores, como Duncker y Guzmán, fundándose en el antiguo artículo 135, inc. 2º del Código Civil, concluyen que nuestra ley acepta el reenvío.<sup>36</sup> En efecto, la disposición señalada establecía que “los que se hayan casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en Chile se mirarán como separados de bienes, siempre que, en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes”. Por lo tanto, la ley que determina el

régimen que rige los bienes es la ley “bajo cuyo imperio” se contrajo el matrimonio. Esta ley no es necesariamente la ley del lugar de la celebración del matrimonio, que es la competente de acuerdo con el sistema general de nuestro derecho matrimonial, porque ocurre frecuentemente que esta ley se remite a otra para determinar el régimen de bienes, como por ejemplo la ley del domicilio o la de la nacionalidad de los cónyuges. El derecho chileno, en consecuencia, aceptaría el reenvío porque está a lo que dispongan las reglas de Derecho Internacional Privado contenidas en la legislación del lugar de la celebración del matrimonio. Si la ley del lugar de la celebración del matrimonio reenvía la solución a otro derecho –el de aquél bajo cuyo imperio se casaron los cónyuges–, por ejemplo, la ley nacional de los contrayentes, el derecho chileno acepta dicho reenvío. La Corte Suprema en 1944, en el fallo “Tschumi con Tschumi”, acogió esta tesis.<sup>37</sup> Nunca los tribunales chilenos se han pronunciado en contra del reenvío.

Con la modificación del artículo 135, inciso 2º del Código Civil, efectuada por la Ley N° 18.802 desapareció el argumento legislativo que existía para consagrar el reenvío. Sin embargo, no debe olvidarse que el reenvío ha sido aceptado en Chile –aunque fuera para un caso específico– y que la modificación del artículo 135 del Código Civil no previó terminar con el reenvío. Por lo demás, la consagración legal de los casos de reenvío es solo una de las técnicas posibles –la que emplea la legislación suiza– y la mayoría de los sistemas jurídicos aceptan o rechazan el reenvío, independientemente de decisiones legales particulares. En consecuencia, en nuestra opinión, en Chile sigue vigente la aceptación jurisprudencial del reenvío.

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

<sup>34</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 363.

<sup>35</sup> Ibíd. Pág. 364.

<sup>36</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 287.

<sup>37</sup> Véase “Tschumi con Tschumi”, C. Suprema. RDJ, t. XLII, 2<sup>a</sup> Parte, Sección 1<sup>a</sup>, Pág. 331.



## Capítulo VIII

### PROBLEMAS TEMPORALES

**BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES**

En relación con el tiempo se pueden presentar tres problemas diferentes en el Derecho Internacional Privado: la modificación del contenido de la regla de conflicto del foro; la modificación en el contenido de la *lex caussae*, y la modificación en el hecho que subyace en el factor de conexión.

#### **1. MODIFICACION DEL CONTENIDO DE LA REGLA DE CONFLICTO DEL FORO**

Este es el nombre que la situación recibe en el derecho anglosajón. En derecho francés se llama “derecho transitorio de las reglas de conflicto”. Este sería el caso si la norma de conflicto se modificara y reemplazara un factor de conexión por otro; por ejemplo, la norma de conflicto establece que la capacidad se rige por la ley del domicilio y luego se modifica y establece que la capacidad se rige por la ley nacional.

Se estima que el asunto no difiere en su naturaleza de cualquier modificación de la legislación interna y como tal debe ser resuelto; es decir, debe recurrirse a las normas de la *lex fori* que resuelven los conflictos de leyes en el tiempo. Esta solución es aplicada por la jurisprudencia de Francia, Alemania, Italia e Inglaterra.<sup>1,2</sup>

Según Mayer los grandes principios valen tanto para las normas materiales como para las normas de conflicto, a saber:<sup>3</sup>

a) La aplicación inmediata de la ley nueva.

b) El respeto de los derechos adquiridos.

c) La ultractividad de la ley antigua para regir los efectos de algunos contratos.

Sin embargo, en derecho interno se acepta también que cuando la ley nueva es de orden público –norma de policía– se aplique a situaciones que normalmente quedan regidas por la ley antigua. Por eso las nuevas normas laborales se aplican inmediatamente a los contratos en curso. En Derecho Internacional Privado no hay inconveniente en dejar sujetas las situaciones a las normas de la ley antigua.<sup>4</sup>

#### **2. MODIFICACION DEL CONTENIDO DE LA *LEX CAUSSAE***

Tal sería el caso en que aun cuando no variara la norma de conflicto se modifique el contenido de la *lex caussae*; por ejemplo, la *lex fori* dispone que la capacidad se rige por la ley del domicilio y dicha ley modifica la mayoría de edad. La opinión mayoritaria se ha inclinado por aplicar a este caso las normas transitorias previstas en la propia *lex caussae*. Esta ha sido la solución tradicional aplicada en Europa.<sup>5,6</sup> Sin embargo, esta solución tiene excepciones. En Inglaterra se falló en una ocasión que debía aplicarse la ley sucesoria paraguaya, tal como se encontraba vigente a la fecha de muerte del causante (Lynch con Gobierno Provisional del Paraguay).<sup>7</sup> En Alemania se ha aceptado no aplicar la ley nueva si al mo-

<sup>1</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Págs. 369 y 370.

<sup>2</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 52.

<sup>3</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 164.

<sup>4</sup> Ibídem.

<sup>5</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 55.

<sup>6</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 349.

<sup>7</sup> Dicey y Morris Ob. cit. Pág. 56.

mento de adoptarse la nueva ley se ha perdido vínculo con la situación litigiosa. En ese país existió abundante jurisprudencia sobre los refugiados de origen checoslovaco de la región de los Sudetes, casados antes de 1938, bajo el régimen matrimonial de su país de origen y que no fueron sometidos a las disposiciones del derecho checoslovaco posteriores a su establecimiento en Alemania Federal.<sup>8</sup> Esta solución alemana conduce a la llamada “petrificación del derecho”, aun cuando permitiera que los refugiados de países comunistas no siguieran sujetos a la ley de la que quisieron escapar. La solución es discutible, ya que supone aplicar una ley que no existe en parte alguna y hace perder los beneficios de la modernización legislativa. Por eso parece preferible recurrir a la institución del orden público para rechazar la aplicación de la ley que atenta contra la convicción común del foro.<sup>9</sup>

### 3. MODIFICACION DEL HECHO QUE SUBYACE EN EL FACTOR DE CONEXION: “EL CONFLICTO MOVIL”

La doctrina francesa ha dado el nombre de “conflicto móvil” a esta situación. Tal sería el caso en que no variando ni la norma de conflicto ni la *lex caussae*, se modifica la situación de hecho, esto es, cambia el hecho que subyace en el factor de conexión. Por ejemplo, la norma de conflicto tiene como factor de conexión el domicilio y la persona alcanzada por la norma cambia de domicilio; no hay un cambio en el contenido de la *lex fori* porque el factor de conexión sigue siendo el domicilio; tampoco hay un cambio en el contenido de la *lex caussae*.

a) El elemento que subyace en el factor de conexión debe tener ciertas características para estar en presencia de un conflicto móvil:

i. El elemento debe ser constituido y determinado. “Un hecho ilícito puede cometérselo continuadamente en lugares some-

tidos a diversos sistemas jurídicos. Pero el punto de conexión no se referirá a ese estado de comisión continuado, sino al lugar de comisión o perpetración. Habrá que precisar, pues, cuál es ese lugar... Otras veces, el propio concepto jurídico localizador hace referencia a un estado de la situación fáctica, eligiéndolo como elemento de conexión. Sean ejemplos la nacionalidad y el domicilio”.<sup>10</sup>

ii. El elemento subyacente debe ser continuado y variable. En efecto, el elemento puede ser instantáneo o continuado. El elemento es instantáneo si se agota en el tiempo con su acontecer mismo, por ejemplo, el lugar de celebración de un acto, el lugar de cumplimiento de un acto. Estos elementos no originan problemas de conflictos móviles. Entre los continuados se pueden distinguir elementos permanentes y variables. Son permanentes los que se mantienen constantes, por ejemplo, el lugar de la situación de un inmueble. Estos elementos tampoco originan conflictos móviles; sólo el cambio de soberanía podría producir problemas en el caso de anexiones territoriales. Por último, son variables los elementos que habiéndose constituido bajo un sistema jurídico pueden abandonar esa localización espacial y quedar regidos por otra, por ejemplo, la nacionalidad, el domicilio, la situación de los bienes muebles. Esta clase de elementos –continuados y variables– es la única que puede suscitar conflictos móviles.<sup>11</sup>

b) Para enfrentar los conflictos móviles se han dado diversas soluciones:

i. La primera alternativa consiste en aplicar la ley antigua, esto es, aquella que regía al sujeto antes de que cambiara el hecho que subyace en el factor de conexión. Para resolver los conflictos móviles, Pillet recurre a la noción de que todo derecho regularmente adquirido en un país debe ser respetado en los otros.<sup>12</sup> Esta fórmula ha sido criticada desde varios puntos de vista:

<sup>8</sup> Rigaux. Ob. cit. Pág. 410.

<sup>9</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 167.

<sup>10</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 274.

<sup>11</sup> Ibíd. Pág. 275.

<sup>12</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 371.

1) Porque existen leyes retroactivas incluso en el derecho interno y porque la noción de derecho adquirido es demasiado incierta. ¿Puede decirse que quien se ha casado bajo un derecho que no admite el divorcio ha adquirido el derecho a la indisolubilidad del matrimonio?<sup>13</sup> 2) La fórmula de Pillet, además, tiende a mantener el conjunto de las consecuencias de una situación jurídica bajo el imperio de la ley que ha presidido su nacimiento, a pesar de que en derecho interno se admite que las leyes no retroactivas, en principio, se apliquen *in actum* a las consecuencias por venir de hechos ya ocurridos, excepción hecha de las obligaciones contractuales.<sup>14</sup> Por ejemplo, en Chile la Ley N° 18.802, que otorgó la plena capacidad a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, rigió *in actum*, sin que se pretendiera que no afectaba a las mujeres que se encontraban bajo ese régimen matrimonial a la fecha de entrar la ley en vigencia. Para justificar este contraste Pillet recurre al concepto de soberanía de los Estados. Pero la solución no es satisfactoria, ya que 1) hipertrofia el concepto de derecho adquirido, y 2) además, introduce en el Derecho Internacional Privado un concepto que le es extraño, como es el de la soberanía de los Estados. En definitiva, Pillet reduce el conflicto de leyes solo para cuando se trate de la creación de un derecho; el resto es materia del respeto internacional a los derechos adquiridos.<sup>15</sup> En Francia esta tesis no ha sido aceptada, ya que se sostiene que un derecho adquirido para que sea reconocido como tal debe haberse adquirido conforme a las reglas de la ley francesa, esto es, de la *lex fori*.<sup>16</sup> La única excepción a este principio es la institución del orden público atenuado.<sup>17</sup> Bartin tampoco aceptaba la vigencia de la ley nueva, esto es, aquella que pasaba a regir al sujeto por cambiar el hecho que subyace en el factor de conexión. Sin embargo, Bartin no justificaba la aplicación de la ley antigua en el

respeto a los derechos adquiridos sino en un principio distinto, a saber, la estabilidad de las instituciones.<sup>18</sup> Obviamente, la estabilidad de las instituciones es deseable, pero ello no significa negar que las personas pueden modificar su situación y con ello cambiar las normas jurídicas que las rigen; si las soluciones alcanzadas de ese modo resultan indeseables porque han sido procuradas para eludir la ley que debió aplicarse, se puede usar la noción de fraude a la ley para corregirlas.<sup>19</sup> Por lo mismo, aceptando como realidad el cambio de la situación del hecho que subyace en el factor de conexión, es preferible que la norma se haga cargo de esta situación y no la esconda. Por eso es recomendable, desde este punto de vista, emplear como factor de conexión para el estatuto personal la ley del domicilio y no la ley nacional, ya que la primera se hace cargo de la realidad de hecho del sujeto que se trasladó de país y, por lo tanto, no lo deja regido por las normas que lo afectaban antes.

ii. La segunda alternativa es aplicar al caso del conflicto móvil la ley nueva, esto es, aquella que pasa a regir al sujeto por haber cambiado el hecho que subyace en el factor de conexión. Batiffol y Lagarde proponen aplicar a los conflictos móviles las mismas reglas que se usan para solucionar el derecho transitorio de las reglas de conflicto, aun cuando reconocen que resultados parecidos se pueden obtener por medio de otros procedimientos.<sup>20-21</sup> Para estos efectos consideran como "ley nueva" aquella que rige la situación en virtud del cambio del factor de conexión. Para Batiffol y Lagarde el conflicto móvil es un conflicto temporal y no presenta diferencias substanciales con el derecho transitorio de las reglas de conflicto.<sup>22</sup> La diferencia consiste en que en el último caso las dos leyes que se suceden emanan de un mismo legislador y la segunda deroga a la primera;

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Ibídem. Pág. 372.

<sup>15</sup> Ibídem.

<sup>16</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 354.

<sup>17</sup> Ibídem. Pág. 355.

<sup>18</sup> Ibíd. Pág. 353.

<sup>19</sup> Ibídem.

<sup>20</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 373.

<sup>21</sup> Ibíd. Pág. 374.

<sup>22</sup> Ibíd. Pág. 373.

mientras que en el conflicto móvil las dos leyes que rigen sucesivamente la situación emanan de legisladores diferentes y permanecen en vigor en los territorios respectivos. Sin embargo, frente al derecho subjetivo la situación se presenta de la misma manera en los dos casos: dos leyes se consideran sucesivamente aplicables y se trata de determinar en qué medida las consecuencias de la situación inicial se encuentran regidas por la ley nueva.<sup>23</sup> Según Batiffol y Lagarde, la circunstancia de que el cambio de legislación en el conflicto móvil pueda depender de la voluntad de las partes no modifica la solución de principio sino que, eventualmente, puede llevar a la aplicación de la noción de fraude a la ley.<sup>24</sup> Sin embargo, se reconoce que en el derecho transitorio interno el legislador puede desechar, por razones de fondo o de circunstancia, la aplicación *in actum* de la ley nueva, sea confiriendo retroactividad a esta última o sea dándole carácter ultratextivo a la ley antigua. Estas soluciones no pueden ser traspasadas a los conflictos móviles por cuanto

la legislación anteriormente aplicable, siendo extranjera, no está a disposición del legislador.<sup>25</sup> Obviamente, la ley antigua continuará aplicándose para determinar la validez del acto y los efectos pasados –ya ocurridos– bajo el imperio de esa ley. Como la ley nueva no es retroactiva y, por lo tanto, tiene aplicación inmediata para el futuro, la validez del acto y los efectos pasados continúan bajo la vigencia de la ley antigua.<sup>26-27</sup> La tesis de Batiffol y Lagarde se aviene con la realidad.<sup>28</sup> El Estado que dicta una ley pretende que se aplique a todos los nacionales y a todos los bienes que se encuentren en el territorio. ¿Cómo el Estado de Chile no va considerar como chileno a una persona que se ha nacionalizado chileno? ¿Cómo el Estado de Chile va a pretender que escapa a su ley un bien que ha sido importado e internado a su territorio?<sup>29</sup>

iii. Algunos autores, como Morris<sup>30</sup> y Boggiano,<sup>31</sup> sostienen que no pueden darse reglas generales para resolver los conflictos móviles, los cuales deben ser resueltos caso por caso por el juez.

<sup>23</sup> Ibídem.

<sup>24</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 356.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, Rigaux. Ob. cit. Pág. 416.

<sup>26</sup> Acerca de una crítica a la tesis de Batiffol y Lagarde, véase Mayer. Ob. cit. Pág. 169 y Rigaux. Ob. cit. Pág. 407.

<sup>27</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 357.

<sup>28</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 55.

<sup>29</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 281.

<sup>23</sup> Ibídem.

<sup>24</sup> Ibídem.

## *Capítulo IX*

# CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO EXTRANJERO PREVIAS AL ESTUDIO SOBRE LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO EN CHILE

El problema de la naturaleza jurídica del derecho extranjero se encuentra estrechamente vinculado a aquel de la aplicación del derecho extranjero en el foro. No existe unanimidad acerca de la naturaleza jurídica del derecho extranjero respecto del derecho local. Algunos autores y sistemas consideran que para la *lex fori* el derecho extranjero es un hecho y otros que es un derecho.

### 1. TEORIAS DE HECHO

a) Teoría de los *vested rights*. En Estados Unidos y en Inglaterra a menudo se ha buscado el fundamento de la aplicación de la ley extranjera en la teoría de los *vested rights*, esto es, en nuestra noción de “derechos adquiridos”. Se ha sostenido que la aplicación por el juez de una ley extranjera provendría del solo hecho de que el juez no puede apreciar el valor de los derechos adquiridos en el extranjero sin referirse a la ley bajo el imperio de la cual han sido creados.<sup>1</sup> Lo anterior parece razonable pero sirve solamente para explicar los casos más simples de aplicación de una ley extranjera. Sin embargo, deja sin explicación todos los casos en que, en virtud de la aplicación de la ley extranjera, debe crearse una situación nueva o afirmar un derecho sobre las constataciones de hecho. Por ejemplo el reconocimiento de paternidad.<sup>2</sup>

b) Teoría del uso jurídico. Goldschmidt postula que si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con

el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable.<sup>3</sup> De ahí resulta que es distinto aplicar derecho propio que “aplicar” derecho extranjero. Al aplicar derecho propio el juez crea el derecho, en cambio al “aplicar” el derecho extranjero solo lo imita.<sup>4</sup> El derecho propio aparece para el juez en una dimensión tridimensional, como norma, como hecho social y como expresión de valor; en cambio el derecho extranjero aparece en una dimensión unidimensional, solo como un hecho social.<sup>5</sup> Por ello el derecho extranjero no se crea sino que solo se constata, tomándose en cuenta la doctrina, la práctica y la jurisprudencia extranjeras. Obviamente, para esta teoría el derecho extranjero es un hecho, y así lo admite Goldschmidt.<sup>6</sup>

### 2. TEORIAS DE DERECHO

a) Teoría del derecho extranjero. De acuerdo con esta teoría el derecho extranjero no difiere en cuanto a su naturaleza de la ley nacional. La ley extranjera, que se aplica cuando la ley nacional lo dispone, conserva siempre su carácter de tal. La ley extranjera no se incorpora a la ley nacional, sino que se estima justo para los intereses privados que ella intervenga y se aplique, aunque sea extranjera.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 137.

<sup>4</sup> Ibíd. Pág. 138.

<sup>5</sup> Ibíd. Pág. 139.

<sup>6</sup> Ibíd. Pág. 142.

<sup>7</sup> Lerebours-Pigeonnière citado por Guzmán. Ob. cit. Pág. 326.

<sup>1</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 369.

<sup>2</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 379.

b) Teorías de la incorporación: Estas teorías parten de la premisa del exclusivismo del orden jurídico; de manera tal que la aplicación de la ley extranjera no puede justificarse sino que al precio de integrarla al sistema jurídico del foro.<sup>8</sup> Por ello, cuando se aplica el derecho extranjero la ley del foro recibe la disposición extranjera. Esta recepción se puede hacer de dos maneras: a) Recepción material. En esta teoría la regla pierde su carácter de extranjera. Solo la materialidad de sus disposiciones es incorporada al foro y la regla que se construye pertenece formalmente a la ley del foro. La ley del foro, entonces, en la práctica, adopta –por las necesidades de la causa– una regla substancialmente idéntica a la regla extranjera.<sup>9</sup> Esta ex-

plicación parece artificial. La ley extranjera no ha podido cambiar de naturaleza y no parece aceptable interpretarla de acuerdo con los principios del foro.<sup>10</sup> b) Recepción formal. Esta teoría es la más moderna de entre aquellas de la incorporación y sostiene –siguiendo a Ago– que la ley extranjera se incorpora en el sistema del foro, pero conservando el sentido y el valor que le atribuye el sistema para el cual ha sido creada.<sup>11</sup> Esta teoría supera el problema de que la ley extranjera se aplique e interprete como la *lex fori*, pero no escapa a la crítica de artificialidad ni al hecho de que la ley extranjera continúe siendo nacionalizada por el derecho del foro, aunque en menor medida que tratándose de la recepción material.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 370.  
<sup>9</sup> Ibíd. Pág. 371.

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Ibídem.

## *Capítulo X*

### LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO EN CHILE

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Con fecha 21 de octubre de 1985 se publicó en el Diario Oficial un tratado suscrito entre Chile y Uruguay relativo a la aplicación e información del derecho extranjero. La Convención había sido suscrita en Montevideo el 28 de junio de 1984.

El artículo 1º del tratado dispone: "Los jueces y autoridades de las partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento este pertenece".

La norma recién citada está tomada del artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Uruguay el 6 de mayo de 1979. En efecto, dicha norma dispone: "Los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del Estado, cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada".

El tratado de 1985 es un importante auxiliar para resolver, en el Derecho chileno, la cuestión sobre la naturaleza y forma de determinar el contenido del derecho extranjero.

#### 1. REGIMEN CHILENO ANTERIOR AL TRATADO

La doctrina está de acuerdo en que nuestra legislación positiva nada disponía acerca de la naturaleza y la forma de determinar el contenido del derecho extranjero declarado aplicable por una ley nacional. Esta opinión se siguió sosteniendo aun des-

pués de haber entrado en vigencia el tratado entre Chile y Uruguay.<sup>1</sup>

Ante la falta de una decisión legislativa, existían opiniones divididas sobre el tema, materia de este estudio.

Algunos han entendido que el derecho extranjero, es un hecho. Según Guzmán y Carvajal, que no la comparten, los fundamentos de esta posición serían los siguientes:

a) El artículo 411 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Podrá también oírse el informe de peritos: ...2º sobre puntos de derecho referentes a una legislación extranjera". Se sostiene que solo los hechos, y no el derecho, son susceptibles de prueba. Excepcionalmente, en el caso del derecho extranjero, esta prueba se hace indispensable, lo que confirmaría que se trata de un hecho.<sup>2<sup>3</sup></sup>

b) El artículo 160 del Código de Procedimiento Civil establece. "Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio".<sup>4<sup>5</sup></sup> Aparentemente, como la sentencia debe dictarse conforme al mérito del proceso, ello implicaría que el juez no podría fundarse en la ley extranjera si no está acreditada en el litigio.

c) José Bernardo Lira, uno de los redactores del Código de Procedimiento Ci-

<sup>1</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 530.

<sup>2</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 343.

<sup>3</sup> Arturo Carvajal. *El Juez y el Derecho Extranjero*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1966. Págs. 36 y 37.

<sup>4</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 343.

<sup>5</sup> Carvajal. Ob. cit. Pág. 37.

vil, también habría dado a entender el carácter de hecho del derecho extranjero al sostener que la ley extranjera: “no se encuentra en los códigos ni le consta al juez su verdad”, por lo que es necesario: “probarle que exista para que pueda aplicarla”.<sup>6-7</sup>

Diego Guzmán sostiene que la legislación chilena se inspira en las teorías de derecho y no en las de hecho,<sup>8</sup> siguiendo las palabras de Federico Duncker.<sup>9</sup> Este último escribió. “Las leyes extranjeras son en Chile derecho, el cual no conserva su carácter de extranjero sino que se convierte o transforma en derecho nacional, incorporándose a él, sea que su aplicación aparezca ordenada por un texto legal expreso o solamente por los principios del Derecho Internacional Privado”.<sup>10</sup> Los partidarios de la tesis de que el derecho extranjero debe ser tenido en Chile como derecho se apoyan en la opinión de José Clemente Fabres.<sup>11</sup>

Se refutan los argumentos de los que sostienen que el derecho extranjero tendría la naturaleza de un hecho, de la manera siguiente:

a) En cuanto al artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, este no obliga al juez a oír informe de peritos sobre la legislación extranjera. Simplemente le confiere esa facultad. Ello significa que el juez no queda relevado de investigar el contenido de la ley extranjera.<sup>12</sup> Lo anterior se confirma por la historia de la ley, ya que el proyecto de Código de Procedimiento Civil le imponía al juez la obligación de oír el informe de peritos, siendo la comisión revisora la que sustituyó la expresión “deberá” por “podrá”, con el objeto de hacerlo facultativo.<sup>13</sup>

b) En cuanto al artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, se sostiene que

la ley extranjera está por sobre el mérito del proceso, en tanto que derecho. Además, la limitación establecida en dicha norma se refiere sólo a las acciones o excepciones que hagan valer los litigantes y no a las normas jurídicas, conforme a las cuales deba fallarse el pleito.<sup>14</sup> Habría, en consecuencia, una petición de principio en la argumentación contraria.

c) Finalmente, en cuanto a la opinión de José Bernardo Lira, se sostiene que tiene un valor relativo, porque, si bien al juez no le consta el tenor de la ley extranjera, debe conocer la ley nacional que dispone aplicar aquélla.<sup>15</sup>

La jurisprudencia, en esta materia, ha sido vacilante. Existen numerosos fallos en los que se ha resuelto que el derecho extranjero tiene el carácter de derecho en nuestro país.<sup>16</sup> Sin embargo, en otros tantos se ha seguido la solución contraria.<sup>17</sup> También algunas sentencias han aceptado la aplicación de oficio de la ley extranjera.<sup>18</sup> Guzmán concluye: “Queda de manifiesto, entonces, que nuestra legislación se inspira en la doctrina que obliga a los jueces a aplicar la ley extranjera de oficio, aun cuando las partes no lo hayan solicitado”.<sup>19</sup> Sin embargo, el propio Guzmán reconoce que también hay casos en que se ha resuelto que la ley extranjera debe ser probada.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Ibídem.

<sup>15</sup> Ibídem.

<sup>16</sup> Ibídem. Pág. 331.

<sup>17</sup> Ibídem.

<sup>18</sup> Ibídem. Pág. 341, Guzmán, analizando las sentencias de nuestros tribunales, afirma que “aparece claro que nuestro derecho no ha acogido la doctrina que estima que la ley extranjera debe ser aplicada a petición de parte y, por consiguiente, probada por ésta. Por el contrario, el tribunal puede, de acuerdo con los artículos 412 y 159 anteriormente citados, decretar ‘de oficio’, el informe de peritos con el objeto de probar la ley extranjera. Y más aún, debido al carácter facultativo que tiene el informe de peritos para el tribunal, puede éste prescindir de tal informe e investigar y constatar personalmente el contenido y alcance del derecho extranjero”.

<sup>19</sup> Ibídem. Pág. 344.

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>6</sup> Lira, citado por Guzmán, Ob. cit. Pág. 343.

<sup>7</sup> Carvajal. Ob. cit. Pág. 37.

<sup>8</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 330.

<sup>9</sup> Federico Duncker. Ob. cit. Pág. 345.

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Fernando Albónico, citado por Carvajal. Ob. cit. Pág. 36.

<sup>12</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 343.

<sup>13</sup> Ibídem.

## 2. REGIMEN CHILENO DESPUES DEL TRATADO CON URUGUAY

El tratado sobre aplicación e información del derecho extranjero, celebrado entre Chile y Uruguay, a que hemos hecho referencia, introduce un nuevo elemento de análisis. La importancia del tratado no puede ser desconocida por cuanto trata precisamente del tema que se analiza y sobre el cual existe opinión dividida. Además, constituye el único texto positivo de nuestro derecho sobre esta materia.

Tal como hemos señalado con anterioridad, este cuerpo normativo está inspirado, sin duda, en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Puede concluirse que el tratado particular, celebrado entre Chile y Uruguay, constituye tan solo la expresión de una tendencia general americana.

Creemos que la disposición contenida en el artículo 1º del tratado entre Chile y Uruguay, que impone a los jueces la obligación de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece, constituye una pieza fundamental del sistema jurídico chileno en cuanto a la aplicación del derecho extranjero. Ella, además, aparece como coincidente con la actual tendencia americana.

La norma que comentamos revela una inconfundible influencia de la llamada “teoría del uso jurídico”, postulada por Werner Goldschmidt. Ello no es extraño, ya que Goldschmidt aparece en el ámbito latinoamericano como el especialista más destacado. El propio Goldschmidt afirma que el artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, y el artículo 1º del Convenio Argentino-Uruguayo sobre aplicación e información del derecho extranjero, de 20 de noviembre de 1980, “se basan en la teoría del uso jurídico”.<sup>21</sup> Agrega Goldschmidt que en dichas convenciones, “al declarar(se) aplicable derecho extranjero, la referencia no se hace a las normas jurídi-

cas extranjeras, sino a la sentencia que con el mayor grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero con miras al particular, sometido a su derecho, en la hipótesis de que este particular realmente se hallase radicado en sus estrados”.<sup>22</sup>

La teoría del uso jurídico postula que cuando deba aplicarse derecho extranjero, ello debe hacerse tal como lo harían los jueces del país a que el derecho pertenece. Por lo tanto, en palabras de Goldschmidt, “lo que nosotros hacemos, no es; pues, en realidad ‘aplicación’, sino que es ‘imitación del Derecho extranjero’ (teoría del uso jurídico)”.<sup>23</sup> Continúa Goldschmidt: “Lo que se llama la teoría del uso jurídico; y su contenido puede formularse del siguiente modo: Si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país”.<sup>24</sup>

Sigue Goldschmidt: “De ahí resulta que es vitalmente distinto aplicar Derecho propio y ‘aplicar’ Derecho extranjero. Esta distinción no divide un concepto en dos subconceptos. El Derecho no se divide en Derecho propio y en Derecho extranjero, conforme las religiones; por ejemplo, pueden dividirse en monoteístas y politeístas. El Derecho es propio o extranjero, según la relación que con él guardemos. Se trata, en cierto modo, de una sola cosa iluminada por luces de diverso color, *sub specie civis aut perigrini*. Desde este ángulo visual, comprobamos una diferencia fundamental entre el Derecho propio y el Derecho extranjero. Colaboramos al Derecho propio; somos, en cierto modo, sus arquitectos. El Derecho extranjero, al contrario, es constituido por los habitantes espirituales del país extranjero; con respecto a él somos meros

<sup>21</sup> Werner Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 16.

<sup>22</sup> Ibídem.

<sup>23</sup> Ibídem.

<sup>24</sup> Ibíd. Pág. 137.

fotógrafos. Inclusive, puede afirmarse que el Derecho extranjero se reduce a una unidimensionalidad –la sociológica–, ya que las normas extranjeras aparecen solo en su sociologización judicial, administrativa, etc. Aplicamos el Derecho propio; observamos, remedamos, en una palabra: imitamos el Derecho extranjero”.<sup>25</sup>

Concluye Goldschmidt: “Desde el ángulo visual de la teoría trialista del mundo jurídico, podemos expresar los pensamientos referidos también de la siguiente manera: el mundo jurídico propio es tridimensional y comprende el orden de repartos, el ordenamiento normativo y la justicia. El mundo jurídico extranjero nos parece, al contrario, solo unidimensional: no tenemos en consideración sino su orden de repartos, en el cual se halla la sociologización de su ordenamiento normativo; en cambio, eliminamos el aspecto de justicia. Sin embargo, no se debe olvidar que introducimos luego la justicia mediante el concepto de orden público como último control de Derecho extranjero intolerable. Pero antes de movilizar el orden público averiguamos la probable solución del caso en la comunidad extranjera, sometiéndonos a ella *tamquam cadaver* (con obediencia cadavérica)”.<sup>26</sup>

Resulta interesante constar que la fórmula de aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del país a que pertenece dicho derecho, ha sido aceptada en la doctrina francesa, a partir de un análisis de sentencias judiciales. Al respecto, han escrito Batiffol y Lagarde: “Parece, sin embargo, que las soluciones jurisprudenciales (se refieren a la jurisprudencia francesa) expresan una realidad: su convergencia, su estabilidad, su necesidad práctica son de ella los signos inequívocos. Esta realidad consiste en que el juez, determinando el tenor y el sentido de la ley extranjera, cumple una operación diferente que aquella que le incumbe en la determinación de su propia ley. El no busca aquello que es lógico, justo, útil, sino aquello que es admitido ‘en el hecho’ en el extranjero, él no busca lo que debe ser sino lo que es...”.<sup>27</sup>

Agregan los autores que “la causa de esta diferencia se encuentra en que el juez es exterior al sistema jurídico extranjero; en lugar de contribuir a crearlo, lo observa desde fuera, como un sociólogo, según la justa observación de W. Goldschmidt”.<sup>28</sup>

La misma solución se ha sostenido en Inglaterra. Wolff enseña que “el Tribunal debe aplicar el derecho de un país extranjero exactamente como lo aplicaría un tribunal de aquel país... Al interpretar leyes extranjeras, el tribunal inglés sigue los mismos principios que el tribunal extranjero observa con respecto a sus propias leyes, no aquellos que aplica cuando interpreta una ley inglesa... Las decisiones dadas por los tribunales extranjeros tienen que ser tenidas en cuenta. Aunque el principio de precedentes obligatorios no es conocido en ningún Derecho continental, las decisiones de los Tri-

<sup>25</sup> Ibíd. Pág. 381. Continúan señalando Batiffol y Lagarde: “...esta ley (se refieren a la ley extranjera) es aplicada por orden del legislador francés y como un hecho observado, es decir, despojado del elemento imperativo extranjero. Hay, en efecto, en la ley un factor imperativo y un factor racional. El segundo subsiste: la ley extranjera queda como un conjunto de proposiciones generales aplicables a casos particulares, y el juez interpretándolas podrá operar racionalmente llegado el caso, como lo haría para la ley francesa, pero en la medida solamente que no existiera en el extranjero una interpretación o elementos de solución que él no podría más que constatar... La división del mundo en sistemas jurídicos distintos entraña así un contraste seguramente singular. No significa evidentemente la inexistencia de todo sistema jurídico fuera de aquel del foro, sino el carácter privilegiado de este último a los ojos de los jueces que él instituye. No se trata de negar que la ley extranjera sea una verdadera ley sobre el territorio que ella rige y para los jueces a los cuales ella se dirige. Se trata simplemente de observar que enfrente del juez que conoce del asunto, ella aparece como no constituyendo por sí misma el imperativo emanado de la autoridad a la cual el juez está sometido. Es una cuestión de inoponibilidad, no de naturaleza. Y los jueces franceses podrían ser llevados, llegado el caso, a tener en cuenta que la ley francesa aparece, por otro lado, en el extranjero como un elemento de hecho”. Ibíd. Pág. 382.

También menciona a Goldschmidt, a propósito de este tema, Yvon Loussouarn y Pierre Bourel. Ob. cit. Pág. 373.

<sup>26</sup> Ibíd. Págs. 137 y 138.

<sup>27</sup> Ibíd. Pág. 139.

<sup>27</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 381.

bunales Supremos y los Tribunales de Apelación, gozan, de hecho, de gran autoridad".<sup>29</sup>

Lo propio ocurría en la Unión Soviética,<sup>30</sup> aun cuando allí se seguían teorías de derecho.<sup>31</sup>

Una solución del mismo tipo, si bien no para emitir un juicio sobre la naturaleza del derecho extranjero, al menos sí para determinar su contenido, no debiera resultar extraña en nuestro ordenamiento jurídico. Ello por cuanto ya la doctrina ha reconocido que el derecho extranjero debe aplicarse en Chile del mismo modo como se aplica en el país a que pertenece. Al respecto, apunta Fernando Albónico que "el juez llamado a aplicar una ley extranjera debe hacerlo de la misma manera como dicha ley rige en el extranjero. En consecuencia, al interpretar los textos legales, deberá tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina extranjeras exactamente en la misma medida en que lo haría el juez extranjero".<sup>32</sup> En el mismo sentido opina Diego Guzmán, quien pese a afirmar que en nuestro país rige la llamada "teoría del derecho extranjero",<sup>33</sup> sostiene que "de lo dicho (se refiere a que la ley extranjera no puede ser considerada como ley nacional porque no ha sido promulgada ni publicada en el país en que se pretende aplicarla) podemos desprender que el juez llamado a aplicar una ley extranjera debe hacerlo –dado que ella es inseparable del sistema jurídico a que pertenece– de la misma manera como dicha ley rige en el extranjero. En consecuencia, al interpretar los textos legales, debe tener en cuenta los mismos criterios interpretativos que son utilizados en el país de origen de la norma aplicable, para llegar hasta donde sea posible a las mismas soluciones que daría un tribunal del Estado de donde la re-

gla procede. Debe, por consiguiente, tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina extranjeras en la misma medida en que lo hace el juez extranjero".<sup>34</sup>

A nuestro juicio no puede pretenderse que la forma de determinación del derecho extranjero ordenada por el tratado chileno-uruguayo se aplique solo cuando la materia se refiera precisamente al derecho uruguayo y no a otros derechos extranjeros. En efecto, ello equivaldría a admitir que la ley chilena abdica de tener un "sistema" uniforme para la aplicación del derecho extranjero en nuestro país, consagrando un caótico estado de cosas. Por ejemplo, si el aplicable fuese el derecho uruguayo, este debería aplicarse tal como lo harían los jueces de ese país, en cumplimiento de la norma expresa del tratado. En cambio, si resultare aplicable el derecho de otro país, el tribunal chileno podría desentenderse de tal exigencia. La dicotomía podría agravarse si Chile celebra otros tratados bilaterales en el marco de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, o ratifica la propia Convención. En efecto, al plantearse la aplicación de la ley extranjera a un tribunal chileno, este debería entrar a averiguar primero si existe o no un tratado sobre el particular, para, según la alternativa, aplicar e interpretar la ley extranjera conforme a una u otra concepción. Es evidente que nuestro país no puede presentar tales deficiencias a la hora de aplicar un derecho extranjero. Por ello, no puede sino concluirse que el tratado suscrito entre Chile y Uruguay constituye una clara definición legislativa acerca de estas materias, que viene a resolver las discusiones que nos ocupaban.

Además de las razones ya apuntadas, el carácter general que atribuimos a las disposiciones del tratado con Uruguay, se justifica a la luz de los artículos 22 y 24 del Código Civil. En efecto, la primera de las normas mencionadas expresa que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y

<sup>29</sup> Martin Wolff. Ob. cit. Págs. 205 y 206.

<sup>30</sup> Al respecto, véase Enrique Dahl. *Derecho Privado Soviético*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1981. Pág. 86.

<sup>31</sup> Ibíd. Pág. 89.

<sup>32</sup> Fernando Albónico. "El Recurso de Casación en el Fondo y la Ley Extranjera". Artículo publicado en la *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XLIV. Pág. 129.

<sup>33</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 330.

<sup>34</sup> Ibíd. Pág. 326.

armonía". El inciso segundo agrega que "los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". Por su parte, el artículo 24 dispone: "En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Para el caso que se estimare que existe oscuridad en la ley chilena acerca de la forma de aplicación del derecho extranjero, el tratado celebrado con Uruguay, cuerpo de rango legal, permite resolver el punto, dentro del proceso de hermenéutica e integración de las disposiciones.

Con plena sujeción al artículo 22 del Código Civil, la supuesta "oscuridad de la ley" es ilustrada por medio de otra ley –el tratado con Uruguay–, que versa sobre el mismo asunto, esto es, la forma de aplicar e interpretar el derecho extranjero.

También de esa forma se respetaría el mandato del artículo 24 del Código Civil que permite interpretar la ley del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Obviamente, una ley expresa, como lo es el tratado bilateral que comentamos, no puede estimarse opuesta al espíritu general de la legislación, si no existe otra ley en sentido contrario. Sin una ley "adversa" no se ve de dónde podría surgir un espíritu general "adverso". Por ello, es obviamente más conforme al espíritu general de la legislación la aplicación analógica de la norma del tratado, frente a cualquier otra que conduzca a un resultado opuesto. En cuanto a la equidad natural, no cabe duda que la forma más equitativa de interpretar y aplicar el derecho extranjero, cuando este sea declarado aplicable por la *lex fori*, es la de hacerlo tal como se hace en el Estado a que dicho derecho pertenece. Toda pretensión en contra choca contra una verdad inamovible. Particularmente ilustrativo, en lo que se refiere al derecho de los contratos, es que, tales, aplicación e interpretación, son las únicas que pudieron tener en cuenta las partes involucradas en el asunto, al momento

de otorgarse el acto. Otro procedimiento obligaría a las partes del acto a tomar en cuenta la doctrina y jurisprudencia de todos los Estados del mundo, ya que nunca sabrán en cuál de ellos se promoverá el eventual asunto litigioso que derive del mismo. Es clara, entonces, la corrección del procedimiento que proponemos, a la luz de la equidad natural.

No se aparta de nuestra conclusión ni siquiera el propio Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código Bustamante. El artículo 409 dispone que "la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada". Agrega el artículo 410 que el tribunal puede solicitar "que el Estado de cuya legislación se trate, proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable". En consecuencia, de acuerdo con el Código de Derecho Internacional Privado, no basta con acreditar el texto y vigencia de una norma, sino que interesa también conocer su "sentido", y aquél a quien se encarga precisar ese sentido es al Estado a que el derecho extranjero pertenece.

### 3. CONSECUENCIAS PRELIMINARES DE HABERSE ADOPTADO EN CHILE UNA TEORÍA DE HECHO

La doctrina seguida por el tratado entre Chile y Uruguay, que hemos venido comentando, debe ser ubicada entre las llamadas "teorías de hecho". En efecto, reconoce al juez sólo la facultad de imitar una realidad fáctica extranjera que no puede alterar, por lo que el derecho extranjero viene a tener la naturaleza de un hecho.

Aun cuando, en nuestra opinión, tal como lo veremos más adelante, la diferenciación entre derecho y hecho, en lo relativo a la aplicación del derecho extranjero, ha perdido importancia en la doctrina y jurisprudencia comparadas, consideramos necesario repasar, someramente, las conse-

cuencias preliminares que tendría la adopción en Chile de una teoría “de hecho”, acerca de la aplicación del derecho extranjero, en vez de una “de derecho”. Las conclusiones que se apuntan a continuación son fruto de un examen abstracto, tomado de la obra de Mauro Cappelletti, hecho sin consideración a ningún sistema jurídico en particular. Por lo mismo, cada una de ellas debe ser ponderada a la luz de los diferentes sistemas jurídicos.

a) *Respecto de la carga de alegación.* En cuanto a los hechos, existe una carga de alegación de la parte interesada, ya que el juez debe decidir acerca de lo alegado por las partes. En cambio, el juez debe aplicar el derecho, aunque no sea alegado por las partes, por el principio *iura novit curia*.<sup>35</sup>

b) *Respecto de los poderes de iniciativa probatoria.* En cuanto a los hechos, el juez queda limitado, en principio, a la iniciativa probatoria de las partes. En el proceso moderno, sin embargo, el juez tiene alguna iniciativa probatoria, v. gr., puede decretar medidas para mejor resolver. En materias de derecho, el juez no está vinculado a la iniciativa de las partes y puede investigar libremente.<sup>36</sup>

c) *Respecto del efecto de un acuerdo de las partes.* Los hechos solo necesitan de prueba cuando son controvertidos; luego, el acuerdo de las partes sobre los hechos obliga al juez. Por el contrario, la opinión acorde de las partes sobre el derecho no vincula al juez, quien está sujeto solo a la ley.<sup>37</sup>

d) *Respecto de la eficacia de los medios de prueba legal y respecto de los límites a la admisibilidad de los medios de prueba.* Los hechos quedan sujetos al sistema de prueba legal y a las reglas sobre valoración de la prueba, limitaciones que no presenta el derecho.<sup>38</sup>

e) *Respecto de los hechos notorios.* Los hechos notorios no necesitan prueba, pero de-

ben ser alegados por las partes. El derecho, en cambio, no solo excluye la prueba sino también la alegación, según ya se ha dicho.<sup>39</sup>

f) *Respecto de las reglas legales y convencionales acerca de la distribución de la carga de la prueba.* A los hechos se les aplican las reglas sobre carga de la prueba. Lo que conduce a que el hecho alegado y no probado se considere inexistente, en perjuicio de la parte gravada por el peso de la prueba. En cuanto al derecho, nada de esto tiene aplicación, ya que no existe obligación ni carga de prueba.<sup>40</sup>

g) *Respecto de las decadencias y preclusiones procesales.* La oportunidad para alegar nuevos hechos precluye dentro del proceso. En cambio, como el juez puede aplicar el derecho, incluso de oficio, las partes siempre pueden llamar la atención del juez sobre la existencia e interpretación de normas jurídicas.<sup>41</sup>

h) *Respecto del recurso de casación en el fondo.* En cuanto al examen de los hechos es improcedente el recurso de casación en el fondo. Este recurso, en cambio, procede tratándose de la errónea interpretación y falsa aplicación del derecho.<sup>42</sup>

#### 4. EL HECHO FUERA DE LA CAUSA

La moderna doctrina procesal, especialmente la italiana, distingue, con claridad, entre diferentes tipos de hechos que el juez debe valorar de manera distinta. De esta forma, se distinguen los llamados “hechos del proceso” o “hechos de la causa”, que son aquellos respecto de cuya prueba versa la *litis*, de otros que se emplean precisamente para resolver el proceso. Estos últimos pueden llamarse también “hechos normativos”, porque consisten en una norma o son susceptibles de producir una norma, la que, como tal, integra la premisa mayor del silogismo que debe construir el juez al momen-

<sup>35</sup> Mauro Cappelletti. *Las Sentencias y las Normas Extranjeras en el Proceso Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1968. Págs. 150-152.

<sup>36</sup> Ibíd. Págs. 153 y 156.

<sup>37</sup> Ibíd. Págs. 156-157.

<sup>38</sup> Ibíd. Págs. 158-160.

<sup>39</sup> Ibíd. Págs. 160 y 161.

<sup>40</sup> Ibíd. Págs. 162 y 163.

<sup>41</sup> Ibíd. Págs. 163 y 164.

<sup>42</sup> Ibíd. Págs. 165 y 166.

to de dictar la sentencia. Al respecto ha escrito Micheli: “Es una constatación varias veces, y por muchos repetida, pero que demuestra, si hubiera necesidad de ello, que nuestra jurisprudencia, a semejanza de lo que han hecho otras jurisprudencias y otras doctrinas, se ha preocupado sobre todo de explotar el interés de las partes a fin de adquirir para el proceso no sólo el hecho de la causa, sino también el hecho normativo que sirve para calificar el primero”.<sup>43</sup> también Carnelutti hace la distinción entre “hechos del litigio” y “hechos fuera del litigio”.<sup>44</sup>

Lo que es muy importante, y sobre lo que volveremos más adelante, es que esta distinción entre el simple hecho de la causa y el hecho normativo “no presupone ciertas posiciones doctrinales acerca de la naturaleza de las normas en cuestión”, según palabras de Micheli.<sup>45</sup>

La cuestión acerca de los hechos fuera de la causa y los hechos del proceso se ha suscitado precisamente a partir de la duda acerca de si procede conceder al juez la posibilidad de investigar libremente el contenido del derecho extranjero, independientemente de la iniciativa de las partes. El problema de la libre investigación del derecho extranjero no solo se plantea en las teorías de hecho, ya que en la doctrina se estima que, aun cuando se sigan teorías de derecho, el principio *iura novit curia* solo se aplica al derecho nacional.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Gian Antonio Micheli. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1970. Tomo IV. Pág. 212.

<sup>44</sup> Francesco Carnelutti. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Uteha Argentina. Buenos Aires. 1944. Tomo II. Pág. 91.

<sup>45</sup> Micheli. Ob. cit. Pág. 212.

<sup>46</sup> Véanse, por ejemplo, Salvatore Satta. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971. Vol. I. Pág. 175; y Enrico Tullio Liebman. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1980. Pág. 284, quien afirma que “en estos casos no queda sin efecto el principio *iura novit curia*, porque tales normas a las que la ley directa o indirectamente remite, concurren ellas también en formar el ordenamiento jurídico nacional; pero su significado se atenúa, porque debe adaptarse al hecho de la imposibilidad para el juez, de conocer por sí todas estas normas.”

Ha sido, tal vez, Micheli, quien con mayor profundidad ha estudiado las consecuencias de la distinción entre el hecho normativo y el hecho del proceso. Así, señala que la jurisprudencia italiana ha llegado a “no excluir la posibilidad de que el juez pueda aplicar normas extranjeras o consuetudinarias aun cuando las mismas no hayan sido probadas por las partes, pero de las cuales él tiene conocimiento independiente de la iniciativa de dichas partes. De este modo, la jurisprudencia ha trazado una profunda diferenciación entre los hechos de la causa y los hechos normativos, puesto que para los primeros no existe una tal eventualidad, sino respecto de los hechos notorios; y se ha visto anteriormente..., que también el problema de la determinación del Derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil se haya referido precisamente al hecho notorio, pero que tal noción no sirve para resolverlo”.<sup>47-48-49-50-51</sup>

<sup>47</sup> Micheli. Ob. cit. Págs. 212 y 213.

<sup>48</sup> La conclusión anterior lleva a la jurisprudencia italiana a permitir al juez la libre investigación del derecho extranjero. Ibíd. Pág. 213. Incluso, recientemente se atribuyó al sistema italiano, así como al alemán, español, griego y austriaco, el imponer la aplicación obligatoria, de oficio, de la ley extranjera. Ver Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 384, y Dominique Bureau. “L’application d’office de la loi étrangère”. Artículo publicado en la *Revista Journal du Droit International* N° 2. Avril-Mai-Juin. 1990. Editions Techniques S.A. Pág. 361. Conviene destacar que la ley italiana de 3 de mayo de 1995 que reformó el sistema de Derecho Internacional Privado en ese país, en su artículo 14º, impone al juez la investigación del contenido del derecho extranjero aplicable.

<sup>49</sup> En Francia el tema se ha discutido y la jurisprudencia reciente ha comenzado a revertir el antiguo principio conforme al cual se rechazaba la aplicación de oficio de la ley extranjera. Batiffol y Lagarde reconocen que en la práctica resulta “chocante” que una ley extranjera competente pueda ser desconocida o no aplicada. En todo caso previenen que no puede aplicarse de oficio la ley extranjera si los hechos de los cuales depende su aplicación no se han probado en el proceso. Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 384.

<sup>50</sup> Según Bureau, dos fallos de 1988, de la Corte de Casación francesa, habían cambiado radicalmente el sistema de ese país, imponiendo por fin la libre investigación del derecho. Véase Bureau. Ob. cit. Págs. 363 y 364. Sin embargo, debemos agregar

Es importante destacar que es radicalmente distinto, aun cuando se considere el derecho extranjero como un hecho, el estimarlo un hecho fuera de la causa que considerarlo un hecho notorio.

La doctrina del hecho normativo, si bien reconoce la inferioridad del derecho extranjero, frente al derecho local, estima que aquél integra la premisa mayor del silogismo, por lo que debe asimilársele, prácticamente, a una norma. Esta dualidad del hecho fuera de la causa conlleva una aparente contradicción en sí misma, ya que se trata de un hecho que también es norma, pero norma extranjera.

Lo anterior, a la luz del tratado con Uruguay, podría significar, en nuestro país, que, aun cuando para el juez de la *lex fori* el derecho extranjero sea un hecho, ya que lo recibe del mismo modo como se entiende en el país a que pertenece y lo aplica tal cual, no puede olvidarse que se trata de una norma y que, como tal, tiene características diferentes a las de un simple hecho. Por ello, el derecho extranjero, si se lo estima un hecho fuera de la causa o un hecho nor-

mativo, puede asimilarse a los hechos constitutivos de la costumbre –como los concibe nuestro derecho–, o a los usos jurídicos o al derecho antiguo, en algunos sistemas europeos. En lo que respecta a los hechos constitutivos de la costumbre, el artículo 4º del Código de Comercio establece que “las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”. La costumbre mercantil si bien se “constituye” por hechos que tienen las características que señala el artículo 4º, una vez acreditada, adquiere carácter de norma jurídica y, en el caso de un litigio que deba resolverse conforme a ella, integra la premisa mayor del silogismo.

El hecho notorio, por el contrario, queda exonerado de la prueba, pero sigue constituyendo un hecho de la causa. Es decir, se trata de un hecho de la causa que no requiere prueba, no de un hecho fuera de la

que con posterioridad al artículo de Dominique Bureau que comentamos, ha retrocedido la jurisprudencia francesa. En efecto, a partir de un fallo de 1990 la Corte atenuó la obligación para el juez de investigar libremente el derecho en una materia en que no había convención internacional aplicable y el demandante tenía la libre disposición de sus derechos. En definitiva la Corte sostuvo que el juez no tiene la obligación de investigar de oficio el contenido de la ley extranjera más que en dos casos: cuando las partes no tienen la libre disposición de sus derechos y cuando la regla de conflicto es de fuente convencional. Véase Mayer. Ob. cit. Pág. 109. Según la doctrina de la Corte cuando las partes no tienen la libre disposición de sus derechos, permitir a las propias partes hacer aplicable la ley del foro y abstenerse de investigar el tenor de la ley extranjera, permitiría que ellas dispusieran indirectamente de sus derechos. En este caso, por lo tanto, el juez tiene la obligación de investigar de oficio el contenido de la ley extranjera aplicable. Véase Ibíd. Pág. 130. Por el contrario, cuando las partes tienen la libre disposición de sus derechos, en opinión de la Corte, parece excesivo exigir al juez la investigación del contenido de la ley extranjera cuando solo están en juego los intereses de las propias partes. En la práctica si la ley extranjera tiene un contenido distinto de la ley francesa y una de las partes

tiene interés en establecer ese tenor deberá procurar la prueba. Si ninguna de las partes aporta la prueba parece verosímil pensar que la ley extranjera tiene el mismo tenor que la ley francesa y aplicar esta última en razón de su vocación subsidiaria. Véase. Ibíd. Pág. 131. Así, la parte que le interesa sostener que la ley extranjera es distinta a la francesa y que su aplicación conducirá a un resultado distinto del de aquella, deberá probar el tenor de la ley extranjera. Véase. Ibíd. Pág. 132. El problema que se ha planteado es saber conforme a cuál ley –la francesa o la extranjera– debe decidirse si la parte tiene o no la libre disposición de su derecho. Pierre Mayer sostiene que en teoría debiera ser el derecho extranjero quien resolviera el punto, pero ello obligaría al juez a investigar, en todo caso, el tenor de la ley extranjera. De esta manera no se alivia la tarea que se impone al juez. Por eso en la práctica, según Mayer, es preferible presumir que la libre disponibilidad del derecho está permitida por la ley extranjera cuando ella lo está por la ley francesa, salvo prueba en contrario entregada por las partes. Véase Ibídem.

<sup>51</sup> La Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado, en su artículo 16, dispone que el contenido del derecho extranjero se establece, de oficio, por el juez. Además, agrega que puede ser requerida la colaboración de las partes.

causa. Si se acepta que el hecho fuera de la causa, por no ser un hecho del proceso, no está sujeto a las exigencias de alegación y prueba, no es necesario recurrir a la noción del hecho notorio para justificar la exclusión de prueba del derecho extranjero. Michelí, como hemos visto, con mucha propiedad, distingue los hechos normativos de los hechos notorios.<sup>52</sup>

En realidad, la cuestión de considerar el derecho extranjero como un hecho fuera de la causa, importa, en definitiva, obviar el problema de la naturaleza del derecho extranjero y quedarse tan solo con aquel de su contenido. Por eso creemos que no es necesario considerar el derecho extranjero como hecho notorio, para eliminar ciertos efectos –considerados negativos– que se producirían en el proceso de estimarlo tan solo un simple hecho. En efecto, el derecho extranjero es “hecho” para la *lex fori*, en la medida que el juez debe aplicarlo tal como lo aplican los jueces del país a que pertenece. El derecho extranjero, como sólo conserva su carácter de hecho social, queda en situación de inferioridad frente al derecho nacional. Sin embargo, como la naturaleza normativa de este hecho tan especial no puede variar por la circunstancia que se aplique fuera o dentro del sistema jurídico a que pertenece, el derecho extranjero integra la premisa mayor del silogismo y debe asimilárselo, lo más posible, al derecho. Así se evitan, como veremos más adelante, las consecuencias perniciosas para el proceso y para las partes, que se seguirían de estimar que el derecho extranjero es un simple hecho de la causa.

Lo único relevante es determinar cuál será el contenido del derecho extranjero y cómo se le conocerá. Para estos efectos, creemos que el tratado con Uruguay impone una solución que al menos va en la línea de la teoría del uso jurídico, por lo que ya se ha explicado. Sin perjuicio de ello, en nuestra opinión, el derecho extranjero debe asimilarse al derecho nacional en cuanto a su alegación y prueba, reconociendo, eso sí, su inferioridad frente al derecho local.

<sup>52</sup> Ver nota 47 de este mismo capítulo.

Esto último no arranca como consecuencia de la teoría del uso jurídico, sino que constituye un esfuerzo de nuestra parte por intentar configurar un sistema ideal para enfrentar la cuestión de la forma de aplicación del derecho extranjero. De esta manera, aun cuando el contenido del derecho extranjero pueda tener que determinarse conforme a la teoría del uso jurídico, su forma de aplicación procesal queda asimilada a la del derecho local.

La especial característica que el derecho extranjero presenta respecto del derecho nacional ha sido reconocida por los autores, independientemente de la opinión que ellos tengan respecto de la naturaleza jurídica de aquél. Morelli, siguiendo las tesis italianas de la incorporación, afirma que “el juez se encuentra así frente a una norma cuya juridicidad no es la que tiene ella en el ordenamiento extranjero del que se la toma, sino que se la da el ordenamiento del Estado cuyo órgano es. Esto excluye, sin más, que la norma extranjera deba recibir el tratamiento procesal que es propio de los hechos. Es ciertamente verdad que la norma extranjera, como tal y por ser tal, no es jurídica para nuestro ordenamiento, y que para este ordenamiento constituye un simple hecho; pero es igualmente verdad, también, que la que el juez está llamado a aplicar, no es la norma extranjera como tal, sino una norma formalmente diferente, si bien correspondiente a ella en su contenido, y que tiene el valor de norma jurídica en el ordenamiento del Estado”.<sup>53</sup> La constatación de Morelli apunta a reconocer la especial característica del derecho extranjero en el proceso, aunque desde el prisma de las teorías de la incorporación. Por ello, no obstante que creemos que dichas tesis no tienen actualmente asidero en nuestro ordenamiento, nos interesa destacar el reconocimiento que el autor hace acerca del tratamiento especial que merece el derecho extranjero en el proceso.

<sup>53</sup> Gaetano Morelli. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1953. Pág. 52.

Carrillo Salcedo distingue claramente el derecho extranjero, aplicado en el foro, del propio derecho nacional, por una parte; y, por la otra, del derecho extranjero aplicado en el país a que pertenece. Esta conclusión importa reconocer que el derecho extranjero se situaría en un estado intermedio entre el hecho y el derecho, compartiendo características de ambos. Afirma Carrillo Salcedo: "cierto que la polémica tradicional sobre la naturaleza del Derecho extranjero ha venido planteada en torno a dos extremos: su carácter fáctico o su asimilación al Derecho nacional. Pero no creo que exista alternativa exclusiva que obligue a incluir la norma jurídica extranjera reclamada por la regla de conflicto del foro dentro de una u otra categoría, sino que, como ha señalado el profesor Dölle, la aplicación del Derecho extranjero 'no origina ni la recepción de este Derecho' –pues en modo alguno queda asimilado al Derecho nacional–, 'ni la transformación del Derecho extranjero en mero hecho', pues permanecen regla y norma, a ser aplicadas por los Tribunales del foro, con el fin de establecer un régimen jurídico adecuado para el supuesto del tráfico externo que se considere".<sup>54</sup> Agrega Carrillo Salcedo: "El Derecho extranjero aplicable goza, pues, de naturaleza jurídica, pero en relación con el Derecho del foro, con el Derecho nacional, contiene unas diferencias de grado, y lleva la razón Mariano Aguilar Navarro cuando observa que la norma extranjera es norma jurídica aunque esté colocada en una situación de relativa inferioridad respecto del Derecho nacional. La ley extranjera, por tanto, es 'Derecho, aunque extranjero', esto es, algo distinto de los hechos y del Derecho nacional, y el tratamiento procesal que recibe, además de venir impuesto por exigencias prácticas, no hace sino poner de manifiesto su peculiar naturaleza: el Derecho extranjero, en suma, no debe ser tratado procesalmente como los hechos, pero tampoco puede recibir el mismo tratamiento que el Derecho nacional: si entre ellos existe una igualdad, esta es solo funcional, y existe siempre entre am-

bos una diferencia de grado que no puede ser olvidada a la ligera".<sup>55-56</sup>

La situación intermedia en que se encuentra el derecho extranjero –entre el hecho y el derecho local– no es una mera disquisición doctrinaria, sino que resulta de la comprobación práctica de los límites de su aplicación por los jueces del foro. En definitiva, se propone dejar de negar la realidad y asumir que el derecho extranjero tiene una naturaleza jurídica propia. Negar esta consideración y someter el derecho extranjero a las reglas de los meros hechos o a las del derecho nacional, conlleva en cada caso problemas particulares, que hasta la fecha no han sido solucionados satisfactoriamente por la doctrina. Por lo demás, lo que realmente importa a las partes es saber cuál será el contenido y la forma de aplicación del derecho extranjero y no su naturaleza. Por eso, pensamos que el esfuerzo debe dirigirse hacia allá, dejando el problema de la naturaleza del derecho extranjero como uno de índole doctrinaria, pero que no tendrá efectos prácticos de importancia.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Ibídem.

<sup>56</sup> Esta solución fue consagrada en varios países de Europa del Este, bajo el régimen socialista. Al respecto apunta Dahl: "Al igual que la URSS, los demás países socialistas consideran, en general, que la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de derecho; y, por lo tanto, sujeta a revisión por los tribunales de alzada. Por otra parte, todos estos sistemas introducen la obligación del juez de averiguar el contenido del derecho extranjero, juntamente con la carga de probarlo que soportan las partes interesadas. En este último caso el derecho extranjero se asemeja a un hecho. Esta doble apreciación del derecho extranjero como derecho y como hecho es típica de los sistemas socialistas y puede observarse nítidamente en Bulgaria, Hungría, Polonia y Rumanía", Dahl. Ob. cit. Pág. 89.

<sup>57</sup> Solución parecida, en la práctica, se alcanza mediante la teoría de la incorporación formal. En efecto, de acuerdo a esa tesis, el derecho extranjero tiene el carácter de derecho –se trata de una teoría de derecho–, que se incorpora al derecho local, pero conservando el sentido y alcance que le atribuye su propio sistema. Sin embargo, tal como apuntan Loussouarn y Bourel: "ella (la teoría) peca, sin embargo, por exceso de complejidad y falta de realismo... Ella transforma el orden jurídico del foro en una suerte de *boa constrictor*, apta para digerir por pedacitos, eso sí, los diferentes sistemas jurídicos del mundo". Ob. cit. Pág. 371.

<sup>54</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 259.

## 5. CONSECUENCIAS DE CONSIDERAR EL DERECHO EXTRANJERO COMO UN "HECHO FUERA DE LA CAUSA"

Examinaremos las consecuencias, en el proceso, de seguirse una tesis como la que se ha propuesto.

a) El juez debe aplicar el derecho extranjero del mismo modo como lo aplicarían los jueces del país a que pertenece el derecho. La remisión que hace la ley del foro a un derecho extranjero no debe entenderse referida solamente a las normas jurídicas positivas vigentes en el derecho declarado competente por la regla de conflicto, sino que al "sistema jurídico" de dicho Estado, tal y como es aplicado en él. Ello obliga al tribunal a tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina extranjeras y no simplemente atender al tenor literal de la ley. En consecuencia, la actividad del juez, cuando se trata de aplicar derecho extranjero, se limita a imitar el derecho que existe, y tal como existe, en el extranjero. Como el juez, en lo relativo al derecho extranjero, asiste como espectador a su creación, debe sujetarse a la interpretación que en el extranjero se da a la norma que aplica, aunque esta fuere igual a otra de su propio derecho y que, en el foro, se interpretara de manera diferente.

Para lograr este objetivo, el tratado con Uruguay establece un procedimiento sobre información del derecho de la contraparte. Especialmente importante para los fines que nos interesan, es el artículo 5º, que dispone que el Estado requerido no debe limitarse solo a informar sobre la legislación vigente, sino debe incluir en su información una reseña de los fallos de los Tribunales de Justicia o de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales; los usos y costumbres del lugar, cuando constituyan fuente o elemento de derecho; y una reseña de la doctrina. Como se ve, el tratado busca asegurar que se logre el objetivo de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del país a que dicho derecho pertenece.

No debe mover a confusión el artículo 6º del tratado, que dispone que los informes que proporcione el otro Estado no obligan a los órganos jurisdiccionales o admi-

nistrativos del Estado que los recibe. Ello no significa que estos últimos puedan apartarse de su obligación de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece. En efecto, dicha obligación subsiste, porque está impuesta por el texto expreso del artículo 1º. En consecuencia, el alcance de la norma del artículo 6º es que, por no obligar los informes, los Tribunales del Estado requirente pueden tener por establecida la forma en que se aplica el derecho extranjero, en su país de origen, por otros medios distintos del informe, incluso por el conocimiento personal que tenga el juez.

Las razones para proceder de esta forma son las siguientes:

i. Con ello se consigue que la solución obtenida, al aplicar un determinado derecho extranjero, sea la misma para un mismo asunto, cualquiera que sea el Estado donde el proceso hubiese sido incoado. En efecto, si el tribunal pudiere, simplemente, ignorar la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales del Estado a que pertenece el derecho aplicable, resultaría que si el proceso se promoviere en un Estado, el resultado podría ser uno; y si se promoviera en el Estado a que pertenece la norma extranjera declarada aplicable, o en otro Estado, el resultado podría ser otro: no obstante que en ambos casos, desde un punto de vista externo y formal, se pretendería aplicar un mismo derecho.

ii. El tribunal que conoce de la causa no puede tener la pretensión de aplicar e interpretar la ley extranjera en forma más propia y más perfecta que la doctrina y la jurisprudencia del Estado a que dicha norma pertenece. Ello obliga al juez a considerar tales doctrina y jurisprudencia. En caso contrario la solución que se dé al asunto podría ser inapropiada. Nadie con más autoridad que los especialistas del país a que pertenece la norma puede conocer las finalidades de la ley extranjera y las cuestiones a que haya podido dar lugar su aplicación.

iii. Si el tribunal que conoce de la causa pudiera aplicar e interpretar la ley extranjera en la forma que estimare conveniente, prescindiendo del sentido y alcance que la jurisprudencia y doctrina extranjeras le asig-

nan, resultaría que verdaderamente no se aplicaría al asunto el “derecho extranjero”, declarado aplicable por la norma de conflicto del derecho del juez, sino un híbrido. Sólo aplicando la ley extranjera tal como se la interpreta y aplica en el respectivo Estado, se respeta el mandato de la *lex fori* de aplicar “derecho extranjero”, y se es consecuente con el carácter extranjero del caso.

b) El derecho extranjero no requiere ni de alegación ni de prueba en el proceso. Ello deriva de que el derecho extranjero, tal como se ha explicado precedentemente, constituye un hecho fuera de la causa, por lo que, en su forma de aplicación, se asimila al derecho en cuanto integra la premisa mayor del silogismo judicial, en la medida que ayuda a resolver el litigio y no es la materia propia del mismo. Esta conclusión es coincidente con el espíritu de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. En efecto, como se ha dicho precedentemente, el artículo 2º de dicha Convención, después de establecer la obligación de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los tribunales del país a que este pertenece, agrega que ello es “sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”. En consecuencia, el tribunal debe aplicar el derecho extranjero de oficio. Las partes pueden alegar y probar su existencia y contenido, pero no están gravadas con una obligación en tal sentido. De esta especial circunstancia se derivan importantes consecuencias:

i. El juez debe aplicar de oficio el derecho extranjero, por lo tanto, no es necesario que las partes lo aleguen.

– Como hemos visto, la carga de alegación de los hechos se refiere a aquellos que integran la premisa menor del silogismo, esto es, a aquellos a los cuales se les aplicará la ley. Como el derecho extranjero no es la materia sobre la que versa el juicio, no es aquello a lo cual se le aplicará la ley, sino, más bien, la ley que se aplicará sobre los hechos que se aleguen y prueben en el proceso, integra la premisa mayor del silogismo. En ese carácter no es necesario alegarlo ni probarlo por las partes.

– El juez chileno, por exigírselo su propio ordenamiento, debe aplicar el derecho extranjero, de la misma manera en que lo haría el juez del país a que pertenece ese derecho extranjero. Tal obligación es ineludible para el juez porque viene impuesta por las normas de la *lex fori*. Ello excluye la posibilidad de que el juez deje de aplicar derecho extranjero, si sus propias normas de conflicto así se lo ordenan, aun cuando las partes no lo aleguen. Esta obligación queda de manifiesto en el artículo 1º del tratado de Chile con Uruguay que dispone que los jueces, “cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero, tal como lo harían los jueces..., del Estado a cuyo ordenamiento este pertenece”.

ii. El acuerdo de las partes acerca del contenido del derecho extranjero no obliga al juez. Para esto existen las siguientes razones:

– El Derecho extranjero constituye un hecho fuera de la causa. El principio dispositivo de la prueba en el proceso civil se refiere a los hechos sobre los cuales versa el pleito, pero no a aquellos que servirán para solucionarlo. En la medida que el hecho normativo escapa a la premisa menor del silogismo, no queda sujeto el juez a las limitaciones que pesan sobre él, respecto de los hechos del proceso. Por eso, el acuerdo de las partes sobre el contenido del derecho extranjero no obliga al juez, quien puede investigar libremente el derecho extranjero, aun contra la voluntad de ambas partes.

– La obligación que, de acuerdo con el tratado, pesa sobre el juez, en orden a aplicar el derecho extranjero como lo harían los jueces a que este pertenece, impide que el tribunal quede sujeto a lo que las partes le acrediten como contenido de ese derecho. La correcta imitación del derecho extranjero solo la podrá realizar el tribunal si no tiene trabas en la investigación de la norma aplicable. Las partes podrán colaborar a esa misión, pero el juez no queda obligado por la actividad de ellas.

– Si se aceptara que las partes pudieran obligar al juez en la determinación del derecho extranjero, este quedaría expuesto a

dictar sentencias contradictorias. En efecto, aun debiendo aplicar la misma norma jurídica extranjera, en un proceso estaría obligado a considerar como su contenido uno determinado y, en otro, alguno diferente; todo ello dependiendo de lo que le acreditaran efectivamente las partes en cada pleito. Tal solución atentaría contra la armonía que debe existir entre los fallos del foro y, eventualmente, contra el prestigio de la judicatura.

c) Si en el derecho extranjero existe pluralidad de ordenamientos, debe aplicarse el regional correspondiente. Si la norma de conflicto de la *lex fori* ordena aplicar un derecho extranjero que tiene una legislación única, esto es, si se trata de un Estado unitario, no surge ningún problema en cuanto a cuál derecho debe aplicar el juez. Por el contrario, si la norma de conflicto ordena aplicar el derecho de un Estado federal o multirregional, debe aplicarse el derecho regional que habría aplicado el juez del país a que pertenece el derecho.<sup>58</sup>

d) En cuanto a la procedencia del recurso de casación en el fondo. Para analizar este tema es preciso distinguir dos situaciones diferentes:

i. Si se infringe la norma de conflicto de la *lex fori*. Esto puede ocurrir en tres situaciones: “Si debiendo aplicar derecho material del foro, se aplica una norma extranjera; si debiendo aplicar una norma extranjera, se aplica el Derecho material del foro; y si debiendo aplicar una norma extranjera determinada, se aplica otra diferente. En los tres caos se ha infringido la norma de conflicto del foro, ya sea por falta de aplicación o falsa aplicación. Por lo tanto, si dicha norma tiene rango legal, no cabe duda que procede el recurso de casación en el fondo. Así han opinado, entre nosotros, Guzmán,<sup>59</sup> Carvajal,<sup>60</sup> Duncker<sup>61</sup> y Albónico.<sup>62</sup>

Si se infringe una norma de conflicto que no tiene rango legal, sino constituye un mero principio de Derecho Internacional Privado, la procedencia del recurso de casación ha sido discutida. Al respecto, Guzmán ha afirmado: “Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la evolución que han experimentado la doctrina y la jurisprudencia francesas. Estimamos que la infracción de un principio de Derecho Internacional Privado es tan grave como la infracción de ley, porque la ley, en definitiva, no es sino una aplicación de esos principios. En consecuencia, también procedería a nuestro entender el recurso de casación en el fondo por infracción de una norma conflictual que constituya un principio de Derecho Internacional Privado”.<sup>63</sup> Sin embargo, el propio Guzmán agrega: “En relación con este problema ha existido un criterio unánime: la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema ha resuelto que la elección de la ley extranjera que deba regir el pleito, hecha en conformidad a los principios del Derecho Internacional Privado, escapa al control de la casación, como quiera que ésta sólo procede por infracción de ‘ley’ y no por infracción de principios de derecho internacional y, en general, de doctrinas jurídicas o principios generales de derecho, sea público o privado, nacional o internacional”.<sup>64</sup> Duncker afirma que en el caso de infracción a los principios de Derecho Internacional Privado “no puede existir la misma uniformidad de criterio en cuanto a la procedencia del recurso de casación en el fondo...”.<sup>65</sup> Agrega Duncker que “han declarado (los tribunales) en cambio que la elección de la ley que debe decidir el pleito hecha en conformidad a doctrinas o principios del Derecho Internacional Privado escapa al control de la Corte de Casación”.<sup>66</sup> Albónico también reconoce que la opinión de nuestros tribunales ha sido contraria a conceder el recurso en estos casos, opinión que le parece “acertada”.<sup>67</sup> Nosotros com-

<sup>58</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 139.

<sup>59</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 349.

<sup>60</sup> Carvajal. Ob. cit. Pág. 88.

<sup>61</sup> Duncker. Ob. cit. Págs. 371 y 372.

<sup>62</sup> Albónico. Ob. cit. Pág. 141.

<sup>63</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 354.

<sup>64</sup> Ibídem.

<sup>65</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 372.

<sup>66</sup> Ibídem. Pág. 376

<sup>67</sup> Albónico. Ob. cit. Pág. 142.

partimos este último criterio, atendido el claro tenor del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, que establece la procedencia del recurso sólo en caso de infracción de ley.

ii. Si se interpreta erróneamente la ley extranjera declarada aplicable. Se ha aceptado que en este caso la procedencia o improcedencia del recurso de casación dependerá de si se opta por las teorías de derecho o de hecho, respectivamente. Así han opinado Guzmán,<sup>68</sup> Duncker<sup>69</sup> y Ramírez.<sup>70</sup> Albónico se refiere al tema en los términos siguientes: "Según algunos, la interpretación de la ley extranjera es una cuestión de hecho, privativa de los jueces de fondo y que escapa, por tanto, al control de la Corte Suprema".<sup>71</sup> Agrega el propio Albónico que "la mayoría, sin embargo, opina en sentido contrario y estima que es procedente el recurso de casación por mala interpretación de la ley extranjera, ya que una ley erróneamente interpretada conduce a una franca denegación de justicia, situación que está obligado a evitar todo Tribunal Supremo de Justicia".<sup>72</sup>

Para negar lugar a la procedencia del recurso de casación, en nuestro país se han dado los siguientes argumentos:

– La Corte de Casación solo conoce de violaciones de ley. La existencia, vigencia y sentido de las leyes extranjeras constituye un asunto de hecho.<sup>73-74</sup>

– La ley extranjera no está amparada por la presunción de conocimiento, ya que no se promulga ni se publica en el país donde se aplicará. Esto significa que quienes deben aplicarla podrían alegar desconocimiento de la misma.<sup>75-76</sup>

– La Corte de Casación ha sido instituida para mantener la uniformidad en la aplicación de la ley nacional, pero no para corregir la interpretación de leyes extranjeras, salvo que con ello se contravenga alguna ley nacional.<sup>77-78</sup>

– El juez tiene un rol diferente, cuando se trata de aplicar el derecho extranjero del que cumple cuando se trata de aplicar el derecho nacional. Las leyes extranjeras están informadas por otra mentalidad y construidas sobre principios distintos.<sup>79</sup>

– Desde el punto de vista práctico, es difícil conocer el contenido de las leyes extranjeras. La aplicación del derecho extranjero supone una acumulación de trabajo para el Tribunal de Casación y un riesgo de pérdida de prestigio en caso de una opinión desacertada.<sup>80</sup>

– El artículo 767 del Código de Procedimiento Civil se refiere exclusivamente a la ley chilena. Tanto es así que el proyecto de código aludía a "ley expresamente dictada por el legislador".<sup>81</sup>

– También se han apoyado los autores en el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, que reconocería al derecho extranjero el carácter de un hecho.<sup>82-83</sup>

<sup>68</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 355.

<sup>69</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 378.

<sup>70</sup> Ibídem.

<sup>71</sup> Ibíd. Pág. 356.

<sup>72</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 384.

<sup>73</sup> Ibídem.

<sup>74</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 355.

<sup>75</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 379.

<sup>76</sup> Mario Ramírez Necochea. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago. 1990. Pág. 39.

<sup>77</sup> Albónico. Ob. cit. Pág. 141.

<sup>78</sup> Ibídem.

<sup>79</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 379.

<sup>80</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 355.

<sup>81</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 379.

<sup>82</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 355.

Por el contrario, para aceptar la procedencia del recurso se han dado, en Chile, las siguientes razones:

– La interpretación de la ley extranjera no puede quedar entregada a los jueces de la instancia “porque significaría abrir la puerta a una interpretación caprichosa y fantástica del derecho extranjero”.<sup>84-85</sup>

– El hecho de que las leyes extranjeras no se promulguen ni se publiquen en el país del foro, no es relevante. En efecto, si los jueces tienen obligación de aplicar la ley extranjera es porque cabe exigirles que la conozcan, aunque no se publique en el Estado. Por ello, la Corte Suprema ha casado sentencias que no han resuelto el asunto conforme a la ley extranjera competente.<sup>86-87</sup>

– El objeto de la Corte de Casación, antes de uniformar la ley nacional, es que los países cuenten con un cuerpo judicial que se encuentre por encima de todos los otros tribunales, obligándolos a dar una interpretación uniforme, tanto de la ley nacional como de la ley extranjera.<sup>88-89</sup>

– La negativa a fiscalizar la manera como se aplica la ley extranjera perturba todo el sistema conflictual. Al respecto, apunta Miaja de la Muela: “No es suficiente el acierto en señalar el ordenamiento jurídico aplicable si se niega todo remedio a la

mos de casación en el fondo”. Agrega Ramírez que “...la expresión ‘ley’ del artículo 767 debe ser tomada en el mismo sentido de ley nacional que le da el legislador, al definirla en el artículo primero del Código Civil, o al referirse a ella en innumerables oportunidades. Al hacerlo así, no se está distinguiendo donde el legislador no distingue, sino que se está determinando el claro sentido del término”. Concluye Ramírez: “...podemos decir que el recurso de casación en el fondo procede sólo por infracción de la ley nacional; la infracción de ley extranjera sólo será causal indirecta del recurso cuando su aplicación sea ordenada por una ley, un tratado o un contrato...”. Ob. cit. Pág. 41.

<sup>84</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 380.

<sup>85</sup> En el mismo sentido Guzmán. Ob. cit. Pág. 357.

<sup>86</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 380.

<sup>87</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 357.

<sup>88</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 381.

<sup>89</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 357.

errónea interpretación de sus reglas. La seguridad del tráfico que el Derecho Internacional Privado trata de conseguir queda así fuertemente comprometida”.<sup>90</sup>

– Los argumentos de carácter práctico que dan los que niegan la posibilidad de controlar la interpretación de la ley extranjera por medio del recurso de casación, son importantes, pero no decisivos. En efecto, las dificultades no son insuperables y, en todo caso, no bastan para justificar que se declare, *a priori*, la incompetencia de los órganos de casación para interpretar y aplicar las leyes extranjeras.<sup>91</sup>

– La palabra “ley” que emplea el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, según la historia fidedigna de su establecimiento, está tomada en su acepción más amplia. Es comprensiva, por tanto, de la ley propiamente tal, los tratados, los usos y costumbres, la ley del contrato y la ley extranjera.<sup>92-93</sup>

– El artículo 411 del Código de Procedimiento Civil sólo establece como facultad del juez el solicitar el informe de peritos. Por lo tanto, también puede prescindir de dicho informe e investigar, por propia cuenta, el texto y sentido del derecho extranjero.<sup>94-95</sup>

En Chile aceptan la procedencia del recurso Federico Duncker<sup>96</sup> y Fernando Albónico.<sup>97</sup>

<sup>90</sup> Miaja de la Muela, citado por Guzmán. Ibídem.

<sup>91</sup> Ibídem.

<sup>92</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 384.

<sup>93</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 359.

<sup>94</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 384.

<sup>95</sup> Guzmán. Ob. cit. Pág. 359.

<sup>96</sup> Duncker. Ob. cit. Pág. 386.

<sup>97</sup> Fernando Albónico se refiere a esta materia en los siguientes términos: “Del tenor literal del artículo 767 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, que no distingue si la ley infringida en la sentencia es nacional o extranjera, y no siéndole lícito al intérprete distinguir, se desprende que en nuestro sistema legal procede ampliamente el recurso de casación en el fondo por infracción de la ley extranjera, sea que se contravenga formalmente a su texto, sea que se interprete erróneamente o que se haga una falsa aplicación de ella. Procede, asimismo –la ley no distingue–, cualquiera que sea la causa por la cual deba aplicarse una ley extranjera, esto es, la voluntad del legislador nacional, los principios y normas del Derecho Internacio-

La jurisprudencia de nuestro país ha sido contradictoria en esta materia. En efecto, existen fallos que han admitido la procedencia del recurso de casación en el fondo por errónea interpretación de la ley extranjera declarada aplicable y otros que lo han denegado.<sup>98</sup>

El Código de Derecho Internacional Privado dispone, en su artículo 412: “En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional”.

En el extranjero el tema ha sido arduamente debatido. En Francia la Corte de Casación ha rehusado controlar la interpretación dada por los jueces de fondo a una ley extranjera, aplicable de acuerdo con una norma de conflicto francesa.<sup>99</sup> Esta solución es criticada por la mayoría de los autores que le reprochan el que la Corte desconozca la calidad de derecho de la norma extranjera.<sup>100</sup> Señalan Batiffol y Lagarde que “los fallos no han partido ciertamente de la idea, *a priori*, sorprendente en efecto, que el sentido del Derecho extranjero sería una cuestión de hecho; han simplemente declarado la cuestión soberanamente resuelta por los jueces de fondo y sin dar para ello otros motivos. Cuando se buscan las razones de esta actitud, se las encuentra dotadas de un cierto realismo. Si la Corte de Casación se enredara controlando la interpretación de las leyes extranjeras, se encontraría frente a la alternativa siguiente: ella podría, en una primera actitud, dar de la ley extranjera la interpretación que le pareciera plausible o

ternacional Privado, la convención de las partes o los tratados internacionales. Basta que la sentencia infrinja una ley extranjera con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, para que sea procedente el recurso”. Albónico, citado por Ramírez. Ob. cit. Pág. 40.

<sup>98</sup> Guzmán. Ob. cit. Págs. 359 y ss.

<sup>99</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 393.

<sup>100</sup> Ibíd. Pág. 394.

útil, pero arriesgaría encontrarse en contrario con la interpretación recibida en el extranjero, lo que no le daría gran autoridad a sus designios, y sería contraria a la idea de que la ley extranjera aplicada en Francia debe ser aquella que está en ‘el hecho’ en vigor en el extranjero; o bien la alta jurisdicción buscaría la interpretación adoptada en el extranjero, pero entonces ella juzgará un rol que no es el suyo en el estado actual de su estatuto: la Corte de Casación examina exclusivamente si los jueces han dado a las cuestiones que les fueron sometidas respuestas conformes a un derecho que ella conoce o tiene por misión elaborar, pero del cual ella no tiene que preguntar su tenor”.<sup>101-102</sup>

En Italia el punto también se ha discutido. En general, se admite que procede el

<sup>101</sup> Ibídem. Agregan Batiffol y Lagarde: “Este dilema hace resaltar que la interpretación de su propia ley por el juez es la búsqueda de aquello que es justo, razonable, útil, antes que aquello que ‘debe’ ser; interpretación de la ley extranjera es la búsqueda de aquello que se juzga o se juzgará eventualmente en el extranjero, dicho de otra manera aquello que ‘es’ o debería ser y no de aquello que debe ser. Se trata más bien, bajo este aspecto, de un punto de hecho”. Concluyen Batiffol y Lagarde: “La misión de la Corte de Casación es la de asegurar la unidad de la jurisprudencia. Esta unidad es, sin duda, deseable en la interpretación de la ley extranjera; pero existe precisamente en el extranjero una jurisdicción suprema encargada de esta tarea; y, tratándose de buscar una unidad, no puede haber más que una de ellas; si la Corte de Casación se obligara a ello, ella no podría más que ponerse a la escuela de la Corte Suprema extranjera, es decir, jugar un rol del todo diferente de aquel que ella cumple para la ley francesa. Los jueces de fondo podrán, sin duda, abusar de la libertad que se les ha así conferido, pero el abuso es posible para todas las cuestiones de hecho sometidas a un poder soberano de apreciación...”.

<sup>102</sup> A pesar de lo dicho, la Corte de Casación ha aceptado la procedencia de esta clase de recursos para controlar las calificaciones, en caso de desnaturalización de la ley extranjera y en caso de falta de motivos suficientes para sostener una interpretación del Derecho extranjero. Págs. 396 y ss. En el mismo sentido Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Págs. 379 y ss.

recurso de casación para controlar la correcta aplicación del derecho extranjero.<sup>103-104-105</sup> Entre los autores, Liebman ha opinado por la procedencia del recurso.<sup>106</sup> En sentido contrario, se pronuncian Satta<sup>107</sup> y Calamandrei.<sup>108-109</sup>

En los países anglosajones la más alta jurisdicción solo puede intervenir indirectamente en la determinación del derecho extranjero, la que queda entregada a las partes.<sup>110</sup> En la mayoría de los países de Europa continental se rechaza la posibilidad de recurrir de casación para controlar la correcta aplicación del derecho extranjero. Sin embargo, en Bélgica parece ahora aceptarse esa posibilidad.<sup>111</sup>

El artículo 2º del tratado suscrito entre Chile y Uruguay dispone: "Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente procedentes para los casos en que corresponda la aplicación del derecho de la otra parte".

A primera vista pareciera que no existe inconveniente en permitir la interposición del recurso de casación en el fondo en caso de una aplicación incorrecta de la ley uruguaya, aun cuando la incorrección consista en una errónea interpretación de la misma. La única limitación sería que la norma uruguaya debe tener el rango de ley o ser assimilada a ella.

Sin embargo, el problema no es tan simple, por dos razones. Primero, porque podría pretenderse que el recurso procediera solo si existe infracción de una ley uruguaya y no de una ley de un tercer Estado, y, segundo, porque aun cuando se estimare

que la Corte Suprema puede controlar la aplicación de todo derecho extranjero, resta determinar cuál sería el alcance de esa jurisdicción, a la luz de la teoría que sobre aplicación del derecho extranjero propicia el tratado. Examinaremos ambas cuestiones por separado.

Como el propio tratado dispone que es procedente la interposición de cualquier recurso que exista en el país del foro cuando corresponda aplicar el derecho de la otra parte, no cabe discutir que, tratándose de la aplicación del derecho uruguayo, es procedente el recurso de casación en el fondo.

La norma del tratado es coherente con la tradición chilena. En efecto, la disposición es similar a aquella contenida en el Código de Derecho Internacional Privado, ya referida. Subsiste, eso sí, el problema de que, aun bajo la vigencia del Código Bustamante, algunos fallos de nuestro más alto tribunal rechazaron la procedencia del recurso de casación en el fondo, aunque otros lo aceptaron. Sin embargo, ciertos fallos que aceptaron la procedencia del recurso de casación lo hicieron fundados en la teoría de la incorporación, considerando, por lo mismo, que la violación del Derecho extranjero importaba una violación del Derecho nacional, ya fuere porque la ley extranjera se nacionalizaba, o bien porque su infracción conducía necesariamente a considerar también violada la norma de conflicto de la *lex fori*.

Tratándose de terceros Estados, estimamos que también debe aceptarse la procedencia del recurso con la mira de dar una solución coherente al problema en el derecho nacional. En efecto, aunque el tratado entre Chile y Uruguay es bilateral, por lo que su fuerza obligatoria existe solo entre los Estados contratantes, resulta del todo aconsejable que la solución que se dé a cuestiones generales de derecho, como la procedencia o improcedencia del recurso de casación en el fondo por violación de la ley extranjera, sea la misma cualquiera fuere el Estado de procedencia de la norma infringida. Tal criterio hemos seguido antes para concluir que el sistema del tratado debe aplicarse para determinar el sentido y alcance de todo derecho extranjero, aun cuan-

<sup>103</sup> Morelli. Ob. cit. Pág. 53.

<sup>104</sup> Cappelletti. Ob. cit. Pág. 173.

<sup>105</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 393.

<sup>106</sup> Liebman. Ob. cit. Pág. 508.

<sup>107</sup> Satta. Ob. cit. Pág. 175.

<sup>108</sup> Piero Calamandrei. *La Casación Civil*. Editorial Bibliográfica. Argentina. Buenos Aires. 1961. Tomo I. Pág. 70.

<sup>109</sup> Acerca del debate que las opiniones de Satta provocaron en Italia, véase Micheli. Ob. cit. Pág. 233.

<sup>110</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 393.

<sup>111</sup> Para una sinopsis de la situación europea, véase ibídem.

do no se trate del derecho uruguayo. Creemos que no hay inconveniente en aceptar la procedencia del recurso, pese a que nuestro país adoptó una teoría de hecho. Ello, por las siguientes razones:

– Ya se ha visto que el derecho extranjero no es un simple hecho de la causa, sino un hecho normativo que integra la premisa mayor del silogismo y, como tal, es asimilable a la norma. El hecho normativo tiene la forma de una norma, por lo que no debe repugnar que la Corte de Casación controle su interpretación. El aspecto fáctico del hecho normativo reside en que su contenido es un elemento que el juez nacional debe constatar como algo dado, pero su carácter normativo está fuera de discusión.

– Aún más, en Chile se ha aceptado que la infracción de la ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto del foro, importa también una infracción a esta última norma, que habilita la interposición del recurso. Al respecto se ha fallado: “Que probada la existencia del texto o norma jurídica extranjera y cuando la ley chilena se remite a ella, obliga al juez nacional a aplicarla correctamente, pues si dicha aplicación, que es cuestión de derecho, vulnera el texto extranjero, se produce de inmediato la infracción de la ley nacional que exige una correcta aplicación de aquél, violaciones que quedan dentro del ámbito de la casación en el fondo”.<sup>112</sup> Esta interpretación, dada por nuestro más alto tribunal, sin sutilezas doctrinarias, pretende ahorrar la discusión acerca de la naturaleza del derecho extranjero, ya que, aun cuando se tratare de un hecho, su errónea aplicación conduce a una infracción de la ley nacional, que es derecho, y que permite la invalidación del fallo así dictado, mediante la interposición del recurso de casación en el fondo.

La conclusión anterior, esto es, que es procedente el recurso de casación en el fondo para velar por la correcta aplicación del derecho extranjero, sea éste el uruguayo u otro distinto, lleva a plantearse el segundo problema que se refiere al alcance

que tendrá el recurso. Como hemos visto, el tratado con Uruguay dispone que los jueces deben fallar aplicando el derecho extranjero, como presumiblemente lo haría el juez del Estado a que pertenece el derecho. Ello significa una limitación a las facultades del juez nacional, ya que supone que este debe reducirse a constatar la aplicación que en el extranjero se da a la norma en cuestión y aplicarla, tal cual, para solucionar la controversia que haya podido presentarse en el foro. Esta limitación no puede ser obviada en ninguna etapa del proceso, ni siquiera en la de la casación, porque significaría abdicar de la pretensión de imitar el derecho extranjero, que es el objetivo perseguido. En efecto, si se aceptara que el tribunal de casación puede uniformar libremente el derecho extranjero, al margen del uso vigente en el país de origen, nada quedaría de la exigencia que el artículo 1º del tratado celebrado entre Chile y Uruguay impone a todos los tribunales del país. Por lo dicho, para ser consecuentes, tanto con la conclusión anterior acerca de la procedencia del recurso de casación en el fondo, como con el sistema de aplicación de la ley extranjera postulado por el tratado –lo que en la práctica significa compatibilizar los artículos 1º y 2º del tratado–, debe aceptarse que los poderes de la Corte Suprema, tratándose de casar una sentencia por errónea aplicación del derecho extranjero, son más limitados que tratándose de una infracción similar del derecho nacional. En el caso de infracción del derecho extranjero la Corte de Casación debe apegarse al uso extranjero y rechazar o acoger el recurso, según si los jueces del fondo lo han respetado o no. Esta solución es una de las que la doctrina ha postulado para, aceptando una teoría de hecho, admitir la procedencia del recurso de casación. Vale la pena anotar que François Rigaux ha sostenido una opinión similar a la que nosotros proponemos a la luz de los artículos 1º y 2º del Tratado suscrito entre Chile y Uruguay, en cuanto a la procedencia del recurso de casación en el fondo y, especialmente, en cuanto a las facultades de la Corte Suprema. Sostiene Rigaux que “Es erróneo responder a esta

<sup>112</sup> RDJ. Tomo LXIII. Revista N° 3. Sección 1ª. Pág. 180.

cuestión de una forma dogmática, sea considerando el derecho extranjero como un simple hecho que estaría, por tanto, sustraído a todo control de legalidad, sea reconociendo su calidad de sistema jurídico, lo que le valdría una asimilación pura y simple a la *lex fori*. Ni en el plano de la unidad de la jurisprudencia ni en lo que concierne a la función disciplinaria del Tribunal Supremo, éste puede extender al derecho extranjero el tipo de control que ejerce sobre la correcta aplicación de su propio derecho. El único control admisible se refiere a la función disciplinaria del Tribunal de casación. Habiendo constatado (de hecho, pero no en derecho) la forma en que la norma litigiosa se interpreta en el orden jurídico del que proviene, el Tribunal de casación la compara con la aplicación que ha hecho la disposición impugnada y, en su caso, censura el error jurídico cometido por el juez de instancia".<sup>113</sup>

Si se rechaza la procedencia del recurso de casación en el fondo, se viola la letra del artículo 2º del tratado con Uruguay. Si, por el contrario, se admite dicho recurso, otorgando al Tribunal de Casación facultades tan amplias como las que tiene en un asunto de derecho local, se viola el artículo 1º de dicho tratado. En consecuencia, la única manera de respetar ambas normas es admitir el recurso, pero limitar las facultades del Tribunal de Casación al control sobre el respeto que los tribunales de la instancia han tenido por el uso extranjero.

e) En caso que no pueda conocerse el tenor del derecho extranjero aplicable. Es posible que el juez no pueda conocer el tenor del derecho extranjero declarado aplicable por su regla de conflicto. Aun cuando sepa cuál es el derecho extranjero que deba aplicar, podría no tener forma de conocer el contenido mismo de ese derecho. Para este problema se han dado diversas soluciones. Al respecto ha escrito Micheli:

"...no existe una norma que contenga una regla de juicio sobre el hecho normativo incierto, para evitar un *non liquet*, cuando dicha norma ha quedado desconocida para el juez o éste no considera haberla determinado. En su defecto, no se contempla otra posibilidad que aplicar el principio general en virtud del cual si la demanda, o la excepción, perfilan una pretensión que se refiere a una norma jurídica respecto de la cual el juez no está en situación de determinar la existencia y el contenido, aquella demanda, o aquella excepción, debe rechazarse, no ya en aplicación del principio *actore non probante reus absolvitur*, sino por la falta de fundamento en derecho de la demanda de tutela dirigida por la parte al juez".<sup>114</sup> Morelli es de la misma opinión.<sup>115</sup> Esta solución ha sido seguida también en algunos fallos norteamericanos.<sup>116</sup> Otros autores, como Anzilotti, estiman que la demanda debe rechazarse por falta de prueba del fundamento de la demanda o de la excepción, sobre la base de sostener que la carga

<sup>114</sup> Micheli. Ob. cit. Pág. 216.

<sup>115</sup> Morelli. Ob. cit. Pág. 62. Señala Morelli: "Excluido el fundamento que por caminos diferentes lleva a afirmar la aplicabilidad de la *lex fori*, no queda más que sostener que el juez tiene que rechazar la demanda o la excepción fundada en una norma extranjera cuyo conocimiento no haya conseguido adquirir". Morelli no admite como fundamento del rechazo de la demanda la regla *actore non probante reus absolvitur*. Afirma Morelli: "En cambio, el rechazo de la demanda o de la excepción es simplemente la consecuencia práctica de la falta de conocimiento por parte del juez de la norma en que se funda la demanda o la excepción, y del hecho de que esa norma, precisamente por ser desconocida por el juez, no se pone como premisa mayor del silogismo judicial". Concluye Morelli: "En efecto, la obligación del juez de poner una norma realmente existente, encuentra en la práctica una aplicación más o menos perfecta. El error del juez en esta sede puede consistir, ya en la posición de una norma inexistente; este último error puede depender no sólo de razones de diversa índole (por ejemplo, errónea convicción de que una norma no está aún o no está ya en vigor), sino también del hecho de que el juez no ha conseguido establecer la existencia de la norma, puesto que, desde el punto de vista del juez, norma inexistente y norma desconocida se equiparan, toda vez que ni la una ni la otra puede ser puesta como premisa mayor del silogismo".

<sup>116</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 405.

<sup>113</sup> Rigaux. Ob. cit. Pág. 340. Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 234. Micheli. Ob. cit. Pág. 394, respectivamente, aceptan como hipótesis esta solución, aunque la rechazan como un ideal.

de suministrar la prueba, tratándose del derecho extranjero, radica en las partes.<sup>117</sup>

La severidad de las soluciones descritas ha llevado a la jurisprudencia de varios países a aplicar la *lex fori*, en el evento de que no sea posible conocer el contenido del derecho extranjero declarado aplicable. Tal ha sido el caso de Francia.<sup>118</sup> Batiffol y Lagarde tratan esta situación entre aquellas en que la ley francesa debe aplicarse al asunto por vocation subsidiaria.<sup>119</sup> En otros países las soluciones son parecidas aunque los medios para obtenerlas son diferentes. “Los jueces ingleses presumen, salvo prueba en contrario, la identidad de la ley extranjera y la ley del foro. Y los jueces americanos presumen, del mismo modo, la identidad del *common law* de los diferentes Estados de la Unión, lo que es legítimo, vista la comunidad de desarrollo histórico y la situación social de esos Estados... Las soluciones son bastante próximas en Italia donde el demandante, invocando una ley extranjera, debe establecer que su tenor difiere de aquel de la ley italiana... La aplicación subsidiaria del derecho del foro es mantenida por la jurisprudencia en Luxemburgo, en Suiza y, con alguna duda, en España. Ella ha sido consagrada legislativamente en Austria y en Polonia”.<sup>120</sup>

Existe, sin embargo, una tercera alternativa, distinta de rechazar la demanda o aplicar la *lex fori*. Ella consiste en recurrir al derecho más próximo posible a aquel que no se pudo conocer. Esta solución ha sido propuesta, a menudo, en Alemania, por ejemplo, por Kegel. Sostiene éste: “Cuando se descubre cuál es el derecho aplicable pero a pesar de todo el cuidado no se logra descubrir su contenido, digamos porque los libros necesarios no se encuentran o son insuficientes, hay que aplicar el principio de la mayor probabilidad –del cual no disiente la Corte Federal alemana (NJW 61, 410 [412]). Es el caso, por ejemplo, cuando no hay más remedio que prescindir de determinar las últimas novedades, o que acudir a los ordenamientos que han servido de

modelo en el respectivo país, como el francés para Bélgica (RG 163, 367) o el francés y el belga para Luxemburgo (OLG Bremem MDR 55, 427) o el francés y el egipcio para Siria (BGH 49, 50 [53-55]), o incluso que tomar en cuenta ordenamientos emparentados entre sí como lo son los de varios Estados estadounidenses. También es posible suponer que donde quiera rigen principios tan elementales como la máxima *pacta sunt servanda*. Y en este último caso es preciso recurrir al derecho del foro... ”.<sup>121</sup> Esta solución la han sostenido entre otros autores, M. Wolff, F. Stein, M. Jonas, A. Schönke, H. Dölle y L. Raape.<sup>122</sup> También se contemplaba en el proyecto suizo de 1978.<sup>123</sup> Sin embargo, en definitiva, la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, en su artículo 16, dispone que en caso que el contenido del derecho extranjero no pueda ser establecido, debe aplicarse al caso el derecho suizo.

Cappelletti defiende la tercera opción en los siguientes términos: “La solución que aquí proponemos se aproxima, sin identificarse, a la sugerida por algún otro autor extranjero, según los cuales, en la imposibilidad de verificar la norma a que remiten las reglas internas de conflicto, el juez deberá recurrir a la solución ofrecida para aquella determinada materia por el ordenamiento ‘más próximo’, ‘más similar’, ‘más emparentado’, con aquel al cual se hace remisión”.<sup>124</sup> Continúa Cappelletti: “La solución por nosotros propuesta parte de una consideración sumamente realista: a saber, que el conocimiento de los hombres no es nunca absoluto, completo, perfecto; que la ‘verdad’ de los hombres y, por tanto, la de los jueces es siempre ‘verosimilitud’, en una palabra, mera probabilidad. Lo cual es verdad respecto de los hechos; pero es verdad también respecto de las normas –las cuales, por lo demás, se fundan ellas mismas en hechos (normativos)–, tanto las internas como las extranjeras. La diferencia, si la hay, es sola-

<sup>117</sup> Morelli. Ibíd. Pág. 61.

<sup>118</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 405.

<sup>119</sup> Ibíd. Págs. 402 y ss.

<sup>120</sup> Ibíd. Pág. 406.

<sup>121</sup> Gerhard Kegel. Ob. cit. Pág. 308.

<sup>122</sup> Cappelletti. Ob. cit. Pág. 231.

<sup>123</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 407.

<sup>124</sup> Cappelletti. Ob. cit. Pág. 235.

mente cualitativa".<sup>125</sup> Agrega Cappelletti: "Teniendo que aplicar la norma de un país remoto y desconocido, la probabilidad de error será mayor, el desacuerdo entre la verdad del juez y la verdad objetiva, será más profundo...".<sup>126</sup> Continúa Cappelletti: "Evidentemente, puede ocurrir también, aunque en casos excepcionales, que no solamente la norma específica, sino hasta los cánones hermenéuticos mismos del ordenamiento a que se hace remisión, continúen desconocidos, o que se manifiesten, de todos modos, de aplicación imposible, pero creemos que también en este caso le queda al juez la reserva de un instrumento interpretativo de validez general, a saber, el instrumento comparativo. Y es esta, precisamente, la 'solución comparativa' –o más modestamente, la 'solución de la mayor probabilidad'– que creemos deber proponer. El juez, aun frente a la imposibilidad misma de conocer y aplicar la norma alegada y los procedimientos hermenéuticos del ordenamiento alegado, se hallará, sin embargo, siempre en condiciones de formarse alguna opinión –más o menos completa, más o menos correcta– de ese ordenamiento, de sus afinidades con otros ordenamientos, de su participación en determinadas 'familias jurídicas', de la situación cultural, económica, política, social, que le sirve de base, etc. Utilizará, por tanto, todos sus conocimientos, adquiridos y adquiribles, a fin de llegar a una solución que tenga, por lo menos, 'un mínimo de mayor probabilidad' de responder o, en definitiva, de aproximarse más a la del ordenamiento a que se hace remisión".<sup>127-128</sup>

<sup>125</sup> Ibídem.

<sup>126</sup> Ibídem.

<sup>127</sup> Ibídem. Pág. 237.

<sup>128</sup> Al respecto, apunta Goldschmidt: "La probabilidad admite grados... Si nuestro juez dispone de la legislación y jurisprudencia extranjeras, referentes al punto controvertido, su juicio alcanzará un alto grado de probabilidad. Si le faltan algunos de estos elementos, la probabilidad disminuye. Pero inclusive si no poseyera ninguno de ellos, podría acudir a otro Derecho emparentado con aquel cuya imitación le incumbe, puesto que, imitando el Derecho emparentado, podrá solucionar con cierta probabilidad el asunto controvertido conforme lo

La aplicación de la *lex fori* como *ultima ratio*, dentro de los autores que acogen esta teoría, ha sido aceptada también por Dölle y Raape.<sup>129</sup>

Esta última doctrina es la que, a la luz de la tesis seguida por el tratado con Uruguay, resulta la más aconsejable, por cuanto permite que la sentencia que dicte el juez se aproxime lo más posible a la que presumiblemente dictaría el juez a que pertenece el derecho declarado aplicable.

En nuestro país, el artículo 170, Nº 5 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: ...5º La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo...".

Como es deber del juez fallar todos los asuntos sometidos a su conocimiento, la ley permite que en caso de no poder fundamentar el fallo en una norma jurídica positiva, lo haga apelando a los principios de equidad. Como se ha señalado precedentemente, nuestro país ha tomado posición sobre el punto en el tratado celebrado con Uruguay. Dicha decisión importa que el juez asuma la obligación, al dictar una sentencia en la que deba aplicar derecho extranjero, de imitar la probable sentencia que habría dictado el juez del país a que perte-

haría el juez cuyo Derecho el nuestro desconoce. Solo en último lugar debe aplicar el juez su propio Derecho, ya que, dada la unidad del género humano, existe una probabilidad, por pequeña que fuese, de que nuestro Derecho coincida con el Derecho extranjero. Si, por ejemplo, el juez argentino tuviese que aplicar el Derecho de Etiopía y no lograse acceso a sus fuentes, pero supiese que está inspirado en el Derecho francés y en el suizo, habría de orientarse en estos dos; solo si el juez argentino no obtuviese ninguna información sobre la procedencia del Derecho etíope, le sería lícito refugiarse en el C.C. de Vélez Sarsfield". Ob. cit. Pág. 143.

<sup>129</sup> Cappelletti. Ob. cit. Pág. 231.

nezca el respectivo derecho. Por lo tanto, con ese punto de partida, el concepto de lo ‘equitativo’, que debe usar el juez para el caso que no fuere posible conocer el derecho extranjero declarado aplicable, se restringe: ya no será la mera equidad natural. En efecto, conocida como es para el juez, la finalidad que persigue nuestro ordenamiento –que se dicte la sentencia más parecida posible a la que se dictaría en el extranjero–, en caso de no conocerse el

contenido del derecho aplicable, antes de recurrir a la mera equidad natural, nos parece que el juez debe buscar conocer el derecho más emparentado con aquel que desconoce, ya que ello será siempre más equitativo en el orden de los principios. El fallo debiera dar cuenta razonada acerca de los fundamentos que permitieron al juez suponer que el derecho que inspiró su sentencia era presumiblemente el más parecido a aquel que debió aplicar.



## *Capítulo XI*

# PRIMERA EXCEPCION A LA APLICACION DE LA LEY EXTRANJERA COMPETENTE: EL ORDEN PUBLICO

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

### 1. CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO

El orden público es una excepción a la aplicación del derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto, en consideración a que la ley material extranjera atenta contra los principios de la *lex fori* por ser contraria al derecho natural, a la convicción común de la sociedad o a la política legislativa del Estado.

La institución, pese a ser una contribución de la jurisprudencia y de la doctrina, ha recibido consagración legislativa en la ley alemana de julio de 1986, en la ley suiza de enero de 1988 y en la ley italiana de 1995. En el derecho anglosajón la noción tiene menos importancia que en el derecho continental. En Europa el concepto ha sido desarrollado particularmente en Francia y en Alemania. En Inglaterra se insiste en los límites precisos dentro de los cuales debe operar el orden público, denotando reticencia a aplicar la institución por temor a destruir las bases del sistema conflictual.<sup>1</sup> Además, en el derecho anglosajón el orden público tiene menos importancia porque se aplica con mayor extensión la *lex fori* que en el derecho continental. Por ejemplo, en Inglaterra se aplica la *lex fori* en casos de divorcio, separación, custodia y adopción de menores<sup>2</sup> y se considera como materias de procedimiento –y, por lo tanto, sujetas a la *lex fori*– algunas que los derechos continentales consideran como de fondo.

### 2. CARACTERISTICAS DE LA INSTITUCION

Las características del orden público son las siguientes:

a) El orden público es un concepto autónomo, independiente de las normas jurídicas. Existen algunos autores que han sido partidarios de considerar el orden público como un conjunto de disposiciones. Así, la totalidad de las disposiciones nacionales se dividiría en dos grupos: las que pueden ser descartadas por el derecho extranjero aplicable y aquellas que, a su vez, descartan al derecho extranjero. Las segundas serían de orden público.<sup>3</sup> Obviamente, las disposiciones de orden público serían aquellas más importantes. De acuerdo a esta doctrina todo factor de conexión iría siempre acompañado por la conexión del orden público, el que se aplicaría a priori, esto es, antes de conocerse el derecho extranjero designado por la norma de conflicto.<sup>4</sup> Como se aprecia, se procede tomando el derecho propio y se descarta todo derecho extranjero diferente de las normas del derecho interno que se consideran de orden público. El criterio que comentamos es seductor porque facilita la labor de los jueces. Si se considera el orden público como un conjunto de normas y no de principios, resulta inútil distinguir el orden público de las normas de policía. En realidad el concepto de norma de policía surge si se acepta que el orden público constituye un conjunto de principios, por lo que debe aplicársele a posteriori y

<sup>1</sup> Dicey y Morris. Ob. cit. Pág. 83.

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>3</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 149.

<sup>4</sup> Ibídem. Pág. 150.

no a priori. En tal caso, las normas de policía quedarían circunscritas solamente a todas aquellas situaciones en que efectivamente se aplica la legislación de la *lex fori*, sin atender al contenido del derecho extranjero, esto es, a priori.

Otros autores, por el contrario, consideran el orden público como un conjunto de principios. En este caso la noción del orden público no reside en las disposiciones de la *lex fori*, sino que en los principios en los cuales dichas disposiciones se inspiran.<sup>5</sup> La forma de aplicación del orden público sería a posteriori, ya que se requiere primero averiguar el derecho extranjero aplicable y, solo una vez conocido, controlar la compatibilidad entre dicho derecho y los principios inalienables del derecho propio.<sup>6</sup> Así entendido el orden público aparece como una característica negativa: el derecho extranjero se aplica con tal que no contradiga el orden público de la *lex fori*. El orden público pasa a ser así una cláusula de reserva del ordenamiento del foro.<sup>7</sup>

b) La disposición extranjera debe “perturbar” a la comunidad del foro para que se la considere contraria al orden público. Para determinar si se ha producido o no este efecto de “perturbación”, en Alemania se exige la concurrencia de tres requisitos copulativos: que se afecte al foro; que dicha perturbación afecte a la actualidad, por lo que mientras más lejano sea el caso menor razón habrá para que opere la institución; y que dicha perturbación afecte al foro de manera importante.<sup>8</sup>

La civilización del foro debe estar involucrada en la perturbación. Por ello importa saber dónde ha nacido la relación, si las personas involucradas residen en el foro, si son nacionales del foro, etc. Solo si se dan estas condiciones podremos decir que la civilización del foro ha sido perturbada. En Chile podemos citar un ejemplo legislativo de cuándo y cómo se produce perturbación en el foro. El ejemplo servirá para ilustrar

el criterio con que los jueces deben apreciar la procedencia de la excepción de orden público. En efecto, el artículo 121 del Código Civil establece que “El matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas”. Por su parte, el artículo 120 del Código Civil dispone que “El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge”. Como se aprecia, es radicalmente distinto el tratamiento que nuestra ley entrega a las dos situaciones. El Estado de Chile no acepta disolver en Chile el matrimonio sino de conformidad a las leyes chilenas, aun cuando el matrimonio se hubiera celebrado en un país en el cual se admitiera el divorcio con disolución del vínculo. Ello es así porque la perturbación social que provoca el divorcio se estima inadmisible para que el Estado de Chile pueda declararlo. Sin embargo, la ley chilena reconoce el divorcio vincular si él es declarado en el extranjero. Más aún, no solo reconoce el divorcio vincular declarado en el extranjero, sino también acepta el nuevo matrimonio, con tal que él se haya celebrado en el extranjero.

c) El orden público es esencialmente variable según los países y los tiempos. El que una determinada situación se ajuste o no al orden público es una cuestión que se aprecia al momento del litigio. Esto quiere decir que el acto sometido a la ley extranjera pudo no haber sido contrario al orden público al momento de celebrarse y pasar a serlo después. Si al momento del litigio el acto es contrario al orden público del foro, la ley extranjera aplicable no puede ser aplicada.<sup>9</sup> Lo mismo ocurre al revés. El momento decisivo es el del litigio. La evolución de las concepciones morales influye en las orientaciones jurídicas y así, sin cambiar el derecho positivo, algunas materias que eran

<sup>5</sup> Ibíd. Pág. 151.

<sup>6</sup> Ibíd. Pág. 152.

<sup>7</sup> Ibídem.

<sup>8</sup> Kegel. Ob. cit. Pág. 316.

<sup>9</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 412.

consideradas de orden público pueden dejar de serlo y viceversa. Por ejemplo, en Francia se recuerda la diferente aplicación de la noción de orden público a propósito del divorcio, distinguiendo tres períodos claros: hasta 1884 en que no fue admitido el divorcio; desde 1884 hasta 1975 en que solo se le aceptó con causales después de 1975 en que se admitió el divorcio por mutuo consentimiento. Sin perjuicio de que en Francia se estima que este es solo una excepción al principio de la indisolubilidad del matrimonio, se aceptó declarar el divorcio, aun cuando ello no era permitido por la ley nacional de los cónyuges.<sup>10</sup> Por lo tanto, se admitió como contraria al orden público francés la ley que prohibía el divorcio. Otro ejemplo de variabilidad del concepto de orden público está constituido por los estados musulmanes que han ido adoptando la ley islámica con carácter coercitivo. Obviamente la imposición de la ley islámica modifica el concepto de orden público, extendiendo su aplicación.

d) El concepto de orden público que emplea el Derecho Internacional Privado es distinto del concepto de orden público que usa el derecho interno. En este mismo sentido Brocher distinguió dos categorías de reglas imperativas: las de orden público interno y las de orden público internacional.<sup>11</sup> Las primeras imperan sobre las relaciones jurídico privadas internas y no pueden ser derogadas por la autonomía de la voluntad. Las segundas, por el contrario, constituyen una barrera para la aplicación de normas extranjeras.<sup>12</sup> Un ejemplo sencillo permite ilustrar con claridad la diferencia entre ambos conceptos: en derecho interno las normas sobre estado y capacidad de las personas no pueden ser modificadas por la autonomía de la voluntad y son de orden público; sin embargo, en Derecho Internacional Privado es usual aceptar la aplicación de leyes extranjeras que a menudo contienen reglas diferentes acerca del estado y la

capacidad, ello siempre que no repugnen los principios del ordenamiento del foro.<sup>13</sup> Podría decirse que existe una relación de género a especie entre el orden público del derecho interno y el orden público internacional del foro.<sup>14</sup> En efecto, todo aquello que sea contrario al orden público interno no necesariamente será contrario al orden público internacional del foro; sin embargo, todo aquello que repugne al orden público internacional del foro también repugnará al orden público interno. En Derecho Internacional Privado lo que interesa es el llamado “orden público internacional del Estado de Chile”. El nombre no es afortunado porque sugiere un conjunto de principios que interesan a toda la comunidad de los Estados a pesar de que se trata de una institución esencial y exclusivamente nacional.

e) El orden público puede ser opuesto a actos de gobierno. La institución no solo se emplea para impedir la aplicación de una ley extranjera sino también para impedir el reconocimiento de actos de gobierno que contraríen los principios del ordenamiento del foro.<sup>15</sup> Por ejemplo, se ha empleado la noción de orden público para desconocer las nacionalizaciones sin pago de indemnización. Se ha criticado que los jueces de la *lex fori* puedan juzgar los actos de gobierno de Estados extranjeros. Sin embargo, los tribunales de la *lex fori* no aprecian la regularidad del acto frente a la legislación extranjera o al Derecho Internacional, simplemente –en nombre de sus concepciones– le niegan efecto en el foro.<sup>16</sup>

f) El orden público procede en todas las materias que comprende el Derecho Internacional Privado. En materias relativas al estatuto personal es frecuente que la institución opere tratándose de matrimonio, divorcio y filiación. En materias relativas al estatuto real también el orden público opera

<sup>10</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 528.

<sup>11</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 149.

<sup>12</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 422.

<sup>13</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 393.

<sup>14</sup> Ibíd. Pág. 394.

<sup>15</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 412.

<sup>16</sup> Ibíd. Pág. 413.

tratándose de nacionalizaciones. En materia de responsabilidad contractual la institución sirve para afirmar el nominalismo o el principio de reajustabilidad de las obligaciones. Finalmente, en materia de responsabilidad extracontractual el orden público opera para dar o no cabida a la indemnización por daño moral.<sup>17</sup>

### 3. ALCANCE DE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

Según Mayer el alcance de la noción de orden público comprende el rechazo de normas extranjeras que atenten contra:

a) Los principios de derecho natural. Tal sería el caso de normas que privaran a individuos de ciertos derechos en consideración a la raza.<sup>18</sup>

b) La defensa de principios que, aunque no fueran universales, informan los fundamentos políticos y sociales del foro. Por ejemplo, el carácter laico o religioso del ordenamiento del foro.<sup>19</sup>

c) La defensa de la política legislativa del Estado.<sup>20</sup> Por ejemplo, puede existir interés del Estado en no aceptar plazos largos para la investigación de paternidad porque la ley pretenda una política contraria a esa pretensión. Se admite que los tribunales de un estado federado parte del Estado federal puedan oponer la noción de orden público para evitar la aplicación de leyes de otro estado federado de la Unión, fundándose en que tales leyes contrariarían su política legislativa.<sup>21</sup>

### 4. EL ORDEN PÚBLICO Y LA PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En Alemania se ha discutido si los fundamentos esenciales del derecho alemán, especialmente en materia de derechos fundamentales, se aplican a priori o a posteriori, esto es, antes o después de conocer el derecho extranjero aplicable. Esta alternativa fue planteada por la Corte Constitucional alemana en decisión de 4 de mayo de 1971.<sup>22</sup> Si se aplicaran a priori se confundirían los principios fundamentales con las normas de policía con los siguientes problemas: en primer lugar, no es bueno recurrir a normas excepcionales –como son las normas de policía– para incorporar los principios fundamentales; en segundo lugar, no se avendría la solución con la forma como se aplican las garantías de los derechos fundamentales, las cuales más que imponer un determinado principio constituyen una cláusula de reserva para impedir un resultado chocante.<sup>23</sup> Por otro lado, si se sostiene que estos principios pueden aplicarse a posteriori, los principios fundamentales deberían asumir la triple presentación –atentados contra el derecho natural, contra la civilización del foro o contra su política legislativa– y se exigiría, para que la institución se pusiera en práctica, el que exista “perturbación” en el foro en vez de poner el acento sobre la naturaleza del derecho a defender.<sup>24</sup> Por estas consideraciones Petra Hammje propone no apreciar la situación y su relación con el foro, sino adaptar la reacción del orden público según la naturaleza del principio fundamental.<sup>25</sup> En definitiva se propone partir del derecho fundamental cuya violación se ha alegado y buscar cuál es el ámbito espacial que él se asigna.<sup>26</sup> Por ejemplo, si se trata de la Convención Euro-

<sup>17</sup> Acerca de ejemplos del juego de la noción del orden público en distintos ámbitos, véase Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 399 y ss.

<sup>18</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 140.

<sup>19</sup> Ibídem.

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 419.

<sup>22</sup> Petra Hammje. “Droit fondamentaux et ordre public”. Artículo publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé*. Editions Sirey. París. 1997. N° 1. Pág. 7.

<sup>23</sup> Ibíd. Pág. 9.

<sup>24</sup> Ibíd. Págs. 12 y 14.

<sup>25</sup> Ibíd. Pág. 14.

<sup>26</sup> Ibíd. Pág. 15.

pea de Derechos del Hombre bastaría con que la situación estuviera vinculada con Europa, aun cuando no existiera una vinculación particular con el foro. Lo anterior se aplicaría en materia de derecho de familia y derecho a defensa, etc. En nuestra opinión, esta técnica reporta más desventajas que ventajas, especialmente en países como el nuestro donde todavía se sostiene que el orden público es un conjunto de normas y no un conjunto de principios, al revés de Europa donde ya existe acuerdo en este último sentido. En efecto, se agregaría un factor de confusión adicional en circunstancias que resulta universalmente aceptada la forma en que opera el orden público. Por eso mismo interesa destacar la opinión de Kegel. Según este, el problema es de denominaciones: o se incluyen los derechos fundamentales dentro del orden público –lo que acepta el Tribunal Constitucional Federal–, o se mantienen separados bajo el concepto de régimen internacional de derechos fundamentales, lo que prefiere el Tribunal Constitucional.<sup>27</sup> Concluye Kegel que es más cómodo reunir todo bajo el concepto de orden público.<sup>28</sup>

## 5. EL ORDEN PUBLICO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El hecho de que el Estado haya suscrito un tratado internacional en virtud del cual se aplique una ley extranjera no impide excluir la aplicación de esta última fundándose en el orden público. Ningún Estado contratante ha aceptado en globo la legislación interna de los otros Estados miembros de la convención, menos aún la futura.<sup>29</sup> Por ello se acepta el juego de esta noción en estos casos, pese a que algunos tratados han procurado –vanamente, según Batiffol y Lagarde– circunscribir la aplicación de la institución del orden público.<sup>30</sup>

## 6. EFECTOS DEL ORDEN PUBLICO

Se reconoce universalmente que la aplicación de la institución del orden público produce los siguientes efectos:

a) No aplicación de la ley extranjera normalmente competente

Se suele admitir que la aplicación de la noción del orden público supone siempre un efecto negativo que consiste en no aplicar el derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto del foro. A veces el solo efecto negativo es suficiente para evitar la perturbación en el derecho del foro. Por ejemplo, si se rechaza la constitución del matrimonio poligámico por ser contrario al orden público rige la regla del foro que otorga al matrimonio el carácter de monogámico. Por lo tanto, no existe técnicamente una laguna de norma que el foro deba completar.<sup>31</sup>

También se suele admitir que en muchos casos el efecto negativo no basta. Por lo mismo, al efecto negativo se asocia un efecto positivo que consiste en la aplicación de un derecho material en reemplazo de la norma del derecho extranjero que ha sido declarada inaplicable por ser contraria al orden público.<sup>32</sup> Por ejemplo, el derecho extranjero establece que los hijos ilegítimos no tienen derechos hereditarios, tal norma violenta el derecho del foro; evidentemente los hijos ilegítimos deben gozar de derechos hereditarios, pero ¿cuáles derechos hereditarios?, ¿los que concede la *lex fori*?, ¿los que concede el derecho extranjero para casos asimilables? El problema planteado consiste en determinar, una vez comprobado que ciertas normas del derecho extranjero son contrarias al orden público, si este debe sustituirse por la ley material del foro o debe aplicarse el derecho extranjero, eliminando sus efectos perjudiciales. En Alemania se decidió en un caso que debía aplicarse la norma del derecho extranjero descartando sus elementos perjudiciales, procedimiento que importa construir normas materiales. Se trataba de una norma

<sup>27</sup> Kegel. Ob. cit. Pág. 319.

<sup>28</sup> Ibíd. Pág. 320.

<sup>29</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 420.

<sup>30</sup> Ibídem.

<sup>31</sup> Kegel. Ob. cit. Pág. 320.

<sup>32</sup> Ibíd. Pág. 321.

suiza que establecía la imprescriptibilidad de una obligación, lo que repugnaba al derecho alemán. En este caso la decisión alemana no fue sustituir la norma suiza por el derecho del foro –en este caso el derecho alemán–, sino aplicar el plazo de prescripción más largo del derecho suizo que permitiera el sentido jurídico alemán. Tratándose de los derechos hereditarios del hijo ilegítimo esta solución llevaría a otorgarle el mínimo de derechos que satisfaga el sentido de justicia del foro. De esta manera se obtiene una menor inobservancia del derecho extranjero, construyendo al efecto una norma material.<sup>33</sup> Esta solución es criticada por Bariffol y Lagarde porque supone aplicar la ley extranjera fuera de su espíritu y su sentido; agregan que es preferible aplicar derechamente la *lex fori* a esta solución que ellos llaman “bastarda”.<sup>34-35</sup>

El problema recién analizado se vincula con el de determinar cuál será la extensión de la exclusión de la ley extranjera designada por la norma de conflicto. Ello es especialmente importante en los casos en que se ha optado por substituir la ley extranjera intolerable por la propia *lex fori*. Loussouarn y Bourel apuntan que algunos autores insisten en que la substitución del derecho extranjero intolerable por la *lex fori* debe tener el alcance mínimo indispensable para defender los imperativos del foro. Solo se aceptaría entonces la substitución que requiera el orden público y aquella que es consecuencia necesaria de la eliminación de la ley extranjera. Otros autores opinan que es preferible someter el conjunto del litigio a la *lex fori* que terminar con un traje de arlequín, construido a base de parches.<sup>36</sup> En nuestra opinión es preferible la solución propuesta en Alemania que asegura en mayor medida que la ley aplicable sea, al menos parcialmente, la prevista por las partes.<sup>37</sup>

### b) Efecto atenuado del orden público

Cuando ya no se trata de adquirir un derecho conforme a la ley extranjera sino de reconocer los efectos de un derecho ya adquirido, la doctrina está conteste en que el efecto del orden público es más atenuado, lo que significa que el orden público puede no oponerse al efecto en el foro de derechos adquiridos en el extranjero, aun cuando se opondría a su adquisición en el propio foro.<sup>38</sup> Así por ejemplo, si bien no se puede celebrar un matrimonio poligámico en Chile, no habría inconveniente en reconocérsele efectos en relación al derecho de alimentos de los cónyuges y en relación a la situación de los hijos. No se excluye el concepto de orden público sino que se atenuan sus efectos.

Las razones de ser del efecto del orden público atenuado son, por una parte, el respeto de los derechos adquiridos y, por la otra, la menor perturbación que sufre el derecho del foro al reconocer que al constituir un derecho.<sup>39</sup> Vale la pena recordar el ejemplo de nuestra legislación acerca del divorcio y la diferencia entre disolver en Chile un matrimonio y reconocer el divorcio decretado en país extranjero. Del ejemplo propuesto resulta evidente –para apreciar el efecto de perturbación que exige la noción de orden público– que no es lo mismo constituir en Chile un derecho que reconocer el mismo derecho que se hubiere constituido en el extranjero. En el primer caso la apreciación acerca del orden público es más rigurosa que tratándose del segundo.

Conviene apuntar que es el concepto de orden público atenuado el que se emplea en nuestro país, en materia de *exequatur*, para reconocer sentencias dictadas en el extranjero.

Debe recalcarse que hay casos en los cuales no procede aceptar ni siquiera el concepto de orden público atenuado; por ejemplo, se ha considerado en Francia, tratán-

<sup>33</sup> Ibídem.

<sup>34</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 421.

<sup>35</sup> En el mismo sentido, véanse Loussouarn y Bourel, Ob. cit. Pág. 411 y Mayer. Ob. cit. Pág. 147.

<sup>36</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 412.

<sup>37</sup> En el mismo sentido, véase. Rigaux. Ob. cit. Pág. 390.

<sup>38</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 424.

<sup>39</sup> Ibíd. Pág. 425.

dose de una expropiación sin pago de indemnización, que no es posible reconocerle efectos.<sup>40</sup>

c) Reconocimiento de un derecho adquirido en el extranjero en virtud del orden público local

Esta situación es conocida en Francia con el nombre de “efecto reflejo del orden público”. El orden público es una noción de autodefensa de la *lex fori*, por lo tanto, normalmente, no se considera el orden público extranjero.<sup>41</sup> Por ello se ha discutido si es posible reconocer valor a un derecho adquirido en el extranjero de acuerdo con el orden público local, conforme al cual se ha rechazado la aplicación de un derecho extranjero que normalmente –según la *lex fori*– sería competente. La situación es válida en Francia donde solo se reconocen los derechos adquiridos si su creación lo ha sido en virtud de la norma de conflicto francesa.<sup>42</sup> En Francia se usaba como ejemplo el matrimonio celebrado en Bélgica conforme a la ley local por considerar contraria al orden público belga la ley nacional de los contrayentes, en este caso la ley polaca, que debía aplicarse de acuerdo con la norma de conflicto belga. Algunos autores como Bartin y Lerebours-Pigeonnière han discutido el reconocimiento de un derecho adquirido de esa manera, argumentando que la noción de orden público solo puede usarse sobre el propio territorio.<sup>43</sup> Por ello, en el caso propuesto, según esos autores, debería descenderse el matrimonio, ya que conforme a la ley francesa resulta aplicable la ley nacional de los contrayentes, esto es la ley polaca. Otros autores, entre los que se encuentran Niboyet, Loussouarn y Bourel, han sostenido que resulta inconsciente criticar

a los belgas lo mismo que habrían hecho los franceses, ya que estos también habrían rechazado, por razones de orden público, el derecho polaco y habrían validado el matrimonio conforme a la ley local, en este caso la ley francesa.<sup>44</sup> En Francia, por ello, siguiendo la expresión de Pillet, se admite un efecto reflejo del orden público: su concordancia con el orden público extranjero conduce a una coordinación que da efecto a los derechos adquiridos en el extranjero en virtud del orden público local.<sup>45</sup>

## 7. EL ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO CHILENO

Nuestra Corte Suprema ha entregado una definición del orden público conceputuándolo –lamentablemente– como conjunto de disposiciones. La definición de orden público entregada por la Corte es la siguiente: “Conjunto de disposiciones establecidas por el legislador en resguardo de los intereses superiores de la colectividad o de la moral social”.<sup>46</sup>

Merece destacarse que la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aún no suscrita ni ratificada por Chile, en su artículo 5º, reconoce la aplicación de la institución del orden público estableciendo que “La ley aplicable por una convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público”. Tal como se aprecia del tenor de la disposición citada se admite el que el orden público constituye un conjunto de principios y no de disposiciones como han sostenido nuestros tribunales.

<sup>40</sup> Ibídem.

<sup>41</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 419.

<sup>42</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 426.

<sup>43</sup> Ibídem.

<sup>44</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 420.

<sup>45</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 427.

<sup>46</sup> C. Suprema. R. 1964. Sec. 1<sup>a</sup>. Pág. 129.



## *Capítulo XII*

### SEGUNDA EXCEPCION A LA APLICACION DE LA LEY EXTRANJERA COMPETENTE: EL FRAUDE A LA LEY

#### 1. INTRODUCCION A LA TEORIA DEL FRAUDE A LA LEY EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La institución del fraude a la ley no es un fenómeno propio del Derecho Internacional Privado sino que se emplea en todas las ramas del derecho porque es parte de la teoría general del derecho.<sup>1</sup>

En Derecho Internacional Privado el fraude a la ley es una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, que opera cuando los particulares quieren acogerse a un sistema más favorable que aquél al cual están sujetos y para ello alteran voluntaria y maliciosamente el hecho que subyace en el factor de conexión utilizado por la norma de conflicto. La intención de los particulares es fraudulenta porque los cambios operados en los factores de conexión carecen en absoluto de sinceridad.<sup>2</sup> Se hacen con el exclusivo fin de eludir la ley competente. Se acepta que opere la institución del fraude a la ley en Derecho Internacional Privado porque no se puede admitir que pase a ser disponible –negocio jurídico– para las partes aquello que resulta indisponible.<sup>3</sup> No se puede aceptar que los particulares vivan en un país de acuerdo a las leyes de otro en el cual se permite lo que allí se prohíbe,<sup>4</sup> ya que de esta manera se estaría cambiando el carácter de las leyes imperativas, las cuales pasarían, por decisión de las partes, a ser leyes facultativas.

Merece recordarse como un caso clásico de fraude a la ley el de la princesa de Bauffremont. La Princesa de Bauffremont “estaba casada con un oficial francés y los cónyuges obtuvieron –antes de 1884– una sentencia de separación personal. En 1875 la princesa se naturalizó en Sajonia Altenburgo, obtuvo el divorcio vincular y contraíó nuevo matrimonio con el Príncipe Bibesco. Al regresar a Francia debió enfrentar una demanda del Príncipe de Bauffremont, quien atacó la sentencia de divorcio alemana y el ulterior matrimonio celebrado también en Alemania. El 18 de marzo de 1878 el Tribunal de Casación dictó sentencia favorable al actor. Sostuvo el tribunal que la demandada había obtenido la naturalización ‘no para ejercer los derechos y cumplir los deberes emergentes de ella, sino con el único fin de escapar a la prohibición de la ley francesa y contraer un segundo matrimonio en base a la nueva nacionalidad tan pronto como ésta fue adquirida’; resolvió, en base a esas circunstancias, que los actos así hechos en fraude a la ley francesa e ignorando el vínculo contraído anteriormente en Francia, no eran oponibles al Príncipe de Bauffremont”.<sup>5</sup>

#### 2. CONCEPTO DE FRAUDE A LA LEY

Puede decirse que el fraude a la ley es la alteración maliciosa del hecho que subyace en el factor de conexión utilizado por la norma de conflicto para eludir la aplicación de una ley imperativa. La noción de fraude a la ley es considerada una elabora-

<sup>1</sup> Kegel. Ob. cit. Pág. 285.

<sup>2</sup> Berta Kaller de Orchansky. Ob. cit. Pág. 98.

<sup>3</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 111.

<sup>4</sup> Ibíd. Pág. 110.

<sup>5</sup> Berta Kaller. Ob. cit. Pág. 99.

ción del derecho francés, aunque también se la ha desarrollado en Italia.<sup>6</sup> En Inglaterra y en Alemania son reacios a aceptar la sanción al fraude a la ley en Derecho Internacional Privado.<sup>7-8-9</sup>

La Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado acepta el juego de la noción en su artículo 6º, el cual dispone que “No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte”.

“Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas”.

### 3. REQUISITOS DEL FRAUDE A LA LEY

Los requisitos para que opere la noción de fraude a la ley son los siguientes:

a) Debe alterarse el hecho que subyace en el factor de conexión mediante un procedimiento regular.<sup>10</sup> El cambio en sí mismo es lícito e inobjetable.<sup>11</sup> El que sea un requisito del fraude a la ley el cambio en el hecho que subyace en el factor de conexión supone que este factor dependa de la voluntad de las partes.<sup>12</sup>

i. En el estatuto personal, el fraude puede darse en el cambio de nacionalidad y en el cambio de domicilio con el objeto de obtener un divorcio que prohíba la ley nacional o la del domicilio en su caso.<sup>13</sup>

ii. En el estatuto real el fraude solo puede darse si se trata de muebles.<sup>14</sup> Como ejemplo puede citarse el del poseedor de

mala fe que traslada un bien mueble para acortar el plazo de prescripción adquisitiva. En Francia se falló un caso famoso, el llamado *Affaire Caron*:<sup>15</sup> se trataba de un causante domiciliado en Estados Unidos que –para desheredar a sus hijos– había vendido el inmueble de que era propietario en Francia a una sociedad estadounidense, de la cual detentaba las acciones. Como las acciones son bienes muebles la sucesión quedaba sometida a la ley americana del último domicilio y no a la ley francesa, aplicable por ser aquella del país donde estaba situado el bien inmueble. La ley americana permitía el desheredamiento total de los hijos, cuestión que prohibía la ley francesa. Los tribunales franceses rechazaron esta maniobra por considerarla fraudulenta y mantuvieron la aplicación de la ley francesa.

iii. En el estatuto de los actos puede darse tanto en la forma como en el fondo de los actos. En cuanto a la forma si se contrae matrimonio en el extranjero para escapar a los requisitos de publicidad que establece la ley del lugar. En cuanto al fondo –se ha fallado en Francia–, si se somete un contrato a la ley extranjera para escapar a las prohibiciones de la ley francesa.<sup>16</sup> Debe tenerse presente que en Francia se acepta la elección de ley en materia contractual solo entre los derechos con los cuales el contrato presente algún vínculo. En Chile dicha limitación no existe.<sup>17</sup>

b) El cambio en el factor de conexión debe ir acompañado de la intención fraudulenta.<sup>18</sup> Dicha exigencia viene de Niboyet y es compartida por la mayor parte de los autores que aceptan el fraude a la ley.<sup>19</sup> La objeción clásica a la teoría del fraude a la ley consiste justamente en la dificultad de la prueba de este elemento psicológico. Para facilitar la apreciación de los hechos

<sup>6</sup> Wolff. Ob. cit. Pág. 138.

<sup>7</sup> Ibíd. Pág. 139.

<sup>8</sup> Kegel. Ob. cit. Pág. 278.

<sup>9</sup> Para examinar una reseña de la aceptación del fraude a la ley en distintos países véase Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 435.

<sup>10</sup> Berta Kaller. Ob. cit. Pág. 100.

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 426.

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Ibídem.

<sup>15</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 181.

<sup>16</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 429.

<sup>17</sup> Al respecto véase Carlos Villarroel y Gabriel Villarroel. *Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones emanados de los Contratos Internacionales*. Ob. cit. Pág. 351 y ss.

<sup>18</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 429.

<sup>19</sup> Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 436.

que revelan la intención fraudulenta, Goldschmidt señala que normalmente en el fraude a la ley ocurre una expansión espacial y una contracción temporal. La primera porque las partes aparecen actuando en un país extranjero, a menudo representadas, en el que no pueden justificar su presencia; y la segunda porque obran aceleradamente.<sup>20</sup> Obviamente, en materia de prueba del fraude, el peso de la misma le corresponde a quien lo invoca, ya que en derecho privado la buena fe se presume.

c) Ley defraudada. Para que se configure el fraude a la ley es necesario que el derecho normalmente competente antes de la alteración del factor de conexión sea coactivo, es decir imperativo.<sup>21</sup> Si dicho derecho tiene carácter de supletorio, la voluntad de las partes predomina. La ley defraudada puede ser la *lex fori* o una ley extranjera. La jurisprudencia había sido en un principio reticente a admitir el fraude a una ley extranjera, pero esta posición fue criticada, admitiéndose incluso que el fraude a la ley extranjera importa un fraude a la *lex fori* que la declaró competente.<sup>22</sup> En consecuencia, se admite el fraude a la ley extranjera, por lo menos si la ley invocada no es la *lex fori*.<sup>23</sup>

#### 4. DISTINCION DE LA NOCION DE FRAUDE A LA LEY DE OTRAS NOCIONES AFINES

a) Se distingue el fraude a la ley del orden público por cuanto en el orden público el reproche es dirigido al ordenamiento jurídico extranjero; en cambio, en el fraude a la ley lo que se reprocha es la conducta de las partes.<sup>24</sup> En España se ha criticado el uso de la noción de fraude a la ley justamente porque no sería otra cosa que un supuesto particular de orden público. Según esos autores tanto el fraude a la ley como el orden público tienen por finalidad conser-

var la absoluta imperatividad de ciertas leyes del foro cuando falta un mínimo de equivalencia entre las distintas instituciones de diversos países.<sup>25</sup> Según Miaja de la Muela si se entiende el fraude a la ley como un concepto autónomo del orden público se planteará el siguiente dilema: o solo se sancionan los actos fraudulentos cuando son contrarios al orden público o siempre que se haya buscado una combinación de actos para lograr un fin, aunque este no sea contrario al orden público. En el primer caso la noción sería superflua y, en el segundo caso, peligrosa porque hace inseguros los negocios lícitos en el marco de la autonomía de la voluntad.<sup>26</sup> Se sostiene que los tribunales considerarán fraudulentos los actos de cierta gravedad, a los que se les podría oponer la excepción de orden público.<sup>27</sup> Obviamente será preferible usar la noción de orden público y no la de fraude a la ley para rechazar la aplicación del derecho extranjero, ya que la primera institución no tiene el elemento subjetivo que tiene la segunda. Se dice que la noción de fraude a la ley importa aceptar que existen dos tipos de orden público: uno, que es aplicable a todas las personas, que es el orden público clásico del Derecho Internacional Privado; y, otro, que es el orden público para los nacionales que es más exigente que el primero y que se protege con la noción de fraude a la ley.<sup>28</sup> Por el contrario, Badialy ha sostenido la autonomía de las instituciones de orden público y fraude a la ley, diferenciando los principios que pueden ser violados, la forma de la violación y la sanción aplicable.<sup>29</sup>

En nuestra opinión las instituciones son distintas y así deben ser tratadas. Por lo demás, sólo si se acepta el fraude a la ley como institución separada del orden público es posible aceptar el fraude a una ley extran-

<sup>20</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 111.

<sup>21</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 426.

<sup>22</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 431.

<sup>23</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 427.

<sup>24</sup> Goldschmidt, citado por Guzmán. Ob. cit. Pág. 404.

<sup>25</sup> Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 437.

<sup>26</sup> Ibídem.

<sup>27</sup> Verplaetse, citado por Miaja de la Muela. Ibídem. Pág. 439.

<sup>28</sup> Al respecto Miaja de la Muela cita a Valery y Louis-Lucas. Véase Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 440.

<sup>29</sup> Ibídem.

jera. En caso contrario el tribunal de la *lex fori* simplemente cotejaría el parecido entre el derecho defraudado y la *lex fori*.<sup>30</sup>

b) Se distingue el fraude a la ley de la simulación en que en la simulación no hay realización efectiva del cambio en el hecho que subyace en el factor de conexión. Por el contrario, en el fraude a la ley existe tal cambio, pero no es sincero.<sup>31</sup>

c) Se distingue el fraude a la ley de la teoría del abuso de derechos si esta última se conceptúa como el ejercicio de una facultad legal con el objeto de perjudicar a alguien. Sin embargo, si se pretende que el abuso del derecho es el ejercicio de una facultad legal con intención de eludir el fin social de la norma, el fraude a la ley se confunde con la teoría del abuso del derecho.<sup>32</sup> Maury, incluso considera que el fraude a la ley es una manifestación del principio general de que no es legítimo el abuso de los derechos.<sup>33</sup>

d) Se distingue también el fraude a la ley del *forum shopping*. Cuando existen varios Estados que quieren retener su competencia judicial para conocer de un asunto, las partes pueden elegir entre ellos. Hay *forum shopping* si el juicio favorable que esperan obtener las partes lo usan para invocarlo en otro país donde el resultado no sería favorable.<sup>34</sup> Tal es el caso de las sentencias de divorcio obtenidas en México para ser invocadas en Chile, aprovechando el que la ley mexicana aplica la *lex fori* a la capacidad de divorciarse y no la ley nacional.<sup>35</sup> El *forum shopping* implica maniobrar con los factores atributivos de jurisdicción,<sup>36</sup> el fraude a la ley implica la alteración maliciosa del hecho que subyace en el factor de conexión de la *lex fori*.

## 5. EFECTOS DE LA APLICACION DE LA NOCION DE FRAUDE A LA LEY

Tradicionalmente se acepta que en el caso de aplicarse la institución del fraude a la ley la sanción del acto fraudulento será la inoponibilidad para quienes fueron los perjudicados.<sup>37</sup> Sin embargo, es necesario distinguir los efectos tratándose del país cuya legislación ha sido evadida gracias al fraude, llamado país víctima del fraude; del país cuya ley se invoca merced al acto fraudulento y, tratándose de terceros países. A continuación analizamos cada situación por separado.

a) Con respecto al país víctima del fraude se discute el alcance que tendrá la inoponibilidad: si solo afectará al acto fraudulentamente perseguido o también alcanzará a todos los actos que sirvieron de medio para tal propósito.

i. Según algunos autores debe estimarse que el cambio en el hecho que subyace en el factor de conexión no ha existido y, por lo tanto, se niegan todas las consecuencias del acto fraudulento. Se sostiene que admitir la solución contraria, esto es, aceptar el cambio en el factor de conexión, pero no sus consecuencias –que fueron el objetivo del acto fraudulento– produce complicaciones, ya que se introduce una perturbación en el sistema al negarle al acto medio todos los efectos que debiera producir.<sup>38</sup> Por ejemplo, si una persona se nacionaliza inglés para divorciarse y se admite la nacionalización pero no el divorcio posterior, pasará a ser el único inglés que no podrá divorciarse. Además, Batiffol y Lagarde agregan que el único objeto del cambio en el hecho que subyace en el factor de conexión ha sido obtener el efecto fraudulento deseado. Por ello, no tiene sentido para la persona mantener los efectos del acto medio si no se acepta el acto fin.<sup>39</sup> En el ejemplo propuesto, ¿qué sentido tendría admitir el cambio de nacionalidad si no se reconoce el divorcio posterior?

<sup>30</sup> Berta Kaller. Ob. cit. Pág. 101.

<sup>31</sup> Ibíd. Pág. 102.

<sup>32</sup> Ibídem.

<sup>33</sup> Ibídem.

<sup>34</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 178.

<sup>35</sup> Ibíd. Pág. 177.

<sup>36</sup> Ibídem.

<sup>37</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 428.

<sup>38</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 434.

<sup>39</sup> Ibídem.

Sin embargo, se reconoce que no todos los actos podrán ser alcanzados por la sanción; tal sería el caso de los actos materiales que ya ocurrieron, como el traslado de los bienes muebles.<sup>40</sup>

ii. Otros autores estiman que solo debe eliminarse la consecuencia fraudulentamente perseguida y reconocer el cambio en el hecho que subyace en el factor de conexión.<sup>41</sup> Estos autores estimarían legítima la nacionalización –no podría rechazarse porque ningún Estado está legitimado para negar validez a la naturalización otorgada por otro– pero rechazarían el divorcio consiguiente.<sup>42</sup>

b) Con respecto al país cuya ley se invoca, resulta difícil que la jurisprudencia acepte no aplicar su propia ley que le ha sido invocada para aplicar una ley extranjera, en el caso que la *lex fori* resulte competente solo como consecuencia de actos fraudulentos. En general se rechaza la aplicación del fraude a la ley en este caso.<sup>43</sup> Si se considera que el fraude a la ley es una manifestación del orden público –como pensaba Bartinno se ve cómo podría quedar comprometido el orden público nacional por el hecho de aplicarse la *lex fori*. Sin embargo, si se admite que la noción es autónoma del orden público, en estricto rigor debería excluirse la aplicación de la *lex fori* por fraude a la ley extranjera.<sup>44</sup>

c) Con respecto a terceros países la institución se aplicará o no dependiendo si se la considera relacionada con el orden público o como noción autónoma. Si se considera el fraude a la ley como una institución relacionada con el orden público se procurará solo restablecer el imperio de la ley violada, si ésta armoniza con la propia noción del orden público. Por el contrario, si se le reconoce autonomía a la institución del fraude a la ley debe sancionarse el fraude y aplicar, en todo caso, la ley eludida por ser

la internacionalmente competente.<sup>45</sup> Loussouarn y Bourel admiten que los tribunales franceses han aceptado aplicar la noción de fraude a la ley cuando se ha eludido una ley extranjera, salvo que ésta sea la *lex fori*. En consecuencia, aceptar la noción de fraude a la ley solo si la ley eludida es la *lex fori* es una práctica que está en vías de desaparecer.<sup>46</sup> Obviamente, la ley extranjera aludida no podrá aplicarse si ella es contraria al orden público del foro.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL FRAUDE A LA LEY

La noción de fraude a la ley –como ya se ha visto– ha sido criticada por muchos autores, por las siguientes razones:

a) Porque es difícilmente aplicable, ya que todo acto humano es el resultado de una mezcla infinitamente compleja de móviles.<sup>47</sup>

b) Porque la noción de fraude a la ley perturbaría los negocios internacionales en los que no se podría operar buscando la ley más favorable en cada momento.<sup>48</sup>

c) Porque no existe claridad en cuanto a la extensión de la máxima *fraus omnia corrumpit* en cuanto a si debe declararse inoponible solo el acto fin o también el acto medio.<sup>49</sup>

d) Porque es posible alcanzar el mismo resultado por medio de otras instituciones, como el orden público.<sup>50</sup>

Atendida la dificultad innegable que tiene la aplicación de la institución del fraude a la ley frente al orden público, en caso que

<sup>40</sup> Ibíd. Pág. 103.

<sup>41</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Págs. 427 y 428.

<sup>42</sup> Lepaulle, citado por Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 434.

<sup>43</sup> Lepaulle, citado por Miaja de la Muela. Ibídem.

<sup>44</sup> Niederer, citado por Miaja de la Muela. Ibídem.

<sup>45</sup> Niederer, citado por Miaja de la Muela. Ibídem.

<sup>46</sup> Ibídem.

<sup>47</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 117.

<sup>48</sup> Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 441.

<sup>49</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 427.

<sup>50</sup> Berta Kaller. Ob. cit. Pág. 102.

un acto determinado pueda ser dejado sin efecto por medio de la aplicación de las nociones de orden público o de fraude a la ley es preferible usar el orden público. En efecto, esa institución no requiere examinar el elemento subjetivo que conlleva el fraude a la ley y que dificulta la prueba y no está sujeta a las demás críticas ya aludidas. Por lo tanto, puede decirse que la noción de fraude a la ley debe emplearse en forma subsidiaria de otras soluciones que alcancen el mismo efecto, de manera más sencilla.

Es importante destacar que el legislador puede evitar el fraude a la ley si elige factores de conexión que no permitan el manejo fraudulento. Eso sí, en muchos casos ello no será posible, sin provocar resultados desafortunados o absurdos. Por ejemplo, tratándose de la ley que rija la capacidad para contratar resultaría razonable elegir entre la ley nacional, la ley del domicilio y la ley del lugar de la celebración del acto. Sin embargo, ninguna de las tres opciones evita el fraude, pero la última posibilidad es aquella más permeable al mismo.

## Capítulo XIII

### LA NORMA MATERIAL

El caso con elementos extranjeros relevantes puede ser resuelto eligiendo un derecho material de entre los varios sistemas jurídicos que presentan vínculos con la situación de que se trate –que es el método empleado por la norma de conflicto– o bien regulando directamente el caso en consideración a los elementos internacionales presentes en él, tal es el método empleado por las normas materiales.<sup>1</sup> Tratándose del método material el caso es resuelto mediante la creación de un derecho nacional o internacional especialmente aplicable a casos multinacionales. Este sistema de creación es propio de la norma material y difiere de aquél empleado por la norma de conflicto, que es de remisión.

#### 1. VENTAJAS DEL METODO MATERIAL

El método material presenta diversas ventajas:

a) A través del empleo de la norma material el caso no se nacionaliza, es decir, no queda entregado a uno de los derechos materiales vinculados con la situación, como ocurre con la norma de conflicto. Se dice que la norma de conflicto nacionaliza el caso con elementos internacionales relevantes por cuanto, si bien pretende respetar el elemento internacional del caso, por la propia mecánica del sistema termina localizando la solución en un derecho material interno, aunque sea el más vinculado con el asunto. La solución que entregue el derecho designado por la norma de conflicto

será la solución interna del derecho correspondiente, la que no diferirá de la que ese mismo derecho entrega para otros casos en los cuales no existan elementos internacionales relevantes.<sup>2,3</sup> Por el contrario, la norma material no nacionaliza el caso por cuanto no entrega para él la misma solución que se da para un caso sin elementos internacionales relevantes, sino que regula el asunto precisamente en consideración a los elementos internacionales envueltos.<sup>4</sup> Por lo tanto, el sistema material puede ser más justo para las partes porque la solución considera los elementos internacionales envueltos en la relación.<sup>5</sup>

b) El método material, en la medida que otorga soluciones precisas a una situación con elementos internacionales, es más especial que el método conflictual, que resulta –en comparación– más general. Por lo mismo, la solución que cabe esperar de las normas materiales es más justa que aquella que entregan las normas de conflicto. Tan claro resulta el carácter específico de las normas materiales que existen casos en los cuales la solución material es distinta para una situación en la que existan elementos internacionales relevantes respecto de otra en la que no los haya, aun cuando ambas normas provengan del mis-

---

<sup>2</sup> Ibíd. Pág. 123.

<sup>3</sup> Véase también Carlos Villarroel y Gabriel Villarroel. "La Pretendida Crisis del Método Conflictual". Artículo publicado en la Colección de *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Silva Bascuñán*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Pág. 319.

<sup>4</sup> C. Villarroel y G. Villarroel. Ibíd. Pág. 320.

<sup>5</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 303.

---

<sup>1</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 111.

mo legislador. En opinión de algunos autores precisamente el hecho de que las normas materiales de Derecho Internacional Privado puedan ofrecer soluciones distintas a las normas materiales de derecho interno explica la verdadera trascendencia de esta clase de normas en esta disciplina.<sup>6</sup> Un ejemplo de esta situación es el artículo 135, inciso 1º del Código Civil. Dicha norma dispone que por el hecho de contraerse matrimonio en Chile nace entre los cónyuges la sociedad conyugal, sin perjuicio de lo cual los contrayentes pueden pactar el régimen de separación de bienes o el de participación en los gananciales. Esto significa que para nuestra ley el régimen ideal es la sociedad conyugal, si el matrimonio se celebra en Chile. Por el contrario, si el matrimonio se celebra en el extranjero, el artículo 135, inciso 2º, dispone que los cónyuges se miran como separados de bienes, a menos que pacten el régimen de sociedad conyugal o el de participación en los gananciales. Nuestra ley reconoce que el régimen de sociedad conyugal puede no ser usual en el extranjero y por eso acepta como regla general otro régimen matrimonial distinto. De aquí resulta que por el hecho de que el caso presente elementos internacionales relevantes –en el ejemplo, la celebración del matrimonio en el extranjero– la solución es distinta a aquella propuesta para el evento en que no existan dichos elementos extranjeros relevantes.

c) El sistema material favorece la simplicidad y la previsibilidad de las soluciones, lo que redunda en interés de las partes. Ya hemos visto lo complejo que puede llegar a ser el método conflictual. El método material no difiere, desde el punto de vista técnico, de cualquier norma jurídica común y corriente. Por eso la aplicación del sistema es más sencilla que la del método conflictual, el cual ha pasado a ser patrimonio de especialistas, por la dificultad técnica de su aplicación.

d) La unificación internacional por medio de normas materiales no solo asegura

la coordinación de los sistemas jurídicos, como ocurriría tratándose de la unificación de normas de conflicto, sino también entrega la misma solución final para casos similares. En efecto, la unificación internacional por medio de normas de conflicto permite una coordinación de los sistemas jurídicos envueltos, pero la solución final dependerá de cada uno de los derechos que en definitiva ríjan el caso, aun cuando en el tratado se acuerde entre los Estados emplear el mismo factor de conexión. El método material –si la norma material está incorporada en un tratado internacional– entrega la misma solución final cualquiera sea el tribunal donde se plantee el juicio. Atendido que el método material de unificación supone acordar entre los distintos Estados una misma solución final para el caso con elementos internacionales relevantes, resulta más exigente para los Estados acordar el contenido de la norma. Ello explica por qué, por ejemplo, es más fácil encontrar normas materiales en tratados internacionales relativos a la unificación del Derecho Comercial que tratándose del Derecho Civil.<sup>7</sup>

## 2. CONTROVERSIAS ACERCA DEL MÉTODO MATERIAL

Algunos autores como Goldschmidt estiman que las normas materiales de origen interno son una expresión de territorialismo mitigado, el cual puede hacer uso de un Derecho Privado especial de fuente nacional o de un Derecho Privado especial de fuente internacional, según si la norma material se encuentra o no incorporada a la legislación interna o a un tratado internacional.<sup>8</sup> Agrega Goldschmidt que la justicia rechaza las soluciones territorialistas y legitima las soluciones extraterritoriales, esto es, las que entrega el método conflictual.<sup>9</sup> Para Goldschmidt “el territorialismo moderado es moderadamente injusto en cuanto lleva a cabo la distinc-

<sup>6</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 113.

<sup>7</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 85.

<sup>8</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 6

<sup>9</sup> Ibíd. Pág. 16.

ción mencionada y trata los casos extranjeros con cierto respeto; pero este respeto es indiscriminado en cuanto sólo tiene en consideración la extranjería del caso sin matizarla, según su procedencia política, como francesa, inglesa, etc.”.<sup>10</sup> Otros autores como Boggiano, con razón, afirman que “no se advierte qué disvalor puede atribuirse a la aplicación de un derecho uniforme, respetuoso de los principios nacionales comunes, cuando se juzga válida la aplicación de un derecho nacional extranjero igualmente tolerable”.<sup>11</sup> Aún más, según Boggiano las normas de conflicto no respetan el carácter internacional del caso porque entregan soluciones internas a situaciones con elementos internacionales.<sup>12</sup> Por lo mismo, Boggiano agrega que las normas de conflicto no pueden hacer progresar el descubrimiento de soluciones “materialmente” más justas en la casuística internacional.<sup>13</sup> Desde el momento en que el foro reconoce la relevancia jurídica de elementos extranjeros en una situación uno de los métodos mediante los cuales puede lograr la reglamentación es precisamente a través de normas materiales.<sup>14</sup> Sin embargo, a pesar de las indudables ventajas que presenta, no parece posible que el método material desplace al método conflictual, al menos por ahora. Ello por cuanto las normas materiales no existen por igual en todas las ramas del derecho y porque si se examinan una a una las fuentes de las normas materiales se puede constatar que todas ellas, o bien requieren del método conflictual, o bien son insuficientes para desplazarlo.<sup>15</sup>

### 3. ESPECIALIDAD DE LAS NORMAS MATERIALES

Las normas materiales son reglas especiales frente a las normas de conflicto que son la

regla general. En consecuencia, salvo en caso de reenvío solo en ausencia de normas materiales se aplican las normas de conflicto.

### 4. FUENTES DE NORMAS MATERIALES

Las fuentes de normas materiales de Derecho Internacional Privado son las siguientes:

a) Los tratados internacionales que acuerdan los Estados para unificar la solución de casos con elementos internacionales relevantes. Los tratados internacionales que contienen normas materiales son instrumentos muy útiles en la vida internacional de las personas por cuanto no sólo coordinan la solución entre los derechos vinculados a la situación sino que entregan la misma solución para casos iguales. Se puede citar como ejemplo de esta clase de tratados aquel sobre transporte internacional de mercancías. Las normas materiales que tienen su origen en tratados internacionales son relativamente frecuentes en materias comerciales, pero escasas en otros ámbitos. Esta tendencia se aprecia claramente desde los Tratados de Montevideo de 1888 hasta las convenciones interamericanas de Derecho Internacional Privado de Panamá, Montevideo y La Paz.<sup>16</sup>

b) La ley, en los casos en que entregue una solución directa a un caso con elementos internacionales relevantes. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 135, inciso 2º y 1028 del Código Civil. Interesante resulta el segundo precepto citado, que se refiere a la forma en que deben cumplir los testamentos otorgados en país extranjero, si se compara la solución que entrega con aquella del artículo anterior, esto es, el artículo 1027 del Código Civil, el cual también regula la forma de los testamentos otorgados en país extranjero pero entregando para tal caso una solución conflictual, a saber, el derecho material de la ley del lugar del otorgamiento del testamento. El ejemplo anotado permite confirmar que ya desde el siglo

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 303.

<sup>12</sup> Ibídem.

<sup>13</sup> Ibíd. Pág. 304.

<sup>14</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 112.

<sup>15</sup> Sobre un análisis de la imposibilidad de que el método material desplace al conflictual, véase C. Villarroel y G. Villarroel, *La Pretendida Crisis del Método Conflictual*, Ob. cit. Pág. 330.

<sup>16</sup> Ibíd. Pág. 327.

XIX existía certeza de que el legislador podía emplear los dos sistemas –el conflictual y el material– para solucionar un caso con elementos internacionales relevantes.<sup>17</sup>

c) La jurisprudencia “interna, en ciertos casos, es fuente de normas materiales aplicables para situaciones concretas.<sup>18</sup> Tal es el caso en que el juez, acogiendo la excepción de orden público, debe aplicar el derecho extranjero competente, despojado de aquello que vulnera las concepciones del foro.

d) La jurisprudencia que emana de arbitrajes internacionales también puede ser fuente de normas materiales, aun cuando no existe un procedimiento internacional adecuado para conocer los fallos. Especialmente interesantes pueden ser los fallos que se han dictado sin consideración a un sistema jurídico en particular, esto es, cuando

el contrato no queda sujeto a derecho alguno.<sup>19</sup>

e) Las partes de un contrato internacional. Finalmente, son fuentes de normas materiales las que surgen del llamado “derecho espontáneo”. Estas normas emanan de contratos internacionales celebrados a lo largo de todo el mundo, especialmente en materias de carácter comercial. Las partes pueden decidir el tribunal que va a conocer de las dificultades que se susciten, la ley que las va a regir o incluso las disposiciones materiales a que se sujetará el contrato. Este derecho espontáneo o *lex mercatoria* “se apoya sobre organizaciones profesionales que elaboran un Derecho corporativo; utiliza contratos-tipo; manifiesta una marcada predilección por el arbitraje; está animada por el sentimiento profundo de que el medio del comercio internacional debe estar regido por normas específicas; etc.”<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Ibíd. Pág. 324.

<sup>18</sup> Ibíd. Pág. 326.

<sup>19</sup> Acerca de la posibilidad de sustraer el contrato a toda legislación, véase C. Villarroel y G. Villarroel. Ibíd. Pág. 328.

<sup>20</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 125.

## *Capítulo XIV*

# LAS NORMAS DE POLICIA O NORMAS DE DERECHO INTERNO DE APLICACION NECESARIA

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Francescakis constató que la jurisprudencia francesa no siempre seguía el procedimiento que proponía el método conflictual. Conforme a este sistema, el juez debiera examinar el caso y luego localizarlo en el derecho que resulte más vinculado con él, según lo ha decidido la norma de conflicto. Sin embargo, en ciertos casos –según Francescakis– la jurisprudencia actuaba de manera diferente, como si existieran leyes del foro que se aplicaran inmediatamente. Tales normas tienen la particularidad de que no parten de una relación humana determinada para decir por qué ley queda regida, sino que, por el contrario, parten de un tipo de leyes para decir luego cuál es su campo de aplicación.<sup>1</sup> El procedimiento que emplean las normas de policía para abordar el caso, según Francescakis, es opuesto al del método conflictual: se examina primero la ley para ver su campo de aplicación y luego la situación jurídica para apreciar si aquella la alcanza.<sup>2</sup>

### 1. FUNCION DE LAS NORMAS DE POLICIA

Las normas de policía o de derecho interno de aplicación necesaria tienen como característica fundamental el que no conceden relevancia jurídica alguna a los elementos extranjeros eventualmente envueltos en

<sup>1</sup> Ph. Francescakis. "Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflits de lois". Artículo publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, Nº 1. Pág. 3.

<sup>2</sup> Ibíd. Pág. 5.

un asunto.<sup>3</sup> Por lo mismo, las normas de policía son excluyentes de toda otra regulación. Determinada su aplicación no es necesario buscar la eventual norma de conflicto o la voluntad de las partes. Como han dicho Batiffol y Francescakis de existir normas de policía se sustraer la materia al tráfico externo; el conflicto de leyes no operaría más que una vez que haya sido delimitado el ámbito de aplicación de las normas de policía.<sup>4</sup>

### 2. FUNDAMENTACION TEORICA DE LAS NORMAS DE POLICIA

La causa principal de la existencia de normas de policía es la invasión del Derecho Privado por criterios estatales.<sup>5</sup> Así, por ejemplo, en varios contratos se ha limitado la autonomía de la voluntad; incluso disciplinas completas se han separado del Derecho Civil. Se pueden citar como ejemplos de normas de policía creadas en ámbitos donde imperaba la autonomía de la voluntad aquellas que regulan el contrato de trabajo, las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo y las de protección a los incapaces, especialmente a los menores. Según Loussouarn y Bourel, la proliferación de normas administrativas de carácter imperativo en materia de contrato de trabajo va creciendo de tal manera que resulta inconcebible que las relaciones entre empleadores y trabajadores queden sujetas a una ley distinta que la ley territorial.<sup>6</sup> Aún más, según Loussouarn

<sup>3</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 91.

<sup>4</sup> Batiffol y Francescakis, citados por Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 98.

<sup>5</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 168.

<sup>6</sup> Ibídem.

y Bourel, la intervención estatal en las relaciones privadas va corriendo la frontera del Derecho Privado, reduciendo su ámbito y con él, el del método conflictual.<sup>7</sup> Existe algo en común en todos los casos de injerencia estatal que hemos venido comentando: los imperativos socioeconómicos hacen depender más del Estado determinadas actividades, y la solución que entrega la norma de conflicto no es suficiente para sujetar al ordenamiento del foro la solución del caso. Para Francescakis, la delimitación del ámbito de aplicación de sus propias normas internas puede constituir un fin en sí para el Estado, prescindiendo del objetivo de reglamentar el tráfico externo, esto es, con prescindencia a otorgar a las partes la solución que sea más justa para el caso concreto. Salvaguardar la cohesión y la eficacia del derecho del foro permite al legislador dejar de lado el método conflictual y, por lo tanto, toda referencia al derecho extranjero. Las normas de policía son aquellas cuya observancia es indispensable para salvaguardar la organización política, económica y social del foro y la cooperación internacional sólo comienza una vez que esta preocupación básica se encuentra satisfecha.<sup>8</sup> Sin embargo, aun cuando estas normas se refieren a materias de carácter estatal y muchas veces colindantes con el derecho público, es preferible incluirlas en el estudio de esta disciplina por cuanto así se permite examinarlas con criterios de derecho privado, sin los cuales pasarían a ser meras normas de derecho interno a pesar de que se refieren a situaciones con elementos internacionales relevantes. Francescakis ha escrito que “vincular la idea de las leyes de aplicación inmediata a la de organización estatal, autoriza a confiar en principio al Derecho Internacional Privado el conjunto de las leyes internas, cualesquiera que sean, puesto que las llamadas leyes de Derecho público también encontrarán su lugar.”<sup>9</sup>

### 3. EL CASO BOLL

Este caso reviste especial importancia en Derecho Internacional Privado por cuanto abrió cabida a las normas de policía en ámbitos en los cuales el método conflictual parecía insuficiente para asegurar a los destinatarios de las normas estatales la protección adecuada. Por ello vale la pena relatar el caso Boll, según el resumen que de él hace Carrillo Salcedo.

“Una menor, María Isabel Boll, de nacionalidad holandesa aunque con residencia habitual en Suecia, donde había nacido y residido desde su nacimiento, fue colocada por el Servicio Público de Menores de Norrköping (Suecia) bajo el régimen de educación protectora a causa de pretendida indignidad de su padre (tutor de la niña desde el fallecimiento de su madre, de acuerdo tanto al derecho holandés como al derecho sueco), de conformidad con el párrafo a) del artículo 22 de la ley sueca del 6 de junio de 1924 sobre protección de la infancia y de la juventud. Este dispone, en efecto, que el Servicio Público de Menores adoptará medidas de protección respecto de toda persona menor de dieciséis años que en su casa familiar sea maltratada o expuesta a una negligencia seria o a cualquier otro peligro en relación con su salud física o moral, de medidas que pueden consistir en el internamiento del menor en una institución pública o en confiarle al cuidado de una familia.

“Tras diversas decisiones administrativas de autoridades suecas que confirmaron la medida de educación protectora adoptada por el Servicio Público de Menores de Norrköping (pese a que entretanto, y a petición de familiares paternos de María Isabel Boll, un Tribunal holandés había organizado la tutela holandesa de la menor según el Derecho holandés), las autoridades holandesas competentes comprendieron lo que la situación jurídica tenía de perturbadora y, en decisión de 5 de agosto de 1954, el juez civil para la infancia de Dordrecht (Holanda), a petición de un organismo administrativo holandés encargado en general de la vigilancia de menores (el Consejo de Tutores), relevó al señor Boll de sus funciones

<sup>7</sup> Ibíd. Pág. 169.

<sup>8</sup> Francescakis, citado por Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 105.

<sup>9</sup> Francescakis, citado por Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 102.

de tutor, nombró tutora de la niña a la señora Catharina Postema, y ordenó que la menor fuese confiada a su nueva tutora.

“Pese a todo, y después de diversas decisiones judiciales y administrativas suecas, la medida de educación protectora fue confirmada por el Tribunal Supremo administrativo sueco, que en sentencia de 21 de febrero de 1956 decidió mantenerla, pues, aun reconociendo la calidad de tutora de la señora Postema y su título jurídico para ocuparse de María Isabel Boll, no encontró motivo suficiente para poner fin a la aplicación de la ley sueca de 1924 sobre protección de la infancia y de la juventud.

“Al agotarse los recursos previstos por el Derecho sueco y al no haber obtenido la tutora holandesa la custodia de la niña, el Gobierno holandés decidió llevar el asunto al Tribunal Internacional de Justicia por estimar que aquellas decisiones no eran conformes con las disposiciones del Convenio de La Haya de 1902 para reglamentar la tutela de menores, que vinculaba jurídicamente tanto a Suecia como a Holanda en cuanto Estados parte en el mismo.

“Para el Gobierno demandante, la institución de la educación protectora respecto de la menor María Isabel Boll obstaculizaba e impedía que esta fuese entregada a su tutora holandesa, lo que, desde su punto de vista, constituía una violación del Convenio de 1902, ya que éste establecía que la tutela de un menor se rige por su ley nacional, por lo que, desde el momento en que las autoridades nacionales de la menor habían organizado la tutela de la misma de conformidad con la ley nacional, las autoridades suecas no tenían competencia alguna para adoptar las medidas previstas por el Derecho sueco. Por su parte, el Gobierno sueco no negaba que la medida de educación protectora adoptada con relación a la menor de acuerdo con la ley sueca de protección de la infancia y de la juventud, impidiese temporalmente la custodia de la niña por su tutora holandesa, pero sostenía que ello no constituía, sin embargo, una violación del Convenio de 1902, ya que la ley sueca de 6 de junio de 1924 era aplicable a todo menor que residiese en Suecia: no se trataba de una

tutela rival de la tutela holandesa, sino de una medida adoptada en el marco de una ley de orden público, aplicable a todo menor que se encontrase en territorio sueco, sin que ninguna ley extranjera relativa al estatuto personal del menor pudiera servirle de obstáculo.

“En su sentencia de 28 de noviembre de 1958, el Tribunal Internacional de Justicia rechazó la demanda del Gobierno holandés basándose en que el Convenio de La Haya de 1902 excluía ciertamente la ley local *en materia de tutela, pero no todas las demás disposiciones de la legislación local respecto de cuestiones distintas a la de la tutela* (en cursivas en el original). Si en el país en que reside un menor extranjero, decía el Tribunal Internacional de Justicia, al que se aplica el convenio de 1902, las leyes sobre la instrucción obligatoria y la vigilancia sanitaria de los niños, la formación profesional o la participación de la juventud en ciertos trabajos, son aplicables a los extranjeros en condiciones conformes con el Derecho internacional, el derecho de guarda del menor establecido y regulado en la ley nacional del mismo *no puede impedir la aplicación de aquellas leyes a un menor extranjero* (en cursivas en el original). Al consagrarse la competencia de la ley nacional del menor para regir la tutela, insistía el Tribunal, el Convenio de 1902 no había querido estatuir sobre otra cosa que la tutela, cuyo objeto propio es la protección del menor, *sin que haya intentado regular ni restringir el ámbito de aplicación de leyes que respondan a preocupaciones de carácter general* (en cursivas en el original).

“Al partir de estas premisas teóricas, el Tribunal Internacional de Justicia estimó que debía ocurrir lo mismo con la ley sueca sobre protección de la infancia y de la juventud de 6 de junio de 1924: considerada en su aplicación a los menores de nacionalidad sueca, decía el Tribunal, esta no es una ley sobre la tutela, pues se aplica tanto si el menor se encuentra bajo patria potestad de los padres como si se halla sometido a tutela: la educación protectora, que constituye una aplicación concreta de la ley de 1924, se sobrepone a una y otra, cuando hay lugar a ello, *paralizando sus efectos jurídicos en la medida en que estos fuesen contrarios a*

*las exigencias de aquella*" (en cursivas en el original).<sup>10</sup>

#### 4. CRITERIOS PARA RECONOCER LAS NORMAS DE POLICIA

Los autores reconocen la existencia de normas de policía. Sin embargo, subsiste el problema de encontrar un criterio susceptible de permitir su distinción respecto de las normas materiales y las de conflicto. Los más importantes criterios que se han empleado son:

##### a) Criterio formalista

Según este criterio, la disposición presenta el carácter de norma de policía cuando el legislador determina él mismo su campo de aplicación en el espacio mediante una regla de carácter unilateral de manera de no abandonarse a la solución aleatoria que conlleva la aplicación de la norma de conflicto.<sup>11</sup> La característica más propia de la norma de policía es que el legislador, para asegurar la aplicación de la *lex fori*, le atribuye un dominio más extendido que el que resultaría normalmente de una regla de conflicto, empleando para ello simultáneamente varios factores de conexión.<sup>12</sup> Se suele citar como ejemplo del empleo de este criterio un artículo de la ley francesa sobre transportes marítimos que dispone que la ley francesa se aplica a todos los transportes que tengan su puerto de embarque o de llegada en Francia.<sup>13</sup> Por eso se ha sostenido que la norma de policía autolimita el ámbito de aplicación de la *lex fori* mediante la indicación de conexiones del caso multinacional con el territorio nacional.<sup>14</sup>

Este criterio es exacto, permite conocer normas de policía, pero es insuficiente porque normas como las que se pueden reconocer con este sistema son rarísimas. De hecho las normas laborales, de protección de menores, de resguardo de la libre compe-

tencia y otras no presentan esta estructura e indudablemente son normas de policía.<sup>15</sup> Por lo tanto, con un criterio de carácter formalista un sinnúmero de normas de policía no tendrían carácter de tales con lo cual pasarían a ser consideradas meras normas de derecho interno. Como se ve, la solución no es adecuada por cuanto extiende el campo del derecho interno, en perjuicio del Derecho Internacional Privado.

##### b) Criterios técnicos

En un afán de simplificar el procedimiento para distinguir las normas de policía, la jurisprudencia francesa ha tratado a menudo de asimilar dichas normas a las normas territoriales y al concepto de orden público.<sup>16</sup>

i. No es posible asimilar las normas de policía a las normas territoriales, ya que estas últimas, como la *lex situs*, la *lex loci contractus* y otras, permiten aplicar el derecho extranjero y, por lo tanto, no son de policía. Además hay normas de policía que no podrían ser consideradas territoriales porque se construyen sobre la base de factores de conexión de carácter personal.<sup>17</sup> Por lo demás el propio Francescakis aceptaba que las normas de aplicación inmediata podían responder a criterios personales y resultar así necesariamente aplicables, incluso tratándose de actos realizados por nacionales en el extranjero.<sup>18</sup>

ii. Tampoco es conveniente asimilar las normas de policía al concepto de orden público porque hipertrofia el concepto de norma de policía y, por otro lado, hace muy impreciso el concepto de orden público.<sup>19</sup> Las normas de policía se asemejan a los principios de orden público en que ambas instituciones persiguen proteger los intereses del foro. La diferencia estriba en que en el caso de los principios de orden público, su aplicación nace a posteriori, una vez

<sup>10</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 95.

<sup>11</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 173.

<sup>12</sup> Ibíd. Pág. 187.

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 320.

<sup>15</sup> C. Villarroel y G. Villarroel. *La Pretendida Crisis del Método Conflictual*. Ob. cit. Pág. 345.

<sup>16</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 176.

<sup>17</sup> Ibíd. Pág. 177.

<sup>18</sup> Francescakis, citado por Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 101.

<sup>19</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 178.

conocida la norma que en definitiva va a regir el caso; la norma de policía surge antes del método conflictual y lo excluye, por lo que no se plantea la posibilidad de aplicar derecho extranjero.<sup>20</sup> Solo se aplica el concepto de orden público para excluir el derecho extranjero designado por la regla de conflicto en aquellos campos en que la *lex fori*, en principio, ha aceptado la aplicación de normas extranjeras. En el caso de las normas de policía la *lex fori* no ha aceptado ni siquiera considerar la posibilidad de aplicar al caso un derecho extranjero.

c) Criterio finalista

El criterio finalista asimila las leyes de policía con las leyes de aplicación inmediata.<sup>21</sup> De acuerdo con este criterio, que viene de Francescakis, las leyes de policía encuentran su fundamento en que se hayan fuertemente vinculadas a fenómenos de organización estatal o de organización estrechamente regulada por el Estado y, con la mira de salvar esa organización, se aplican al abrigo de cualquier otra norma.<sup>22</sup> Por lo tanto, el objetivo de las normas de policía es asegurar la eficacia y homogeneidad del orden jurídico del foro.<sup>23</sup> Las normas de policía se vinculan a organizaciones estatales, políticas, sociales y económicas.<sup>24</sup> Las leyes laborales, de protección de menores, de inversión de capital extranjero, de control de cambio de comercio exterior, de protección a la libre competencia, de protección al consumidor y otras, tienen en común el que tras ellas existe alguna suerte de organización estatal que asegura su cumplimiento. Incluso Lerebours-Pigeonniere estimaba que se encontraba en presencia de una norma de policía cuando para su práctica existía la intervención de un servicio público o una autoridad del foro.<sup>25</sup> Esta fórmula es más precisa pero demasiado estrecha.<sup>26</sup>

El criterio finalista es sin duda el más útil pero presenta problemas, que destacan Loussouarn y Bourel:

i. Los contornos de las leyes de policía son difíciles de señalar porque no existe una diferencia “de naturaleza” con las otras leyes.<sup>27</sup> En un Estado moderno se puede decir que todas las leyes persiguen garantizar los intereses económicos y sociales del Estado. La cuestión en definitiva solo es “de grado”.<sup>28</sup> Sin embargo, el problema es que Francescakis consideraba la aplicación de estas leyes como necesaria para salvaguardar la organización política social y económica del país. Esta apreciación es subjetiva.<sup>29</sup>

ii. Si la diferencia es solo de grado es muy difícil establecer un bloque de leyes de policía, ya que habría que analizar cada situación en particular.<sup>30</sup>

iii. Como las normas de policía son difíciles de determinar, su aplicación puede provocar arbitrariedad judicial. En este sentido son más peligrosas las normas de policía que el concepto de orden público, ya que este se aplica a posteriori y las primeras a priori.<sup>31</sup>

iv. Se ha sostenido también que hay normas de policía que persiguen intereses individuales, como las normas de protección al consumidor,<sup>32</sup> crítica que resulta discutible.

## 5. MANEJO DE LOS DISTINTOS CRITERIOS DE DISTINCIÓN DE NORMAS DE POLICIA

Los diferentes criterios que se han dado pueden coexistir y servir para reconocer las normas de policía en distintos casos.

a) El criterio finalista es más útil para reconocer aquellas normas de policía que no presentan una estructura diferente de las normas materiales. La finalidad es distinta entre ambas clases de normas porque las normas materiales no pretenden privile-

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> Ibíd. Pág. 180.

<sup>22</sup> Francescakis, citado por Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 100.

<sup>23</sup> Ibídem.

<sup>24</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 181.

<sup>25</sup> Ibídem.

<sup>26</sup> Ibídem.

<sup>27</sup> Ibíd. Pág. 182.

<sup>28</sup> Ibídem.

<sup>29</sup> Ibídem.

<sup>30</sup> Ibíd. Pág. 183.

<sup>31</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 90.

giar el elemento nacional sino dar una solución internacional al caso.

b) El criterio formalista puede ser útil para reconocer las normas de policía que existan en aquella parte del ordenamiento del foro que, en principio, queda abierta al tráfico externo. En esta parte del ordenamiento existen normas de policía, aunque son la excepción. La estructura de la norma de policía se parecerá mucho a la de una norma de conflicto, solo que los factores de conexión –por el carácter exorbitante que tienen las normas de policía– apuntarán siempre al derecho del foro.

## 6. CLASIFICACION DE LAS NORMAS DE APLICACION NECESARIA

Según Mayer, las normas de aplicación necesaria pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) Aquellas que son resultado del convencimiento del legislador acerca de que la norma es tan excelente que merece un campo de aplicación más amplio que aquél asignado a la norma de conflicto. Mayer llama a esta clase de normas “normas de aplicación necesaria por narcisismo”.<sup>33</sup> Según Mayer, un ejemplo de esta clase de normas lo constituye el artículo 311-15 del Código Civil francés.<sup>34</sup> El artículo 311-15 de dicho Código dispone, en síntesis, que si el hijo y sus padres tienen en Francia su residencia habitual, ya sea común o separada, la posesión del estado civil produce todas las consecuencias que establece la ley francesa, aun cuando los otros elementos de filiación pudieren depender de una ley extranjera.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Pierre Mayer. “Les lois de police étrangères”. Artículo publicado en la revista *Journal du Droit International*. 1981. N° 2. Pág. 288.

<sup>34</sup> Ibídem.

<sup>35</sup> El artículo 311-15 fue introducido por la Ley N° 72-3 de 3 de enero de 1972 y dispone textualmente: “Toutefois, si l'enfant légitime et ses père et mère, l'enfant naturel et l'un de ses père et mère ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère”.

b) Aquellas que se imponen a los nacionales en relación con obligaciones particulares o para asignarles alguna protección indispensable.<sup>36</sup> Son frecuentes en materias familiares. Pueden citarse como ejemplo el artículo 15, N° 2 del Código Civil y el artículo 998 del mismo Código Civil chileno. Según Mayer, en este caso la nacionalidad deja de ser un vínculo objetivo entre el orden jurídico y una relación internacional –como lo es tratándose de la norma de conflicto– y pasa a ser la fuente de un vínculo de sujeción entre el Estado, autor de la regla, y el individuo.<sup>37</sup> Agrega Mayer que no es claro que la regla tenga el carácter de norma de policía si el factor de conexión que emplea no es la nacionalidad.<sup>38</sup>

c) Aquellas en las que el criterio de conexión de la regla de conflicto que rige en el campo en que intervienen no es suficiente para asegurar su aplicación a situaciones en que por razones específicas derivadas del contenido o del fin de la norma de policía, ellas deben aplicarse.<sup>39</sup> Mayer insiste en que es preciso evitar que la norma aplicable sea fácilmente descartada en beneficio de la *lex fori*; pero no es necesario que las razones sean de importancia “vital”, basta que existan razones más fuertes para aplicar dicha norma que para aplicar la norma designada por la norma de conflicto.<sup>40</sup> Esta categoría admite las siguientes subcategorías:

i. Aquellas que protegen la parte más débil del contrato y que, por lo tanto, se aplican con criterio objetivo.<sup>41</sup> Tal es el caso de las normas laborales y de protección al consumidor.

ii. Aquellas que se aplican a todas las personas en el territorio para sujetarlas a principios estables, sin verificar el sistema que las gobierna.<sup>42</sup> Estas normas son frecuentes en sistemas en los que la capacidad se rige por la ley personal y, con el objeto

<sup>36</sup> Ibídem.

<sup>37</sup> Ibídem.

<sup>38</sup> Ibídem.

<sup>39</sup> Ibídem. Pág. 289.

<sup>40</sup> Ibídem.

<sup>41</sup> Ibídem. Pág. 290.

<sup>42</sup> Ibídem.

de evitar examinar la plena capacidad conforme a dicha ley, se emplea, para ciertos casos, la ley territorial.

iii. Aquellas que tienen en vista no solo a los particulares sino a una comunidad más amplia que no es íntegramente tomada en cuenta por la norma de conflicto.<sup>43</sup> Tal es el caso de las normas de protección de menores, que persiguen evitar el posterior daño social, y el de las normas que consagran el nominalismo o el principio de reajustabilidad de las obligaciones.

Esta última clase de normas –aquella a que se refiere la letra c), esto es, la que incluye las normas en las que el criterio de conexión de la regla de conflicto que rige en el campo en que intervienen, no es suficiente para asegurar su aplicación a situaciones en que por razones específicas derivadas del contenido o del fin de la norma de policía, ellas deben aplicarse, es, según Mayer, la única que puede calificarse auténticamente como normas de policía. Ello por cuanto en esta categoría el vínculo entre el criterio especial y el contenido de la regla es un vínculo racional.<sup>44</sup> Es discutible, según Mayer, que siendo más estrictos podamos simplemente reservar la categoría de normas de policía a las del número iii. de la letra c), lo que significa limitar las normas de policía a aquellas que tienen en vista no solo a los particulares sino a una comunidad más amplia que no es íntegramente tomada en cuenta por la norma de conflicto. En efecto, en esta categoría se aprecia patentemente el interés colectivo que engarza mejor con el concepto de normas de aplicación necesaria que –según la opinión de Francescakis– son tales para salvaguardar la organización social, política y económica del país.<sup>45</sup> Sin embargo, el propio Mayer descarta esta alternativa sosteniendo que el interés colectivo está frecuentemente subyacente, incluso en las normas de protección individual y que, además, es preferible no emplear nociones difíciles de manejar como aquélla del interés colectivo.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Ibíd. Pág. 291.

<sup>44</sup> Ibídem.

<sup>45</sup> Ibídem.

<sup>46</sup> Ibídem.

## 7. FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS DE POLICIA

En esta materia es preciso tener presente lo siguiente:

a) Las normas de policía excluyen tanto las normas generales de conflicto como las normas materiales de Derecho Internacional Privado y también la regulación querida por las partes. Al respecto nos remitimos a lo expuesto precedentemente. Más aún, conviene recordar que el propio Francescakis sosténia que el Estado debe velar por la integridad de sus estructuras sociales y la cooperación internacional no puede comenzar más que una vez que aquel deber primario ha sido cumplido y aquella exigencia básica ha quedado satisfecha.<sup>47</sup>

b) La determinación de normas de policía que haga el legislador debe ser técnicamente precisa ya que significa introducir un elemento de por sí perturbador del régimen general de conflictos de leyes.<sup>48</sup>

c) La interpretación de las normas de policía debe ser restrictiva por su carácter excepcional.<sup>49-50</sup> Por lo mismo se excluye la creación judicial de normas de policía por la vía analógica.<sup>51</sup>

## 8. DISTINCIÓN DE LAS NORMAS DE POLICIA RESPECTO DE OTRAS CLASES DE NORMAS CON LAS CUALES PUEDEN CONFUNDIRSE

Con objetivos meramente pedagógicos interesa examinar ciertas normas con las cuales pueden confundirse las normas de policía:

a) Con las normas coactivas de derecho privado

<sup>47</sup> Francescakis, citado por Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 106.

<sup>48</sup> Al respecto véase Boggiano. Ob. cit. Pág. 321.

<sup>49</sup> Ibídem.

<sup>50</sup> En el mismo sentido, Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 163.

<sup>51</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 324.

Hay normas de derecho privado puramente interno que las partes no pueden derogar. Estas normas no son normas de policía ya que se refieren a casos puramente internos.<sup>52</sup> Las normas de policía comprenden casos multinacionales a que se aplica la regulación del derecho interno. Así por ejemplo, la disposición del artículo 1796 del Código Civil que prohíbe la compraventa entre cónyuges es una norma coactiva de derecho interno, pero no una norma de policía. Por ello, en un caso con elementos internacionales relevantes podría aceptarse una compraventa entre cónyuges si el derecho chileno no es aplicable al caso, salvo que se estimare que quedaría comprometido el orden público chileno, pero no por ser la norma respectiva una norma de policía. Si las normas coactivas del derecho interno llegan a confundirse con las normas de policía, se produce un resultado muy desafortunado, ya que se amplía en exceso el campo de aplicación de las normas de policía.

#### b) Con las normas materiales de Derecho Internacional Privado

Hay normas materiales de Derecho Internacional Privado que no son derogables por la voluntad de las partes, pero esto no las transforma en normas de policía.<sup>53</sup> En efecto, la distinción radica en que la norma material de Derecho Internacional Privado no busca privilegiar el derecho del foro sino que crea una solución directa y sustancial aplicable a un caso multinacional. En cambio la norma de policía remite el caso multinacional a la solución del derecho interno, pero del derecho interno común.<sup>54</sup> Para distinguir las normas materiales de las normas de policía –como se ha visto– es conveniente emplear el criterio finalista.

#### c) Con las normas de conflicto

Las normas de conflicto nacionalizan los casos con elementos internacionales vinculándolos a uno de los sistemas en juego mediante el empleo de los factores de conexión. Las normas de conflicto propiamente tales tienen las siguientes características: son abstractas, esto es, no conocen el tenor

de la ley que ordenan aplicar; son neutras, esto es, no buscan privilegiar ninguna solución en particular; son bilaterales, esto es, designan indiferentemente la ley extranjera y la ley del foro; no son nacionalistas, esto es, están despojadas de la intención de preferir el derecho propio.<sup>55</sup>

Las normas de conflicto pueden admitir soluciones parcialmente unilaterales como que la nacionalidad se rija por la ley nacional, pero la capacidad de los domiciliados en el foro se rija por la *lex fori*. Este agregado distorsiona el sistema, pero no transforma la norma en norma de policía. El carácter abstracto de la norma de conflicto no puede mantenerse cuando la aplicación de una norma determinada aparece necesaria para el foro, como ocurre en la norma de policía, ya que en tal caso dicha norma debe aplicarse aun cuando la categoría la vincule a otra legislación. En la norma de conflicto, por ejemplo, si el lugar de celebración es el país del foro, el derecho aplicable será la *lex fori*, pero si se celebró el acto en otro país, el derecho aplicable será el derecho extranjero del lugar de celebración. No se busca en la norma de conflicto obtener a toda costa la aplicación de la *lex fori* sino la de la ley que razonablemente deba regir el asunto. En la norma de policía se privilegia la *lex fori* y por ello se prescinde de los elementos que puedan vincular el caso a un derecho extranjero. No importa que en el hecho la *lex fori* no sea la estrictamente más conectada con el caso. Carrillo Salcedo, quien estima que la estructura de las normas de policía resulta en ocasiones ambigua, sostiene que esta clase de normas puede ser explicada como normas de conflicto unilaterales, esto es, como normas que delimitan su propio ámbito de aplicación y eficacia.<sup>56</sup> Como se ha visto, para distinguir las normas de policía que se encuentran situadas en el ámbito del método conflictual es útil el criterio formalista.

#### d) Con las normas de Derecho Público

La finalidad de las normas de policía y las normas de Derecho Público es la misma:

<sup>52</sup> Ibíd. Pág. 317.

<sup>53</sup> Ibíd. Pág. 318.

<sup>54</sup> Ibídem.

<sup>55</sup> Mayer. *Droit International Privé*. Ob. cit.

Pág. 84.

<sup>56</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 104.

proteger la organización política, económica y social de un país. Sin embargo el método que emplean unas y otras normas es distinto. La norma de policía se sitúa en el ámbito del conflicto con otras legislaciones, mientras que la competencia de la norma de Derecho Público le viene dada por el Derecho Internacional Público, por ejemplo, tratándose de las normas sobre nacionalidad.<sup>57</sup> Por eso puede decirse que las normas de policía más que organizadoras del Estado son organizadoras de la sociedad.<sup>58-59</sup>

e) Con las normas territoriales. Al respecto nos remitimos a lo ya dicho.

f) Con el concepto de orden público. También nos remitimos a lo ya dicho.

## 9. NORMAS DE POLICIA EXTRANJERAS

Estimamos que es posible aplicar normas de policía extranjeras por las siguientes razones: deben respetarse los intereses de los Estados extranjeros, ya que no resulta razonable contradecirlos *per se*,<sup>60</sup> es preferible aplicar normas de policía extranjeras, ya que así la solución del caso será la misma donde quiera que se plantee,<sup>61</sup> y es más probable que, de esta manera, los Estados extranjeros también den aplicación a las normas de policía del foro.<sup>62</sup>

Sin embargo, para aplicar normas de policía extranjeras deben darse dos condiciones:

a) Que no exista una norma de policía de la *lex fori* sobre la misma materia, ya que ésta desplaza a toda otra regulación.

<sup>57</sup> Pierre Mayer. *Les lois de police étrangères*. Ob. cit. Pág. 302.

<sup>58</sup> Ibíd. Pág. 303.

<sup>59</sup> Carrillo Salcedo también rechaza la asimilación de las normas de policía con las normas de Derecho público. Véase Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 104.

<sup>60</sup> Mayer. *Droit International Privé*. Ob. cit. Pág. 92.

<sup>61</sup> Pierre Mayer. *Les lois de police étrangères*. Ob. cit. Pág. 320.

<sup>62</sup> Ibíd. Pág. 321.

b) Que la norma de policía extranjera no vulnere el orden público del foro.<sup>63</sup> Mayer sostiene que, en este caso, la “excepción” de orden público pierde ese carácter, ya que el juez se detiene primero a examinar si la norma está de acuerdo al orden público para luego revisar si es aplicable a la situación materia del juicio.<sup>64</sup> La necesaria apreciación sobre la finalidad de la ley de policía extranjera difícilmente podrá hacerse sin tener en cuenta las preferencias subjetivas del Estado de la *lex fori*. Este examen no puede reducirse a criterios morales solamente sino también incluir factores económicos o políticos.<sup>65</sup>

Para aplicar las normas de policía extranjeras se han dado diversas soluciones:

a) Francescakis creía que una vez acreditado que el foro no tenía una norma de policía el problema dejaba de plantearse en términos de norma de policía y debía aplicarse el derecho elegido por la norma de conflicto, incluyendo las normas de policía de ese mismo derecho.<sup>66</sup> Este criterio tiene la ventaja de la simplicidad, pero si bien permite la aplicación de normas de policía extranjeras, desconoce el carácter de policía de las normas de policía extranjeras, ya que su aplicación se hace dentro del ámbito del método conflictual.<sup>67</sup> Este criterio admite una variante, cual es examinar el contenido de la norma de policía extranjera y si ella, por su contenido, no está prevista para regir en el extranjero, aceptar dicha autolimitación.<sup>68</sup>

b) Se ha pretendido bilaterarizar la regla de policía del foro,<sup>69</sup> por ejemplo, plantear que si en el foro las normas sobre nominalismo o reajustabilidad son de policía lo serán en el extranjero. Este criterio no

<sup>63</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 325.

<sup>64</sup> Pierre Mayer. *Les lois de police étrangères*. Ob. cit. Pág. 313.

<sup>65</sup> Ibíd. Pág. 312.

<sup>66</sup> Francescakis. Ob. cit. Pág. 11.

<sup>67</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 191.

<sup>68</sup> De Nova, citado por Gothot. Ob. cit. Pág. 229.

<sup>69</sup> Rigaux, citado por Gothot. Ibíd. Pág. 230.

siempre será aplicable, especialmente en los casos en que la *lex fori* emplee varios factores de conexión.<sup>70</sup> Además, como una norma puede ser de policía en un país y no en otro, ¿de qué serviría como norma de policía extranjera una norma que no tiene ese carácter para el Estado cuyo sistema se pretende preservar?<sup>71</sup>

c) La última solución consiste en aplicar la ley de policía extranjera de acuerdo con su propia extensión.<sup>72</sup> Este criterio ha sido defendido también por Mayer, quien acepta que se apliquen las normas de policía extranjeras en cuanto tales.<sup>73-74</sup> Para evitar tener que recurrir a la norma de conflicto del foro para decidir cuál de las normas de policía extranjeras se va a emplear, se ha planteado que el juez debe aplicar una norma de policía extranjera cada vez que considere que es necesario hacerlo para alcanzar los fines previstos en la propia norma, con las siguientes limitaciones: si la extensión de la norma no es abusiva; si el interés que protege la norma es legítimo; si la protección que confiere no es excesiva.<sup>75</sup>

Se agrega que si hay conflicto con la *lex fori* el juez debe aplicar la *lex fori*, salvo que el título por el cual se aplica la norma de policía sea más poderoso. Si el problema se presenta entre normas de policía extranjeras, para evitar recurrir al método conflictual, se sostiene que solo existiría conflicto si la solución planteada por las normas de policía extranjeras fuere distinta, ya que si una de ellas ofrece una protección más severa esa es la que debe aplicarse. Si resulta inconciliable la aplicación de las normas de policía extranjeras, una de ellas debe sacrificarse, para lo cual deben aplicarse criterios como los de la naturaleza de la norma, el objeto de la misma, la fuerza del vínculo

con la situación litigiosa y las consecuencias de su aplicación o no aplicación.<sup>76</sup>

Mayer acepta la procedencia del primer y del tercer criterio para aplicar normas de policía extranjeras, ya que ambos no son excluyentes.<sup>77</sup> Esto importa aplicar normas de policía extranjeras cuando éstas pertenezcan al sistema jurídico designado por la *lex fori* –salvo que conforme al contenido de la propia norma ella no fuera aplicable– y también en cuanto tales, con las salvedades ya analizadas.

En nuestra opinión, la tesis de Francescakis parece la más razonable, ya que las otras soluciones analizadas podrían conducir a que se apliquen normas de policía extranjeras, a pesar de existir normas de policía del foro sobre la misma materia. Además, la tesis de Francescakis es la única compatible con un sistema que consagre el recurso de casación en el fondo del modo que lo hace nuestro derecho.

## 10. CRITICA AL METODO DE POLICIA

El método de policía es complejísimo, aún más que el de conflicto, ya que todavía no se encuentran decantadas las soluciones a los problemas que plantea. Además, según Loussouarn y Bourel, ni siquiera resulta claro que el método de policía constituya un sistema distinto al método conflictual.<sup>78</sup> Según dichos autores, para que pudiera hablarse de un método diferente los vínculos de conexión debieran ser fundamentalmente distintos.<sup>79</sup> Las normas de policía no gozan de particularismo para que constituyan *per se* un método independiente. Para Loussouarn y Bourel, las normas de policía emplean las conexiones clásicas, aun cuando prefieren las de carácter territorial, sin excluir en algunos casos las personales; los criterios que usan frecuentemente son más de hecho que jurídicos, por ejemplo se prefiere la residencia al domicilio, pero ello resul-

<sup>70</sup> Ibídem.

<sup>71</sup> Ibíd. Pág. 232.

<sup>72</sup> El iniciador de este criterio ha sido Wengler. Véase Gothot. Ibíd. Pág. 239.

<sup>73</sup> Pierre Mayer. *Les lois de police étrangères*. Ob. cit. Págs. 318 y ss.

<sup>74</sup> Véase también Mayer. *Droit International Privé*. Ob. cit. Pág. 92.

<sup>75</sup> Ibídem.

<sup>76</sup> Ibíd. Pág. 95.

<sup>77</sup> Ibíd. Pág. 92.

<sup>78</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Págs. 189 y 193.

<sup>79</sup> Ibíd. Pág. 185.

ta de una tendencia mundial que también incluye el método conflictual; y usan un gran número de conexiones simultáneamente para aprehender el caso.<sup>80</sup>

## 11. IMPORTANCIA DE LAS NORMAS DE POLICIA

Como se ha visto, el método conflictual es criticado porque nacionaliza la solución del caso con elementos internacionales y, al mismo tiempo, porque ignora la creciente importancia del Estado en las relaciones privadas. Además, se considera que la reacción contra el sistema conflictual es saludable por las dificultades técnicas que presenta. Por eso la tendencia es aumentar la importancia de las leyes de policía y las normas materiales de Derecho Internacional

Privado. Cuando al método conflictual se le critique por insuficiencia de internacionalismo se le reemplazará por normas materiales; cuando, por el contrario, se le critique por exceso de internacionalismo se recurrirá a las normas de policía.

Sin embargo, la importancia de las normas de policía para el derecho del foro genera las siguientes consecuencias:

- a) Reflejan la necesidad de tener en cuenta los intereses del ordenamiento del foro.<sup>81</sup>
- b) Demuestran que no es cierta la pretendida igualdad entre la *lex fori* y el derecho extranjero.<sup>82</sup>
- c) Ponen de manifiesto que el sistema de Derecho Internacional Privado no queda circunscrito solamente a las normas de conflicto.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Ibíd. Pág. 186.

<sup>81</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 162.

<sup>82</sup> Ibídem.

<sup>83</sup> Ibíd. Pág. 166.



## Apéndice

### LA PRETENDIDA CRISIS DEL METODO CONFLICTUAL

La historia del Derecho Internacional Privado, a partir del siglo XII, aparece vinculada indisolublemente al método conflictual. Tanto es así que puede decirse que la historia del Derecho Internacional Privado, desde esa época, es la historia del método conflictual.

Sin embargo, aun antes del siglo XII, es posible encontrar indicios del método de atribución, que conviene repasar.

En las civilizaciones antiguas solo existía un conjunto de prácticas que conducía a negar a los extranjeros los derechos que tenían los nacionales. Incluso, la captura como prisionero de guerra era una fuente habitual de la esclavitud.<sup>1</sup>

En Grecia, el extranjero quedaba bajo la protección y, por ende, bajo la vigilancia de un ciudadano de Atenas.<sup>2</sup>

En Roma, los peregrinos originarios de una ciudad que hubiera concluido un tratado con aquella, gozaban de ciertos derechos en sus relaciones con los ciudadanos. Pese a que tales normas no llegaron a constituir un sistema completo, aquí se encuentran las primeras huellas de un método que permitía al mismo juez aplicar leyes distintas, dependiendo del origen de las partes. Esto es, surge la noción, todavía incipiente, del conflicto de leyes.<sup>3</sup> Los jueces romanos aplicaban, eso sí, el derecho de Roma. Por lo tanto, la aplicación sistemática de la *lex fori* simplificaba en extremo los conflictos de leyes.<sup>4</sup> Lamentable resulta que los juristas romanos no hayan dejado un legado en

esta materia. Tal vez ello se debió a que el conflicto de leyes nació tardíamente en Roma. Además, con la concesión masiva de la ciudadanía romana efectuada por Caracalla en el año 212, forzosamente debían disminuir los conflictos de leyes.

Las invasiones bárbaras que dieron origen a la Edad Media provocaron también en el Derecho Internacional Privado grandes trastornos. En efecto, los bárbaros, pueblos nómadas, no ligados a ningún territorio y, por lo tanto, poseedores de una concepción del Estado vinculada más a la población que al propio territorio, trajeron con sus invasiones también sus leyes. Así, entró en el Derecho Internacional Privado, con fuerza, el principio de la personalidad que permitía a cada cual quedar regido por su ley nacional.<sup>5</sup> Sin embargo, una fuente tan rica para los conflictos de leyes fue, si se nos permite el término, desaprovechada. La misma heterogeneidad de estos grupos bárbaros hizo que fuera difícil establecer relaciones entre ellos.<sup>6</sup> El derecho siguió el paso de la historia y a medida que se fueron haciendo más comunes los matrimonios entre la población romana y los bárbaros, se fueron terminando los eventuales conflictos de leyes y el derecho volvió a hacerse más territorial.<sup>7</sup>

La época feudal, más entrada la Edad Media, dio lugar a un sistema radicalmente distinto. El territorialismo se hizo más y más importante, suprimiéndose casi del todo el conflicto de leyes. La ley del señor feudal se aplicaba a todos los bienes situados en el

<sup>1</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 7.

<sup>2</sup> Ibíd. Pág. 8.

<sup>3</sup> Ibíd. Pág. 10.

<sup>4</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 96.

<sup>5</sup> Ibídem.

<sup>6</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 11.

<sup>7</sup> Ibíd. Pág. 12.

territorio, a todas las personas que allí estaban o tenían su domicilio y a todos los actos que ahí se realizaban.<sup>8</sup> Podría pensarse que por el hecho de no existir un Estado nacional, sino una multitud de feudos, sería muy corriente la aplicación de leyes extranjeras en las relaciones habidas entre los súbditos de uno y otro señor. Sin embargo, ello no ocurrió por cuanto el comercio se hizo casi inexistente debido a la inseguridad de las comunicaciones por la carencia de una autoridad central; y por el hecho de que la propiedad mobiliaria perdió importancia en relación con la propiedad raíz. En un sistema como el que se describe, para ser sujeto de derechos, el forastero debía someterse al señor y, por lo tanto, a sus leyes. Se entiende entonces que el conflicto de leyes prácticamente no existía sino como un residuo de tolerancia muy excepcional.<sup>9</sup> Así llegamos a la Italia de la Alta Edad Media. En Italia, el sistema feudal tuvo menos influencia que en el resto de Europa, porque existían allí muchas ciudades que, como tales, no eran autárquicas, sino que dependían del comercio con el campo.<sup>10</sup> Además, estas ciudades fueron villas prósperas que tenían regímenes jurídicos relativamente parecidos, originados todos en el derecho romano. En este medio tan favorable surgió la teoría del conflicto de leyes.<sup>11</sup>

La famosa glosa de Acursio a la constitución de Justiniano sobre el dogma de la Santísima Trinidad, que empieza con las palabras latinas *Cunctos populus*, significó la afirmación del principio del conflicto de leyes a un problema de aplicación de leyes en el espacio. La glosa sirvió para los estudios posteriores hechos por los postglosadores. Por eso se ha dicho que estos últimos constituyeron la primera verdadera escuela del Derecho Internacional Privado.<sup>12</sup> Con ellos nació la teoría de los estatutos, que fue el primer orden de soluciones a los problemas del Derecho Internacional Privado. Los primeros especialistas

vivieron en los siglos XIV y XV. Podemos nombrar a Bartolo y a Baldo.<sup>13</sup>

A partir de ese momento la historia del Derecho Internacional Privado es, definitivamente, la historia del método conflictual. Las escuelas estatutarias dominaron esta incipiente rama del derecho por lo menos hasta la dictación del Código Civil francés.

En el siglo XVI son de destacar los aportes de la escuela francesa y, especialmente, de Charles Dumoulin y Bertrand d'Argentré. A este último se le debe el haber incluido, en el Derecho Internacional Privado, el dogmatismo y, con ello, un esfuerzo para distinguir los estatutos real y personal. Sin embargo, la definición de estatuto personal fue muy estrecha.<sup>14</sup>

Siguiendo a D'Argentré, se desarrolló en Holanda, en el siglo XVII, la escuela de la cortesía, de marcado carácter territorialista. A ella se debe que los bienes muebles quedaran sometidos a la ley territorial; así como el replanteamiento de la tesis de los primeros estatutarios en cuanto a establecer una categoría diferente, esto es, un estatuto distinto para los hechos y actos jurídicos. Este estatuto quedaba sometido también a la ley territorial. La aplicación de la ley extranjera se explicaba solo por razones de cortesía internacional.<sup>15</sup> Merecen destacarse los autores Paul Voet, Jean Voet y Ulrich Huber.<sup>16</sup> Las escuelas angloamericanas, posteriores a la época que comentamos, entre las que destaca Story, fueron fuertemente influidas por la escuela holandesa.<sup>17</sup>

La escuela francesa de los siglos XVII y XVIII, entre cuyos autores merece mencionarse a Bouhier, continúa fuertemente inspirada en las doctrinas de D'Argentré, aunque sin el dogmatismo acentuado de éste.<sup>18</sup>

Todas las escuelas estatutarias trabajaron con supuestos de conflictos de leyes. Por ello, el Derecho Internacional Privado siguió unido a este método hasta el siglo XIX.

<sup>8</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 96.

<sup>9</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 13.

<sup>10</sup> Ibíd. Pág. 15.

<sup>11</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 97.

<sup>12</sup> Ibíd. Pág. 99.

<sup>13</sup> Ibíd. Pág. 108.

<sup>15</sup> Ibíd. Pág. 110.

<sup>16</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 18.

<sup>17</sup> Ibíd. Pág. 18.

<sup>18</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 112.

El Código Civil francés, de 1804, contempló un artículo especial –el 3º– para los conflictos de leyes. En realidad este artículo es el único en el Código que se refiere a este método.<sup>19</sup> El mérito de esta disposición es doble. Por un lado, se trata de un texto positivo que aborda, aunque unilateralmente, problemas de Derecho Internacional Privado con una solución conflictual. Por otro, al unificar el Derecho Civil francés suprimiendo los conflictos internos de legislación, proyecta definitivamente el Derecho Internacional Privado al campo de los conflictos internacionales.<sup>20</sup> Además, el propio artículo tercero del Código Civil francés ha servido de fuente legislativa para plantear en doctrina las llamadas “leyes de policía”, que examinaremos más adelante.

A partir del Código Civil francés, y durante el siglo pasado y el presente siglo, el método conflictual no ha podido ser destronado del sitio en que fue ubicado como el principal sistema para abordar casos con elementos extranjeros. Se pueden nombrar muchas escuelas que han tenido vigencia durante este tiempo, como la de Mancini, la de Pillot, la de Vareilles-Sommières, la de Niboyet, la de Bartin y las modernas más internacionalistas, como las de Lerebours-Pigeonnière y Batiffol, todas las cuales van poniendo acentos diferentes sobre la territorialidad o la personalidad de las leyes.

## 1. EL METODO CONFLICTUAL

La expresión “conflicto de leyes”, que da el nombre al método, puede no ser afortunada. En efecto, técnicamente no puede sostenerse que exista un “conflicto” de ordenamientos jurídicos frente a un caso con elementos internacionales. Más bien se trata de un caso multinacional que se encuentra vinculado con varios ordenamientos jurídicos. Dichos ordenamientos se suponen “en conflicto” y es el derecho que soluciona el caso el que “localiza” la situación jurídica correspondiente en el

ordenamiento con el que presenta vínculos más estrechos.<sup>21</sup>

La llamada “localización” del caso es tarea de la norma de conflicto. Dicha norma tiene la particularidad de abstenerse de resolver directamente el caso y, por el contrario, de remitirlo a otra norma, que puede pertenecer a la propia *lex fori* o a un derecho material distinto de ella. En consecuencia, se trata de una norma de atribución, que elige el derecho material aplicable.

La norma de conflicto no difiere de cualquier norma en el sentido que también en ella existen dos elementos: el supuesto de hecho para su aplicación, llamado también “tipo legal”, y la consecuencia jurídica. Lo que confiere a la norma de conflicto su carácter especial radica precisamente en la consecuencia jurídica, ya que esta última no contiene en sí misma la solución para el caso, sino, simplemente, remite esa solución a otra norma. Para hacer la remisión, la norma de conflicto emplea el llamado “factor de conexión” que tiene por objeto, precisamente, “conectar” el derecho que define y el derecho que reglamenta. Este último será siempre un derecho nacional.

El meollo, pues, de la norma de conflicto es el factor de conexión. Es este el que le confiere su carácter tan particular. El factor de conexión, por ser elegido por la norma de conflicto, pasa a ser un factor de localización y con ello otorga materialidad a la solución del caso.<sup>22</sup>

Para situar el caso con elementos internacionales en uno u otro derecho, el método conflictual emplea, como auxiliar, un procedimiento analítico. Esto significa que, para efectuar la radicación del caso, es preciso antes analizarlo, esto es, realizar lo que se conoce como *dépeçage*, atribuyendo a uno de los derechos vinculados al asunto uno o más de los elementos de la situación jurídica que se analiza. El análisis se hace usando las categorías del Derecho Civil, por analogía. Así como el civilista examina la validez de un contrato, entre otros, desde el punto de vista de la capacidad de las partes y las formalidades

<sup>19</sup> Ibíd. Pág. 114.

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 133.

<sup>22</sup> Ibíd. Pág. 146.

dades a que debió sujetarse el acto, el método analítico en Derecho Internacional Privado somete, por ejemplo, la capacidad de las partes a un derecho, la forma del acto a otro, los efectos del mismo a un tercero, etc.<sup>23</sup> En derecho interno el método analítico funciona satisfactoriamente, por cuanto el legislador controla, a posteriori, la síntesis necesaria. Así, por ejemplo, el legislador ha debido resolver como juegan las instituciones de la legítima, el derecho a la mitad de los gananciales de la sociedad conyugal, la cuarta de mejoras, la cuarta de libre disposición y los órdenes de sucesión, todo ello para regular los derechos que se le darán al cónyuge sobreviviente. Aún más, con la dictación de la Ley N° 19.585, el legislador ha derogado la institución de la porción conyugal y ha considerado al cónyuge como legitimario, alterando la forma de cálculo de sus derechos porque no se admiten deducciones a la legítima como se admitían a la porción conyugal. En Derecho Internacional Privado la síntesis escapa al legislador, quien no tiene en su mano todos los elementos que van a jugar en el caso y, por lo tanto, no puede corregir el análisis. En efecto, es de la esencia del propio método que un mismo asunto quede sometido a diferentes ordenamientos que regularán, cada uno de ellos, una parte del mismo. Goldschmidt pone el siguiente ejemplo para graficar las incoherencias que puede acarrear el método analítico en Derecho Internacional Privado: "Supongamos, por ejemplo, que al régimen de bienes se aplica el Derecho inglés como Derecho del primer domicilio conyugal, y a la sucesión el Derecho argentino como Derecho del último domicilio del causante; entonces puede ocurrir que el cónyuge *supérstite* carezca de toda participación en la liquidación del régimen de bienes por tratarse del régimen de separación y que tampoco herede por constituirse la herencia mediante los bienes ganados por el cónyuge premuerto durante el matrimonio en los cuales suceden exclusivamente sus descendientes. En el supuesto inverso, al contrario, podría acaecer que al cónyuge sobreviviente

tocara primeramente la mitad de los bienes gananciales, y que luego heredara una porción considerable en concurrencia con hijos comunes de los gananciales del cónyuge premuerto".<sup>24</sup> En consecuencia, el método analítico supone que alguien realice la síntesis posterior. Tal síntesis no la puede efectuar el legislador, quien siempre examinará el problema a priori. En consecuencia, la síntesis queda entregada al juez.<sup>25</sup>

A pesar de que el Estado, a través de sus fuentes creadoras de derecho, es soberano para elegir cualquier factor de conexión y con ello localizar el caso en un derecho, dicha decisión no debe ser arbitraria. En efecto, el método conflictual constituye una particular solución de un caso con elementos internacionales en la que se pretende respetar el elemento foráneo de la situación. De hecho esta circunstancia servirá para diferenciar el método conflictual de las llamadas "normas de policía". En definitiva el método conflictual supone, *per se*, la existencia de dos derechos distintos: un derecho interno y un derecho externo, los cuales deben respetarse.

Tan importante es la consideración internacional para la solución del caso, que se ha sostenido que el Derecho Internacional Privado, en general, por el hecho de dedicarse a regular el tráfico externo, debiera, por su naturaleza, ser dictado por un legislador internacional. Como desgraciadamente dicho legislador aún no existe o solo existe en mínima parte, es inevitable que la solución, aun cuando más imperfecta, sea asumida por los órganos internos del Estado.<sup>26</sup> Como el legislador interno actúa solo para reemplazar al legislador internacional, que no existe, aquel siempre debe actuar limitado por las normas y principios del Derecho Internacional. Lo anterior no significa, sin embargo, que deban desatenderse las necesidades e intereses de la *lex fori*, sino enfrentar las situaciones jurídicas con elementos internacionales con la perspectiva más amplia posible.<sup>27</sup> Este delicado equili-

<sup>23</sup> Ibíd. Pág. 11.

<sup>24</sup> Ibíd. Pág. 12.

<sup>25</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 64.

<sup>26</sup> Ver Ibíd. Pág. 65.

brio entre los elementos internos y los internacionales debe ser mantenido por la norma de conflicto. Al respecto ha escrito Carrillo Salcedo: "La más importante limitación que el Orden Internacional impone al Estado en materia de Derecho Internacional Privado estriba en que la pretensión de un Estado de aplicar siempre y exclusivamente su propio derecho constituiría una violación del Derecho internacional; en efecto, ningún Estado puede pretender, respecto de cualquier relación o situación jurídica de tráfico externo, que él es el único que tiene competencia legislativa para regularla con exclusión de los demás Estados... un Estado no es libre de aplicar su propio ordenamiento jurídico a hechos, situaciones o relaciones que tienen con él vinculación alguna; más aún, ni siquiera basta con un vínculo cualquiera, sino que hace falta una relación de cierta intensidad".<sup>28</sup>

Existen muchos factores de conexión que se encuentran a disposición de quien dicte una norma de conflicto. Además, el autor de la norma puede valerse simultáneamente de más de uno de ellos. El problema consiste en saber cuál será el criterio que debe emplear quien dicte una norma de conflicto para elegir el factor de conexión. La decisión dependerá fundamentalmente de la inspiración territorial o personal de la respectiva legislación.<sup>29</sup> No existen sistemas jurídicos absolutamente territoriales ni absolutamente personales. Por eso, el autor de la norma debe equilibrar las dos tendencias para lograr una solución armónica. Pero es indudable que la legislación entera, y con ella los precedentes que la avalan, tienen en cada ordenamiento un sesgo más personal o más territorial. El principio territorial arranca de las cosas, vinculándolas, por ende, al ordenamiento que rige el territorio; el principio personal arranca de las personas y, por ello, las vincula a su propia ley. Sin embargo, no es ocioso destacar que la territorialidad será siempre la regla general y la personalidad la excepción.<sup>30</sup> Por eso, en realidad, un sistema que

se defina como personal será, simplemente, uno menos territorial. La territorialidad se justifica porque cada Estado se considera capaz para regir todos los actos, personas y bienes conectados con su territorio. Además, ella es más cómoda para las partes que contratan y permite asegurar una correcta distribución de la competencia legislativa entre los distintos países.<sup>31</sup>

La norma de conflicto tiene ciertas características positivas y otras negativas. Las primeras son las necesarias para que la norma se aplique. Las segundas permiten al juez resolver el caso, prescindiendo total o parcialmente, de la norma extranjera.<sup>32</sup> Estas características se encuentran tanto en el tipo legal como en la consecuencia jurídica. Las características positivas del tipo legal son las que describen los hechos a los que la norma se refiere. La institución de la cuestión previa debemos situarla en este ámbito. La característica negativa del tipo legal es –para aquellos que aceptan la institución– el fraude a la ley, el cual debe no existir para que la disposición actúe normalmente. La característica positiva de la consecuencia jurídica es el efecto del empleo del factor de conexión, esto es, el ordenamiento jurídico que se elige y la forma como se va a aplicar. En consecuencia, se incluyen en esta materia el reenvío y la aplicación del derecho extranjero Goldschmidt incluye dentro de la característica positiva de la consecuencia jurídica el estudio de los factores de conexión. La característica negativa de la consecuencia jurídica es el orden público, que permite rechazar el derecho extranjero aplicable si atenta contra la convicción del ordenamiento que define. Además, es necesario precisar, para que opere el método conflictual, conforme a qué ordenamiento se definirán los términos que emplea la norma de colisión. Este aspecto es el llamado problema de las calificaciones".<sup>33</sup>

Resta ocuparnos de dos características que habitualmente se asocian al método

<sup>28</sup> Ibíd. Pág. 66.

<sup>29</sup> Ibíd. Pág. 153.

<sup>30</sup> Ver Carrillo Salcedo. Ibíd. Pág. 155.

<sup>31</sup> Ibíd. Pág. 154.

<sup>32</sup> Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 79.

<sup>33</sup> Sobre el tema de las características positivas y negativas de la norma de conflicto, véase Goldschmidt. Ob. cit. Págs. 79 y ss.

conflictual. En primer lugar, su carácter de privado; y en segundo lugar, el hecho de ser un método bilateral por excelencia.

Gran parte de la doctrina estima que el Derecho Internacional Privado se ocupa solo de las relaciones privadas habidas en un caso con elementos internacionales. Por otro lado, la distinción tradicional entre Derecho Público y Privado ha ido perdiendo terreno a medida que se constata que muchos especialistas quieren situar su propia disciplina jurídica en la frontera entre el Derecho Público y el Privado. Tal es el caso del Derecho Laboral, e incluso de algunas ramas del Derecho Civil cuyas disposiciones se encuentran al margen de la autonomía de la voluntad.

Razones históricas explican que nuestra disciplina haya sido abordada primero por especialistas en Derecho Civil, así como el que una de las más arraigadas tesis sea la de la territorialidad de las normas de Derecho Público.<sup>34</sup> Este último principio admite distintas concepciones siendo de destacar que la territorialidad, en sentido material, no explica la imposibilidad de aplicar leyes extranjeras. En efecto, incluso en el ámbito del método conflictual clásico, es posible encontrar ejemplos de factores de conexión territoriales que conducen a la aplicación del derecho extranjero. Tales son los casos de la ley del lugar de celebración de un acto o de la *lex situs*, por nombrar algunos. Por lo tanto, solo con un concepto como el de territorialidad, en sentido formal, es posible excluir en Derecho Público la aplicación de normas extranjeras. Respecto a esta materia Miaja de la Muela ha escrito: "Ante la cuestión de qué clase de leyes son susceptibles de entrar en conflicto, no cabe duda respecto a las civiles y mercantiles, pero es materia de controversia si caben dentro del Derecho Internacional Privado cuestiones penales, procesales, administrativas, laborales o fiscales. En cada una de estas esferas se presentan relaciones humanas con elementos conectados a diferentes legislaciones, hecho que milita en favor del ensanchamiento del ámbito del Derecho Internacional Privado a la regulación y estudio de situaciones de un carácter público dentro de las legislaciones inter-

nas".<sup>35</sup> Eso sí, jamás, ni siquiera en el territorialismo más exagerado, se pretendió que se dejara de lado el Derecho Público de los demás Estados. De hecho, el Derecho Público extranjero debe considerarse cada vez que se examina el criterio de la reciprocidad necesario para aplicar o no una regla interna.<sup>36</sup> Entre las razones que se anotan para rechazar como dogma el principio de la territorialidad del Derecho Público se pueden citar las siguientes: En primer lugar, tal exigencia hará necesario primero definir con precisión qué es Derecho Público y qué es Derecho Privado y también cuáles son sus respectivos ámbitos de aplicación, cuestiones, por lo demás, oscuras. En segundo lugar, las razones de soberanía que se aducen para excluir del ámbito del Derecho Internacional Privado a las leyes de Derecho Público resultan insostenibles tratándose de disposiciones que, afectando de algún modo las relaciones privadas, tratan de servir los intereses del legislador que dictó la respectiva norma. Si se sigue una concepción de esta naturaleza se excluiría la aplicación de una gran parte del derecho extranjero, incluso en aquellas materias en que actualmente operan normas de conflicto. En tercer lugar, existe una opinión generalizada entre los especialistas de Derecho Internacional Privado, y también en la jurisprudencia interna de los países, en el sentido que cuando se aplica un derecho extranjero debe hacerse en la forma más parecida posible a como se haría en el Estado a que pertenece el derecho que se aplica. Se haría caso omiso de esa exigencia si se pudiera prescindir del hecho que la ley extranjera que se pretende aplicar existe dentro de un marco de normas de Derecho Público.<sup>37</sup>

Agrega Miaja de la Muela que "estos y otros argumentos permiten llegar a la conclusión de que no existe una imposibilidad intrínseca a las reglas de Derecho Público extranjero, al menos para aquellas que se interfieren en el tráfico privado, para ser aplicadas extraterritorialmente... hay que retener además el hecho de que también

<sup>34</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 29.

<sup>35</sup> Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 21.

<sup>36</sup> Ibíd. Pág. 24.

<sup>37</sup> Ibíd. Pág. 23.

en relaciones jurídicas de carácter público, regidas por el Derecho local, aparecen casos en que el Derecho extranjero hace su presencia bien como elemento de hecho, bien como criterio para resolver ciertas cuestiones previas o incidentales a la principal sujeta al derecho del foro. La toma en consideración del Derecho extranjero para la aplicación de una norma interna condicionada a la reciprocidad y la desgravación de una cuota tributaria por las cantidades pagadas en el extranjero son ejemplos típicos de lo que queda dicho, a la vez que exponente de la variedad de modalidades que puede revestir la penetración del Derecho Público extranjero en las relaciones privadas internacionales".<sup>38</sup>

En definitiva se sostiene ahora que el rechazo que históricamente ha habido a la intrusión de normas de Derecho Público en el Derecho Internacional Privado no existió en época de los estatutarios, sino que nació con posterioridad, tal vez por haberse sostenido que solo en el campo del Derecho Privado podía hablarse de una comunidad internacional y, por lo tanto, de una obligación jurídica de aplicar ley extranjera.<sup>39</sup>

Ahora, sin embargo, se propone ampliar el marco del Derecho Internacional Privado con el objeto de incluir en él las relaciones con elementos internacionales, aunque ellas se refieran a materias propias de Derecho Público. Más aún, una serie de autores, entre los que se encuentran Freyra y Zweigert, han sostenido que el método conflictual tiene carácter solamente formal y, por lo tanto, es tan válido en Derecho Público como en Derecho Privado, lo que no significa descartar la particularidad del Derecho Público en cuanto a las conexiones elegidas.<sup>40</sup> Queda vigente todavía el peso de la tradición, dentro de la cual se cuentan aquellos que sostienen que no es posible aplicar Derecho Público extranjero y que la cooperación in-

ternacional solo permite distribuir adecuadamente las competencias estatales partiendo de la base de que cada Estado aplica su propio Derecho Público.

Se puede concluir que la tendencia moderna es la de dar una discreta acogida a las normas de Derecho Público extranjero,<sup>41</sup> incluso en Derecho Penal.<sup>42</sup> El Derecho extranjero tiene una presencia variable en el Derecho nacional. Por un lado, y en los casos más extremos, puede llegar a plantear el tema de la elección de Derecho y consiguientemente, el de su eventual aplicación, desplazando el Derecho nacional. Por otro, puede simplemente suscitar una "perturbación" en el Derecho del foro sin que necesariamente llegue a aplicarse el Derecho extranjero.<sup>43</sup> Si se piensa en la importancia que tienen para el tráfico externo instituciones tales como el control de cambios, la regulación del comercio exterior, la seguridad social, etc., es casi imposible pretender que tales normas puedan quedar excluidas absolutamente al abordar un tema de Derecho Internacional Privado. Ha afirmado Carrillo Salcedo: "No son, pues, las reglas de las que se vale ni las materias sobre las que versa las que caracterizan como 'privado' al Derecho Internacional Privado, 'sino sus destinatarios'. En efecto, nuestra disciplina no pretende regular las relaciones privadas individuales en el plano internacional 'sino la vida internacional de las personas'; por ello creo que la concepción restrictiva del Derecho Internacional Privado es errónea, por desconocer el hecho de que la vida internacional de las personas no está regida exclusivamente por normas de Derecho Privado, por ignorar la realidad de que la presencia jurídicamente relevante de elementos extranjeros no se limita exclusivamente a las relaciones jurídicas privadas. Por el contrario, la intervención del Estado y del Derecho Público es hoy tan intensa en esas relaciones que nos quedaríamos a mitad de camino si el comercio internacional, en el sentido más amplio de la expresión, fuese considerado solo desde el ángulo del Derecho Privado".<sup>44</sup>

<sup>38</sup> Ibíd. Pág. 24.

<sup>39</sup> Mariano Aguilar Navarro. *Derecho Internacional Privado*. Volumen I. Tomo II. Parte primera. Tercera reimpresión a la Tercera Edición. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid. 1982. Pág. 182.

<sup>40</sup> Aguilar Navarro. Ob. cit. Pág. 184.

<sup>41</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 32.

<sup>42</sup> André Huet. Ob. cit. Pág. 625.

<sup>43</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 32.

<sup>44</sup> Ibíd. Pág. 36.

Esta nueva relación de las normas de Derecho Público para efectos de nuestra disciplina plantea inmediatamente la revisión del método conflictual tal como lo hemos venido conociendo. La “discreta acogida” de normas de Derecho Público en Derecho Internacional Privado, además de incidir directamente sobre el método conflictual, roza temas como el de las normas materiales y las normas de policía que examinaremos más adelante. Tal vez, una de las razones por las cuales se reclama contra el método conflictual y se propician sistemas diferentes, apunta, justamente, a aceptar en mayor medida la posibilidad de aplicar normas de Derecho Público extranjero.

Resta ocuparnos, por último, dentro del funcionamiento del método conflictual, del problema de saber si el mismo, por naturaleza, debe ser bilateral o, si es posible, que sea unilateral.

Se ha admitido tradicionalmente que la norma de conflicto presenta un carácter bilateral. Lo anterior significa que esencialmente una norma de la *lex fori* pueda designar, indiferentemente, la ley local o una ley extranjera para regir el asunto.<sup>45</sup>

Sin embargo, una corriente doctrinaria importante llamada “unilateralismo” opina que la *lex fori* debe limitarse a decidir si se va a aplicar el propio derecho del foro a un determinado asunto, o no. Si la ley del foro no es aplicable, la competencia legislativa debería ser determinada sobre otras bases. Las principales manifestaciones de esta corriente aparecieron en Alemania con Schnell y Niedner, luego en Francia con Niboyet y en Italia con Quadri.<sup>46</sup>

El unilateralismo persigue ciertos fines. En primer lugar, extender el dominio del Derecho Internacional Privado de manera de comprender en él materias de Derecho Público. Atendido que el sistema bilateral impide recoger en el Derecho Internacional Privado clásico algunas disciplinas de Derecho Público como el Derecho Penal y

el Derecho Fiscal en general, se las pretende integrar al Derecho Internacional Privado por medios unilaterales. Sin embargo, no aparece claro que el unilateralismo sea el mejor sistema para universalizar el Derecho Internacional Privado. Más bien parece que puede provocar yuxtaposición de sistemas jurídicos.<sup>47</sup> En segundo lugar, se sostiene que solo el Estado debe calificar quiénes pueden ser destinatarios de su propio Derecho. Esta idea última no es nueva y se asocia a la soberanía estatal.

Las manifestaciones más antiguas del unilateralismo hoy día aparecen negadas de favor doctrinario, ya que son incapaces de solucionar los cúmulos y lagunas de legislación, problemas que ocurren si cada Estado se limita a determinar el ámbito de aplicación de sus propias normas. Por lo tanto, los autores más modernos que siguen tesis unilateralistas ya no pretenden modificar absolutamente el sistema conflictual, sino introducir mecanismos limitados de carácter unilateral.<sup>48</sup>

Entre las expresiones más salientes de este unilateralismo limitado se suelen citar las normas de policía, que examinaremos más adelante. Sin embargo, si se acepta la aplicación de normas de policía extranjeras, en opinión de importantes autores, como se verá en este mismo artículo, estas terminan siempre por aplicarse sobre alguna base bilateral.

También suele citarse como expresión del unilateralismo moderno el hecho de concederse el exequáтур de una sentencia extranjera, aun cuando el fallo hubiese sido dictado conforme a una ley distinta de la designada por la norma de conflicto del Estado donde se solicita el exequáтур. Sin embargo, más que concesión al unilateralismo dicha conclusión obedece al deseo de extender, en mayor medida, el reconocimiento de las sentencias extranjeras. Con todo, existe una variante de esta misma tesis que sí puede entenderse unilateralista. Ella es la que propugna aceptar siempre el exequáтур, cualquiera hubiese sido la ley aplicada,

<sup>45</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 134.

<sup>46</sup> Acerca del unilateralismo y su explicación doctrinaria, véase a Mijia de la Muela. Ob. cit. Pág. 370.

<sup>47</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 136.

<sup>48</sup> Ibíd. Pág. 141.

y negarlo solo cuando la norma de conflicto del Estado que debe pronunciarse sobre tal *exequátor* designa como competente a su propio derecho.<sup>49</sup>

Finalmente, se ha pretendido también que constituye una expresión unilateral la solución de los conflictos de sistemas. Se dice que si, al momento de su creación, la situación jurídica no presenta ningún vínculo con la *lex fori*, escapa a su regla de conflicto y habría que reconocer la validez de dicha situación creada en virtud de la ley territorial bajo la cual se instituyó. Una solución de este tipo es muy laxa, ya que la ley del territorio no es necesariamente la única que puede regir una situación. Sería aceptable prescindir de la norma de conflicto de la *lex fori* solo si las leyes de los demás Estados internacionales están de acuerdo en que una de ellas debe aplicarse. Pero, por el contrario, si existe cúmulo de legislaciones, es decir, si más de una ley reclama competencia sobre el asunto, es difícil preferir una de las leyes involucradas sin recurrir a la regla de conflicto del foro que así recobra su vocación de bilateralismo.<sup>50</sup>

## 2. CRITICA AL METODO CONFLICTUAL

El método conflictual ha sido objeto de críticas desde un doble punto de vista. Se le critica por ser demasiado internacionalista y al mismo tiempo, por ser demasiado nacionalista. Es paradojal que un mismo sistema pueda ser criticado reprochándosele defectos inversos. Tal vez la razón de las críticas sea simplemente provocar una conclusión irredargüible; a saber, que el método conflictual ya no es exclusivo y ni siquiera el más importante. Se trata simplemente de una de las muchas posibilidades de reglamentar el tráfico externo.<sup>51</sup>

La crítica al sistema por exceso de nacionalismo consiste en hacer presente que el método conflictual siempre entrega solu-

ciones nacionales a los casos de Derecho Internacional Privado.<sup>52</sup> Esto es, el método termina por nacionalizar los casos al someterlos al Derecho interno de la *lex caussae*. Dicho Derecho interno, como es obvio, no puede ser distinto de aquel que la *lex causae* ha establecido para regular los casos en que no existan elementos internacionales relevantes. De esta manera el método conflictual aun cuando se hubiera propuesto solucionar casos de Derecho Internacional Privado, respetando los elementos internacionales de los mismos, por su propia naturaleza, termina torciendo su finalidad, ya que no puede entregar sino una solución nacional. La crítica es seria por cuanto importa destruir el fundamento mismo del método de atribución. En efecto, todas las complicaciones que presenta el sistema se justifican por el hecho de que preserva, de una forma razonable, el carácter internacional del caso, finalidad última del Derecho Internacional Privado. Si así no lo hiciere, sería discutible si valdría la pena o no mantener el método o explorar otras alternativas.

La crítica al sistema por exceso de internacionalismo consiste en hacer presente que el método conflictual desconoce el creciente rol del Estado en las relaciones privadas.<sup>53</sup> Esta crítica no apunta a la naturaleza del método como la anterior, sino a su acomodo al desarrollo histórico. Se dice que el método conflictual no responde a las necesidades del momento por las razones que se indican a continuación. En primer lugar, porque no incluye dentro de sí las llamadas "normas de policía", las que se aplican cualesquiera sean los elementos extranjeros envueltos en el caso. En segundo lugar, por cuanto desconoce las necesidades e intereses de la *lex fori*. En tercer lugar, por cuanto presenta en un plano de igualdad a la *lex fori* y a las demás leyes, en circunstancias que la *lex fori* tiene una supremacía evidente, y tal igualdad, de haberla, es sólo funcional.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Ibíd. Pág. 142.

<sup>50</sup> Ibíd. Pág. 143.

<sup>51</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 161.

<sup>52</sup> Ibídem.

<sup>53</sup> Ibídem.

<sup>54</sup> Ibíd. Pág. 162.

En definitiva puede sostenerse que las críticas al método conflictual que hemos señalado, buscan justificar y presentar como métodos distintos e igualmente válidos tanto el llamado “método material” como las “normas de policía”. Si se critica el método conflictual por nacionalista, la solución es material. Esto es, crear un conjunto de normas que contengan en sí mismas la solución de la situación jurídica con elementos extranjeros. Estas normas materiales, sean de origen nacional o internacional, brindan un resultado satisfactorio al Derecho Internacional en la medida que otorgan una solución que considera especialmente los elementos internacionales envueltos. Incluso soluciones materiales de Derecho Internacional Privado pueden ser distintas a las que el mismo legislador ha dispuesto para un caso exclusivamente nacional.

Si se sostiene que el método conflictual peca de exceso de internacionalismo la solución será la adopción de normas de policía.<sup>55</sup> Estas normas tienen la particularidad de desconocer el elemento internacional del caso y, por lo tanto, dejar de perseguir como finalidad la del Derecho Internacional Privado, esto es, la armonía internacional de las soluciones con el fin de crear una repartición razonable de las competencias legislativa y judicial en el mundo entero. Las normas de policía pretenden, por el contrario, proteger, en primer lugar, la armonía interna de la *lex fori*. El precio que se paga con la dictación de normas de este género es asumir como inevitable el que dichas normas, en tanto protegen los intereses del foro, podrían no ser respetadas en el extranjero. En consecuencia, los derechos que se creen al amparo de normas de ese género podrán ser desconocidos en el extranjero con el consiguiente perjuicio para las partes involucradas en la situación.

Una tercera crítica que se efectúa a menudo al método conflictual es que dicho método ha pasado a ser una especie de ciencia oculta reservada a los especialistas. Se sostie-

<sup>55</sup> Otra solución consiste en hacer aplicable siempre la *lex fori*, solución que lleva aparejados los inconvenientes que se destacan más adelante.

ne que el método conflictual constituye un conjunto ordenado de reglas abstractas, a menudo divorciadas de la realidad que regulan, y reservado a espíritus poco prácticos. El divorcio entre el sistema y la realidad grava especialmente a los magistrados, quienes por fuerza han de tener conocimientos generales y, por lo tanto, son incapaces de asimilar todas las finuras técnicas a las que son arrastrados por un método de esta naturaleza.<sup>56</sup> Además, la complicación evidente del sistema provoca que sea prácticamente imposible establecer un conjunto de normas, a la manera de un Código, que ofrezca soluciones simples y previsibles a los casos con elementos internacionales.<sup>57</sup> A pesar de esta dificultad resulta alentador que países como Alemania, Suiza e Italia hayan hecho un esfuerzo para sistematizar leyes de Derecho Internacional Privado. Dichas leyes constituyen ejemplos señeros del trabajo de especialistas para ofrecer soluciones concretas a los casos con elementos internacionales. Si se pone el acento en la dificultad natural del método conflictual, la solución será evitarlo reemplazándolo por normas materiales y de policía. Sin embargo, como veremos más adelante, no parece posible, por ahora, construir un sistema de Derecho Internacional Privado al margen del método conflictual. Además, el estudio de las normas de policía es, evidentemente, más complejo incluso que el propio sistema conflictual.

También se suelen plantear como críticas al método, su carácter exclusivamente bilateral y el desconocimiento del papel relevante de la *lex fori*. A la primera crítica la respuesta que han dado ciertos autores es aceptar también el unilateralismo dentro del Derecho Internacional Privado, con las desarmonías técnicas que ello conlleva. A la segunda crítica, la respuesta que se ha dado es el territorialismo formal, esto es, que el juez llamado a solucionar el caso,

<sup>56</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 71.

<sup>57</sup> Sobre la previsibilidad en Derecho Internacional Privado, véase Wilhem Wengler “L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable”. Artículo publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé*. 1990. N° 4, pág. 657.

aplique siempre la *lex fori*. Esta última solución trae aparejados problemas más graves que los que pretende solucionar. En primer lugar, contradice la experiencia positiva, ya que todos los ordenamientos jurídicos admiten que en ciertos casos se aplique derecho extranjero. En segundo lugar, la competencia exclusiva de la *lex fori* impediría solucionar cualquier caso al margen del litigio. En tercer lugar, el territorialismo formal trae consigo el problema del *forum shopping*, esto es, que el demandante plantee el juicio ante el tribunal cuyo ordenamiento más convenga a sus intereses. En cuarto lugar, cualquier solución sobre la base exclusiva de la *lex fori* será fragmentaria y contraria a la seguridad jurídica en la medida que desconoce toda suerte de extraterritorialidad.<sup>58</sup> Distinto es aceptar el carácter predominante que tiene la *lex fori* en cualquier ordenamiento, ya como organizadora del mismo, ya como reguladora de situaciones jurídicas.

### 3. EL METODO MATERIAL

Así como el autor de una regla jurídica puede establecer una norma de conflicto para atender un caso con elementos internacionales, también puede dictar una norma material. Esta última norma se caracteriza porque regula de un modo directo las consecuencias jurídicas de una situación. Es decir, contiene ella misma la solución directa del caso. Ha escrito Carrillo Salcedo: "Por consiguiente, un sistema de Derecho Internacional Privado no puede quedar reducido al método de atribución y al conjunto de normas de conflicto existentes en un sistema jurídico dado; por el contrario, y desde el momento en que el ordenamiento del foro reconoce la relevancia jurídica de los elementos extranjeros presentes en una relación o situación de tráfico externo, uno de los métodos mediante los que puede alcanzar la reglamentación internacionalizada de tales supuestos consiste en regular directamente, a través de normas de

<sup>58</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Págs. 55 y ss.

Derecho Internacional Privado material, las consecuencias jurídicas de aquellas relaciones o situaciones extranacionales cuyos elementos no se localizan en una sola esfera jurídica".<sup>59</sup> Aguilar Navarro agrega lo siguiente: "...lo fundamental (es) el problema y no el procedimiento técnico utilizado para resolverlo, creo que hay que ampliar nuestro horizonte para integrar regímenes diversos, como pueden ser el que nos proporciona el método de atribución y el que nos ofrecen estas normas materiales por la vía del Derecho uniforme y del Derecho convencional".<sup>60</sup>

Soluciones materiales han existido siempre. El Derecho Internacional Privado jamás ha prescindido del método material. No podría ser de otra manera por cuanto nadie discute el carácter normativo específico que presenta este sistema de reglas. Por lo demás, el sistema material es el más común de todos los métodos en las otras ramas del Derecho. Lo que ocurre es que el método conflictual es el más característico de los sistemas de Derecho Internacional Privado, aun cuando no pueda pretenderse que sea el único.

La estructura de la norma material es muy sencilla. El tipo legal se refiere a un caso con elementos internacionales o a una parte de él y la consecuencia jurídica lo resuelve mediante una disposición sustancial y directa. El método material establece una solución particular para un caso con elementos internacionales, respetando los factores foráneos envueltos.<sup>61</sup>

El método material ha sido criticado por algunos autores que sostienen que el Derecho Internacional Privado queda circunscrito al método conflictual. Según Goldschmidt, el método material beneficia el elemento nacional de manera directa, por lo que, castigándolo, lo excluye del Derecho Internacional Privado.<sup>62</sup>

Un estudio sistemático de las normas materiales presentes en un ordenamiento

<sup>59</sup> Ibíd. Pág. 112.

<sup>60</sup> Aguilar Navarro. Ob. cit. Pág. 102.

<sup>61</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 297.

<sup>62</sup> Ver Goldschmidt. Ob. cit. Págs. 3 y ss.

jurídico permite concluir que el sistema material no pretende, *per se*, proteger el elemento patrio envuelto sino resolver el caso, respetando los elementos internacionales, mediante una solución que se pretende justa pero que es directa. Sostiene Boggiano, con razón, que “no se advierte qué disvalor puede atribuirse a la aplicación de un derecho uniforme, respetuoso de los principios nacionales comunes, cuando se juzga válida la aplicación de un derecho nacional extranjero igualmente tolerable”.<sup>63</sup> Agrega Boggiano: “estoy persuadido de que las normas materiales uniformes de Derecho Internacional Privado son instrumentos adecuados para realizar soluciones más justas de los casos multinacionales que las asequibles por la metodología indirecta, conflictualista. Esta última no puede hacer progresar el descubrimiento de soluciones ‘materialmente’ más justas en la casuística internacional”.<sup>64</sup>

Uno de los aspectos más relevantes del método es que la internacionalización del caso no proviene del juego de dos sistemas jurídicos diferentes, el del foro y uno extranjero, sino de la “adopción de un sistema jurídico material, directo, distinto y aun contrario al que el ordenamiento del foro tiene previsto para las relaciones y situaciones internas”.<sup>65</sup>

Las normas materiales pueden dividirse, para efectos de su estudio, en aquellas que tienen origen nacional y aquellas que tienen origen internacional. Esta clasificación atiende a las fuentes de ambas clases de normas.

Las reglas materiales de origen nacional pueden, a su vez, ser de elaboración legislativa o jurisprudencial.

Las reglas materiales de origen legislativo no son muy comunes. Se las encuentra especialmente en Derecho Comercial. Un ejemplo ilustrativo del esfuerzo por dictar normas materiales, lo constituye el Código de Comercio Internacional de Checoslovaquia de 1964, el que a lo largo de

sus 766 artículos contiene muchas normas materiales.

En Chile también existen, incluso en los cuerpos legales más antiguos, normas materiales de Derecho Internacional Privado. Un ejemplo es el artículo 1028 del Código Civil. Dicha disposición establece que “Valdrá asimismo en Chile el testamento otorgado en país extranjero, con tal que concurren los requisitos que pasan a expresarse:

1º. No podrá testar de este modo sino un chileno, o un extranjero que tenga domicilio en Chile.

2º. No podrá autorizar este testamento sino un Ministro Plenipotenciario, un Encargado de Negocios, un Secretario de Legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República, o un Cónsul que tenga patente del mismo, pero no un Vicecónsul. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente.

3º. Los testigos serán chilenos, o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento.

4º. Se observarán en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en Chile.

5º. El instrumento llevará el sello de la Legación o Consulado”.

El artículo 1028 del Código Civil debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 1029 del mismo Código que establece los requisitos de publicidad a que debe sujetarse el testamento que se otorgue conforme a este procedimiento.

Contrasta evidentemente la norma que se acaba de transcribir con la anterior. En efecto el artículo 1027 del Código Civil, siguiendo el método conflictual, dispone: “Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria”.

En este ejemplo, del examen comparativo de ambas normas se puede concluir lo siguiente:

Primero, que ambos métodos, el material y el de conflicto, son evidentemente complementarios. Ya a mediados del siglo pasado existía certeza de que el legislador

<sup>63</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 303.

<sup>64</sup> Ibíd. Pág. 304.

<sup>65</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 114.

podía aproximarse a un caso con elementos internacionales por dos vías distintas. Una, solucionando directamente el asunto y, otra, entregando la solución sustantiva a otro ordenamiento. Tan claro resulta lo anterior que las normas se refieren al mismo tema, a saber, la forma de un testamento otorgado en país extranjero.

Segundo, que el método material es excepcional frente al método conflictual, al menos en este caso. Habitualmente la forma de un acto, si se quiere favorecer su validez, se sujeta a las solemnidades de la ley local. Ello por cuanto se estima que las partes podrán cumplir con dichas formalidades de manera más fácil. Nada obtiene el legislador con imponer exigencias que no puedan cumplirse porque la partes no se sujetarán a ellas. En consecuencia, el legislador abandona, por imposible, la alternativa de exigir para el reconocimiento posterior del acto el que hubiera cumplido en el exterior con los requisitos de la ley chilena. Además, dicha exigencia habría contradicho el espíritu territorialista del Código Civil. Por ello se satisfacen las exigencias de justicia elemental si se permite a los que otorguen un testamento en el exterior sujetarse a las formalidades de la ley local. El método conflictual satisface esa necesidad: valdrá el testamento si se otorga conforme a las solemnidades de la ley local. Sin embargo, el legislador no se da por satisfecho. Considera que además de la fórmula conflictual, que debe respetar por razones prácticas y de justicia, es posible otorgar otra posibilidad, más simple y directa. Tal es la solución que entrega el artículo 1028. La posibilidad material no podría haber sido la única porque se habría dificultado en forma absurda el otorgamiento de testamentos en el extranjero. Simplemente se ofrece a aquellas personas vinculadas a nuestro país, ya sea por ser nacionales, ya sea por tener aquí su domicilio, que se sujeten a las formalidades especiales que para este caso contempla la ley chilena. La combinación de los métodos conflictual y material es satisfactoria y redonda en interés de las partes.

Tercero, que el método material respecta los elementos internacionales del caso, sin privilegiar el derecho nacional. El respeto a los elementos internacionales en la

especie se demuestra en el interés que tiene el legislador de encontrar una solución simple a una realidad que viven las personas: la necesidad de otorgar un testamento en país extranjero. Además, en esta solución no se pasa a imponer el elemento patrio, por cuanto en la regulación que se dio al caso se consideró especialmente el hecho de que el testamento se otorgaba en país extraño y que, por lo tanto, las formalidades que se exigían a quienes se atenían a esta solución debían poder cumplirse en dicho país. Por eso se dispuso, por ejemplo, que podían ser testigos del testamento no solamente chilenos, que podría no haberlos, sino también extranjeros domiciliados en la ciudad en que se otorgue.

Cuarto, que las soluciones materiales a un caso con elementos extranjeros pueden ser diferentes a aquellas contenidas en la legislación común, las que tienen en vista un caso puramente interno. Así, el artículo 1028 no admite en el extranjero la posibilidad de otorgar, conforme a la ley chilena, testamentos verbales ya que reserva esta posibilidad solo a los testamentos solemnes.

También existen normas materiales de origen jurisprudencial. Un ejemplo es el fallo de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación de Francia de 2 de mayo de 1966 en el asunto Galakis. Los artículos 83 y 1004 del Código de Procedimiento Civil francés producían el efecto de prohibir al Estado comprometer, lo que redundaba en perjuicio de las relaciones internacionales expeditas, especialmente en materia de contratación. La Corte de Casación concluyó que la prohibición establecida por los artículos 83 y 1004 del Código de Procedimiento Civil solo era aplicable a los contratos internacionales. Este razonamiento se efectuó sobre una base material indudable, en opinión de Loussouarn y Bourel. De haberse razonado conforme al método conflictual –según esos autores– habría sido preciso analizar si la prohibición provenía de la ley nacional del Estado, lo que supondría considerar el problema como uno de capacidad, o de la ley del contrato.<sup>66</sup> Sin embargo, esta solución mate-

<sup>66</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 77.

rial pasa de todas maneras por considerar aspectos conflictuales insoslayables. En efecto, la determinación acerca de si un contrato es internacional o no, envuelve un problema de calificaciones que trae reminiscencias del método conflictual.

En Chile una solución material –sujeta a la misma prevención anterior– acerca de las atribuciones del Estado en materia de contratación internacional se estableció por vía jurisprudencial, incluso antes de la dictación del Decreto Ley N° 2.349. Este, a su vez, es un ejemplo de regulación material de origen legislativo.

Los jueces también dictan normas materiales en otras situaciones. Así ocurre, por ejemplo, si se acepta que en caso de operar la excepción de orden público el juez debe aplicar el propio derecho extranjero designado por la regla de conflicto, pero excluyendo las normas que sean contrarias a la convicción de la sociedad, en vez de aplicar lisa y llanamente la *lex fori*. En efecto, tal solución, que se ha aplicado en Alemania<sup>67</sup> y que nosotros propiciamos para nuestro país, supone que el juez debe crear, para resolver el litigio, una norma material que no existe legislativamente, esto es, un derecho extranjero purificado de las normas contrarias a las convicciones de nuestra sociedad. Tal solución, mucho más respetuosa de las partes que la aplicación inmediata de la *lex fori*, supone imponerle al juez la creación de normas materiales.

Las normas materiales de origen internacional pueden provenir de tres fuentes distintas: reglas materiales contenidas en un tratado, normas materiales provenientes del arbitraje internacional y reglas materiales emanadas del derecho espontáneo.

Las normas materiales que tienen su origen en tratados internacionales son relativamente frecuentes en materias comerciales y escasas en otros ámbitos. Ya desde los Tratados de Montevideo de 1888, existieron convenciones interamericanas que establecieron normas de carácter material para reglamentar instituciones jurídicas completas.

<sup>67</sup> Batiffol y Lagarde. Ob. cit. Pág. 421.

Así, por ejemplo, los tratados relativos a la Propiedad Literaria y Artística, a las Patentes de Invención, a las Marcas de Comercio y de Fábrica y al Ejercicio de Profesiones Liberales contienen un conjunto importante de normas materiales.<sup>68</sup> De estos tratados, Chile solo suscribió el relativo a las profesiones liberales, pero no lo ratificó. Más adelante, el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante más bien se dedicó a coordinar las normas de conflicto de los distintos Estados antes que a dictar normas materiales. Sin embargo, en materia contractual pueden citarse como ejemplos de normas materiales los artículos 175, 188 y 194. Las convenciones interamericanas dictadas a partir de 1975 al amparo de la Organización de Estados Americanos en Panamá, Montevideo y La Paz, están estructuradas, algunas, sobre la base de coordinar normas de conflicto y, otras, con preponderancia de normas materiales. Entre estas últimas se puede citar la Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, la Convención sobre Prueba de Información Acerca del Derecho Extranjero, la Convención sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado y la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Fuera del ámbito panamericano resulta particularmente interesante el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías que reúne un relevante número de normas materiales. Los convenios internacionales que contienen normas materiales pueden derogar el derecho interno que exista en esa materia, o bien, complementarlo. En el primer caso no se presentarán problemas de conciliación de normas jurídicas emanadas de distintas fuentes. En el segundo caso los problemas son complejos, ya que es preciso definir el ámbito de aplicación de cada una de las normas.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Sobre la unificación del Derecho Internacional Privado en América Latina, véase Villela. Ob. cit. Pág. 233.

<sup>69</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 120.

Las normas materiales que emanan de arbitrajes internacionales son relativamente frecuentes aunque no existe un procedimiento internacional adecuado que permita conocerlas. Se puedan citar, como ejemplo de normas materiales, los fallos dictados según el procedimiento de la Cámara de Comercio Internacional de París y de la Asociación Americana de Arbitraje.

Finalmente, debe destacarse el sinnúmero de normas materiales que surgen del llamado “derecho espontáneo”. Estas normas encuentran su fuente en contratos internacionales celebrados a lo largo de todo el mundo, básicamente en materias de carácter comercial. Incluso en contratos internacionales las partes, al crear normas materiales que los rijan, derogan las normas de Derecho Privado internas con las cuales el negocio se encuentra conectado.<sup>70</sup> La *lex mercatoria* o derecho espontáneo “se apoya sobre organizaciones profesionales que elaboran un Derecho corporativo; utiliza contratos-tipo; manifiesta una marcada predilección por el arbitraje; está animada por el sentimiento profundo de que el medio del comercio internacional debe estar regido por normas específicas; etc.”.<sup>71</sup> La *lex mercatoria*, desde este punto de vista, constituye una reacción contra el estatismo.<sup>72</sup> Es importante señalar que, aun cuando no sea el caso chileno, existe una tendencia importante de la doctrina que ha sido recogida en algunas legislaciones y que propicia el que un contrato no debe quedar sustraído de toda ley estatal. Ello por cuanto existen garantías nacionales que apuntan a proteger ciertos intereses generales o enfoques especiales en determinadas materias en las que los Estados estiman que, atendido el desarrollo incipiente del Derecho Internacional y la inexistencia de una autoridad internacional central, no es posible prescindir de un ordenamiento estatal que las tutele.<sup>73</sup>

Quintín Alfonsín distingue tres etapas por las que ha pasado el sistema de regula-

ción de los contratos internacionales, analizando las fuentes del Derecho Internacional Privado. En la primera etapa, el contrato internacional simplemente queda sometido a las disposiciones para uso interno que tiene establecida la *lex fori*. Tales normas son extrañas al comercio internacional. En una segunda fase, se mantiene la técnica de someter el contrato internacional a disposiciones nacionales, pero ya no a aquellas de uso interno sino a otras establecidas para uso internacional. La tercera etapa, finalmente, supone que el contrato deja de estar regulado por normas nacionales y pasa a serlo por disposiciones internacionales. En esta última etapa el Derecho Internacional Privado ya no es más un derecho de remisión y se transforma en un derecho material, que contiene soluciones directamente aplicables al caso. Esta tercera fase, aún incipiente, será la definitiva para nuestra disciplina, en opinión de Alfonsín.<sup>74</sup> Esta solución material, propiciada por otros autores como Steindorff, Jitta, Kollewijn, Kosters y Hijmans,<sup>75-76</sup> no parece posible en la medida que pretenda desplazar enteramente el método conflictual como veremos más adelante.

En cuanto al funcionamiento de las normas materiales podemos decir que ellas se aplican antes que las reglas de conflicto. Al respecto ha señalado Boggiano: “En la materia específica que regulan, las normas materiales y de policía son exclusivas y excluyen las normas de conflicto, porque las consecuencias jurídicas de estas últimas pueden remitir la solución del caso a un derecho extranjero cuyo contenido concreto el legislador forzosamente ignora y, por tanto, no puede juzgarse compatible con las consecuencias jurídicas materiales de las normas de esta índole...”<sup>77</sup>

Hay también normas materiales que, más que una función supletoria de normas

<sup>70</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 308.

<sup>71</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 125.

<sup>72</sup> Ibídem.

<sup>73</sup> Ibíd. Pág. 127.

<sup>74</sup> Quintín Alfonsín. Citado por Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 281.

<sup>75</sup> Ernst Steindorff. Citado por Miaja de la Muela. Ibíd. Pág. 282.

<sup>76</sup> Acerca del aporte doctrinal en materia de sustantivismo, véase Aguilar Navarro. Ob. cit.

Pág. 104.

<sup>77</sup> Ibíd. Pág. 141.

de conflicto, llevan a cabo una complementaria con éstas. Además, incluso las normas supletorias deben adaptarse al sistema jurídico de que forman parte, de manera de entregar a los particulares una solución armónica, conflictual y material.

En la hermenéutica de una norma material incorporada en un convenio internacional, el intérprete debe buscar la interpretación que esté más acorde con el fin perseguido, esto es, con la unificación material. Solo podrá refugiarse en el derecho interno si se conculcan principios generales de la *lex fori*. En este último caso podría dejarse de lado esa interpretación para hacer primar una que esté de acuerdo con dichos principios. En cuanto a la interpretación de normas materiales emanadas de contratos internacionales debe estarse a la voluntad de las partes, de ser ello posible.<sup>78</sup>

El ámbito de aplicación de las normas materiales se encuentra claramente circunscrito, al menos en lo que respecta a las que reconocen una fuente internacional, que son las más relevantes para nuestra disciplina. En efecto, ellas se sitúan en el régimen de la contratación, de la reglamentación del delito civil y la responsabilidad, del comercio en general, del transporte, etc.<sup>79</sup> Esta constatación tiene especial relevancia al analizar la posibilidad de que este método desplace al sistema conflictual.

#### 4. POSIBILIDAD DE QUE EL METODO MATERIAL DESPLACE AL CONFLICTUAL

¿Puede el sistema material llegar a reemplazar al método conflictual? Esta pregunta es muy importante. De poder contestarse afirmativamente podríamos decir que el método conflictual está en vías de desaparición. En caso contrario, debemos constatar que aun cuando el método de atribución presente defectos como los que se han señalado precedentemente, no existe aún la posibilidad cercana de reempla-

zar este sistema por el de normas materiales.

Obviamente, habría más posibilidades de sustituir el método conflictual por el método material si normas materiales existieran por igual en todas las ramas del derecho. Por el contrario, si el método material simplemente se aplica en determinados campos, sin que pueda extenderse a los otros, al menos estos últimos continuarán regidos por normas de conflicto. Como hemos señalado con anterioridad, reglas materiales de Derecho Internacional Privado solo han podido sistematizarse en ámbitos vinculados al comercio internacional. Tal como apuntan Loussouarn y Bourel, existen países que tienen códigos de comercio internacional, pero ninguno ha tenido la necesidad de contar con un Código Civil internacional.<sup>80</sup>

Además, si se examinan una por una las fuentes de normas materiales podremos constatar que todas ellas, o bien requieren del método conflictual, o bien son insuficientes para desplazarlo.

Loussouarn y Bourel han sostenido que las normas materiales de origen legislativo son incapaces, por naturaleza, de desplazar, como sistema, el método conflictual por cuanto sólo pueden aplicarse una vez que la norma de conflicto designe a un sistema jurídico determinado para regir el asunto.<sup>81</sup> Citan como ejemplo decisivo el Código de Comercio checoslovaco de 1964. Ese cuerpo legal dispuso en su artículo 3º una norma de conflicto para determinar cuándo se aplica dicho Código. En consecuencia, para aplicar las disposiciones materiales sobre comercio internacional es preciso decidir primero que el derecho checoslovaco es aplicable, para lo cual debió establecerse una norma de conflicto.<sup>82</sup>

Las normas materiales de origen jurisprudencial, si bien –con la prevención ya señalada– por naturaleza pueden desplazar el método conflictual, como hemos visto, suponen la existencia de un juez nacional

<sup>78</sup> Ibíd. Pág. 310.

<sup>79</sup> Aguilar Navarro. Ob. cit. Pág. 105.

<sup>80</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 85.

<sup>81</sup> Ibíd. Pág. 77.

<sup>82</sup> Ibíd. Pág. 76.

competente. Dicho juez, como órgano del Estado, no podrá sino establecer normas materiales locales, ya que él es garante únicamente de su propio sistema jurídico.<sup>83</sup>

Los tratados internacionales, en principio, pueden llevar a la derogación de normas conflictuales por materiales, ya que el método conflictual, en teoría, solo podría tener que realizar la elección si las legislaciones internas son diferentes. Sin embargo, a menudo la decisión acerca de aplicar normas materiales emanadas de tratados internacionales pasa por resolver en forma previa, que se trata efectivamente de un asunto internacional. Esta operación presenta reminiscencias indesmentibles del método conflictual y, en especial, de las calificaciones.<sup>84</sup> Además, existen otras razones para sostener que una eventual eliminación total del método conflictual por esta vía no parece posible. En primer lugar, porque una convención que establezca normas uniformes se incorpora al derecho de los Estados signatarios, quienes la aplicarán con amplitud. Pero, obviamente, la convención no podrá incorporarse al derecho de terceros Estados, allí los jueces continuarán resolviendo la cuestión al margen del tratado y de acuerdo con las normas generales sobre conflictos de leyes.<sup>85</sup> En segundo lugar, porque muchas convenciones que establecen normas materiales uniformes no han tenido el cuidado de definir con precisión su campo de aplicación. En consecuencia, el método conflictual renace aunque sea para determinar en qué consiste un contrato internacional y a cuáles se aplica la convención.<sup>86</sup> En tercer lugar, porque en las materias en que no han podido ponerse de acuerdo los Estados signatarios en normas materiales uniformes, los mismos tratados contemplan normas de conflicto.<sup>87</sup>

Las normas materiales que emanan de arbitrajes internacionales son por naturaleza aptas para desplazar el método conflictual. Además, ellas presentan la ventaja,

frente a las que emanan de tribunales estatales, que, en especial si se trata de árbitros arbitradores, no existe un sistema nacional que los árbitros deban tutelar. Por ello existe la posibilidad en este campo de no aplicar normas estatales determinadas, de combinar distintas leyes, de considerar la *lex mercatoria*, etc. Sin embargo, será difícil que surja de esta fuente un sistema internacional de normas materiales, por cuanto las sentencias arbitrales internacionales no se publican, lo que dificulta sistematizarlas en un cuerpo orgánico.<sup>88</sup>

Las normas materiales que constituyen el derecho espontáneo en principio son aptas para desplazar el método conflictual. No obstante, es preciso distinguir si en el caso concreto ha habido o no conflicto. Si no ha habido conflicto el derecho espontáneo ha cumplido su cometido, pero su rol ha quedado desconocido para los juristas, porque ha permanecido reservado a las partes. Por el contrario, si ha habido conflicto el juez tomará en consideración la *lex mercatoria*, pero con la salvedad de que la dejará de lado en todo aquello que contradiga el derecho estatal. Esta será la respuesta en los países en los cuales no se acepta que el contrato exista al margen de una regulación nacional, que no es el caso chileno, en nuestra opinión. Sin duda un tribunal arbitral estará más dispuesto a dejar de lado el derecho estatal que un tribunal ordinario. Pero incluso si el juez árbitro o el juez estatal –si se acepta que el contrato exista al margen de una ley nacional– aplican el derecho espontáneo, el método conflictual conservará un dominio residual. Existe mucha materia que las partes no han podido razonablemente prever en un contrato y el derecho espontáneo no es más que un conjunto incompleto de normas. En consecuencia, para llenar el vacío el juez podrá crear directamente el derecho aplicable o buscar principios comunes a los derechos nacionales envueltos. Pero en estos casos, los jueces tienden a aplicar, aunque sea a título subsidiario, el método conflictual.

<sup>83</sup> Ibíd. Pág. 78.

<sup>84</sup> Ibíd. Pág. 79.

<sup>85</sup> Ibíd. Pág. 80.

<sup>86</sup> Ibídem.

<sup>87</sup> Ibídem.

<sup>88</sup> Ibíd. Pág. 83.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que no parece posible, por el momento, que el método conflictual sea desplazado totalmente por el método material. Simplemente existirán más o menos normas materiales que deberán convivir con un importante sustrato de normas de conflicto.

## 5. LA NORMA DE POLICIA

Hemos dicho que el legislador, cada vez que se enfrenta a un caso con elementos internacionales y que, como tal, se encuentra vinculado a distintos ordenamientos jurídicos, puede emplear diversos métodos para abordarlo. Se ha señalado que puede solucionarlo directamente mediante una norma sustantiva de carácter material, que respete el elemento internacional envuelto; y que también puede regular el tráfico externo localizando la relación jurídica en un ordenamiento distinto de la *lex fori*, empleando para ello el método conflictual. Sin embargo, se ha pretendido también que, como otra alternativa, el legislador puede, ante un caso multinacional, prescindir del elemento externo envuelto en la situación jurídica y entregar una solución nacional de aplicación necesaria. Este último sistema constituye las llamadas “normas de policía”, las que, como veremos más adelante, han sido objeto de discusión en cuanto a si forman o no un sistema independiente o son simplemente un conjunto de excepciones a los otros dos métodos, el material y el de conflicto, especialmente a este último.

Las normas de policía han existido siempre en los ordenamientos jurídicos y surgen de la simple constatación de que existen casos con elementos internacionales que el legislador no está dispuesto a entregar al tráfico externo y, por el contrario, conserva para sí. La cuestión es saber si estas normas de policía, cuya existencia nadie discute, son materia del Derecho Internacional Privado o simplemente constituyen derecho nacional y si, supuesto que fueren materia de Derecho Internacional Privado, forman un método propio, distinto del conflictual y del material.

El punto de partida de cualquier estudio sobre las normas de policía debe ser la

constatación de hecho de que existen normas, aunque no constituyan un conjunto, que se refieren a casos con elementos internacionales, pero que, despreciando los elementos foráneos envueltos, entregan para esas situaciones jurídicas soluciones nacionales. El porqué existen estas normas, cómo distinguirlas de otras de Derecho Internacional Privado o de Derecho Público, cuál es su finalidad, cuál es su estructura, cómo funcionan, cómo deben interpretarse, en qué ámbito se aplican y si pueden recogerse en el foro normas de policía extranjeras, son todas preguntas que no tienen una solución clara. Todo el sistema de normas de policía, supuesto que existe tal sistema, ha sido materia de discusión doctrinaria. Podemos decir que el estudio de esta clase de reglas es uno de los más oscuros y difíciles del Derecho Internacional Privado y no ha sido tratado con profundidad en nuestro país. Por eso en este artículo nos limitaremos a entregar ciertas consideraciones que sitúen el problema y constituyan un camino para abordarlo.

Francescakis, quien revolucionó la doctrina al introducir el concepto de normas de aplicación inmediata, inició el estudio de las normas de policía con una constatación: la jurisprudencia no siempre sigue el programa que propone el método conflictual para abordar un caso. Ella actúa como si existieran leyes del foro que se aplican inmediatamente. Tales normas tienen la particularidad de que no parten de una relación humana determinada para decir a través de qué ley queda regida, sino que, por el contrario, parten de un tipo de leyes para decir luego cuál es su campo de aplicación.<sup>89</sup> El procedimiento que emplean estas normas para abordar el caso, según Francescakis, es opuesto al del método conflictual: se examina primero la ley para ver su campo de aplicación y luego la situación jurídica para apreciar si aquélla la alcanza.<sup>90</sup>

La explicación acerca de la proliferación de estas normas así como el esfuerzo por sis-

<sup>89</sup> Ph. Francescakis. Ob. cit. Pág. 3.

<sup>90</sup> Ibíd. Pág. 5.

tematizarlas arranca de una realidad: la crítica que ha sufrido el método conflictual en el sentido de ignorar éste el creciente intervencionismo del Estado en las relaciones privadas y el efecto que esta actitud ha supuesto para el Derecho Privado y para el Derecho Internacional Privado.<sup>91</sup> Ahora que se dice que casi todo es Derecho Público y que el ámbito de la autonomía de la voluntad debe decrecer cada vez más, las normas de policía aparecen como una tabla de salvación que permite seguir abordando con criterios relativamente internacionales asuntos que de otro modo quedarían regidos directamente por el Derecho nacional, incluso por el Derecho Público. Algunos autores han llegado a sostener que es saludable esta intromisión del Derecho nacional para regular el tráfico externo, atendidas las dificultades del método conflictual.<sup>92</sup> Esta verdadera invasión del Derecho Público en el Derecho Privado, estrecha cada vez más las fronteras de la libertad contractual. Al respecto bastan dos ejemplos. Primero: las relaciones laborales se encuentran regladas en nuestro país de tal modo que, aun cuando consideremos el Derecho del Trabajo como Derecho Privado, deberemos convenir que el margen reservado a la libertad contractual se encuentra disminuido. Además, en materia laboral existe tal número de prescripciones administrativas sobre higiene y seguridad en el trabajo que, como dicen Loussouarn y Bourel, resulta inconcebible que las relaciones entre empleadores y trabajadores queden sujetas a una ley distinta de la territorial.<sup>93</sup> Segundo: tradicionalmente la protección de los incapaces y, en especial la de los menores, ha quedado entregada a la familia y, consecuentemente, a la ley personal. Sin embargo, cada vez más el Estado ha pretendido asegurar protección a los incapaces a través de medidas de asistencia educativa, sobre todo a los menores. Esta protección es difícilmente conciliable con la ley personal, y se aviene mejor con la ley territorial.<sup>94</sup> Baste recordar el caso Boll.

<sup>91</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 161.

<sup>92</sup> Al respecto véase ibídem.

<sup>93</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 169.

<sup>94</sup> Ibídem.

Así, la intervención estatal en las relaciones privadas emanadas de imperativos sociales y económicos va corriendo la frontera del Derecho Privado, reduciendo su ámbito, y con él, el del método conflictual.<sup>95</sup> Esto no significa prejuzgar acerca de la distinción entre Derecho Público y Privado, hoy tan discutida.

Como se ha visto, las normas de policía tienen la particularidad de excluir determinadas materias del tráfico externo desconociendo la relevancia jurídica que presentan los elementos foráneos envueltos en la relación. Si es así, ¿por qué valdría la pena incluir estas normas en un sistema y hacer de este sistema un método de Derecho Internacional Privado? Carrillo Salcedo ha respondido a esta pregunta sosteniendo que existe una doble razón, práctica y teórica: “de una parte, la necesidad de comprender ciertos aspectos de nuestro sistema positivo y de nuestra jurisprudencia; de otra, la conciencia de que las normas de Derecho interno de aplicación necesaria ponen de manifiesto hasta qué punto corresponde a cada ordenamiento estatal la iniciativa en la organización de la reglamentación del tráfico externo”<sup>96</sup>

Intentar un concepto de normas de policía es muy difícil por cuanto supone tomar partido acerca de distintas opiniones doctrinarias sobre estas normas; sin embargo, creamos avanzar en este estudio conceptualizando estas reglas, aunque sea por exclusión.

En primer lugar es preciso distinguir las normas de policía de las normas coactivas del Derecho interno, como sería, por ejemplo, aquella que prohíbe en nuestro país la compraventa entre cónyuges. Las normas de policía abarcan casos multinacionales. Las normas coactivas de Derecho interno a casos puramente internos. Si se consideran normas de policía todas las normas coactivas de Derecho interno, se extiende indebidamente el campo de aquellas.<sup>97</sup> Distinto es aceptar que la norma coactiva de Derecho interno pueda ser reflejo de un principio

<sup>95</sup> Ibídem.

<sup>96</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 93.

<sup>97</sup> Sobre esta materia véase Boggiano. Ob. cit. Pág. 317.

general de la *lex fori*. En tal caso, dicho principio operará como un resguardo de orden público frente a la aplicación del Derecho extranjero, como cláusula de reserva, esto es, a posteriori, una vez conocido el tenor del Derecho extranjero y solo si este es inconciliable con la *lex fori*.

En segundo lugar es preciso distinguir también las normas de policía de las normas de Derecho Público. Esta distinción no ha sido aceptada por todos los autores. Tal es el caso de Francescakis.<sup>98</sup> Sin embargo, se ha sostenido también que, aun cuando se aceptara que las normas de policía y las de Derecho Público tienen la misma finalidad –proteger la organización económica, política y social de un país– el método es distinto. La norma de policía que se sitúa en el ámbito del “conflicto” con las otras legislaciones, fuerza la competencia del orden jurídico a que pertenece, extendiéndola, por un motivo relativo a su contenido. Por el contrario, las normas de Derecho Público no presentan problemas de conflictos de leyes sino que la repartición de su competencia viene dada por el Derecho Internacional Público, independientemente del contenido de las normas de Derecho Público de cada país.<sup>99</sup> La repartición de las competencias entre los distintos Estados se rige por criterios materiales, es decir, en relación con el objeto que se reglamenta, v. gr., la nacionalidad chilena se rige por la ley chilena, y la francesa por la ley francesa. No hay conflicto de leyes, porque las leyes de los distintos Estados no tienen el mismo objeto y no hay límites espaciales en estas normas.<sup>100</sup> Se dice que las normas de Derecho Público dicen relación con la estructura y organización del Estado, mientras que las normas de policía se vinculan a la organización de la sociedad.<sup>101</sup> Finalmente, las normas de policía, a diferencia de las normas de Derecho Público, se refieren a las relaciones entre particulares.<sup>102</sup> También han

hecho la distinción entre reglas de Derecho Público y normas de policía, aunque por otras razones, Gothot,<sup>103</sup> Lequette y Karraquillo.<sup>104</sup>

En tercer lugar es necesario asimismo distinguir las normas de policía de las leyes políticas. Arminjon las asimilaba.<sup>105</sup> Leyes políticas son las que hacen excepción a principios o reglas de Derecho en atención a consideraciones estatales, de un partido, de una clase social, de creencias o de ideas. El tema de las leyes políticas se ha planteado más bien para excluir la aplicación de leyes extranjeras normalmente importantes que puedan ser calificadas como políticas. Algunos fallos en Europa han rechazado la aplicación de leyes extranjeras por considerar las normas políticas.<sup>106</sup> Miradas desde el ángulo del Estado que las dicta, las leyes políticas pueden ser de aplicación necesaria. Sin embargo, la asimilación de las normas de policía a las normas políticas no es conveniente, por cuanto por esta vía se restringiría enormemente el campo de aquellas. Por otra parte, si solo fueran de policía las normas políticas, jamás podrá pensarse en la aplicación de normas de policía extranjeras. Además, en muchos casos las normas políticas serán consideradas normas de Derecho Público y, por lo tanto, su aplicación quedará excluida por el foro en razón de la unidad de competencia legislativa y judicial que existe en el ámbito del Derecho Público.<sup>107</sup> Las normas políticas podrían ser una especie en el género de las normas de aplicación nece-

<sup>98</sup> Francescakis. Ob. cit. Pág. 15.

<sup>99</sup> Pierre Mayer. *Les lois de police étrangères*. Ob.

cit. Pág. 302.

<sup>100</sup> Ibídem.

<sup>101</sup> Ibídem. Pág. 303.

<sup>102</sup> Ibídem. Pág. 311.

<sup>103</sup> Citados por Mayer. Ob. cit. Pág. 301.

<sup>104</sup> Citado por Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 179.

<sup>105</sup> Al respecto merecen citarse tres fallos: el de la Corte Federal Alemana de 17 de diciembre de 1959 en el caso Woller, el de la Corte de Casación de Bélgica de 2 de junio de 1960 y el de la Corte Suprema de Suecia de 21 de marzo de 1961. Véase Ibíd. Pág. 179.

<sup>106</sup> En los últimos tiempos se ha comenzado a aceptar, en forma muy incipiente aún, la posibilidad de aplicar normas de Derecho Público extranjero en el foro. A pesar de lo anterior, la tendencia absolutamente dominante es la unidad de la competencia legislativa y judicial en materias de Derecho Público.

saria. Sin embargo, el concepto de norma política es demasiado vago. Por ello, solo sirve para rechazar la aplicación de leyes extranjeras en casos puntuales.<sup>108</sup>

En cuarto lugar las normas de policía deben también distinguirse de las normas territoriales; aun cuando muchas de las normas de policía sean efectivamente territoriales. El esfuerzo doctrinario de quienes son partidarios de las normas de policía se ha encaminado precisamente a sostener que no necesariamente las normas de policía son territoriales sino que pueden usar también conexiones personales. En este sentido ya Francescakis había adelantado opinión,<sup>109</sup> pero tal vez Gothot ha sido más enfático.<sup>110</sup> Entre los factores de conexión personales que pueden usar las normas de policía el más importante será, sin duda, la nacionalidad.

En quinto lugar las normas de policía se han distinguido también de otras normas de aplicación necesaria. De esta manera la norma de aplicación necesaria aparece como el género y la norma de policía como la especie, aunque sea la más importante.<sup>111-112</sup> Mayer distingue tres clases de normas de aplicación necesaria: aquellas que son el resultado del convencimiento del Estado de que su norma es tan excelente que debe tener un campo de aplicación más amplio que el que resultaría de la norma de conflicto; aquellas que el Estado quiere imponer a sus nacionales en relación con obligaciones particulares o para asegurarles una protección indispensable; y finalmente, aquellas en que el criterio de conexión establecido por la norma de conflicto que rige la materia en la cual ellas intervienen no es suficiente para asegurar su aplicación a situaciones en las que, por razones específicas

derivadas del contenido o del fin de la norma, ellas deben aplicarse.<sup>113</sup> La primera clase de normas de aplicación necesaria, llamadas por Mayer “normas de aplicación necesaria por narcisismo”, pecan gravemente contra el espíritu internacionalista.<sup>114</sup> La segunda clase de normas de este género incluye aquellas que los Estados imponen a sus nacionales en materias familiares, tales como la obligación de casarse bajo forma religiosa. Estas reglas serán de aplicación necesaria solo si el criterio de conexión de la regla bilateral es la nacionalidad. La tercera clase de normas puede, a su vez, subclaseificarse en tres especies:<sup>115</sup> normas que pretenden proteger a la parte más débil de un contrato y para ello deben aplicarse con un criterio objetivo para que no sean eludidas; normas que deben ser aplicadas uniformemente en el territorio a fin de permitir sujetarse a todos quienes actúan en ese territorio a principios estables sin tener que verificar el sistema que los gobierna y, finalmente, normas que tienen en vista no solo a los particulares sino a una colectividad más amplia que no sería integralmente tomada en cuenta por la norma de conflicto.<sup>116</sup> Según Mayer, en estricto rigor, solo las normas pertenecientes a esta última clase serían auténticamente de policía.<sup>117</sup>

Habitualmente se han confundido las normas de policía con las normas unilaterales. Incluso, se suele afirmar que la norma de policía es una especie de norma unilateral.<sup>118</sup> Así las normas de policía serían una manifestación de unilateralismo parcial.<sup>119-120</sup> Sin embargo, Mayer ha intentado demostrar que las normas de policía no constituyen una aplicación moderna de la

<sup>108</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 180.

<sup>109</sup> Francescakis. Ob. cit. Pág. 17.

<sup>110</sup> Gothot. Ob. cit. Pág. 216.

<sup>111</sup> En este sentido Mayer. Ob. cit. Pág. 288.

<sup>112</sup> También hace la distinción entre normas de policía y de aplicación inmediata François Rigaux. “La méthode des conflits de lois dans les codifications en projets de codification de la dernière décennie”. Artículo publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé*. Año 1985. N° 1. Pág. 9.

<sup>113</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 288.

<sup>114</sup> Ibídem.

<sup>115</sup> Esta materia será tratada con más detalle más adelante, por lo que ahora sólo se enuncia.

<sup>116</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 291.

<sup>117</sup> Ibídem.

<sup>118</sup> Véase Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 141.

<sup>119</sup> Acerca de este tema véase Gothot. Ob. cit. Pág. 221.

<sup>120</sup> Véase también Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 172.

doctrina unilateralista.<sup>121</sup> Sostiene que las normas de policía no sustraen al orden jurídico extranjero una parte de la materia que a éste le atribuye la norma de conflicto bilateral. Más bien ellas se sustituyen puntualmente, en función de su contenido, a las reglas del orden jurídico extranjero. Esta diferencia provoca las siguientes consecuencias. En primer lugar, cuando una norma unilateral es competente para regir un determinado asunto, ella debe aplicarse cualquiera sea el contenido que tenga la ley extranjera correspondiente. Por el contrario, la norma de policía no será aplicada sino en la medida en que lo requiera su propio contenido. De esta manera, por ejemplo, una regla protectora de los consumidores no desplazará la ley aplicable por la norma de conflicto sino en la medida en que la protección que la norma de policía ofrece sea superior a la del derecho aplicable.<sup>122</sup> En nuestra opinión ello conduciría a aplicar a posteriori la norma de policía, lo que no se condice con lo que habitualmente es considerado como el funcionamiento propio de esta clase de normas. En segundo lugar, si una norma de conflicto unilateral es adoptada por el Estado para regir una materia cualquiera, las modificaciones a la legislación de fondo aplicable no afectarán la competencia de ese orden jurídico. Por el contrario, una ley de policía no podría ser modificada sin que haya que preguntarse si el nuevo contenido que se le otorga a la regla justifica para ella un dominio de aplicación necesario.<sup>123</sup> En tercer lugar, una norma de conflicto unilateral hace aplicable a un número indeterminado de normas de un mismo ordenamiento. Una norma de policía solo hace aplicable su propia disposición.<sup>124</sup> Siguiendo esta línea de argumentación Mayer llega a sostener que no es de policía sino de conflicto unilateral la norma francesa que hace aplicable el derecho de ese país a los transportes efectuados desde o hacia un puerto francés, norma de po-

licía considerada como clásica por otros autores.<sup>125-126</sup>

También es preciso distinguir la norma de policía de la norma material, aun cuando existan normas materiales que seaninderogables por la voluntad de las partes. La diferencia estriba en que la norma material crea una solución directa y sustancial aplicable al caso multinacional, mientras que la norma de policía hace aplicable el derecho material propio, pero el común, redactado sin considerar el elemento internacional del caso.<sup>127-128</sup>

Finalmente, la norma de policía también debe distinguirse del concepto de orden público. El orden público es un concepto que reúne un conjunto de principios que conforman la llamada “convicción común de la sociedad”. Su aplicación, en consecuencia, es a posteriori, es decir, luego de ser conocido el contenido del derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto. El orden público, entonces, opera como una cláusula de reserva. Por el contrario, la norma de policía opera precisamente a priori, es decir, antes de conocerse el contenido del derecho extranjero. Puede decirse que el orden público conlleva un juicio de disvalor acerca del derecho extranjero, mientras que la norma de policía contiene un juicio de sobrevaloración del derecho propio. Sería lamentable que pudieran confundirse ambos conceptos, por cuanto ello redundaría en una hipertrofia de la norma de policía, por una parte y, por la otra, en un oscurecimiento del concepto de orden público. Así, por ejemplo, las normas sobre matrimonio, divorcio y filiación, son disposiciones que a menudo conllevan principios de orden público y que no sue-

<sup>125</sup> Ibídem.

<sup>126</sup> En contra véase Boggiano. Ob. cit. Pág. 314.

Boggiano cita como ejemplo de norma de policía el artículo 604 de la Ley de Navegación argentina que contiene una disposición semejante a la francesa que se comentó.

<sup>127</sup> Ibíd. Pág. 319.

<sup>128</sup> En contra Miaja de la Muela. Ob. cit. Pág. 292. Miaja de la Muela sostiene que lo normal es que toda regla material aplicable al tráfico privado internacional sea de aplicación inmediata y que estas últimas sean materiales y territoriales.

---

<sup>121</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 298.

<sup>122</sup> Ibíd. Pág. 299.

<sup>123</sup> Ibídem.

<sup>124</sup> Ibíd. Pág. 300.

len considerarse que son de policía en Derecho Internacional Privado.<sup>129</sup> Solo si se concibe el orden público como un conjunto de disposiciones y no como un conjunto de principios que subyacen en las disposiciones será posible confundirlo con las normas de policía.<sup>130</sup> Considerar el orden público un conjunto de normas importa un menor respeto al derecho extranjero y constituye una grave limitación a su aplicación.<sup>131</sup> En efecto, si se estima que existen disposiciones de orden público, el ordenamiento local estaría dividido en normas que son de orden público –a menudo las más relevantes– y otras que no lo son. Todas aquellas materias que de alguna manera afecten las convicciones de la sociedad deberían considerarse de orden público y, por lo tanto, sustraídas al tráfico externo. La norma de conflicto queda reducida, entonces, al ámbito en el cual no existan disposiciones de orden público, esto es, básicamente, al Derecho Comercial Internacional. Además, aquellas materias que no son de orden público, admitirían, sin exámenes posteriores, la aplicación del derecho extranjero, cualquiera fuere el contenido de ese derecho. El derecho local, al menos en teoría, habría empleado ya el resorte necesario para excluir la aplicación de normas que atenten contra su convicción. Si ha admitido el tráfico externo en determinadas materias, ha sido justamente por cuanto en ese ámbito le ha sido indiferente al foro el contenido de la ley extranjera aplicable. Considerar al orden público como conjunto de principios, produce un efecto radicalmente distinto. Solo las normas de policía excluyen a priori la aplicación del derecho extranjero. Todas las situaciones jurídicas

quedan reguladas no por normas de esta clase abiertas a la posibilidad de quedar regidas por una norma extranjera, si ella no atenta contra la convicción común local. Sin embargo, el foro no resigna de la facultad de revisar el contenido del derecho extranjero, cualquiera sea el ámbito en el cual se aplique. En consecuencia, a posteriori, esto es, conocido el tenor del derecho extranjero, este puede ser declarado inaplicable si atenta contra los principios de orden público. Así, y gracias a la cláusula de reserva que el orden público conlleva, es posible ampliar el campo de aplicación abierto a la norma extranjera, ya que no existe el temor de tener que aplicar una norma contraria a la convicción común. La distinción entre principios de orden público y normas de policía no es general. Algunos autores consideran que son dos nociones que se confunden.<sup>132-133-134-135</sup>

A lo largo de estas páginas, y por vía de exclusión, hemos intentado conceptualizar las normas de policía. Estamos conscientes de que un concepto elaborado de esta manera no es perfecto. Más bien, el examen comparativo de estas normas con otras distintas con las que suelen confundirse simplemente permite tener una noción de las normas de policía que nos permitirá seguir avanzando en su examen.

Interesante resulta detenerse en la finalidad que se atribuye a esta clase de normas. Al respecto se ha escrito que las leyes de po-

<sup>129</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 100.

<sup>130</sup> Giuseppe Sperduti. "Le lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public". Artículo publicado en la *Revue Critique de Droit International Privé*. 1977. N° 2. Pág. 257.

<sup>131</sup> Francescakis. Ob. cit. Págs. 3 y 7. Francescakis sostiene que la jurisprudencia considera a ciertas normas francesas de aplicación necesaria tanto como normas de policía y seguridad como leyes de orden público. Agrega que ambas nociones coinciden si se las considera en su acepción más amplia.

<sup>135</sup> Gothon. Ob. cit. Pág. 214. Gothon sostiene que las leyes de aplicación inmediata son disposiciones de orden público, pero entendiendo esta última noción en un sentido distinto que en el sistema bilateral donde no es más que un mecanismo que permite rechazar la aplicación de la ley extranjera competente.

<sup>129</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 178.

<sup>130</sup> Acerca de la distinción entre orden público como conjunto de principios y como conjunto de disposiciones, véase Goldschmidt. Ob. cit. Pág. 149. Goldschmidt defiende la tesis, que nosotros compartimos, en el sentido que el orden público es un conjunto de principios subyacentes en las normas.

<sup>131</sup> Lamentablemente la jurisprudencia chilena ha seguido esta tesis, v. gr., entre muchos otros fallos. *RDJ*. 1962. Sec. 1<sup>a</sup>. Pág. 261; *RDJ*. 1964. Sec. 1<sup>a</sup>. Pág. 129; *RDJ*. 1964. Sec. 1<sup>a</sup>. Pág. 165.

licía se justifican por la garantía social que encarnan, frente a otras que se caracterizan por la protección personal que conceden.<sup>136</sup> Estas normas, de garantía social, solo tienen en cuenta las exigencias del ordenamiento jurídico del foro y más precisamente su eficacia y homogeneidad.<sup>137</sup> Por eso deben prevalecer sobre las normas de conflicto. En consecuencia, las normas de policía se refieren a aquellas materias que afectan la organización política del Estado y a aquellas relativas a objetivos sociales y económicos que el Estado protege a través de estructuras organizadas o controladas estatalmente.<sup>138</sup> Esta tesis viene de Francescakis, quien sostuvo que cada vez que la organización del Estado está involucrada resulta difícil aplicar leyes extranjeras, o incluso imposible, porque la organización estatal no acepta la inclusión de elementos heterogéneos a ella misma. El Estado tiene como primer deber la protección de su orden interno. Incluso se ha sostenido que el cumplimiento de este deber permite servir mejor el orden internacional.<sup>139-140</sup> El problema es que si se acepta que esta es la finalidad de las normas de policía, resulta difícil, como apunta Mayer, distinguir entre estas normas y las leyes de Derecho Público, distinción que es preciso hacer como se ha visto.<sup>141</sup> Las normas de policía, atendida su finalidad, más que reglas que dicen relación con la estructura del Estado, son organizadoras de la sociedad.<sup>142</sup> Ellas se caracterizan porque en razón del vínculo que existe entre su contenido y su fin, su aplicación es necesaria.<sup>143</sup> Se trata de normas en las que el criterio de vinculación que ha elegido la norma de conflicto que rige la materia en las cuales ellas intervienen no permite asegurar su aplicación a las situaciones en que, en razón de su contenido o su finalidad, ellas deben ser aplicadas. Como ya se ha visto, esta

clase de normas comprende varias materias.<sup>144</sup> En primer lugar, aquellas gobernadas por reglas que pretenden proteger a la parte más débil de un contrato y para ello deben aplicarse con un criterio objetivo para que no sean eludidas. Si no existiera este criterio objetivo, estas normas podrían ser eludidas por la sumisión voluntaria del contrato a una ley distinta. Entre estas normas pueden citarse las normas laborales y las que protegen la libre competencia.<sup>145-146</sup> En segundo lugar, aquellas materias reguladas por normas que deben ser aplicadas uniformemente en el territorio a fin de permitir a todos quienes actúan en ese territorio, sujetarse a principios estables sin tener que verificar el sistema que los gobierna. En la medida que, de acuerdo con la norma de conflicto, otra ley distinta de la territorial puede ser aplicada –en particular la ley de la autonomía de la voluntad o la ley nacional–, aquella debe tener un dominio de aplicación necesario. Las normas que establecen la capacidad de cada uno de los cónyuges –cuálquiera sea su régimen matrimonial– para celebrar ciertos actos que obliguen al patrimonio social pueden ser incluidas en esta clase de reglas. Si la ley chilena hubiera regido la capacidad por la ley personal, un ejemplo en esta materia habría sido constituido por el antiguo artículo 147 del Código Civil, mediante el cual se presumía la autorización del marido en la compra de cosas muebles que la mujer hacía al contado y en las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia. En tercer lugar, aquellas materias regidas por normas que tienen en vista no solo a los particulares sino a una colectividad más amplia que no sería integralmente tomada en cuenta por la norma de conflicto. Esta categoría de normas

<sup>136</sup> Aguilar Navarro. Ob. cit. Pág. 99.

<sup>137</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 100.

<sup>138</sup> Ibíd. Pág. 106.

<sup>139</sup> Francescakis. Ob. cit. Pág. 13.

<sup>140</sup> En el mismo sentido, véase Boggiano. Ob. cit. Pág. 314.

<sup>141</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 302.

<sup>142</sup> Ibíd. Pág. 303.

<sup>143</sup> Ibíd. Pág. 344.

<sup>144</sup> Aquí hemos seguido el criterio propuesto por Mayer. Ob. cit. Pág. 298. El análisis que sigue está tomado del mismo autor.

<sup>145</sup> También considera normas de policía a las laborales Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 92.

<sup>146</sup> Incluye también entre las normas de policía las que protegen el sistema de libre competencia y, en general, las destinadas a tutelar a la parte más débil en un contrato. Boggiano. Ob. cit. Pág. 315.

de policía crece constantemente por cuanto el Estado está interesado cada vez más en la incidencia de ciertas relaciones privadas sobre la vida social, considerando como colectividad a aquellas personas que habitan el territorio. En nuestro país este aserto parece más claro si se recuerda el artículo 14 del Código Civil que hace aplicable la ley chilena a todos quienes habitan el territorio. Normas que protegen a los menores a fin de procurar evitar un daño posterior a la sociedad, reglas que establecen la reajustabilidad de las obligaciones o su nominalismo, pueden ser incluidas entre esta clase.<sup>147</sup> Como se ha dicho, en estricto rigor –según Mayer– solo esta última clase de normas son auténticamente normas de policía, ya que en ellas entre el criterio especial y el contenido de la regla existe un vínculo racional. Se ha elegido el criterio atendiendo a la política perseguida por el autor de la regla.<sup>148</sup>

Merece especial atención el estudio de la estructura de la norma de policía, la que ha sido calificada de ambigua.<sup>149</sup> Se ha sostenido que la norma de policía presenta la estructura de una norma de conflicto unilateral inderogable, que remite la solución del asunto al derecho propio.<sup>150-151</sup> Este criterio para distinguir las normas de policía de las normas de conflicto, es formalista. Otorga carácter de norma de policía a aquellas reglas en las cuales el legislador determina él mismo el campo de aplicación en el espacio para la disposición, generalmente bajo la forma de una norma unilateral, campo de aplicación más extenso que el que tradicionalmente se entrega a la norma de conflicto. Con este criterio debe considerarse como de policía la norma francesa ya comentada, que sujeta a esa ley los transportes desde y hacia puertos franceses.<sup>152</sup> Sin embargo, este cri-

terio no es útil por cuanto, como anteriormente hemos concluido, lo que caracteriza las normas de policía más que su estructura es su finalidad y contenido, que exigen, que sean de aplicación necesaria. Además, ¿cómo podríamos decir que es la estructura de las normas laborales, de protección de menores, de resguardo de la libre competencia, la que permite considerarlas de policía?, ¿qué de particular tiene la estructura de esas normas comparadas con otras del derecho nacional? Parece claro que no existe otra alternativa que atender al contenido y finalidad de estas normas para distinguirlas de las materiales y de conflicto, aun cuando la aplicación de este criterio puede ser más compleja que un simple recurso a la estructura normativa. Por lo demás, de aceptarse un criterio formalista serían muy pocas las normas de policía que podrían ser reconocidas, por lo que, en el mejor de los casos, el criterio sería insuficiente.

En cuanto al funcionamiento de las normas de policía debe destacarse que ellas son excepcionales en relación con el método conflictual, esto es, derogan a este último sistema.<sup>153</sup> Por eso, suele decirse que las normas de policía son especiales y que, en ese carácter, desplazan las de conflicto que son generales; las normas de policía excluyen toda otra regulación.<sup>154</sup> El juez debe aplicar su propio derecho allí donde normalmente, de acuerdo a las normas de conflicto, debiera regir un derecho extranjero. La *lex fori* se aplica sin la mediación de la norma de conflicto, derogándola.<sup>155</sup> Incluso puede sostenerse que las normas de policía distorsionan el funcionamiento de las normas de conflicto tradicionales.<sup>156</sup> Lo que parece claro es que el funcionamiento de la norma de policía necesariamente debe entenderse en relación con el método conflictual. Esto significa que existe complementación entre uno y otro sistema, porque ambos son aptos para regir la misma situación. Puede sos-

<sup>147</sup> También considera como normas de policía las de protección de menores Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 93.

<sup>148</sup> Ibíd. Pág. 291.

<sup>149</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit.. Pág. 104.

<sup>150</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 314.

<sup>151</sup> Acerca de la distinción entre normas unilaterales y de policía recuérdese este mismo artículo.

<sup>152</sup> Al respecto véase Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 175.

<sup>153</sup> Rigaux. Ob. cit. Pág. 12.

<sup>154</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 314.

<sup>155</sup> Gothot. Ob. cit. Pág. 214.

<sup>156</sup> Rigaux. Ob. cit. Pág. 11.

tenerse que la norma de policía supone el método conflictual en la medida que necesita una norma de conflicto que desplazar.

En cuanto a la fuente de las normas de policía es poco lo que puede decirse. No cabe duda que el origen de estas normas debe ser estatal. Nadie sino el Estado puede crear normas de policía. Ello porque la finalidad de esta clase de normas es preservar la estructura social cuya organización le corresponde al Estado a través de las normas que él dicta por medio de sus distintos órganos. No hay normas de policía de fuente internacional ni emanan estas de la voluntad de las partes. Por ello, no cabe la creación analógica de normas de policía por los jueces.<sup>157-158-159</sup> Las normas de policía son excepcionales y, por ello, su interpretación siempre debe ser restrictiva.<sup>160-161</sup>

Resta abordar un tema muy complejo cual es el de la posibilidad de aplicar normas de policía extranjeras. Diversos autores aceptan la aplicación de normas de policía extranjeras.<sup>162-163</sup> Se han dado muchas razones para aceptar la aplicación en el foro de esta clase de normas, partiendo de la base de que deben concordarse los intereses del Estado extranjero, los de los particulares y los del Estado del foro. En primer lugar, la tesis de la territorialidad absoluta de las leyes de policía conduce al juez a rehusar la ayuda que le solicita la sociedad extranjera aunque ella no le demande mayor actividad. No se trata de inclinarse frente a la voluntad de un Estado extranjero, sino de constatar un interés –el cual a menudo es el de los particulares sometidos a la norma, sean éstos consumidores, trabajadores o terceros contratantes– y que no es el del Estado del foro.<sup>164</sup> En segundo lugar, el principio general de armonía internacional

de las soluciones y de reconocimiento de las decisiones del foro, hace conveniente aplicar las normas de policía extranjeras. De otro modo, la solución del litigio dependerá del lugar donde se plantee.<sup>165</sup> En tercer lugar, la aplicación que haga el Estado de normas de policía extranjeras permitirá que exista una mayor probabilidad de que en el extranjero puedan aplicarse las normas de policía del foro.<sup>166</sup> Sin embargo, en opinión de Mayer, la aplicación de estas reglas no puede ser obligatoria para el juez. Sostiene Mayer que esta conclusión surge del hecho de que en Francia el juez no está jamás obligado a aplicar una ley extranjera ni siquiera dentro del ámbito del método conflictual.<sup>167</sup> Por lo tanto, a *fortiori*, menos aún podría estar obligado a aplicar una norma de policía extranjera. Esta opinión la sostenía Mayer aún para el caso de que la Corte de Casación francesa desestimara la doctrina del fallo Bisbal, como efectivamente ocurrió. Para negar aplicación a las normas de policía extranjeras debiera sostenerse no solo que el Estado no tiene ninguna razón para beneficiar a otros Estados a través de sus órganos, sino además que el Estado debe rehusar aplicar estas normas porque su aplicación serviría a los designios de los autores de esas leyes y que es conveniente contrariar sistemáticamente esos intereses aplicando otra norma.<sup>168</sup> Tal conclusión sería absurda. Por lo tanto, podemos concluir que las normas de policía extranjeras deben aplicarse, siempre que no sean contrarias a nuestro orden público.<sup>169-170</sup>

El problema más agudo consiste en precisar el sistema mediante el cual se aplicarán las normas de policía extranjeras, esto es, qué normas de policía extranjeras son las que deben aplicarse y conforme a qué criterios.

<sup>157</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 324.

<sup>158</sup> En el mismo sentido Aguilar Navarro. Ob. cit. Pág. 101.

<sup>159</sup> También en el mismo sentido Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 108.

<sup>160</sup> Ibídem.

<sup>161</sup> En el mismo sentido Boggiano. Ob. cit. Pág. 321.

<sup>162</sup> Boggiano. Ob. cit. Pág. 325.

<sup>163</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 344.

<sup>164</sup> Ibídem. Pág. 320.

<sup>165</sup> Ibídem.

<sup>166</sup> Ibíd. Pág. 321.

<sup>167</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 326. El artículo de Mayer que se ha citado es anterior a los últimos fallos de la Corte de Casación francesa que imponen, en ciertos casos, la aplicación de oficio de la ley extranjera. Véase Bureau. Ob. cit.

<sup>168</sup> Ibíd. Pág. 312.

<sup>169</sup> Ibíd. Pág. 313.

<sup>170</sup> En el mismo sentido Boggiano. Ob. cit. Pág. 325.

La solución más simple es recurrir al método bilateral. Esto significa que se aplicará una norma de policía extranjera siempre que ella resulte aplicable por haber sido designado competente el ordenamiento a que pertenece.<sup>171-172</sup> Esta fórmula proviene de Francescakis.<sup>173</sup> Esta tesis presenta una variante. En el caso de que el ordenamiento designado por la regla de conflicto bilateral contenga una norma de policía que tiene una autolimitación, en la medida que no se encuentre la situación especial en los presupuestos de aplicación de la norma, dicha decisión debe ser respetada por el derecho del foro.<sup>174-175</sup> La solución de intercalar el sistema bilateral en el de las normas de policía para determinar la aplicabilidad de normas de aplicación inmediata extranjeras parece simple. No obstante, ha sido criticada por cuanto importa desconocer el carácter de norma de policía de la regla extranjera.<sup>176</sup>

La segunda solución que pretende escapar a la crítica anterior, consiste en bilateralizar la norma de policía del foro, con lo cual se deroga la norma general de conflicto del propio foro. Se llega así a la aplicación de una ley extranjera, que puede o no ser de policía en el país de origen, pero que se construirá sobre una regla de policía del foro. Esta tesis, propuesta por Rigaux,<sup>177</sup> ha sido criticada desde dos puntos de vista. En primer lugar, porque no existe una concepción común a todos los Estados de la cual se pueda extraer el criterio conforme al cual se bilateralizarán las normas de policía. Una misma norma puede ser de policía en un país y no en el otro y ¿de qué sirve aplicar como norma de policía extranjera una

norma que no tiene ese carácter para el Estado cuyo sistema se pretende preservar?<sup>178</sup> En segundo lugar, porque las conexiones que tiene la norma de policía del foro pueden ser tan amplias que no sea posible bilateralizarlas.<sup>179</sup>

Una tercera solución, desde un punto de vista unilateralista clásico, consiste en negar la posibilidad de aplicar normas de policía extranjeras. No se trata en este caso de rechazar la aplicación de esta clase de normas porque se prefiera la *lex fori* o porque el contenido de las normas de policía extranjeras contravenga el del foro, sino simplemente porque el sistema de normas de policía de cada Estado está al servicio del respectivo Estado y, por lo tanto, aunque el contenido de la norma de policía extranjera sea idéntico a la del foro, aquella está al servicio de un Estado extranjero, el que, a través de ella, persigue su propia política.<sup>180</sup> Este criterio lleva a descartar la aplicación de normas de policía extranjeras y es criticable por las razones por las cuales nosotros hemos defendido la aplicación de esta clase de normas por los Estados.

Una cuarta solución consiste en aplicar la norma de policía extranjera conforme a su propia voluntad de aplicación, esto es, respetando los límites que la propia norma de policía se ha impuesto.<sup>181</sup> Este sistema ha sido criticado por cuanto no está claro cómo se decidirá, sin recurrir al método bilateral o a otro sistema distinto de la mera voluntad de aplicación de la norma, en el caso de que dos normas de policía tengan voluntad de aplicarse.<sup>182</sup> Sin embargo, a pesar de la crítica, en los proyectos de legislación del Benelux se ha aceptado que las disposiciones de un país en el cual el contrato se encuentre manifiestamente localizado y que, por su naturaleza u objeto excluyan la aplicación de toda otra ley, no pueden ser rechazadas por

<sup>171</sup> Carrillo Salcedo. Ob. cit. Pág. 164.

<sup>172</sup> En el mismo sentido Boggiano. Ob. cit. Pág. 325.

<sup>173</sup> Francescakis. Ob. cit. Pág. 11.

<sup>174</sup> De Nova. Citado por Gothot. Ob. cit. Pág. 229.

<sup>175</sup> Acerca de la distinción entre competencia de una ley y su dominio de aplicación en el espacio, véase Mayer. Ob. cit. Pág. 282.

<sup>176</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 191.

<sup>177</sup> Rigaux, citado por Gothot. Ob. cit. Pág. 230.

<sup>178</sup> Gothot. Ob. cit. Págs. 232 y 234.

<sup>179</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 191.

<sup>180</sup> Acerca de comentarios en torno a esta tesis véase Gothot. Ob. cit. Pág. 237.

<sup>181</sup> El iniciador de este criterio ha sido Wengler. Véase Gothot. Ob. cit. Pág. 239.

<sup>182</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 192.

la voluntad de las partes.<sup>183-184</sup> La solución de aplicar normas de policía en cuanto tales ha sido propuesta por Mayer<sup>185</sup> y tiene la ventaja, según su autor, que no importa renunciar a la norma de conflicto del foro y, al mismo tiempo, pretende respetar, en la mayor medida de lo posible, el carácter especial que tienen las normas de policía en el sistema a que pertenecen. El propio Mayer reconoce que existen casos en los cuales debe rechazarse la aplicación de una norma de policía extranjera aun cuando ella tenga la voluntad de aplicarse. El juez estaría tentado de rechazar la aplicación de una norma de policía extranjera si la norma quiere aplicarse a una situación sin que ella sea realmente necesaria para la realización de la política que ella persigue; si los intereses que tienden a la aplicación de la norma de policía no son legítimos; y si el sistema político y económico extranjero apela en forma sistemática al procedimiento de normas de policía.<sup>186</sup> Por lo tanto, desde la Convención de Roma se le entregan criterios al juez para que distinga, según expresión del propio Mayer, las "buenas" y las "malas" normas de policía. En primer lugar, el juez debe tener en consideración la naturaleza de las disposiciones imperativas. Ello le permitirá rechazar las normas de aplicación necesaria que no sean auténticas normas de policía, parti-

cularmente aquellas que tienen tal carácter porque el legislador las encuentra tan excelentes que les otorga un campo de aplicación más amplio que el de la norma de conflicto. En segundo lugar, el juez debe verificar el objeto de la norma de policía y cerciorarse de que este objetivamente reclame su aplicación. En tercer lugar, el juez debe examinar las consecuencias que tendría el aplicar o no la norma de policía extranjera.<sup>187</sup> Estos criterios pueden parecer demasiado vagos, Mayer lo reconoce,<sup>188</sup> pero no es concebible, al menos por el momento, que el Estado acepte sin más aplicar todas las normas de policía extranjeras y, por lo tanto, aumenta la previsibilidad si al juez se le entregan por lo menos criterios a los cuales deba atenerse.

Resta ocuparnos del caso de que la norma de policía extranjera que debía ser aplicada no tenga voluntad de regir la situación planteada. Se ha sostenido que el foro debe respetar la llamada "autolimitación" de la norma de policía.<sup>189</sup> Parece razonable que si la ley de policía extranjera que debe aplicarse no tiene voluntad de hacerlo –y ello aparece expresamente– se respete dicha voluntad y, por lo tanto, se rija la situación por la regla complementaria del ordenamiento competente.<sup>190</sup> A falta de indicación expresa del legislador extranjero, su ley de policía no debe considerarse autolimitada sino en dos casos: cuando protege puros intereses colectivos dejando de lado los que le impondría satisfacer en beneficio de los particulares y cuando su contenido está ligado a circunstancias, especialmente económicas, que no necesariamente pueden verificarse en el extranjero.<sup>191</sup>

## 6. POSIBILIDAD DE QUE LAS NORMAS DE POLICIA DESPLACEN AL METODO CONFLICTUAL

La pregunta que surge, ahora examinadas las normas de policía con relativa de-

<sup>183</sup> Gothot. Ob. cit. Pág. 241.

<sup>184</sup> Esta solución pasa por aceptar que los contratos tienen una localización objetiva, la que habría que determinar con criterios parecidos a los que señalan Batiffol y Lagarde. Esta tesis ha sido analizada por nosotros en otra oportunidad, no obstante por la amplitud que nuestra legislación atribuye al principio de la autonomía de la voluntad las partes podrían elegir una ley distinta a la que corresponda conforme a la localización objetiva del contrato. Pese a ello la localización objetiva sí sería útil para elegir entre dos o más normas de policía extranjera que tengan voluntad de aplicarse a un caso concreto. Sobre la localización objetiva del contrato y la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, véase Carlos Villarroel y Gabriel Villarroel. "Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales". Ob. cit. Págs. 351 y ss.

<sup>185</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 319.

<sup>186</sup> Ibíd. Pág. 324.

<sup>187</sup> Ibídem.

<sup>188</sup> Ibíd. Pág. 325.

<sup>189</sup> Rigaux. Ob. cit. Pág. 13.

<sup>190</sup> Mayer. Ob. cit. Pág. 344.

<sup>191</sup> Ibídem.

tención, es saber si es posible que este sistema pueda desplazar el método conflictual. Ello no parece posible.

Ya hemos visto que no es fácil establecer, con absoluta certeza, un sistema que nos permita definir cuáles son las normas de policía.

Los criterios formalistas no entregan una solución razonable porque se limitan a estudiar la estructura de la norma de policía para concluir que ella es semejante a la de la norma de conflicto, con la salvedad de que los factores de conexión empleados apuntan todos a designar como aplicable el orden jurídico del foro. La elección del derecho aplicable, tratándose de una norma de policía sería una elección de ley con los ojos abiertos, en vez de hacerla con los ojos cerrados como la propone el sistema conflictual. El problema es múltiple. En primer lugar, queda sin explicación el hecho de que existan normas que presentan las características señaladas, supuesto que las tengan. Una explicación para ello necesariamente pasa por aceptar para esas normas una finalidad especial que justifica su aplicación extensiva. En segundo lugar, los factores de conexión que emplean las normas de policía no presentan diferencias técnicas con los que se emplean dentro del método conflictual. En realidad se trata de las mismas conexiones, aunque es preciso reconocer que tienen preeminencia aquellas de índole territorial, aun cuando es corriente que se use la nacionalidad en el caso de aplicación extraterritorial de la norma. En tercer lugar, porque aceptando que una norma de policía pudiera distinguirse del resto por características de estructura ¿cómo explicar que normas que habitualmente se tienen por tales, como las normas laborales, de protección de menores y otras que hemos visto sean normas de policía?, ¿dónde están las particularidades estructurales de dichas normas? En cuarto lugar, porque la aplicación de un criterio de esta naturaleza lleva a considerar como normas de policía clásicas a algunas que, si bien son de aplicación necesaria, es discutible que sean de policía. Nos referimos al citado ejemplo de la norma francesa que hace aplicable la ley de ese país para los transportes que llegan o salen de puerto francés.

Las teorías finalistas, si bien son ciertamente más satisfactorias, tampoco han podido delimitar con exactitud un criterio que permita distinguir las normas de policía de las de conflicto. Decir que las normas de policía son aquellas que se han dictado para responder a imperativos socioeconómicos del Estado o con el objeto de organizar la sociedad, no es suficiente. En efecto, en este caso no habría una diferencia de naturaleza entre las normas de policía y las otras leyes, porque en un Estado moderno se puede decir que todas las normas tienen por objeto servir imperativos sociales o económicos.<sup>192</sup> Por eso se podría afirmar que en realidad entre las normas de policía y las otras reglas solo existe una diferencia de grado. Esta constatación es importante, porque hace cierta la dificultad de la distinción. Siempre quedaría por resolver cuáles intereses sociales o económicos son tan imperiosos como para que sean protegidos por normas de policía.<sup>193</sup> Además resultará difícil poder configurar una categoría o bloque homogéneo de normas de policía. Los esfuerzos de sistematización tropezarán siempre con la dificultad que solo existe una diferencia de grado entre la calificación de una norma como de policía o material o de conflicto. Habría que examinar caso por caso el carácter especial que tendría en la situación concreta el resguardo del interés social o económico.<sup>194</sup> El riesgo de error judicial en esta materia aumenta, con la tremenda consecuencia de que de considerarse una norma como de policía se excluirá a priori la aplicación del derecho extranjero, mientras que en caso contrario, tal derecho será recibido por el foro y aplicado en tanto no viole la convicción común de la sociedad. Como se aprecia, el resultado es diferente tratándose de la institución del orden público, por cuanto esta última concepción se ha ido decantando y porque, en todo caso, operaría a posteriori, esto es, una vez conocido el tenor del derecho extranjero.

La constatación acerca de que no es posible descubrir un criterio satisfactorio y

<sup>192</sup> Loussouarn y Bourel. Ob. cit. Pág. 182.

<sup>193</sup> Ibídem.

<sup>194</sup> Ibídem.

preciso que permita distinguir las normas de policía de las otras reglas del ordenamiento ha llevado a algunos autores, como Loussouarn y Bourel, a poner en duda la posibilidad de erigir aquellas en un sistema, porque no puede construirse un sistema sobre la base de excepciones.<sup>195</sup>

El que las normas de policía constituyan un método independiente del sistema conflictual y material ha sido también criticado desde otro punto de vista. Se dice que para que constituyan un sistema distinto es preciso establecer un criterio acerca de su aplicación, especialmente atendido que los autores que defienden esta clase de normas han rechazado fundarlas sobre el principio de territorialidad. Si es posible aplicar una norma de policía –según Loussouarn y Bourel– es porque existe un vínculo entre la situación jurídica de que se trata y el país del foro. Este vínculo puede revestir diversas formas, el lugar de cumplimiento de un acto, el hecho de encontrarse una persona o cosa en un determinado lugar, etc., pero siempre existe un vínculo.<sup>196</sup> El vínculo o conexión es la expresión misma del método conflictual. Por lo tanto, para sostener el particularismo del método de normas de policía frente al método conflictual, es preciso acreditar que los factores de conexión utilizados para la determinación del campo de aplicación en el espacio de las normas de policía es diferente de aquellos empleados por el método conflictual.<sup>197</sup> Por eso, autores como Maury consideran las normas de policía como normas de conflicto excepcionales, ya sea por su contenido o por su campo de aplicación.<sup>198</sup> La necesidad de encontrar conexiones especiales resultaría de la incapacidad de los factores de conexión clásicos para determinar el campo de aplicación en el espacio de las normas de policía. En consecuencia, es preciso descubrir nuevos factores de conexión, en especial si se tiene presente que las normas de policía

proliferan en ámbitos nuevos de actividad que no se acomodan bien a los principios de solución tradicionales.<sup>199</sup> Como no existen muchos factores de conexión nuevos, se ha buscado encontrar la particularidad de estas normas por la vía de sostener que su novedad consiste en la combinación de los factores ya conocidos o en su uso alternativo.<sup>200</sup> Se puede decir, en primer lugar, que las normas de policía, por lo general, emplean criterios de conexión territoriales aun cuando, excepcionalmente, pueden usar criterios personales, como la nacionalidad. En segundo lugar, que los factores de conexión, tratándose de normas de policía, se refieren más a situaciones de hecho que a nociones jurídicas; por ejemplo, se prefiere la residencia o la habitación a la noción de domicilio. Sin embargo, esta preferencia de las normas de policía por este tipo de factores de conexión no es exclusiva de este método, sino que constituye una tendencia que alcanza al método conflictual. En tercer lugar, que los factores de conexión empleados por las normas de policía generalmente son copulativos. Ello con el objetivo de alcanzar un campo de aplicación exorbitante en relación al método conflictual. Como es así, a menudo ocurrirá que se produzcan situaciones de distorsión en el Derecho Internacional Privado, en la medida que se hará más corriente el cúmulo de legislaciones para solucionar un asunto.<sup>201</sup> Para autores como Loussouarn y Bourel esta adaptación de los factores de conexión es insuficiente para que se pueda hablar realmente de un método distinto al conflictual.<sup>202</sup>

El sistema de normas de policía ha sido también criticado por algunos en la medida que no se ha entregado un criterio claro conforme al cual se puedan aplicar normas de policía extranjeras.<sup>203</sup> Ya hemos mencionado las críticas que es posible formular a cada uno de los sistemas conforme a los cuales se preconiza la aplicación de normas de policía extranjeras.

<sup>195</sup> Ibíd. Pág. 183.

<sup>196</sup> Ibíd. Pág. 185.

<sup>197</sup> Ibídem.

<sup>198</sup> Maury. Citado por Loussouarn y Bourel. Ibídem.

<sup>199</sup> Ibíd. Pág. 186.

<sup>200</sup> Ibídem.

<sup>201</sup> Ibíd. Pág. 187.

<sup>202</sup> Ibíd. Pág. 189.

<sup>203</sup> Ibíd. Pág. 190.

Finalmente, como hemos visto, las normas de policía, en cuanto tales, suponen el método conflictual, al menos como un residuo al cual desplazan. Las normas de policía no pueden entenderse independientemente del método conflictual, del cual hacen excepción.

## 7. CONCLUSION

a) Nos parece que del estudio que hemos hecho surge como una conclusión irredargüible que el método conflictual, con todos sus defectos, constituye aún el principal sistema para abordar un caso con elementos internacionales.

b) También hemos constatado que ni el sistema material ni las normas de policía pueden, en un futuro cercano, excluir completamente el método conflictual. Se puede agregar que la crítica de este último sistema y el intento de sistematizar métodos diferentes constituye un sano esfuerzo por intentar abordar mejor los casos multinacionales, en la medida que no se pretenda erigir estos sistemas distintos en una alternativa global frente al método conflictual. La crítica al sistema de colisión a menudo olvida los defectos que presentan las otras soluciones, quizás más graves que los del propio método conflictual.

c) Pensamos que las alternativas al método conflictual no ahorran las dificultades técnicas que tiene aparejadas dicho método. En efecto, desde un punto de vista téc-

nico, las normas de policía son mucho más complejas que las de conflicto.

d) Tal vez la contribución más importante que han efectuado los autores que han pretendido sistematizar alternativas distintas al método de atribución ha consistido en hacer patente que el Derecho Internacional Privado no se reduce al método conflictual y, lo que es más importante, que las situaciones jurídicas que se resuelven con criterios distintos al de atribución también son objeto de nuestra disciplina y, por lo tanto, deben enfocarse con los criterios que esta entrega. Particularmente relevante resulta esta afirmación en relación con las normas de policía que, al incluirse dentro del Derecho Internacional Privado se excluyen del enfoque interno del caso, lo que podría traducirse en una aplicación exorbitante de este tipo de regla. El respeto al elemento internacional del caso es mayor en la medida que la solución a estas situaciones jurídicas continúe siendo un problema de Derecho Internacional Privado. Concluir de esta forma importa sostener que tanto el sistema material como las normas de policía, más que desnudar una crisis del método conflictual, han ampliado el ámbito del Derecho Internacional Privado para abarcar, con criterios internacionales, situaciones que de otro modo caerían de lleno en el derecho interno.

Por eso terminamos diciendo que la pretendida crisis del método conflictual no ha redundado sino en una mayor vitalidad para el Derecho Internacional Privado.



# INDICE

BIBLIOTECA DE INVESTIGACIONES  
JURIDICA Y SOCIALES  
FACULTAD CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Prefacio .....	7
----------------	---

## *Capítulo I*

### CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Razón de ser del Derecho Internacional Privado .....	11
2. Carácter internacional del Derecho Internacional Privado .....	11
3. Carácter privado del Derecho Internacional Privado .....	12
4. Ámbito de aplicación del Derecho Internacional Privado .....	13
5. Definición de Derecho Internacional Privado .....	16

## *Capítulo II*

### EL TRAFICO JURIDICO EXTERNO

1. El elemento internacional relevante .....	17
2. Universalismo y particularismo en el Derecho Internacional Privado .....	17
3. Rol del ordenamiento estatal .....	19
4. Directrices internacionales para la reglamentación del tráfico externo .....	20

## *Capítulo III*

### FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Fuentes internas .....	21
2. Fuentes internacionales .....	22
3. Historia de la unificación del Derecho Internacional Privado en América Latina .....	23

## *Capítulo IV*

### INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA NORMA DE CONFLICTO

1. Actitudes teóricas que pueden adoptarse frente a un caso con elementos internacionales relevantes .....	27
2. Estructura de la norma de conflicto .....	27
3. Características de la norma de conflicto .....	28
4. Críticas al método conflictual .....	29

5. Clasificación de las normas de conflicto .....	29
6. Los factores de conexión .....	31
7. La elección de los factores de conexión .....	31

### *Capítulo V*

#### LAS CALIFICACIONES

1. Concepto de calificación .....	35
2. Origen del problema de las calificaciones .....	35
3. Calificación conforme a la <i>lex fori</i> , a la <i>lex causae</i> o de acuerdo con el método comparativo .....	36
4. El proceso de calificación .....	38
5. El derecho chileno en materia de calificación .....	39

### *Capítulo VI*

#### EL REENVIO

1. Concepto de reenvío .....	41
2. Orígenes del reenvío .....	41
3. Requisitos para estar en presencia de un problema de reenvío .....	42
4. Explicación del reenvío por la coordinación de las reglas de conflicto .....	43
5. Aceptación del reenvío por la doctrina y la jurisprudencia .....	43
6. <i>Foreign Court Theory</i> o “reenvío total” .....	46
7. Límites a la aplicación del reenvío .....	47
8. El reenvío en el derecho chileno .....	47

### *Capítulo VII*

#### LA CUESTION PREVIA

1. Concepto de cuestión previa .....	49
2. La teoría de la equivalencia y las teorías de la jerarquización .....	49
3. Opinión de Pierre Mayer .....	50
4. Críticas a las teorías de la jerarquización .....	51
5. La cuestión previa ante el derecho .....	52

### *Capítulo VIII*

#### PROBLEMAS TEMPORALES

1. Modificación del contenido de la regla de conflicto del foro .....	53
2. Modificación del contenido de la <i>lex causae</i> .....	53
3. Modificación del hecho que subyace en el factor de conexión: “el conflicto móvil” ..	54

*Capítulo IX*

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO EXTRANJERO PREVIAS AL ESTUDIO SOBRE LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO EN CHILE

1. Teorías de hecho .....	57
2. Teorías de derecho .....	57

*Capítulo X*

LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO EN CHILE

1. Régimen chileno anterior al tratado .....	59
2. Régimen chileno después del tratado con Uruguay .....	61
3. Consecuencias preliminares de haberse adoptado en Chile una teoría de hecho ..	64
4. El hecho fuera de la causa .....	65
5. Consecuencias de considerar el derecho extranjero como un “hecho fuera de la causa” .....	70

*Capítulo XI*

PRIMERA EXCEPCION A LA APLICACION DE LA LEY EXTRANJERA  
COMPETENTE: EL ORDEN PUBLICO

1. Concepto de orden público .....	83
2. Características de la institución .....	83
3. Alcance de la noción de orden público .....	86
4. El orden público y la preservación de los derechos fundamentales .....	86
5. El orden público y los tratados internacionales .....	87
6. Efectos del orden público .....	87
7. El orden público en el derecho chileno .....	89

*Capítulo XII*

SEGUNDA EXCEPCION A LA APLICACION DE LA LEY EXTRANJERA  
COMPETENTE: EL FRAUDE A LA LEY

1. Introducción a la teoría del fraude a la ley en Derecho Internacional Privado .....	91
2. Concepto de fraude a la ley .....	91
3. Requisitos del fraude a la ley .....	92
4. Distinción de la noción de fraude a la ley de otras nociones afines .....	93
5. Efectos de la aplicación de la noción de fraude a la ley .....	94
6. Consideraciones finales sobre el fraude a la ley .....	95

*Capítulo XIII*

LA NORMA MATERIAL

1. Ventajas del método material .....	97
2. Controversia acerca del método material .....	98

3. Especialidad de las normas materiales .....	99
4. Fuentes de normas materiales .....	99

*Capítulo XIV*

**LAS NORMAS DE POLICIA O NORMAS DE DERECHO INTERNO  
DE APLICACION NECESARIA**

1. Función de las normas de policía .....	101
2. Fundamentación teórica de las normas de policía .....	101
3. El caso Boll .....	102
4. Criterios para reconocer las normas de policía .....	104
5. Manejo de los distintos criterios de distinción de normas de policía .....	105
6. Clasificación de las normas de aplicación necesaria .....	106
7. Funcionamiento de las normas de policía .....	107
8. Distinción de las normas de policía respecto de otras clases de normas con las cuales pueden confundirse .....	107
9. Normas de policía extranjeras .....	109
10. Crítica al método de policía .....	110
11. Importancia de las normas de policía .....	111

*Apéndice*

**LA PRETENDIDA CRISIS DEL METODO CONFLICTUAL**

1. El método conflictual .....	115
2. Crítica al método conflictual .....	121
3. El método material .....	123
4. Posibilidad de que el método material desplace al conflictual .....	128
5. La norma de policía .....	130
6. Posibilidad de que las normas de policía desplacen al método conflictual .....	140
7. Conclusión .....	143

BIBLIOTECA DE INVESTIGACION  
JURIDICA Y SOCIAL  
FACULTAD CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES