

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Año I, Numero 1
Marzo 2015



ASOCIACIÓN CHILENA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



Comité Científico

Andrea Bonomi (Suiza); Fernando Cantuarias (Perú); Adriana Dreyzin de Klor (Argentina); José Carlos Fernández Rozas (España); Francisco González de Cossio (México); Eugenio Hernández Bretón (Venezuela); Pedro de Miguel Asensio (España); Leonel Pereznieto Castro (México); Mario Ramírez Necochea (Chile); Sixto Sánchez Lorenzo (España); Ruben Santos Belandro (Uruguay); Carlos Villarroel Barrientos (Chile).

Consejo de Dirección.

Ignacio García Pujol; Eduardo Picand Albónico; Hernán Ríos de Marimón; Ignacia Vial Undurraga; Gabriel Villarroel Barrientos; María Fernanda Vásquez Palma; Cristian Conejero Roos; Álvaro Vidal Olivares.

Consejo de Redacción.

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

INDICE.

Presentación.	1
Discurso Inaugural Primeras Jornadas ADIPRI sobre Derecho Internacional Privado.	3
Estudios.	
El Respeto a la Diversidad Cultural en el Derecho Internacional Privado de Familia.	7
La Lex Mercatoria: Un Referente en Nuestros Días.	27
La Adopción Internacional en Chile.	37
Jurisprudencia.	
Corte Suprema sentencia de 13 de agosto de 2013, Rol N° 1.224/2013. Recurso de Unificación de Jurisprudencia.	52
Comentario de sentencia Corte Suprema. Rol N° 1.224/2013. Inmunidades de Jurisdicción en el Derecho Chileno.	63
Corte Suprema sentencia de 2 de julio de 2014, Rol N° 7.480/2013. Recurso de Casación.	68
Comentario sentencia Corte Suprema, Rol N° 7.480/2013. Jurisdicción Chilena, Derecho Nacional y Bienes Situados en Chile.	72
Corte Suprema sentencia de 13 de octubre de 2014, Rol N° 1.270/2014 Exequátur.	75
Comentario sentencia Corte Suprema. Rol N° 1.270/2014. Laboratorios Kin S.A. v. Laboratorios Pasteur S.A.	85
Recensión Derecho Procesal Internacional Carola Canelo Figueroa Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición (2014).	93
Noticias.	
Primeras Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI)	95
Presentación de los libros “El Juicio Arbitral” (6ª edición) y “Estudios de Arbitraje” (2ª edición)	96
Corte Suprema de Chile crea la <i>Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos</i>	97
Presentación del libro “Derecho Procesal Internacional”	98
Convocatoria.	99

PRESENTACIÓN

La Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) fue creada el año 2014, por un grupo de profesores y jueces, con el propósito de renovar y fortalecer el estudio del Derecho Internacional Privado en Chile.

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

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

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

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

El primer número que hoy presentamos recopila las ponencias de las Primeras Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, llevadas a cabo en el mes de octubre de 2014, en la ciudad de Santiago de Chile, junto a otras secciones referidas a recensiones bibliográficas, comentarios de fallos y novedades.

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

PRESENTATION

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

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

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

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

The first issue which we present today gathers the presentations of the First Conference of the Chilean Association of Private International Law, which took place Santiago de Chile in October 2014, together with other sections referring to book reviews, columns on rulings and news.

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

PRESENTATION

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

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

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

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

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

La première livraison que nous présentons aujourd'hui rassemble les exposés des Premières Journées de l'Association Chilienne du Droit Privé, tenues en Octobre 2014 dans la ville de Santiago, avec d'autres sections concernant notes de lecture sur livres, commentaires de jugements et nouveautés.

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

Eduardo Picand Albónico
Presidente ADIPRI

Pablo Cornejo Aguilera
Secretario General ADIPRI

DISCURSO INAUGURAL
PRIMERAS JORNADAS ADIPRI
DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO.

Carlos Villarroel Barrientos¹

Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile,

Sr. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado,

Señoras y Señores,

Constituye para mí un honor inaugurar en esta Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica las primeras jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. Además de un honor, puedo decirles que con gran emoción doy inicio a estas jornadas. Para los profesores de esta disciplina en nuestro país, la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, ADIPRI, constituye un sueño hecho realidad. Por fin nuestra especialidad cuenta con una entidad organizada que se preocupa de los temas y quehaceres propios de esta rama del Derecho. No puedo dejar pasar esta ocasión sin rendir un sincero homenaje al profesor Eduardo Picand, quien se ha esmerado en constituir nuestra Asociación y en organizar estas jornadas. Sin su empuje, dedicación y esfuerzo, ninguno de nosotros estaría aquí.

Atendido que nos acoge la Pontificia Universidad Católica en el segundo día de estas jornadas, me parece oportuno recordar algunas de las palabras que Su Santidad el papa

Benedicto XVI iba a pronunciar en la Universidad de La Sapienza de Roma con ocasión del curso inaugural de 2008 y que no pudo hacerlo por la resistencia de un pequeño grupo de alumnos y profesores. El discurso se hizo público. Por eso lo podemos conocer. En esa oportunidad, el Santo Padre, un académico de renombre, recordaba lo que es la Universidad y su tarea. Decía el papa Benedicto XVI que “el verdadero e íntimo origen de la Universidad está en el afán de conocimiento, que es propio del hombre. Quiere saber qué es todo lo que le rodea; quiere la verdad”. Y agregaba, refiriéndose a la Facultad de Derecho que está al interior de la Universidad, “se plantea inevitablemente la cuestión de la relación entre praxis y teoría, entre conocimiento y obrar. Se trata de dar su justa forma a la libertad humana, que es siempre libertad en la comunión recíproca: el derecho es el presupuesto de la libertad, no su antagonista”. El Santo Padre apuntaba al meollo del derecho y, por ende, al del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado, como rama del derecho privado, encuentra en las relaciones comerciales internacionales su más profunda razón de ser. Se podría decir que en la normativa mercantil internacional privada existe el Derecho Internacional Privado puro, sin injerencia indebida del Estado, abriendo paso a la libertad humana, guiándola y pasando a ser su presupuesto. En efecto, los que nos dedicamos a esta disciplina podemos constatar que muchas áreas del Derecho Internacional Privado se encuentran influidas por los intereses estatales. Vale la pena, en esta ocasión, hacer una breve mención a las normas de aplicación necesaria o de policía, las cuales limitan la libertad de contratación para defender los intereses estatales. El orden público y el fraude a la ley constituyen otros ejemplos de la manera como el Derecho Internacional Privado »»

¹ Profesor Derecho Internacional Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile.

se ha ido permeando de intereses estatales. Cada vez son más los tópicos en los cuales el Estado no está dispuesto a ceder ámbitos de libertad a los particulares. Es por ello que el Derecho Comercial Internacional y, más precisamente, el derecho de la contratación mercantil internacional, constituye hoy por hoy un resabio de lo que es el Derecho Internacional Privado puro. Aquí los intereses estatales no son tan manifiestos y los particulares pueden darse la reglamentación que ellos desean. Los Estados dejan un campo más amplio para la autonomía de la voluntad.

Resulta notable que en el ámbito de la *lex mercatoria* los negocios internacionales sean cada vez más dinámicos, modernos y autorregulados. La *lex mercatoria* constituye el derecho que los propios comerciantes, esto es, las personas que trafican bienes y servicios, han querido darse para regular sus propias relaciones. Estamos hablando de un ámbito muy amplio, el cual gana y gana importancia en un mundo globalizado como el actual. Las contribuciones que los particulares han hecho al Derecho Internacional Privado han sido señeras, precisamente en el campo de la contratación internacional. Son los propios particulares los que se han dado las normas que rigen los negocios. En este sentido la contratación internacional en el Derecho Internacional Privado es un campo privilegiado comparándolo a otras disciplinas del derecho que están ahogadas por el peso de los intereses estatales. Destacados panelistas en el día de hoy nos ilustrarán con distintos ejemplos de cómo esta tendencia se ha ido encarnando en el Derecho Internacional Privado.

Me interesa destacar que no existe contratación internacional sin Derecho Internacional Privado. El Derecho Internacional Privado constituye el marco y el fundamento en el cual resulta lícito y apropiado regular por sí mismas las relaciones

comerciales internacionales. El Derecho Comercial y el Derecho Internacional Privado se dan la mano para facilitar el intercambio de bienes y servicios más allá de una frontera. En el siglo XXI es impensable concebir una sociedad que se encuentre al margen de la contratación internacional. Día a día, los particulares realizan actos jurídicos que traspasan las fronteras de los Estados en que se encuentran. La regulación de estas relaciones cae de lleno en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Todas las instituciones de nuestra disciplina siguen plenamente vigentes aquí, en la contratación internacional. Esta materia ha pasado a ser extraordinariamente relevante, no sólo por su importancia económica, sino también por la relevancia jurídica que tiene. La elección de ley y de foro y la regulación material, con todas sus implicancias, son plenamente vigentes en la contratación internacional. Más aún, la *lex mercatoria* constituye un ejemplo de un derecho material o conflictual creado por los propios particulares para regir sus relaciones comerciales. El Estado se ha hecho a un lado para permitir el desarrollo de una disciplina dinámica, actualizada y eficiente, que permite regular de manera segura las relaciones comerciales internacionales.

El Derecho Internacional Privado, en la contratación internacional, ha dejado de ser una rama oscura del derecho, una suerte de conocimiento “arcano”, propio de iniciados los cuales eran los únicos que poseían “el conocimiento” y podían moverse entre sus intrincados laberintos -el “sombbrero de copa del jurista”-, ajenos al abogado común y dentro del ámbito de especialistas. Atrás han quedado esos tiempos en los cuales el Derecho Internacional Privado era un conocimiento misterioso, gnóstico, reservado a “elegidos”, los cuales divagaban sobre problemas teóricos, bizantinos, complicados »»

y alejados del público profano, el cual podía prescindir de esta rama del derecho para ejercer la profesión. Permítaseme una digresión. Recuerdo con cariño una anécdota. Un destacado profesor, un verdadero maestro, ex decano de esta Facultad hace muchos años me decía -para ilustrar la dificultad de nuestra disciplina- que él soñaba -una pesadilla, por cierto- que lo llamaban de la Universidad para decirle que él no estaba incluido en las listas de alumnos que habían aprobado esta asignatura y que, por tanto, debía rendir examen de conocimientos relevantes sobre esta materia. La sola perspectiva, aunque fuera onírica, lo dejaba desvelado la noche entera. Ello permite apreciar el recelo que provocaba entrometerse en los laberintos del Derecho Internacional Privado, por una lado, y, por otro, ponía de manifiesto que los problemas de derecho que presentan las relaciones que traspasan las fronteras del Estado no estaban presentes en la vida profesional habitual de un abogado. Terminada la digresión podemos decir que la mala noticia es que el Derecho Internacional Privado ha pasado a ser una herramienta indispensable en las relaciones internacionales. Sin embargo, la buena noticia es que es que nuestra disciplina ha pasado a ser conocida de los llamados “profanos”.

Ahora el Derecho Internacional Privado en el ámbito de la contratación internacional se ha hecho más cercano, más acogedor y receptivo. Nuestra disciplina es ahora necesaria, diría más bien, indispensable para la formación profesional del abogado que se dedique a los negocios internacionales. Valga un ejemplo.

Hace unos años en muchas casas de estudios superiores de nuestro país -muchas en formación- se decidió que el Derecho Internacional Privado no era requisito indispensable en la formación de un licenciado en

Derecho. Nuestra disciplina pasó entonces a ser un ramo optativo. No mínimo. Hoy tal decisión sería impensable en un país como el nuestro que está abierto al comercio internacional. Más aún, nuestros alumnos han elegido especializarse en nuestra disciplina, nos buscan a los profesores para profundizar sus estudios y eligen al Derecho Internacional Privado como el ramo en el cual serán interrogados en su examen de licenciatura. Ha sido tanto el interés por nuestra disciplina que los profesores de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica hemos debido reestudiar el cedulario del examen de licenciatura para acercarlo a las inquietudes que están surgiendo en un mundo cambiante e interrelacionado.

Pero no basta la cátedra es preciso profundizar en la investigación. La investigación en Derecho Internacional Privado es escasísima en nuestro país y requiere que sea alentada. Por ello estas primeras jornadas de nuestra Asociación constituyen un ejemplo señero en cuanto a la investigación en el ámbito del Derecho Internacional Privado. En una disciplina en la cual existen pocos profesores que trabajen la jornada completa en la Universidad, el esfuerzo de quienes compartimos la cátedra con nuestra profesión es indispensable, no sólo por el escaso número de especialistas sino también porque es necesario contar con la experiencia profesional para poder hablar con propiedad de las dificultades prácticas de nuestra disciplina. El derecho es teoría y praxis, como decía Su Santidad Benedicto XVI.

Constituye para mí un honor que se encuentre entre nosotros el doctor Leonel Perezniesto Castro, quien dictará la conferencia inaugural de estas jornadas en el día de hoy. Constituye además un especial honor para mí el recibir y presentar ante ustedes al doctor Leonel Perezniesto. El doctor Perezniesto »»

es un destacadísimo especialista en Derecho Internacional Privado. Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, diplomado en estudios superiores en la Escuela Nacional de Administración Pública de Madrid, España, diplomado en estudios superiores en el Instituto Internacional de Administración Pública de Francia y doctor en Derecho Internacional Privado en la Universidad de París, tesis de grado que fue dirigida por el reconocido maestro de nuestra especialidad Henri Batiffol. El doctor Leonel Pereznieto ha tenido una dilatada experiencia académica como profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México y como profesor huésped en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en la Universidad de California, en la Universidad de Valencia, en la Universidad de Santiago de Compostela y en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Además, el doctor Pereznieto es un destacado autor de Derecho Internacional Privado, y los que hemos tenido el privilegio de leerlo, hemos podido constatar la profundidad de sus pensamientos, la claridad de su exposición y la agudeza de sus posiciones. Estamos en presencia de un académico de verdad y de tono mayor que enorgullece a esta casa de estudios y a nuestra Asociación.

Además del doctor Pereznieto, expondrán en esta ocasión destacados profesores de Derecho Internacional Privado de nuestro país, compañeros de cátedra y amigos y exalumnos de quien habla. María Fernanda Vásquez, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Talca, Ignacio García, profesor de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica, Carola Canelo, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile, Pablo Cornejo, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Alberto Hurtado,

y Sonia Zuvanich, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Magallanes. En estas jornadas se encuentra lo más granado de nuestra disciplina, todos quienes intervendrán para ilustrarnos sobre la contratación internacional desde distintos ámbitos.

La contratación internacional se aborda, así, desde varios ángulos para entregar una visión moderna del Derecho Internacional Privado. Están presentes el forum y el ius. Ambos el meollo de nuestra disciplina. Se trata entonces de un programa completo que incluye los grandes tópicos de la contratación internacional.

Quiero agradecer muy especialmente la presencia de todos quienes se encuentran acá, los cultores de nuestra disciplina, y de manera muy particular a nuestros expositores del día de hoy. Nuestra Asociación ha inaugurado sus primeras jornadas de la mejor manera que se podía hacer, con grandes expositores y con un respetable marco de público.

Muchas gracias. 

EL RESPETO A LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA.

*Ruben Santos Belandro*¹

RESUMEN.

La estabilidad que mostraba el Derecho de familia, que por lo general representaba la cultura, la tradición y la identidad de cada país, ha desaparecido casi totalmente. Fuertes vientos de cambio y una cierta homogeneidad de actitudes en la vida familiar a nivel mundial han destruido el bello y antiguo edificio, y los legisladores han debido acudir con prontitud para actualizar el Derecho positivo a la nueva realidad. La posibilidad de reconocer variadas formas de constituir una familia así como uniones de pareja, el reconocimiento de un cierto desinterés por establecer roles familiares en atención al sexo, la incidencia cada vez más invasiva de los derechos fundamentales en este ámbito, nuevas maneras de ser madre o padre y por ende, nuevos vínculos de filiación, son los retos que golpean la puerta del Derecho positivo tradicional con la finalidad de gozar de un espacio jurídico acorde a sus necesidades.

ABSTRACT.

The stability shown by Family Law, which generally represented the culture, tradition and identity of each country, has disappeared almost in its entirety. Strong winds of change and a certain uniformity of attitudes in family life worldwide have destroyed the beautiful, old construction, legislators have had to act fast to update positive law to a new reality. The possibility of recognizing different forms of constituting a family, as well as civil unions and the recognition of a certain disinterest to establish family roles according to gender, the ever more invasive advocacy into the fundamental rights in this field, new ways to be a mother or father and therefore, new bonds of affiliation, are the challenges faced by traditional positive law if it is to achieve a judicial space that suits its needs.

RESUMÉ.

La stabilité montrée par le droit de famille, étant généralement une représentation de la culture, la tradition et l'identité de chaque pays, a disparu presque entièrement. Un fort vent de changement et une certaine homogénéité d'attitudes dans la vie de famille au niveau mondial ont détruit le beau et vieux bâtiment, et les législateurs ont dû recourir rapidement à mettre à jour le droit positif prenant en compte la nouvelle réalité. La possibilité de reconnaître des formes diverses pour constituer une famille ainsi que couples, la reconnaissance d'une certaine désaffection pour l'établissement des rôles familiaux à l'égard du sexe, l'incidence de plus en plus invasive des droits fondamentaux dans ce domaine, de nouvelles manières d'être mère ou père et, par conséquent, de nouveaux liens de filiation, sont les défis qui frappent à la porte du droit positif traditionnel afin de jouir d'un espace juridique conforme à leurs besoins.

¹ Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad La República, Uruguay.

Estimadas autoridades y colegas presentes, mis palabras iniciales deben ser las de agradecimiento por la invitación que se me ha realizado para participar en este foro deliberativo, es un verdadero placer poder compartir estos momentos de análisis y de cambios de ideas acerca de la evolución del Derecho de Familia en la región y el mundo.

Lo primero que puedo hacer es exclamar ¡cuánto han cambiado las cosas en la actualidad! ¡Pensar que hasta hace muy poco tiempo se consideraba que el Derecho de Familia era el núcleo central, en cierto modo inmovible, en tanto representaba la cultura, la tradición y la esencia identitaria de un país, donde prácticamente ningún comparatista avizoraba cambios profundos en esta área! ¿Podemos decir lo mismo al día de hoy? Evidentemente no, en la actualidad parece percibirse en casi todos lados, que aquella roca inalterable que ha sido el Derecho de Familia, se ha fragmentado en trozos más pequeños y en ciertos aspectos se ha pulverizado en una multiplicidad de granos de arena.

Diversas oleadas de nuevos conceptos y actitudes que provienen tanto del Norte altamente desarrollado como del Sur en vías de desarrollo, tanto de la conciencia social como de la individual, e igualmente de una gran ola que ha sumergido a las anteriores debido al desarrollo vertiginoso y apabullante de la biotecnología, la cual ha ejercido una dictadura que en muchos casos choca con la moral imperante. Todo esto provoca en el intérprete de los nuevos tiempos - y especialmente en quien habla - perplejidad, asombro, y una gran incertidumbre sobre lo que proveerá el futuro.

1. ¿FAMILIA O FAMILIAS?

El carácter indispensable de una familia.

Hay algo por demás claro: ningún ser humano puede vivir sin familia; son escasísimos los casos en los cuales una persona se ha criado y ha vivido sin familia alguna. A pesar de aquellas corrientes contrarias a la existencia de una familia, que las hay, su función es importantísima, en cuanto es el primer ámbito donde se produce la socialización de los seres humanos, donde se adquieren las primeras nociones de lo que es permitido y de lo que es reprobado en el relacionamiento social, donde surgen los primeros sentimientos de solidaridad, de apoyo material, moral e intelectual en forma desinteresada entre sus miembros, es la primera escuela donde se aprende a convivir.

Admitida su presencia como algo inevitable entonces, la cuestión se traslada hacia qué tipo de familia es aceptable para cumplir los cometidos que hemos apuntado. En estos tiempos postmodernos conviene afirmar que no existe un único tipo de familia sino tipos de familias en plural. Podemos realizar una lista muy breve y no exhaustiva:

- Aquella conformada por una pareja unida en matrimonio o en concubinato, con o sin hijos biológicos;
- La monoparental, conformada por el padre o por la madre con los hijos, ante el deceso o el abandono de uno de los progenitores;
- Las familias basadas sobre la adopción o la procreación médicamente asistida;
- La conformada por otros vínculos de parentesco, por ejemplo entre abuelos y nietos, tíos y sobrinos, entre hermanos, o por lazos de afinidad como suegras con yernos, viviendo todos bajo el mismo techo;

- Luego tenemos las familias nutricias o putativas que se presentan cuando una o dos personas son encargadas de asumir el cuidado de uno o varios menores, luego de un acuerdo con sus padres biológicos o por decisión judicial;

- Igualmente están las familias ensambladas, aquellas que han pasado por una experiencia de fracaso familiar anterior y desean conformar una nueva pareja con los hijos de uniones anteriores y con otros nuevos que podrán aparecer en el futuro como producto de la unión;

- Y por último, cualquier otra clase de agrupamiento entre personas -sin parentesco entre sí- del mismo o de distinto sexo, que conviven bajo el mismo techo manteniendo relaciones de afecto y de apoyo económico mutuo, donde hay un mero convivir y donde el trato sexual es contingente.

A través de este breve recorrido hemos podido observar cómo la familia se va adaptando a las condiciones económicas y sociales imperantes a cada momento, y cómo teniendo en cuenta el aumento de la longevidad de los seres humanos, el Estado ha salido a legislar creando tipos familiares entre personas extrañas, para satisfacer la falta de hogar de aquellas que tuvieren una edad avanzada. Podríamos cerrar este tema manifestando que *cada vez más familias son constituidas fuera de todo estatuto de pareja*.

El centro del problema consiste en determinar si debemos defender la libertad de opción, si corresponde estimular la diversidad familiar y a la vez, reprimir aquellas que presentan relaciones opresivas.

La respuesta dada por el Derecho Comparado ha sido positiva.

Por lo general, se está a favor de la flexibilidad de los estilos de vida, de un programa de opciones múltiples, que les permita a las personas escoger aquella familia que les convenga a los diferentes períodos de su existencia. Las sociedades van creando mayores posibilidades de vivir solos, pero también nuevas formas de vivir juntos sin matrimonio, ya sean basadas en arreglos sexuales o no, y en un sistema de hogares más extensos donde puedan crecer los niños. Como primera parada de Derecho Internacional Privado en este tema podríamos decir que nuestra rama del Derecho no ha regulado a la familia debido a que ha sido un coto reservado a las Constituciones y a leyes especiales, aunque evidentemente sufre las consecuencias de las políticas que adopte el Derecho sustantivo interno de cada país.

Cambios acelerados en la familia

Uruguay es un claro ejemplo de la presencia de estos cambios vertiginosos: en solo seis años se han aprobado siete leyes que no solo han modificado el Derecho positivo vigente sino que también han provocado un cambio antropológico muy fuerte y radical desde la óptica jurídica. ¿Cuáles han sido estos cambios?

- En el año 2007 se aprueba la ley No. 18.246 sobre concubinato, donde se reconoce la posibilidad de aceptar este tipo de convivencia entre personas de distinto y del mismo sexo, y solteras o ya casadas con terceros *sin necesidad de divorciarse del matrimonio anterior*;

- En el año 2009 se aprueba la ley No. 18.473 sobre la declaraciones de voluntad anticipada, donde las personas deciden cómo deben ser tratadas para el caso de que contraigan una enfermedad terminal, incurable e irreversible, derecho extensible a los menores de edad;
- En el mismo año 2009 aparece la ley No. 18.590 con sus modificaciones al Código de la Niñez y Adolescencia, que habilita la adopción de niños a personas del mismo sexo;
- En el mismo año 2009 se aprueba la ley No. 18.620 sobre identidad de género, que reconoce a aquella persona que padece de disforia sexual -de rechazo comprobado hacia su propio sexo- la posibilidad de cambiar de género sin intervención quirúrgica, o sea pasar a ser considerada *legalmente* hombre si es mujer, o a la inversa;
- En el año 2012 entró en vigor la ley No. 18.987 sobre interrupción voluntaria del embarazo, posibilitando el aborto por la sola voluntad de la mujer dentro de un período de tiempo acotado, contrariando visible y conscientemente el derecho a la vida del *nasciturus*, reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica;
- En el año 2013 se puso en vigencia la ley No. 19.075 sobre matrimonio igualitario, que significa la posibilidad de contraer matrimonio entre personas de diferente o del mismo sexo, situación que nos empareja con Argentina;
- A raíz de este último cambio y ante la evidencia de que estamos ante dos hombres o dos mujeres, se produjo otra innovación no menos importante: se extendió *con carácter general a todos los casados*, la posibilidad de que los padres puedan pactar el orden de los

apellidos para los hijos, pudiendo quedar el patronímico en segundo lugar;

- Y unos meses después, en el año 2013 se aprobó la ley No. 19.167 sobre reproducción médicamente asistida, que permite la figura de la madre sustituta o de alquiler, pero solo a favor de una hermana o de una cuñada, penalizándose simultáneamente la clonación.

Ustedes comprenderán entonces nuestro estado de ánimo ante estos cambios, muchas veces brutales, pero también porque las leyes enunciadas no han sido lo perfectas que se hubiera deseado. Hay ambigüedades, vacíos y contradicciones, y también alguna inconstitucionalidad.

El legislador a favor de una anomia sexual

Además, Uruguay se encuentra inmerso en una tendencia propiciada por algunos países, que está conduciendo a una especie de anomia sexual, a un orden jurídico donde el sexo juega un papel cada vez más irrelevante:

- I. El sexo ya no interesa para casarse;
- II. El sexo ya no interesa para el concubinato con efectos legales;
- III. El sexo puede cambiarse sin intervención quirúrgica si se padece de disforia sexual, ya que *legalmente* se puede hacer de una mujer un hombre, o de un hombre una mujer;
- IV. El sexo ya no interesa para administrar el hogar, ante la pérdida de la potestad marital;

V. El sexo ya no interesa para considerarse progenitor de la criatura y para determinar el rol de padre o de madre, al permitirse la adopción por parejas del mismo sexo. Y no quiero dejar de citar el art. 539.1 del C. C. de Québec el cual afirma que en la hipótesis de un matrimonio entre dos mujeres, cuando la ley realiza una referencia específica al rol del padre, éste será ejercido por aquella de las dos mujeres que no parió la criatura;

VI. El sexo ya no interesa para ejercer la patria potestad sobre los hijos, ante el ejercicio compartido de la misma y tampoco para ejercer la guarda material en los primeros años del niño. Hoy hay padres que realizan todas las tareas del hogar y cuidan de los hijos, igual o mejor que las madres. Por tanto, en la actualidad habrá que examinar *el caso concreto*, para determinar quién será la persona más adecuada para ejercer esa guarda material, más allá del sexo que tenga o se le atribuya legalmente;

VII. Y en Derecho Internacional Privado positivo están desapareciendo los puntos de conexión basados en el sexo o sexistas, como el domicilio o la nacionalidad del marido o el domicilio o la nacionalidad del padre, siendo sustituidos por otros de naturaleza neutra.

La razón de estos cambios obedece a que Uruguay y un pequeño número de países, han entendido de una manera mucho más amplia el principio de igualdad de los sexos y el de no discriminación por razones sexuales.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO DE FAMILIA.

Esta evolución se debe a la profunda repercusión que están teniendo los derechos individuales en las relaciones entre los integrantes del grupo familiar, donde se vuelve imposible no reconocer que cada individuo ha adquirido el derecho a constituir una familia *si él lo quiere y como él quiera que ella sea*, alejándose de cualquier pauta estatal; incidiendo esta óptica individualista muy fuertemente sobre las uniones de pareja y sobre las filiaciones, al considerarse la familia *como una comunidad de iguales*.

¿El legislador estatal ha tomado nota de estas diferentes formas de conformación familiar, estableciendo regímenes diferentes para cada una? Al parecer la actitud asumida ha sido la de promover “la familia” de un modo general, sin especificar cuál, exigiendo que dentro de ella exista asistencia y apoyo mutuo.

Desde una visión comparatista tenemos la obligación de preguntarnos hacia dónde va el Derecho de Familia. *¿Quo vadis* Derecho de Familia? Todo parece ser que los Estados en Occidente han renunciado a promover determinado tipo de familia. En líneas generales se percibe el intento de aproximar las diferentes figuras familiares a las soluciones ya existentes para la familia denominada “legítima”, debido a que ésta ha sido estudiada durante siglos y ha logrado un equilibrio de intereses que las demás uniones deben tener en cuenta. En definitiva, se trata de mantener próximas instituciones que tengan la misma función, aceptando regulaciones específicas cuando sea necesario.

La evolución que ha experimentado el Derecho de Familia entonces, puede ser explicada en una sola idea: la consagración, profundización y expansión de los derechos humanos fundamentales. Esta calidad tan especial nos podría llevar de la mano a pensar que están dotados de una naturaleza homogénea, de su universalidad y que deben tener una aplicación directa. Precisamente esto es lo que se discute arduamente hoy día en derecho internacional privado.

Debemos decir –y esta es la segunda parada que hacemos en nuestra materia- que los derechos humanos y el derecho internacional privado no hacen muy buenas migas. En realidad los primeros dejan en falsa escuadra al segundo. El carácter sustantivo de los derechos humanos, su pretensión a la universalidad y su consideración como absolutos, resultan difícil de empalmar con nuestra ciencia, bastante abstracta, que todavía se la considera dotada de una cierta neutralidad axiológica, que se basa preferentemente sobre el método indirecto basado en el criterio de la localización, lo cual permite dar voz a un Derecho local.

Universalidad por un lado y localidad o localización por el otro son dos términos que se enfrentan. La “materialidad” de los derechos humanos por un lado y la “formalidad” –o más precisamente, el carácter indirecto de la regla de conflicto- se presentan como aspectos opuestos. Por otro lado, no hay que olvidar que el objetivo general del derecho internacional privado es el de coordinar sistemas jurídicos, sin desdeñar, la singularidad de las relaciones privadas internacionales y el pluralismo de los órdenes jurídicos estatales.

La pretendida naturaleza o calidad absoluta de los derechos fundamentales ha generado una polémica extremadamente fuerte,

en cuanto a que por su origen permite pensar en el deseo de imponer el predominio de una cultura –la occidental- por sobre todas las demás existentes. Sospechas de imperialismo, a pesar de la invocación de su universalidad –o precisamente debido a ello- han permitido rechazar esta postura de omnipotencia de los derechos humanos, tan poco contemplativa de las diferentes culturas que existen a nivel global. La realidad muestra que luego de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, se ha operado un movimiento de regionalización de estos derechos a través de otras Convenciones como la Americana, la Europea, la Africana, la Islámica y la Judía.

¿El problema es determinar qué actitud debemos asumir cuando existe una discordancia entre uno o varios derechos fundamentales y las normas de derecho internacional privado? La opción parece clara: - o hacemos primar los derechos fundamentales y tratarlos en definitiva como leyes de policía o normas de aplicación inmediata,- o permitimos el funcionamiento de la regla de conflicto –método original y preferido en el Derecho Internacional Privado- para luego comprobar si el Derecho extranjero seleccionado choca realmente con los principios fundamentales del Estado receptor; y si ello es así interponer la excepción de orden público internacional.

Para nosotros es inimaginable acordar el carácter de norma de *jus cogens* a todo derecho humano, sólo puede considerarse involucrado un pequeño número de estos derechos. El método de aplicación inmediata propuesto por muchos militantes de los derechos humanos presenta una evolución inquietante tendente a la sustitución de los principios metodológicos de Derecho Internacional Privado por principios materiales, desregulando y fragilizando a la disciplina; »

además de terminar aislando a la persona y a oponerla frente a los individuos que viven bajo otras culturas.

Muchos se preguntan ¿pero no es que son fundamentales? Es el problema semántico que provocan ciertas palabras y el abuso de su uso. Parece más riguroso partir de la norma extranjera aplicable, inquiriendo si ésta puede llegar a atacar gravemente la cohesión de la sociedad del foro. Este enfoque es el único capaz de poner freno a la hegemonía de los derechos fundamentales, provengan de donde provengan, y de conciliar la cohesión interna con los imperativos del orden internacional.

El pretendido absolutismo de los derechos del hombre sofocaría a nuestra disciplina. Existen ya derechos humanos firmemente asentados en la conciencia de todos los hombres, como el derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad de conciencia, a la prohibición de la esclavitud, etc. Pero otros más nuevos solo son reconocidos en un pequeño puñado de países y les falta aún un larguísimo recorrido para obtener la credencial de universal. En el ordenamiento jurídico de Uruguay tenemos ejemplos recientes de consagración de derechos humanos considerados por el legislador *nacional* como fundamentales: el derecho al cambio de género sin intervención quirúrgica, el derecho a registrar un concubinato entre personas del mismo sexo, el derecho a contraer matrimonio entre las mismas personas, el derecho de la mujer a considerarse dueña de su propio cuerpo y a abortar sin consultar al hombre, etc. Para nuestro ordenamiento jurídico serán considerados derechos humanos fundamentales, pero ello no esquiva el hecho de que solo un pequeñísimo número de Estados (entre 10 y 20 de un total de 192) comparten su “fundamentalidad” y hasta su misma calidad de “derecho”, lo cual origina situaciones claramente claudicantes y

perniciosas para los sujetos privados. Debemos guardarnos de la veleidad de que nuestra visión del mundo es la única correcta y posible.

Por ello es que numerosos autores son partidarios de ubicar el tema dentro de la excepción de orden público internacional basada en la conjugación de la noción de proximidad del derecho transgredido con el foro, pero además, del examen de la importancia de su contenido. Algunos autores han propuesto clasificar a los derechos fundamentales en principales y derivados. Los primeros serían un derecho natural, sagrado e inherente al ser humano, como el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad, a la igualdad, etc. Los segundos tendrían por cometido insertar el derecho fundamental en cada orden jurídico. O dicho en otros términos: derechos dotados de una intangibilidad absoluta y derechos dotados de una intangibilidad relativa. Esta solución parece acorde con la diversidad cultural existente en el mundo, y permite evitar cualquier conato de imperialismo de una cultura sobre la otra.

3. LAS FILIACIONES.

No quisiera excederme en el tiempo adjudicado, pero me parece necesario igualmente realizar algunas observaciones sobre filiación y esta es la tercera parada que hacemos en el Derecho Internacional Privado. La distinción tradicional entre filiación “legítima o ilegítima” -o dejando de lado ese tinte discriminatorio- la distinción entre filiación “matrimonial o extramatrimonial”, ha perdido toda relevancia. Y no porque se prohíba legalmente la mención del origen del individuo -eso no acontece en Uruguay- sino porque al aplicarse el principio de igualdad, la distinción carece de interés.

Salvo por supuesto, para probar el vínculo filiatorio existente, muy diferente en el caso de filiación matrimonial de la extramatrimonial, que eso sí debe permanecer. Quizás entonces, debemos dejar de lado esta distinción y colocarla en el cajón de los conceptos arrumbados por falta de actualidad.

Ahora, más que saber si el hijo es matrimonial o extramatrimonial, lo que le interesará al Derecho será determinar de quién se es hijo, un problema que ha traído la biotecnología y donde su regulación jurídica todavía está en balbucesos.

Antes de la emergencia de las técnicas de fecundación médicamente asistida el panorama era muy tranquilo: se decía que *mater semper certa est*, porque se comprobaba por el hecho del parto y del nacimiento del niño. Y paralelo a ello, se presumía que padre era quien estaba unido por matrimonio con la madre: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, padre es quien demuestre estar casado con la madre. Sin embargo, al día de hoy ya no sabemos a ciencia cierta quién es la verdadera madre y quien es el verdadero padre. Los adelantos técnicos han producido un desmantelamiento de las soluciones jurídicas que imperaron en forma pacífica durante décadas.

El tema de la fecundación realizada a través de una maternidad subrogada presenta numerosos problemas jurídicos a dilucidar: porque puede intentarse fecundar el óvulo de una mujer “A” con los gametos de un hombre casado, para ser implantado en el útero de una mujer “B”, con el objetivo de que una vez nacida la criatura pase a ser considerada hija de la esposa “C” de ese hombre casado.

En la actualidad cabe la pregunta ¿es que madre hay una sola, como dice el refrán? Debemos asumir que el fenómeno de la maternidad por sustitución ha dado lugar a la aparición de otros conceptos de maternidad, según el grado de intervención de cada una de las mujeres en el proceso de procreación y de gestación.

Así, podemos ver:

- Una madre plena (que es la procreadora y gestante);
- Una madre genética o genitora (que es la que aportó el óvulo y transmite los cromosomas);
- Una madre gestante (la que recibe el embrión ajeno para llevar el embarazo a término); y
- La madre social o legal (aquella mujer que, sin haber participado en la procreación, asume frente al niño y la sociedad, los deberes y obligaciones propios de la maternidad).

De todas ellas, ¿cuál es la verdadera madre? La respuesta es muy difícil de dar. Se vuelve necesario entonces, ir a la búsqueda de otros criterios diferentes a los actuales para determinar la maternidad y consecuentemente, la paternidad. La hipótesis que hemos citado puede incluso complicarse mucho más, si pensamos que el esposo no aporta los gametos masculinos sino que éstos provienen de un donante anónimo, y ante tal situación nos encontraríamos ante un padre y una madre sociales.

Esta práctica de la fecundación médicamente asistida produce un cambio realmente notable puesto que choca con el concepto del “interés superior del menor”,

el cual fue elevado hacia la cúspide de los derechos humanos fundamentales en la segunda mitad del s. XX, interés que prevalecía por sobre los intereses de los demás integrantes de la familia biológica o ante los intereses de los futuros padres adoptantes. Con la fecundación asistida se lo desaloja de ese lugar preeminente, porque en este caso lo que se atiende es el interés de la pareja por tener un hijo y no al niño en tanto éste no ha nacido. Quiero decir con esto, que en esta hipótesis se produce una objetivación del niño -el del niño por encargo- algo que precisamente intentó evitar el concepto de “interés superior del menor”, que busca promover su subjetividad. Este resultado parece inevitable, en la medida que se expanda el procedimiento de la procreación médicamente asistida por medio de madre subrogada y donante anónimo, y la consiguiente manipulación clínica de los aportes genéticos, para obtener un niño con determinadas características psicossomáticas.

Para hacer breve el problema en el que hemos ingresado, visualizamos en la actualidad tres formas de filiación, las que deberán encontrar una regulación en el Derecho positivo, con repercusiones en el Derecho Internacional Privado:

- *La filiación biparental:* Que acontece cuando el semen y el óvulo son de dos personas unidas en pareja, y que puede producirse mediante trato sexual o a través de una fecundación *in vitro*;

- *La filiación pluriparental:* que sería la generada por el aporte de semen, óvulo y gestación de personas distintas; y acá cabría varias subdivisiones:

I. El óvulo puede ser aportado por la pareja del hombre o por una tercera persona;

II. Embrión puede ser aportado por la pareja y gestado por otra mujer;

III. El hombre aporte el semen para fecundar el óvulo de una mujer ajena a la pareja, etc., porque las hipótesis son numerosas.

Esta clase de filiación siempre comprende por lo menos a tres personas, y sin duda presionará sobre la conformación de la patria potestad, de la guarda material y del derecho de visita, en cuanto ya no resultará imposible pensar en una patria potestad ejercida por tres personas, o ejercida por dos con una guarda material hacia la tercera, o con el derecho de visitas a favor de la que fue madre de alquiler, etc. Estas soluciones no sólo son posibles sino que son por sobre todo, humanas.

En estos casos la ley aplicable a la filiación del recién nacido debe ser la ley del lugar donde nació porque es imposible eludir el asiento registral que impone su legislación. De todos modos, y más allá de la solución de conflicto de leyes es importante, y para nosotros ineludible, la celebración de un seguro de vida a favor de la madre de alquiler, que puede morir por el embarazo o el parto, y un seguro de vida para el niño si nace con malformaciones. Recordemos un caso reciente acontecido en India donde la madre de alquiler tuvo gemelos y uno de ellos padece del mal de Down. Pues la pareja comitente se llevó al sano y dejó al bebé enfermo. Esto es increíble y tiene patas muy cortas. Es que el niño tiene la sangre de uno de los comitentes y éste está obligado a proporcionarle afecto, a tener contacto asiduo con el mismo, a brindarle todos los cuidados necesarios desde el punto de vista económico y sanitario. Esta no es la primera vez que ocurre pero podrían amortiguarse sus efectos dañinos si los padres comitentes»»

hubieran celebrado un seguro de vida o una renta vitalicia a favor del menor. Incluso puede ser posible que ni el Estado quiera hacerse cargo de él, porque no tiene los medios suficientes o por cualquier otro motivo.

La maternidad subrogada en Uruguay.

En Uruguay, la determinación de la maternidad por el parto reconoce una excepción en la ley No. 19.167 de 2013 que dice así: “únicamente (en el caso) de la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades congénitas o adquiridas, (...) podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja, la implantación y gestación de embrión propio” ante lo cual, en esta hipótesis nos hallaríamos ante una maternidad de alquiler en un sentido estricto. Pero luego, la ley determina qué se entiende por embrión propio: “entiéndese por embrión propio, aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja, o en el caso de la mujer sola, por su óvulo”.

La intención del legislador de Uruguay, al restringir la posibilidad de una maternidad subrogada tiene por objetivo combatir la comercialización de la fecundación médicamente asistida y evitar crear una verdadera industria productora de bebés por encargo. Se intenta eludir una objetivación desmedida de dicha actividad. Pero hay un segundo objetivo, que es el de proyectar una mirada compasiva hacia aquellas personas que no pueden tener hijos “por enfermedades congénitas o adquiridas” y el deseo de buscarle una solución. Por ello, se permite esta técnica “únicamente” en el caso de “familiares de segundo grado de “consanguinidad” de la mujer o del hombre. O dicho en otras palabras: las hermanas o las cuñadas. Nada dice qué ocurrirá en el caso de que

dicho procedimiento se haga con una tía o con una prima, o incluso con la madre de alguno de los comitentes, como ya ha ocurrido en Derecho comparado. Tampoco tendría por qué decirlo, porque la respuesta es clara: regirá el principio general del hecho del parto o de la cesárea, y la madre no podrá ser otra que la que vivió dicho momento.

Es notable apreciar cómo la biotecnología arrincona el delito de incesto. Es cierto que el art. 276 del Código Penal de Uruguay considera que “cometen incesto, los que con escándalo público mantienen relaciones sexuales con los ascendientes legítimos y los padres naturales reconocidos o declarados tales, con los descendientes legítimos y los hijos naturales reconocidos o declarados tales, y con los hermanos legítimos”. Si hay relación sexual entre parientes próximos y nace un hijo éste será incestuoso, en cambio si nace como producto de una concepción *in vitro*, no. La explicación a esta doble actitud la proporciona la doctrina: la persona producto de la tecnología no necesariamente coincide con la persona propia del parentesco, debido a que al día de hoy el individuo se ha separado radicalmente del tejido parental, él se considera primero y en un lugar muy subsidiario los problemas que sus actitudes puedan generar sobre su parentesco.

- *La filiación social (adoptiva).* El tercer tipo de filiación sería la filiación social o adoptiva. La adopción viene a cubrir hasta cierto punto los baches jurídicos que se producen ante las nuevas formas de procreación, en tanto permite asumir el rol de padre y/o de madre sin un sustrato biológico, basándose únicamente en la vocación de un adulto para criar y educar a un niño.

Con una cierta sorpresa, un análisis del Derecho comparado parece mantener aun hoy el hecho del parto como principio »»

determinante para la adjudicación de la filiación del niño, aun cuando este criterio se ha visto cada vez más combinado con lo que hemos denominado una paternidad o maternidad “social” o “legal”.

Ello quiere decir que en principio, la filiación será determinada por el parto (o la cesárea, como agrega la nueva ley uruguaya) pero si ha habido un acuerdo entre la pareja y una mujer gestante -en cuanto ésta ha aceptado el embrión ajeno o ha consentido ser fecundada con los gametos del hombre de esa pareja- es posible trasladar el reconocimiento del vínculo filiatorio, de la parturienta a la pareja comitente. Al respecto, pueden transitarse dos caminos:

- O se realiza un reconocimiento de paternidad y concomitantemente una adopción por parte de la esposa que no anule el reconocimiento paterno;

- O se consagra una ficción jurídica y se declara con carácter general que ese recién nacido es hijo de la pareja comitente. Esta última es la solución aportada por la legislación californiana, donde a las personas unidas mediante un matrimonio igualitario se les permite la inscripción de los hijos (en su mayoría gemelos, debido al bombardeo a que es sometida la mujer, de embriones concebidos *in vitro*), como hijos “biológicos” de la pareja homosexual. No todos los Estados admiten concederle eficacia extraterritorial a dicha declaración y tampoco habilitan la posibilidad de asentar el acta extranjera de nacimiento, en el Registro del Estado Civil del domicilio del matrimonio señalado.

- *La filiación uniparental:* Podríamos agregar una cuarta clase de filiación que seguramente se practicará en el futuro. Se trata de la filiación uniparental u originada en la autofecundación femenina. En la Rivista

Internazionale di Filosofia del Diritto del año 1993, página 512 –o sea hace 21 años- en la monografía titulada *La “questione femminile” e le tecnologie riproduttive*, Laura Palanzani examina algo más avanzado que la clonación y la fecundación asistida, y que consiste en la autofecundación de la mujer, procedimiento por el cual se extrae el núcleo de cualquier célula somática de su cuerpo -de la piel, del cabello, de cualquier órgano, a excepción de los reproductivos- y se inserta en un óvulo de la propia mujer previamente desnucleizado, generando un embrión que producirá un ser exactamente igual a su madre y sin la intervención del hombre. Este procedimiento biotecnológico tiene implicancias terribles por cuanto de ahora en más, desde un punto de vista científico, las mujeres podrán autoreproducirse y no necesitarán más del hombre para generar un clon, que será siempre femenino, el cual a su vez podrá volver a autoreproducirse por generaciones, siempre igual a sí mismo. Vean las consecuencias gravísimas para la especie (y para los hombres en especial): se volverá irrelevante la combinación del patrimonio genético, se considerará irrelevante la complementariedad hombre/mujer, y carecerá de importancia la diferencia de los sexos para la procreación.

Se nos dirá que en realidad no deberíamos asustarnos demasiado puesto que la adopción por una sola persona ya existe en el mundo del Derecho -ya sea la adopción por uno solo de los cónyuges o por parte de una persona soltera- pero es evidente que hay una diferencia fundamental: estos hijos adoptivos han nacido debido a una complementariedad de los sexos y no de un solo ser humano.

Entonces ¿interesa tanto desde el Derecho saber si el hijo es matrimonial o extramatrimonial? »»

¿No ha pasado a un primer plano la regulación de las nuevas formas de fecundación, que casi siempre alteran la clasificación tradicional? ¿El legislador de Derecho Internacional Privado no debería centrar su atención en estas hipótesis y considerar a las filiaciones tradicionales como un aspecto lateral, preocupándose en cómo solucionar estos nuevos retos bio-tecnológicos? ¿Resulta pertinente continuar con la distinción citada, en la medida que una y otra hipótesis de filiación gozan de derechos totalmente equiparados? Son las nuevas formas de filiación las que perturban a las tradicionales y no al revés. Todas preguntas que en algún momento el Derecho positivo deberá responder.

Hemos realizado de una forma brevísima un recorrido sobre el nuevo panorama que tenemos ante nosotros. Muchas de estas situaciones todavía no han llegado a ser “Derecho de Familia”, por cuanto el Derecho aún las ignora, pero ciertamente están presionando cada vez con mayor fuerza para que de alguna manera sean contempladas jurídicamente: prohibiéndolas o reconociéndolas y regulándolas. Cada Estado se verá tentado para interponer la excepción de orden público internacional. Quizás en este tema sea necesario ponernos de acuerdo sobre la vigencia de ciertos principios sustantivos en materia filiatoria: en primer lugar el derecho de todo ser humano a tener una filiación; en segundo lugar adjudicarle eficacia extraterritorial a la filiación consagrada en el país de origen, que no puede ser otro que aquel donde nació el bebé; y en tercer lugar -de ser necesario- acudir al orden público atenuado, con miras a respetar más que nunca, el interés superior del menor.

4. EL MODELO MONOPÓLICO DEL MATRIMONIO Y SU DECADENCIA.

Pasemos ahora a la constatación de la irrelevancia creciente del matrimonio en la actualidad. A pesar de lo que se cree, el matrimonio formal no es una creación inmemorial. La Iglesia Católica lo instituyó en el Concilio de Trento en el s. XVI como una forma de control social, y es a partir de ahí donde se creó la dicotomía entre matrimonio como unión formal de una pareja heterosexual, y el concubinato o unión de puro hecho, la de un mero convivir compartiendo según la famosa frase de Loysel: “techo, lecho y mesa”. Esta dicotomía se acentuó al aprobarse el Código Civil francés de 1804, en el que Napoleón favoreció un solo modelo de unión de pareja impuesto por el Estado, y ante la pregunta de qué ocurriría con quienes no acataran ese modelo, él respondió: si esa es su voluntad, quedarán entonces excluidos de la protección de la ley. A partir de este momento entonces, el matrimonio se construyó sobre los siguientes pilares: libertad para contraerlo, monogamia, prohibición del incesto, exigencia de una diferencia de sexos, más un quinto pilar donde el sacramento fue remplazado por la ceremonia laica.

Ese modelo estatal de unión de pareja quiso implantarse en la América colonial sin mucho éxito. La existencia de culturas originarias fuertemente arraigadas, las dificultades de formalizar la unión de pareja debido a los obstáculos geográficos, y las nuevas concepciones de vida mucho más liberales en las áreas urbanas, constituyeron la razón de la falta de adhesión al modelo que quiso imponerse. De esta manera el matrimonio se constituyó más bien en un estatuto de referencia, que resultó concurrenciado por otros modos de vida, ya que el monopolio legal se vio acompañado de una fuerte privatización.

Al día de hoy, el matrimonio es un estatuto entre otros, ha perdido exclusividad como unión de pareja relevante para el Derecho, y ha perdido también, gran parte de su identidad.

Es que por más esfuerzo que hagamos resulta imposible obtener una definición universal de “matrimonio”, en cuanto ninguno de los elementos que lo componen tiene vigencia universal, aspecto a tener en cuenta para diseñar la categoría “matrimonio” para una regla de conflicto:

- En primer lugar, *la formalidad* no es la regla: entre un cuarto y un tercio de la humanidad reconoce al matrimonio consensual; es el caso de los países musulmanes;

- En segundo lugar, *la indisolubilidad*: la indisolubilidad impuesta por preceptos religiosos del Nuevo Testamento que indicaban que “lo que ha unido Dios no lo separe el hombre”, ha desaparecido. En Uruguay aproximadamente el 50% de las parejas se divorcian y la tasa va rápidamente en aumento. Sospechamos que se trata de un fenómeno que se ha extendido por todo Occidente;

- En tercer término, *la exclusividad o singularidad*, que tampoco es una exigencia unánime: un cuarto o un tercio de la humanidad admite la poligamia. Y en Uruguay por ejemplo, es posible la existencia de un concubinato registrado entre personas que ya están casadas con terceros, sin que sea necesario pasar por el divorcio previo, que si bien no es una poligamia en un sentido estricto, se está muy cerca de ello;

- En cuarto lugar, se constata la indiferencia hacia el *intercambio sexual*: hasta hace poco tiempo la procreación parecía ser uno de los imperativos fundamentales del

matrimonio: “creced y multiplicaos” dice la cita bíblica. Hoy el objetivo no parece ser tan drástico en cuanto el alargamiento de la vida humana posibilita el matrimonio entre personas de edad avanzada, y la causal de divorcio por impotencia del hombre ha sido excluida en cada vez más países;

- *La homosexualidad* es otro jalón que ha arriado sus banderas. Por ahora un número pequeño de países reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, entre ellos Uruguay.

¿Qué queda entonces como elemento decisorio para identificar al matrimonio sobre el plano internacional? ¿Qué permanece, luego de haberse constatado que el matrimonio no tiene por qué ser necesariamente formal, que es disoluble, que no necesariamente es singular o exclusivo, que el débito sexual no siempre se presenta y que además puede celebrarse entre personas del mismo sexo? Al día de hoy los autores dicen que *el matrimonio es una relación estable entre dos personas, basada en el afecto y en el apoyo mutuo, espiritual y material*. Ante esta definición nos hemos preguntado muchas veces ¿qué lo diferencia de una simple relación de amistad, donde el afecto puede estar ocasionalmente teñido de relaciones sexuales, dada la liberalidad reinante?

He llegado al convencimiento que ante esta pregunta -crucial para cualquier desarrollo posterior- no puede existir una respuesta, un asidero, un cabo seguro para implementar la categoría “matrimonio” si no partimos de una decisión del Derecho positivo. No podemos quedarnos exclusivamente con el hecho sociológico, ya que caeríamos en un relativismo total, donde para obtener protección jurídica, valdría lo mismo estar casado que no estarlo, ser casado que concubino,

mantener relaciones heterosexuales como homosexuales, estables o no. Será el Derecho positivo entonces, el que deberá establecer la extensión y los límites de la categoría “matrimonio”, sus vínculos con las categorías vecinas y las posibilidades de recíprocas influencias. El Estado *debe* intervenir -es imprescindible que lo haga- para defender a aquellas personas que se hallen en situación de debilidad o de vulnerabilidad, como por ejemplo, evitar la opresión del hombre sobre la mujer, o de algunos de los progenitores sobre sus hijos, procurar la debida educación de estos últimos, y la ayuda económica *pública* a las familias más necesitadas, para asegurarles las condiciones mínimas para proteger su estabilidad.

5. EL ESTADO SÓLO DEBE PROTEGER LAS UNIONES DOTADAS DE UNA CIERTA ESTABILIDAD.

En suma, el Estado debe abstenerse de regular relaciones de pareja demasiadas fugaces, esporádicas e intermitentes, salvo que haya nacido algún hijo, pero en tal caso no como unión de pareja sino reclamando la responsabilidad a los progenitores para el debido cuidado del niño, que es otro tema diferente.

Sería aconsejable entonces, la presencia de un plazo mínimo de convivencia para que el Estado intervenga; es el criterio que han seguido todos los países del continente. ¿Por qué es aconsejable? Para evitar una litigiosidad innecesaria. Supongamos la siguiente hipótesis: una pareja de jóvenes, se conoce, simpatiza, decide arrendar una casa y vive en ella unos tres meses, pero luego el o la joven se da cuenta que no compatibilizan -porque toda unión de pareja implica un conocimiento recíproco- y se separa. El que se queda alega unilateralmente un concubinato y el

que se va rechaza su existencia, ¿la falta de plazo mínimo no sería crear un litigio judicial innecesario? ¿Tres meses justifica el reconocimiento de un concubinato? Precisamente, el objetivo de la exigencia de un plazo legal mínimo lo que estaría garantizando es la presencia de una cierta estabilidad.

La estabilidad entonces, sería el objetivo a promover en las relaciones de pareja tuteladas por el Estado: cuanto menos estable ésta sea, menor será la protección; cuando más estable, mayor será la protección legal. Se trata de un principio básico.

6. ¿DEBEMOS IGUALAR MATRIMONIO Y CONCUBINATO?

A partir de estas reflexiones cabría preguntarse lo siguiente: ¿debemos igualar matrimonio y concubinato? Resulta claramente perceptible que el concubinato se halla en camino hacia su institucionalización aproximándose al matrimonio; al punto que en Derecho Comparado algunos hablan respecto del concubinato registrado como un “semi-matrimonio”. ¿Es que el concubinato se matrimonializa o debe matrimonializarse? Un examen superficial parecería conducir a una opinión afirmativa.

El Derecho positivo establece expresamente que:

- Los concubinos se deben asistencia recíproca personal y material;
- Que están obligados a contribuir a los gastos del hogar de acuerdo a su respectiva situación económica;

- La unión concubinaria generalmente da nacimiento a una sociedad de bienes, la que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto les sean aplicables;
- Existe la posibilidad de elegir otra forma de administración de los derechos y obligaciones en materia patrimonial;
- Existe un reconocimiento de derechos sucesorios, alimentarios, a la seguridad social, etc.

Prácticamente en todos los países de América Latina el concubinato ha dejado de ser una simple unión fáctica, para matrimonializarse en sus efectos personales y patrimoniales.

Es absolutamente cierto que desde siempre ha existido un amplio y profundo reclamo social para la regulación del concubinato.

El primer país en el continente en tratar en forma orgánica esta convivencia de pareja fue Guatemala en el año 1947, con el *Estatuto de Uniones de Hecho No. 444*, pero fue necesario esperar varias décadas para que los demás países siguieran este camino. En el ínterin, las soluciones provenían de calificar a la unión concubinaria como una “sociedad de hecho” o como un “enriquecimiento sin causa” como lo confirma vuestra compatriota la Profesora María Asunción de la Barra de Villa, o rechazarla y negarle cualquier eficacia jurídica. La ausencia de regulación era sumamente favorable para el hombre: él desempeñaba el papel de un *breathwinner*, pues era quien manejaba el capital y detentaba la propiedad de los bienes; pero era una situación sumamente desfavorable para los hijos de la unión y para la concubina, quien estaba destinada a funciones de *housekeeper*, sometida a una relación de subordinación y desigualdad de trato, que reclamaba una

solución en base a criterios de justicia.

Es por estos motivos que las legislaciones han formalizado al concubinato, llegándose a una situación algo paradójal: la unión de hecho ha dejado de ser tal si quiere accederse a las ventajas que le ofrece el Derecho positivo. Hoy por hoy, no deberíamos hablar de “uniones de hecho” en general, sino de concubinato, o de convivientes, o de compañeros de vida “registrados” o no “registrados”. Siempre existirán, por supuesto, uniones puramente fácticas, pero su aleatoriedad es evidente: en Derecho comparado cualquiera de los concubinos puede solicitar su registración.

El Derecho comparado está indicando que el legislador permite y habilita varios modos de uniones de pareja, pero que a la vez establece un mínimo de derechos y obligaciones aplicables a cualquier clase de estas uniones, sería algo así como “un estatuto general de parejas estables”. O dicho con otras palabras: *hay un mínimo de derechos y obligaciones que trasciende a todas las uniones de pareja estable*. Ese estatuto mínimo común, es el que está emergiendo y el que aproxima a todas las formas estables de ayuntamiento humano.

Respecto de las figuras de matrimonio y de concubinato, si bien las dos pueden tener un piso mínimo de derechos y obligaciones, hay diferencias sustantivas en su conformación que no puede dejar de contemplar ninguna disposición legal. En el matrimonio basta con concurrir ante el Oficial del Registro del Estado Civil, someterse a los controles habilitantes, realizar las publicaciones y pasar por la ceremonia. En cambio, en el concubinato hay un período fáctico ineludible -el cual oscila según la legislación de cada país americano entre 2 y 5 años- para luego obtener su »»

su reconocimiento ante una autoridad administrativa o judicial. Si ese período fáctico no es tenido en cuenta, en realidad el legislador no está regulando un concubinato sino un matrimonio, cualquiera sea el nombre que se le dé. Porque además, el matrimonio “se constituye”, en cambio el concubinato “se reconoce”, “se constata”, o “se declara”. Pero ante todo *debemos respetar la voluntad de la gente*, porque precisamente muchos lo que no quieren es casarse, no quieren ser tratados como “cónyuges”, y mucho menos “divorciarse”, desean algo diferente, aun cuando esté próximo a la categoría matrimonial.

También en Derecho comparado existe la posibilidad de implementar un concubinato contractualmente y ello tiene sus consecuencias a la hora de acreditar su eficacia internacional. Las PaCS francesas son un ejemplo, aun cuando han ido evolucionando hacia un régimen estatutario mediante leyes posteriores. Entonces nosotros, expertos en derecho internacional privado, deberíamos examinar la eficacia extraterritorial de un contrato y la eficacia extraterritorial de una sentencia judicial o de un acto administrativo en materia concubinaria.

Para Uruguay no hay problema, por cuanto las sentencias judiciales constitutivas o declarativas no pasan por el trámite del exequátur, solo quedarán sometidas a dicho procedimiento las sentencias que impliquen necesariamente un acto material posterior para su cumplimiento. Por tanto, será el operador jurídico quien examinará directamente en estos casos el contrato, la decisión administrativa o la sentencia judicial extranjera que constata la presencia de una relación concubinaria para comprobar su regularidad.

El régimen de bienes y la determinación de la calidad de los bienes comunes existentes antes del recono-

cimiento del concubinato. Para nosotros, por lejos el problema más importante a resolver es el comienzo del régimen patrimonial del concubinato y la determinación de aquellos bienes comunes existentes antes del reconocimiento judicial.

La cuestión consiste en saber qué clase de derechos tiene el o la concubina sobre los bienes adquiridos *antes* de la decisión judicial, si es un derecho real o personal o si no tiene ningún derecho; y por otro lado, si los bienes propios adquiridos por el concubino durante la etapa de hecho “a expensas del esfuerzo o caudal común”, se transforman de bienes propios en bienes comunes. Sobre estas dos cuestiones la doctrina se halla sumamente dividida porque al parecer se estaría afectando los modos de adquirir el dominio.

Cabe preguntarse para qué sirve el reconocimiento judicial del concubinato si sus efectos se producen para el futuro, cuando precisamente lo que la o el concubino desea y ha echado el ojo, es hacia el patrimonio creado durante la etapa fáctica del concubinato. Bajo estas condiciones, es posible que el reconocimiento judicial que solo mire hacia el futuro no le sirva de nada, salvo para constatar que el concubinato ya ha dejado de existir y que el titular de los bienes se ha ido de la casa.

Acá está el meollo del problema: el régimen concubinario de bienes debe tener efecto retroactivo, por cuanto si no lo tiene, el instituto carecerá absolutamente de interés y de eficacia. En cuanto a qué soluciones pergeñar sobre este punto, en ninguna legislación hay una solución que conforme a todos y Chile deberá idear las suyas.

7. EL NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

No podríamos trazar un panorama de lo acontecido en el Derecho de Familia a comienzos del s. XXI si no inclináramos nuestra mirada hacia el nombre de las personas físicas y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en ámbitos donde dicha autonomía no existía. El nombre es una de las muchas formas que existe para individualizar o identificar a los seres humanos. Generalmente algunas o todas esas formas se unen para una mejor individualización del sujeto: la edad, el estado civil, la nacionalidad, el domicilio, el sexo, el lugar y fecha de su nacimiento, los datos que surgen de su documento de identidad o de su credencial cívica, las huellas dactilares, el iris del ojo, etc. Todo sujeto de Derecho necesita de un signo permanente y fácil de individualización y esa función la cumple el nombre civil.

El comentario que cabría realizar en este aspecto, es el ingreso de la autonomía de la voluntad respecto del nombre de las personas físicas. El Código de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay reconoce la posibilidad de que el adoptado adolescente pueda convenir con los adoptantes mantener uno o ambos apellidos de nacimiento (art. 27), lo cual se encuentra en consonancia con la Convención sobre los derechos del niño, que sostiene que el niño debe ser escuchado en todos los temas que le conciernen y, precisamente, este es uno de ellos y debe mantener por lo menos un nombre de pila para proteger su identidad. Argentina posibilita en casos de adopción, el cambio de nombre de pila hasta los 6 años de edad.

En nuestro ordenamiento jurídico debemos

tomar igualmente en consideración a la ley sobre derecho a la identidad de género de 2009, la que establece que toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo o ambos, cuando los mismos no coincidan con la identidad de género adoptada (art. 2). Como lo disvalioso para las personas que padecen disforia de género es llamarse con un nombre de pila que no condice con el género que han adoptado, la ley citada autoriza únicamente a cambiar este último, pero no los apellidos, los cuales permanecerán inalterados.

En los países hispanoparlantes los apellidos de la persona física deben ser dos y estar ubicados en un orden predeterminado legalmente: en primer lugar el apellido paterno y en segundo lugar, el apellido materno. En los países lusoparlantes en cambio, es a la inversa. Cualquiera de las dos soluciones ha merecido críticas en la actualidad, por cuanto significan una preeminencia sexista, en la primera hipótesis masculina, y en la segunda femenina. De ahí que haya habido un movimiento esporádico pero comprensible, de poder alterar el orden de los apellidos. La ley sobre matrimonio igualitario uruguayo contiene normas de carácter general sobre el nombre. El art. 27.1 introduce un cambio sustancial al habilitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad para determinar el orden en el que irán los apellidos de los hijos.

El apellido de la mujer casada. La subcategoría “el apellido de la mujer casada” se halla en vía de extinción. A medida que la mujer ha obtenido éxito en su lucha por la igualdad con el hombre, han ido desapareciendo aquellas medidas discriminatorias que la perjudicaban. La mujer que va a contraer matrimonio ve afectado especialmente su nombre de familia de dos formas:

- En los países hispanoparlantes mediante el uso de la preposición “de” seguido del apellido del marido y antecedido por el propio; es así que resultaba común que las mujeres firmaran Ana Rodríguez de Esponda, Matilde Peñalba de Corrit;

- La otra afectación se produce en la mayoría de los países angloparlantes donde se sustituye el apellido de familia de la mujer por el del marido.

A la luz de la concepción actual sobre derechos humanos resulta difícil evaluar cuál de las dos prácticas es más agresiva hacia la mujer.

En nuestra región las jóvenes generaciones de mujeres han ido rechazando firmar con el apellido propio seguido de la preposición “de” y luego el apellido del marido, porque consideran que dicho uso implica la admisión de ser “propiedad” o “posesión” del cónyuge varón, algo que rechazan. El propio diccionario de la Real Academia Española de la Lengua observa que la preposición “de” indica pertenencia. Era sin duda una supervivencia residual de la potestad marital. En la actualidad no conocemos normas que obliguen a dicho agregado, por lo que en los países hispanoparlantes el matrimonio no produce mutación alguna en el apellido de la mujer.

Este cambio de actitud se aprecia claramente en la ley No. 26.618 al modificar el art. 18 la ley No. 18.248 (art. 8), de la siguiente manera: “será optativo para la mujer casada con un hombre, añadir a su apellido el de su marido precedido por la preposición ‘de’. Pero tiene un agregado algo cómico: en caso de matrimonio entre personas del mismo sexo será optativo para cada cónyuge añadir a su apellido el de su cónyuge, precedido de la preposición ‘de.’”

Lo cual estaría indicando que Juan Rodríguez podría pasar a firmar Juan Rodríguez de Pérez, este último apellido de su esposo; o Ana Estévez pasar a firmar Ana Estévez de Castilla, este último apellido de su esposa. Y a la inversa, el otro integrante de la pareja podrá firmarse “de Rodríguez” o “de Estévez”. Una solución bastante extraña porque en la ambición desmedida a la igualdad se quiere incorporar las taras que arrastra el matrimonio heterosexual a los nuevos tipos matrimoniales.

Ante estas situaciones, parece adecuado pensar como quinta precisión de derecho internacional privado a realizar, que en lugar de una solución conflictual respecto del apellido de la mujer casada debería consagrarse una norma sustantiva internacional que declare que quedará a la voluntad de la propia interesada decidir qué actitud tomar; decisión que deberá ser respetada por todos los Estados, por lo que gozará de efectos extraterritoriales.

8. LAS SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS.

El último tema a tratar refiere a las sucesiones transfronterizas. Nos encontramos en presencia de una sucesión internacional cuando el patrimonio del de *cujus* se halla disperso en varios Estados. Habría mucho para comentar en una materia tan “arbórea” como es el Derecho sucesorio, con tantas ramificaciones y con tantas raíces que se hunden en el limo de la tradición, de la cultura, de la religión y hasta del dogmatismo.

Lo que parece digno de destacar en este momento es el Reglamento (UE) No. 650/2012 de 2012 relativo a la competencia la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos en »»

materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Este Reglamento comenzará a regir en forma completa a partir del 17 de agosto de 2015 (art. 76) y podrá ser revisado a partir del 18 de agosto de 2025 (art. 86).

El Reglamento intenta eliminar dentro de las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros de la Unión aquellas soluciones que propician la fragmentación sucesoria, optando por la aplicación de una sola ley a toda la sucesión y la competencia internacional de un solo juez o autoridad, posibilitando la fragmentación en casos muy excepcionales. Pero con los pies apoyados en la realidad, el art. 12 expresa que cuando la herencia del causante comprenda bienes situados en un tercer Estado, el tribunal que sustancia la sucesión podrá a instancia de una de las partes, no pronunciarse sobre uno o más de dichos bienes en caso de que quepa esperar respecto de los mismos que su resolución no vaya a ser reconocida ni declarada ejecutable en dicho Estado, lo cual introduce la posibilidad de funcionamiento del denominado *forum non conveniens*, de inspiración angloamericana.

Este Reglamento introduce una novedad: el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en materia sucesoria, tanto para la determinación de la ley aplicable como de los criterios de competencia internacional. Por tanto, el punto de conexión “última residencia del causante” puede ser reemplazado por el de la nacionalidad del fallecido, y si este último tiene más de una nacionalidad podrá optarse a favor de la nacionalidad que prefiera, acercándose de esta manera a la *professio juris* vigente en la Edad Media, donde los Notarios recurrían a la declaración de los interesados sobre su origen para determinar cuál era la ley personal más conveniente de

aplicar al negocio, aun a sabiendas de que dicha declaración no era cierta.

¿Es posible introducir la libertad para seleccionar la ley aplicable o el juez competente en materia sucesoria? Hasta ahora nadie se había atrevido a formular tal hipótesis. Lo propuesto por el Reglamento se trata de una innovación importante que tiene sus bemoles:

- El causante buscará la ley que le conceda la mayor extensión a la parte de libre disposición, y seguramente seleccionará la ley que considere el derecho de los herederos forzosos como un derecho de crédito personal a cobrarle al heredero instituido;

- Podrá elegir la ley china, la uruguaya o la chilena, si esa es su nacionalidad, porque el Reglamento se aplica también a sucesiones transfronterizas con elementos fuera de la Unión. Tengamos en cuenta que algunos países europeos conceden la nacionalidad a personas hijas o nietas de sus nacionales sin que ellas hayan pisado jamás el suelo patrio, en tal caso no parece que se haya adoptado un punto de conexión adecuado; o

- Podrán elegir la ley de un país musulmán que ya sabemos que de acuerdo a la Sharia las mujeres heredan la mitad del hombre, o que no tendrán la calidad de herederos quienes no practiquen la fe musulmana. En estas dos últimas hipótesis se justificaría la aplicación de la excepción de orden público internacional acudiendo en sustitución a la ley del foro (art. 35).

Hemos llegado al final de la exposición. En este panorama tan sucinto creemos que hemos trazado las pinceladas esenciales que esbozan el Derecho de Familia del s. XXI. Mi intención ha sido simplemente la de dejarles el alma inquieta y el sentimiento de que nada está adquirido en la actualidad y que todas las viejas fórmulas internacional privatistas deberán ser reformuladas. Espero haber cumplido con esos dos objetivos. Nada más, muchas gracias por vuestra atención. 

LA LEX MERCATORIA: UN REFERENTE EN NUESTROS DÍAS.

*Leonel Pereznieto Castro*¹

RESUMEN.

El presente artículo expone una explicación completa y una actualización del significado y efecto del concepto de la *lex mercatoria*, que es cómo se identifica a la normatividad producida por los operadores internacionales. Al mismo tiempo, se confirma el pluralismo metodológico del Derecho Internacional Privado y brinda una idea de un método cuya utilización se incrementa con el desarrollo del comercio internacional.

ABSTRACT.

This is an updated explanation of the meaning and effect of the concept of the Law Merchant is as identified with the regulations produced by international operators. At the same time the methodological pluralism of Private International Law is confirmed and gives an idea of the method whose use has increased with development of international trade.

RESUMÉ.

C'est une explication mise à jour de la signification et de l'effet de la notion de la *Lex Mercatoria* qui est identifiée avec les réglementations produites par les opérateurs internationaux. Dans le même temps, le pluralisme méthodologique du Droit International Privé est confirmé et donne une idée d'une méthode dont l'utilisation a augmenté avec le développement du commerce international.

¹ Profesor Titular de carrera de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional Nivel III y consultor en el despacho Jáuregui y del Valle. S.C. (Ciudad de México)

AGRADECIMIENTO.

Deseo manifestar mi satisfacción de participar en este inicio de las Jornadas Chilenas de Derecho Internacional Privado (DIPr) y agradezco a las autoridades de la Facultad de Derecho su invitación y en especial al profesor Eduardo Picand Albónico, a quien felicito por poner en marcha, junto con distinguidos colegas, a las Jornadas que son y serán un proceso de difusión del Derecho Internacional Privado (DIPr) y un foro de debate. Estoy seguro que este foro, significará un paso decisivo para la difusión y estudio del DIPr.

Me ha correspondido el tema de la *lex mercatoria*, que para mucha gente es poco conocido, incluso dentro de los colegios de abogados, pero es un tema que tiene mayor relevancia en el mundo internacional, por lo que es útil analizar a este fenómeno que se sucede a diario en el tráfico jurídico internacional, sobretodo en un país como Chile, abierto comercialmente al mundo.

1. INTRODUCCIÓN.

En su explicación moderna el concepto de la *lex mercatoria* ha servido para englobar en él a todas las reglas que utilizan los operadores internacionales del comercio sin referencia a los sistemas jurídicos nacionales; es decir, se trata de reglas tales como los *Incoterms* (FOB, CIF, etc.) o bien, las relativas a cartas de crédito internacionales o simplemente, las reglas que se derivan principalmente de los procesos de uniformización internacional por organismos no gubernamentales.

Se ha sostenido que “la *lex mercatoria* es el nombre usado para identificar a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía

respecto a los ordenamientos jurídicos estatales y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económicas internacionales; especialmente los contratos internacionales a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales”¹

Muchas de esas reglas, incorporadas a los sistemas jurídicos nacionales, forman hoy en día un complejo sistema que la doctrina y la jurisprudencia de diversos países, se han encargado de definir como una normatividad que se genera de manera paralela y autónoma de los sistemas jurídicos nacionales.

Lex mercatoria, fue entendida en sus inicios como un proceso especial que daba como resultado la acumulación de reglas pero con el tiempo, la racionalización de esas reglas dio lugar a un sistema, que constituye una red que facilita al tráfico jurídico internacional. No importa la perspectiva que se tome, pues uno de sus elementos definitorios son los *usos y costumbres*, esa venerable fuente de creación normativa, ahora canalizada a través de órganos actuantes y dinámicos a nivel internacional², que tratan de estandarizar las reglas de conducta de los operadores internacionales, como respuesta a su vinculación en los procesos a nivel mundial.

¹ López Ruiz F. Notas sobre la nueva Lex Mercatoria, en: Revista de Derecho del Mercado Financiero, N°1, 14 de diciembre de 2007, págs. 1 y 2.

² En el presente trabajo me refiero a organizaciones tales como: CCI, UNIDROIT, UNCITRAL, la Conferencia Permanente de la Haya y la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, además de todas las organizaciones gremiales, cámaras de comercio y otras agrupaciones que emiten periódicamente sus reglas de comportamiento en el gremio, el comercio o la industria.

Este cambio en la definición de los usos y costumbres -es decir, en el acuerdo internacional para su empleo- en mi opinión debe ser explicado para entender la forma cómo un concepto tradicional como la opinión *juras et necessitatis* continua sirviendo pero ahora con un cambio de grado, importante.

Por un lado, la práctica diaria de los operadores internacionales en los diversos mercados multiplicada por cada gremio de industria o comercio, genera una buena cantidad de reglas que se pretende sean internacionalizadas.

Los agentes económicos que se benefician con la globalidad de la economía están interesados en que la interconexión de sistemas económicos y jurídicos sea lo suficientemente completa para que las economías nacionales funcionen a nivel internacional y con los menores tropiezos.

Es indispensable que los procesos internacionales que tiendan hacia una mayor estandarización en la fabricación de productos o en la prestación de servicios se coordinen y, si es posible, se regulen por sus propias reglas. Es la forma de dotar con mayor eficiencia el crecimiento de este tipo de procesos.

Estamos en presencia de reglas, que según se les mire, son importantes hoy en día en el mundo y lo serán más, en la medida en que las relaciones industriales y comerciales se unifiquen mediante procedimientos estandarizados que, a su vez, los conecta en sus relaciones con industrias y comercios de otros países.

Lo anterior es un ejemplo de lo que se vive internacionalmente, de ahí que sea importante analizar estas reglas desde una doble dimensión: la normativa y la práctica.

2. DIMENSIÓN NORMATIVA.

El intento de adentrarse en la naturaleza normativa de las reglas internacionales del comercio, apareció en el mismo momento que se discutió el nuevo concepto de *lex mercatoria*³. Sin embargo, muchos de esos antiguos argumentos pueden ser rescatados para un nuevo debate.

Hay en mi opinión dos teorías principales que pretenden explicar la naturaleza jurídica de este tipo de reglas. Una basada en el *pluralismo metodológico*⁴ y otra, que podemos llamar el *positivismo analítico hartiano*. Personalmente he propuesto una tercera concepción fundamentada en buena medida sobre las propuestas de Herbert Lionel Hart. Veamos muy brevemente estas tres propuestas.

Pluralismo Metodológico. Se trata de una concepción que parte de las ideas de Santi Romano, conforme a la cual “Toda manifestación social, por el mero hecho de serlo (se encuentra) dotada de dimensión jurídica y (proporciona) una importante línea argumentativa en favor de la remoción del arraigado dogma positivista de la estatalidad del Derecho” El autor, introduce el concepto de orden social en el concepto de ordenamiento jurídico a través de la idea de la institución. “La institución deriva de la necesidad de organizar una serie de expectativas sociales de forma autónoma de manera que existirán tantos ordenamientos jurídicos cuantas exigencias o expectativas sociales cristalicen en instituciones y las instituciones son, como sabemos, iguales a ordenamientos jurídicos, es decir, a Derecho”⁵

³ Kassis. op. cit. Pp. 307 y sigs.

⁴ Principalmente en su obra fundacional, *L'Ordenamiento Giuridico*, Padua, 1918

⁵ López Ruíz. F. op. cit., pág.12

De esta manera, los presupuestos teóricos de Santi Romano, conducen “necesariamente a una visión pluralista del Derecho y en consecuencia, a negar el monopolio del estado en la creación del Derecho”⁶. El Derecho estatal es uno más entre una pluralidad de ordenamientos jurídicos.

A partir de esta propuesta la *lex mercatoria* es un “Derecho cuya validez no surge en el marco del Estado sino se forma pragmáticamente fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funcionales Territoriales.”⁷

Por su parte, en la teoría analítica positivista de Hart pueden encontrarse elementos que conducen a identificar a la *lex mercatoria*. Conforme al pensamiento de Hart pueden identificarse dos tipos de reglas, las “reglas primarias” que el autor propone y que se refieren a la obligación que debe cumplirse, y las “reglas secundarias (reglas de cambio y de adjudicación)” que atribuyen potestades⁸, y en éste último sentido pueden encuadrarse las reglas expedidas por los organismos internacionales que producen la *lex mercatoria*; es decir, éste tipo de reglas podrían ser asimiladas a las reglas de adjudicación, en la medida que otorgan facultades para que dichos organismos las produzcan y al ser reglas que son producidas por un procedimiento predeterminado, también podrían asimilarse a las reglas de cambio. Dicho en otras palabras, se podría considerar que el tipo de reglas producidas por esos organismos serían identificables a reglas jurídicas, pero a un tipo distinto de las producidas estatalmente.

⁶ García Miranda, C.M. La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano, en Anuario da Facultade de Dereito de la Unversidade da Coruña.1998, N°2. Pág.287

⁷ Idem.

⁸ Hart, H.L.A, El Concepto de Derecho. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires (Traducción de Genaro Carrió) 1990

Pasamos a la tercera y última consideración normativa. Hace casi tres décadas propuse diferentes formas de análisis de la *lex mercatoria*⁹ y como siempre sucede con las ideas, después de muchas discusiones se puede ir precisando el pensamiento y los conceptos. Así que a la hora actual, percibo la siguiente forma de análisis:

Si hablamos de reglas sin origen estatal, acordadas por las partes en sus contratos a nivel internacional, los Estados identifican esta reglamentación y entienden que esa tarea no les está asignada, por lo que hay que dejar a las partes pactar libremente y así puede decirse que se trata de un Derecho creado por delegación efectuada por los Derechos nacionales a los órganos internacionales descentralizados.

Explico brevemente este concepto: los Estados nacionales están conscientes que esa tarea normativa no les corresponde y dejan que esos organismos internacionales sean los que elaboren toda las reglas con el acuerdo universal, de tal manera que dichas reglas sean los mejores instrumentos para el tráfico jurídico internacional y por supuesto, para el libre pero seguro tráfico comercial. Esas reglas contribuyen a asegurar las transacciones.

El Estado moderno, está atento a las constantes fluctuaciones de la vida comercial e industrial, a la rapidez como se desarrolla el tráfico comercial siempre cambiante, con nuevos actores e ideas en el mercado y por esa razón entiende que su maquinaria no está hecha para mantener al día sus áreas más sensibles, corre el riesgo de contar con normas internas ya obsoletas para regular »»

⁹ En este sentido ver mi obra Derecho Internacional Privado, Ed. Oxford University Press, México, 10ª edición. México 2014, publicada por primera vez en 1979. págs. 276 y sigs.

muchos campos del comercio internacional y por tanto deja que la libertad contractual sea la base jurídica fundamental de su desarrollo¹⁰. Las decisiones fundadas en esas reglas empiezan a ocurrir¹¹ y a ser reconocidas en los Estados nacionales.

Veamos ahora a este mismo fenómeno desde una perspectiva diferente y así podemos decir que cuando hablamos de *lex mercatoria*, nos estamos refiriendo a la recepción centralizada, en los Derechos nacionales, de una normatividad creada de manera descentralizada.

Este punto de vista nos da la oportunidad de asomarnos a las normas internas que facilitan esa interacción, como lo son fundamentalmente las que regulan la autonomía de la voluntad. Este principio permite a los contratantes incluir en sus acuerdos ese tipo de reglas que han sido creadas en un sistema jurídico paralelo. Lo que el profesor Walter Biagi llama “La capacidad natural de la persona de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad.”¹²

Es importante señalar, que en la gran mayoría de sistemas jurídicos modernos las reglas internacionales a las que nos referimos, suelen aplicarse como reglas por lo general en principios que ya se tornaron obsoletos y no se toman en cuenta en la actualidad. De esa manera el empleo de las reglas

actualizadas de la CCI sobre Créditos Documentarios¹³, son las que aplican todos los bancos del mundo.

Nuestro objeto de análisis normativo, la *lex mercatoria*, también puede ser enfocada desde una perspectiva diferente.

En efecto, esta reglamentación en el mundo de los negocios será un sistema descentralizado, convalidado por la costumbre internacional y admitido por los sistemas nacionales.

En este caso, la discusión seguramente se centrará en lo que quiere decir, para efectos de este trabajo el concepto de “*costumbre internacional*”. El análisis se centrará en lo que debe entenderse por ese concepto.

Al inicio de este trabajo hicimos un primer acotamiento. Mencionamos que la costumbre y los usos que la forman han cambiado dramáticamente como fuente del Derecho. Durante siglos conocimos el proceso lento de los usos que luego se convirtieron en costumbres y muchos de estos, incorporados como normas jurídicas internas para coordinar a sus sistemas jurídicos nacionales, con el mundo.

No, no nos estamos refiriendo a nada nuevo, ya en el siglo XIX León Bolaffio, uno de los mercantilistas más reconocidos de esa época, se refirió a la *opinion juris et necessitatis* en los siguientes términos:

“La práctica, la reiteración de los actos, no crea ni establece el Derecho, porque éste está ya en la conciencia del pueblo o de aquella »»

¹⁰ Los autores Fouchard, Gaillard y Goldman, en su obra *On International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer, La Haya, 1999, p. 802, muestran un panorama del estado del arte sobre el tema.

¹¹ Se puede consultar, entre otros archivos, el Clout, que es el programa de archivo de decisiones relacionadas con los instrumentos que produce este organismo internacional y que se encuentra en el web de UNCTRAL.

¹² *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, 1997, Vol.43, n°5, Padua, p. 774.

¹³ Las reglas UCP-600 emitida por la CCI (Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, CCI, Publicación N°600).

clase social en que se ha formado”¹⁴; es decir, que el ejercicio reiterado de los actos es simplemente la manifestación de lo jurídico, de lo que existe y prevalece en un determinado grupo social. En nuestro tema, en los gremios de comercio e industria que son la locomotora económica del mundo.

Antiguamente cada gremio dictaba sus propias reglas, pero como la uniformidad es la forma como el comercio se desarrolla a escala mundial, desde finales del siglo XIX se crearon los primeros órganos internacionales que ahora producen, con el acuerdo de representaciones oficiales de gobiernos, pero sobretodo, de organizaciones integradas por grupos privados de interés (banqueros, constructoras, financieras, etc), las reglas que englobamos en el concepto de *lex mercatoria*.

Se busca la uniformidad de normas en el mundo para que el comercio y la industria no se detengan en sus quehaceres propios y se extiendan cada vez más. Doy un ejemplo para concluir con el análisis de este punto de vista, UNCITRAL produce Contratos Tipo para ser utilizados por los operadores internacionales en sus transacciones, Guías Legislativas o Leyes Modelo dirigidas a legisladores nacionales para que puedan incorporar internamente un determinado capítulo de la ley que se pretende modernizar y uniformizar con los países que se comercia.

Veamos ahora a nuestro objeto de estudio desde una perspectiva más familiar para muchos abogados: estamos hablando de *usos y costumbres*, el resultado del diario batallar de los operadores internacionales que requiere mayor especialidad y rapidez, y sobretodo, mayor extensión en la venta de productos

y servicios en un mundo más amplio.

En estas condiciones se aplica el dispositivo previsto por el sistema interno, que acepta a la costumbre como fuente integradora del Derecho o quizá, lo más seguro, que el concepto de costumbre, como otras tantas instituciones jurídicas, ha debido cambiar, ampliándose para cubrir fenómenos jurídicos inéditos. Aunque el procedimiento de creación no es el mismo, su origen es igual y por tanto es asimilable.

Permítanme mostrarles el mismo fenómeno pero visto desde el exterior. Hemos mencionado que las reglas se producen por organismos descentralizados a nivel internacional. Son vigentes hasta la fecha en que son modificadas, varía entre reglas y reglas, pero el promedio de actualización de dichas reglas es de seis a siete años en general¹⁵. Estas reglas que las partes acuerdan en un contrato es ley entre ellas. Con su autonomía de la voluntad las partes habrán convenido lo más afín a sus intereses, limitados solo al negocio de que se trate y a sus efectos.

Nos encontramos en un ámbito estrictamente personal y específico del negocio jurídico. Su funcionamiento es parecido al de la costumbre tradicional: las reglas gremiales siempre fueron aplicables entre comerciantes del mismo gremio, teniendo en cuenta su vigencia¹⁶.

La especificidad de este tipo de reglas, en su ámbito de aplicación, es tal que los mismos contratantes pueden celebrar simultáneamente otro contrato, sobre el mismo objeto e incorporar reglas diferentes.

¹⁴ Derecho Comercial, leyes y usos comerciales. Actos de Comercio. Ed. Oxford University Press –México- Biblioteca Clásicos del Derecho Mercantil. T.I., p.53.

¹⁵ Los Incoterms y las reglas de crédito documentario de la CCI, entre otras, son renovadas en períodos no mayores a 6 años

¹⁶ Bolaffio, L. op.cit, págs. 64 y sigs.

Por ejemplo, las mismas partes que en un contrato incorporan el término comercial FOB para entrega de la mercadería, en otro contrato, entre las mismas partes y el mismo tipo de mercadería, pueden acordar una entrega de mercadería bajo el término comercial CIF.

Su ámbito temporal es conocido y no cuentan con un ámbito espacial definido, se aplican en principio al mundo entero.

Existen otras propuestas enfocadas hacia la teoría y filosofía del Derecho que ya no abordaremos pero que es conveniente mencionar. Se trata de teorías cuyo enfoque se plantea a partir del análisis sociológico del Derecho y más específicamente de una realidad social que se expresa en la capacidad de acción colectiva que provoca el surgimiento de las acciones organizativas con su propia identificación. Se trata de teorías del Derecho propuestas por Michel Foucault¹⁷, Jürgen Habermas¹⁸ y Niklas Luhmann¹⁹, que entre otras cosas discuten la transformación hacia un “*pluralismo jurídico global*” donde la figura de antiguo Estado Nación se desdibuja cada día más y se avanza, al menos jurídicamente hacia una sociedad global.

Para concluir la primera parte de nuestra exposición, sólo unas breves palabras. El concepto de la *lex mercatoria* nos muestra una realidad jurídica internacional que confirma el pluralismo metodológico jurídico, que es un paso claro hacia la superación del Estado-Nación en su concepción tradicional, por la necesaria interacción de sistemas jurídicos nacionales pero, especialmente por la producción normativa internacional que

ayuda al tráfico jurídico entre países para hacerlo más eficiente. Chile y México son dos países con una concepción histórica sobre el territorialismo, muchos de los juristas nos formamos dentro de esa tradición por lo que no nos es fácil aceptar que fuera de nuestras fronteras se esté produciendo una normatividad que no requiere de las bases tradicionales que aprendimos en los salones de clase, pero que es una realidad que nos muestra el sendero que seguirá el desarrollo del Derecho del futuro.

Pasemos ahora a exponer la dimensión práctica.

3. DIMENSIÓN PRÁCTICA.

Con objeto de precisar más las ideas expuestas hasta este momento, en la segunda parte de esta exposición y siguiendo con la línea de brevedad, me permitiré dar a ustedes cuatro ejemplos de la práctica internacional, un primer ejemplo, relacionado con el arbitraje comercial internacional, otro, con las reglas para evitar la doble imposición internacional; un tercer ejemplo es el relativo a los términos comerciales internacionales antes mencionados para concluir con un cuarto ejemplo relativo a las reglas internacionales sobre normalización.

3.1. Primer ejemplo. El arbitraje comercial internacional es la jurisdicción más socorrida en el comercio internacional y al mismo tiempo, la jurisdicción ideal para la aplicación de la *lex mercatoria*. Los árbitros, ante una cláusula arbitral en la que las partes han acordado la aplicación al fondo del contrato de la *lex mercatoria*, que en sí es un término genérico, tendrán en primer lugar que determinar la naturaleza del contrato,

¹⁷ Sobre este autor, ver: Sauquiel, J., Foucault, una filosofía en acción. Ed. CEC. Madrid. 1989.

¹⁸ El discurso filosófico de la modernidad. Ed. Taurus, Madrid, 1989.

¹⁹ El Derecho de la Sociedad. 2006 y La sociedad de la sociedad 2000.

para enseguida poder concluir qué tipo de *lex mercatoria*, de manera específica, deben aplicar. En el Reglamento de Arbitraje de la CCI, Regla 17 se establece que:

“Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.

En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos pertinentes.”

Dicho en otras palabras, cuando se mencionan los “*usos pertinentes*” las reglas se refieren a la *lex mercatoria*. Si se trata de un contrato de compraventa, el Tribunal Arbitral podrá aplicar los principios UNIDROIT sobre contratos de compraventa internacional o bien, si se trata de un contrato de garantías prendarias sobre bienes muebles, podría aplicar la Ley Modelo sobre la materia de la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP) etc. Dos autores de amplio prestigio en el mundo arbitral nos dicen lo siguiente:

“La aplicación internacional de estándares ofrece muchas ventajas. Los estándares se aplican uniformemente y no dependen de las peculiaridades de ninguna ley nacional en lo particular. Los estándares toman en cuenta las necesidades del tráfico internacional y permiten la mutua fertilización entre aquellos sistemas jurídicos que pudieron ser influidos con distinciones conceptuales y aquellos que buscan una resolución práctica y justa en cada caso en lo individual”²⁰

²⁰ Derains, Y y Schwartz, E.A. A guide to the ICC rules of Arbitration. Ed. Kluwer Law International. 2005. 2a Ed. p. 237. *“Application of international standards offers many advantages. They apply uniformly and are not dependent on the peculiarities of any particular national law. They take due account of the needs of international intercourse and permit cross-fertilization between systems that may be unduly wedded to conceptual distinctions and those that look for a pragmatic and fair resolution in the individual case”.*

3.2. Pasemos al segundo ejemplo. En materia tributaria, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) tiene entre sus varios objetivos el regular y evitar la doble tributación internacional, con este fin en 1963 publicó el Modelo de Convenio respecto del impuesto sobre la renta y en 1966 el modelo de Convenio acerca del impuesto sobre sucesiones internacionales. En 1977 se creó en el seno de la OCDE el Comité sobre Asuntos Fiscales el que se dio a la tarea de elaborar un nuevo modelo de convenio, pero éste aplicable a todas las materias de cobertura fiscal internacional. En este modelo lo más relevante son los comentarios. Es decir, el modelo sirve para que aquellos países que deseen celebrar un tratado para evitar la doble tributación puedan tomar el modelo, pudiéndolo modificar de acuerdo a las necesidades particulares de los Estados celebrantes. El caso de los comentarios es distinto, porque estos comentarios son la base de interpretación de cualquier tratado internacional preventivo de la doble tributación internacional, se pretende que los Estados apliquen sus tratados de manera uniforme en una sola dirección.

“En 1991, reconociendo que el proceso [de celebración de tratados internacionales en la materia] era continuo el Comité de asuntos fiscales de la OCDE adoptó el concepto de “Convenio Modelo Ambulatorio” que permite actualizaciones y modificaciones más puntuales y oportunas, al no tener que esperar una revisión completa, además que en el proceso de revisión se toma en cuenta por el Comité, la colaboración de países no miembros, así como de organizaciones internacionales y partes interesadas.”²¹ Dicho en otros términos, los comentarios son la fuente de interpretación para todo tipo de tratados de esta naturaleza, incluso para tratados que

²¹ Hallivis Pelayo, M. Interpretación de tratados internacionales tributarios. Ed. Porrúa, México. 2011. p.340

no siguen el modelo OCDE.²² “Los comentarios [se definen] como notas que han sido acordadas y que pretenden ilustrar o interpretar los artículos del Modelo OCDE y que no constituyen instrumentos jurídicos obligatorios de carácter internacional pero que son de gran ayuda para la aplicación e interpretación de los tratados que se firmen siguiendo el Modelo”²³

Los comentarios al Convenio Modelo tienen una actualización cada dos o tres años y son reglas que toman los jueces nacionales para su labor de interpretación para esta materia²⁴. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación abrió esta posibilidad desde 2002 cuando en una decisión declaró: que para la interpretación de este tipo de tratados “Debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica.”²⁵ De ésta manera, los comentarios que son reglas nacidas con la naturaleza ya descrita de *Lex Mercatoria*, son aceptados por las cortes nacionales como fuente de interpretación al igual que de parte de las autoridades fiscales de todos los países de la OCDE, e incluso de otros países no pertenecientes a dicha organización.

3.3. Tercer ejemplo. Los *INCOTERMS* o términos comerciales internacionales elaborados y modificados cada cinco años y

²² Lang, M. *Tax treaty interpretation*. Ed. Kluwer Law International. La Haya. S/F p. 136

²³ Calderón, A. ¿Son los comentarios al Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos declaraciones interpretativas? En: *Derecho Fiscal Internacional, Temas Selectos*. Ed. Porrúa ITAM. México. 2011. pág.42.

²⁴ Sobre los comentarios, un documento que los recopila y analiza detalladamente es: Van Raad, K. *International & EC Tax Law*. Ed. International Tax Center Leiden. 2009. 9ª Ed. 2 volúmenes

²⁵ CLXXI/ 2002 *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta XVI*, diciembre de 2020, p. 202.

emitidos por la CCI, y que ya habíamos mencionado anteriormente, son reglas ampliamente conocidas en el mundo del comercio internacional, que los operadores internacionales incluso utilizan para elaborar la cotización comercial del producto que desean ofertar, y se refieren, según donde el producto vaya a ser entregado o embarcado, a los derechos y obligaciones que las partes tienen en dicho contrato.

De esta manera, cuando un oferente en su oferta internacional, establece que su mercancía se entregará *Libre a Bordo del Buque (FOB)* y el destinatario acepta estos términos, quedarán automáticamente incluidos en el contrato que se habrá formado con la aceptación de la oferta, entre las partes. De esta manera, a través de la plena autonomía de la voluntad y la inclusión de alguno de los términos comerciales previstos en el contrato, en nuestro ejemplo el Libre a Bordo del Buque, ante un incumplimiento, podrá ser demandado el cumplimiento de dicho contrato ante los tribunales nacionales y el juez deberá tomar su decisión fundada en la *lex mercatoria*.

3.4. Finalmente un cuarto ejemplo. Se trata del proceso de la estandarización internacional. Una vieja organización creada en 1947 dentro de los acuerdos de Bretton Woods, la Organización Internacional de Normalización, organismo no gubernamental, ha cobrado vigencia en la medida que el mundo se ha globalizado y tiene por objeto promover el desarrollo y difusión de normas internacionales de fabricación de productos, como de las de prestación de servicios a nivel internacional, y así se ha creado la red llamada ISO (palabra que viene del griego, *Isos*, que significa igual) y que actualmente agrupa a 161 países al interior de los cuales se han formado centros de normalización nacional.

Actualmente existen más de 50 tipos de estas reglas de normalización que tratan sobre diferentes temas, como son entre otros: el sistema para la organización de archivos, sistemas de cableado, estándares medioambientales en entornos de producción y, en especial, sistemas de calidad para la producción, en estas últimas reglas está la ISO 9000, ampliamente conocida en el mundo. En breve, se trata de reglas que cada país acepta voluntariamente, pero lo que es más importante, que cada empresa acepta para hacer compatible sus productos y servicios con el resto del mundo. Incluso, cuando un país acepta establecer reglas o leyes sobre la normalización a nivel nacional, se elaboran las normas de calidad fundamentadas en los tipos internacionales, en este último caso, las normas nacionales son obligatorias.

Dentro de este mismo concepto, existe otro organismo que es la *American Society for Testing and Materials (ASTM)* que se encuentra en Los Estados Unidos. Esta es una organización no gubernamental. “Hoy en día, alrededor de 12.000 normas ASTM Internacionales se utilizan voluntariamente en todo el mundo para mejorar la calidad del producto, aumentar la seguridad, facilitar el acceso a los mercados y el comercio, y fomentar la confianza de los consumidores. ASTM International tiene liderazgo en el desarrollo de normas internacionales y su organización es impulsada por las contribuciones de sus miembros: más de 30.000 de los mejores expertos técnicos del mundo y profesionales de negocios que representan a 150 países, de los cuales 118 son miembros de la OMC”²⁶

4. CONCLUSIÓN.

De este rápido recorrido, podemos concluir que la *lex mercatoria* es un concepto que cubre una serie de reglas de origen no estatal, producto en gran medida de las organizaciones internacionales, en su mayoría no gubernamentales, pero también resultado de los gremios de industria y comercio en el mundo y que las partes incorporan a sus contratos y las convierten en ley entre ellas y por tanto, pueden ser reclamadas ante los tribunales nacionales o servir estas reglas para ser incorporadas por el legislador nacional a fin de enlazar a su sistema jurídico, económico y comercial con el resto de sistemas de los países con los que comercie. Esta misma *Lex Mercatoria* hoy en día se utiliza para una gran variedad de otros temas, como lo hemos visto.

Muchas gracias. 

²⁶ Rodríguez Santibañez, I. Interpretación de normas internacionales de distintos ordenamientos bajo el acuerdo de obstáculos técnicos al comercio de la OMC, en: Boletín mexicano de Derecho comparado. Año XLVII N° 149, mayo-agosto, 2014, p. 619.

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CHILE

*Carolina von Schakmann Cabrales*¹

RESUMEN.

La adopción internacional en Chile, como país de origen, se llevó a cabo en un ambiente que propiciaban las irregularidades durante el siglo XX, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.620 y la ratificación de la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, ambas en 1999; consagrándose un régimen único de adopción, el filiativo, y un procedimiento de dos etapas, una administrativa y una judicial, para la adopción. Sin embargo, la Ley N° 19.620 no estableció un procedimiento para la adopción internacional cuando Chile actúa como país de recepción, nueva realidad que adquiere cada vez una importancia mayor y que se ha incrementado en la última década.

ABSTRACT.

The intercountry adoption in Chile, as an origin country, took place in an environment of irregularities during the 20th century, until the coming into force of the law N° 19.620 and the ratification of the Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption, both in 1999; stipulating a single adoption regime, the filiative one, and a procedure of two stages, one administrative and one judicial. However, the law N° 19.620 did not set a procedure for the intercountry adoption when Chile is the receiving country, situation that has increased in the last decade.

RESUMÉ.

L'adoption internationale au Chili, pays d'origine, a été réalisée dans une atmosphère d'irrégularités au cours du XXe siècle, jusqu'à la promulgation de la Loi N° 19.620 et de la ratification de la Convention sur la protection des enfants et la coopération l'adoption internationale, à la fois en 1999. Cette nouvelle normative consacre un système unique de l'adoption –qui a les mêmes effets que la filiation biologique- et crée une procédure à deux étages, qui a lieu devant l'autorité administrative et judiciaire. Cependant la Loi N° 19 620 n'a pas établi aussi une pro-cédure pour l'adoption internationale lorsque le Chili agit en tant que pays hôte, nouvelle réalité de plus en plus importante, qui a augmenté dans la dernière décennie.

¹ Abogada, Departamento de Adopción. Dirección Nacional, Servicio Nacional de Menores (SENAME).

1. INTRODUCCIÓN.

La adopción internacional, esto es, aquella en que un/a niño/a residente en un país (de origen) es trasladado al país en que residen la o las personas que lo/a han adoptado o lo/a adoptarán (de recepción), ya sea después de que se ha otorgado la adopción en el país de origen o con fines de adopción en el país de recepción, surge a raíz de diversos factores, entre los cuales, como señala Hernán Corral¹, se cuenta la existencia de numerosos niños/as abandonados en países en desarrollo, que carecían de la posibilidad de ser acogidos por una familia en su propio país y, por otro lado, la ausencia de niños para adoptar en países desarrollados. A ello se sumaba, la facilidad con que podían realizarse los trámites en países donde esta figura no estaba regulada legalmente o lo estaba en forma inadecuada.

Es así como, durante los años setenta y ochenta, Chile se constituyó en uno de los países latinoamericanos que experimentó con mayor fuerza, una creciente demanda de niños y niñas con fines de adopción, proveniente principalmente de Estados Unidos y algunos países europeos, sin que la legislación nacional hubiese previsto esta situación y, en consecuencia, la hubiese regulado.

En efecto, en esa época, en nuestro país coexistía la adopción contractual, regulada por la Ley N° 7.613, de 1943, y la legitimación adoptiva, regida por la Ley N° 16.346, de 1965, ambas aplicables sólo a la adopción nacional. Sin embargo, con una frecuencia creciente, personas residentes en el extranjero obtenían la entrega de niños/as con fines de adopción, ya sea mediando una

¹ Corral Talciani, Hernán, “Adopción y Filiación Adoptiva”, Editorial Jurídica, 2002.

autorización de salida del país que entregaba la madre y/o el padre biológicos ante un notario, o a través de un procedimiento judicial, en que se confiaba el cuidado personal del niño/a al o a los interesados y se autorizaba su salida del país, todo ello, sin que existiera un procedimiento legalmente determinado, asesoría a la madre y/o padre biológicos o se contemplara un seguimiento.

Es así como proliferaron en el país redes de intermediarios dedicados a obtener la entrega de niños/as, normalmente lactantes, a fin de satisfacer la demanda de familias extranjeras, que pagaban sumas de dinero que para nuestro medio resultaban bastante elevadas, por concepto de “honorarios”. Lamentablemente en no pocos casos se engañaba a las madres biológicas o existía un aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en que se encontraban.

De ahí que, progresivamente, la legislación nacional asumiera la regulación de la adopción internacional, de modo que ésta constituyese una alternativa de familia para aquellos niños/as vulnerados en su derecho a vivir en familia, que por diversos motivos, no podían encontrar una familia en su país de origen, dentro de un marco regulador que garantizase su interés superior y los derechos de todas las partes involucradas.

2. SALIDA DEL PAÍS CON FINES DE ADOPCIÓN EN EL EXTRANJERO: LEY N°18.703.

Como respuesta a la salida indiscriminada de niños/as, en su mayoría lactantes, que se produjo al amparo de la falta de regulación existente en esa época, el 10 de mayo de 1988 entra en vigor la Ley de Adopción, N° 18.703, que sustituye la antigua »»

legitimación adoptiva, por la llamada adopción plena e introduce en nuestro ordenamiento dos nuevas figuras: la adopción simple y una variante de la adopción internacional, esto es, un procedimiento de salida del país de niños/as con fines de adopción en el extranjero.

La citada ley entrega por primera vez funciones en materia de adopción a un organismo público, sólo en materia de adopción internacional, estableciendo que SENAME debía recibir todas las solicitudes de salida del país de niños/as con fines de adopción, acompañadas de la documentación que la ley exigía, y remitirlas al tribunal de menores competente, junto con la opinión técnica del Servicio, respecto a si estimaba conveniente o no la salida del país, opinión que no era vinculante para el tribunal.

Cabe señalar que en esa época existía una incipiente demanda de familias residentes en Chile interesadas en adoptar, que postulaban directamente en los diversos Tribunales de Menores, o a través de instituciones privadas, tales como Casa Nacional del Niño, dependiente en ese entonces de la Corporación de Ayuda al Menor, CORDAM, o la Fundación Chilena de la Adopción. Lo anterior, considerando que la Ley N° 18.703, al igual que su predecesora, la Ley N° 16.346, no regulaban un procedimiento de evaluación, postulación y selección de familias adoptivas.

Sin embargo, la gran mayoría de las solicitudes de salida del país que SENAME recibía, se referían a lactantes que podrían haber sido adoptados en nuestro país, y se originaban en las mismas redes de intermediarios que operaban con anterioridad, subsistiendo muchas irregularidades en la forma como obtenían niños/as para satisfacer la demanda de numerosas familias

residentes en el extranjero, que deseaban adoptar niños/as chilenos/as, sometiéndose después al procedimiento de salida del país que regulaba la Ley N° 18.703.

En el año 1990, Chile ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra la adopción como “un tipo de cuidado” que los Estados deben garantizar respecto de los niños privados de su medio familiar o cuyo interés superior exija que no permanezcan en otro medio. Asimismo, contempla el principio de subsidiariedad de la adopción internacional, reconociendo esta figura, sólo en caso que el niño/a no pueda ser adoptado o atendido adecuadamente en su país de origen.

Es así como SENAME comenzó a fomentar la adopción nacional, especialmente al asumir, en el año 1991, la administración directa de Casa Nacional del Niño, que limitó sus funciones al diagnóstico y atención de niños/as, creando el Servicio una Unidad de Adopción al interior de su estructura, destinada a cumplir las funciones que le entregaba la ley N° 18.703, y a acoger a las familias residentes en el país interesadas en adoptar.

En definitiva, cada vez que el Servicio recibía una solicitud de salida del país de un/a niño/a que tenía posibilidades concretas de ser adoptado en Chile, la opinión del Servicio era de inconveniencia, sin perjuicio de hacer presente otros motivos técnicos de contraindicación o eventuales irregularidades detectadas a partir de los antecedentes que se presentaban. Sin embargo, el sistema operaba en forma tal, que las tramitaciones se concentraban en aquellos Tribunales de Menores que eran proclives a la salida del país de niños/as. Para tales efectos, existía la práctica de contratar a las llamadas “guardadoras particulares”, personas domiciliadas en comunas correspondientes a la jurisdicción de los tribunales donde necesitaban

radicar el conocimiento de estos procesos, que asumían el cuidado de los niños/as, mientras se tramitaba la causa.

En general, es posible señalar que la situación llegó a extremos que ameritaron el inicio de diversas investigaciones realizadas a nivel judicial, así como procesos penales instruidos por infracción al artículo 49 de la Ley N° 18.703, que sancionaba al “que con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición personal falsa o mediante cualquier otro engaño semejante obtuviere la entrega de un menor para sí, para un tercero o para sacarlo del país con fines de adopción...”. Sin embargo, era muy difícil acreditar la concurrencia de alguna de estas circunstancias constitutivas del tipo penal, ya que normalmente se actuaba al amparo de la insuficiente regulación existente.

Lo anterior, unido al trabajo realizado por las diversas instituciones dedicadas a la adopción (a las ya citadas se sumó la creación de la Fundación San José), tuvo como efecto que progresivamente se lograra disminuir la salida del país de niños/as y aumentar consecuentemente la adopción nacional, tal como se muestra en la estadística que se incluye a continuación, obtenida desde la Base Informática de SENAME.

AÑO	INFORMES EMITIDOS PARA ADOPCIÓN INTERNACIONAL	NIÑOS/AS EFECTIVAMENTE SALIDOS DEL PAÍS (***)	ADOPTACIONES NACIONALES SENAME
1988 (Jun-Dic) (*)	467	336	-
1989	1020	780	-
1990	884	488	-
1991	720	601	98 (**)
1992	417	356	136
1993	238	169	128
1994	241	194	151
1995	238	198	153
1996	195	173	110
1997	172	161	124
1998	142	110	202
TOTAL	4689	3566	1102

* Sólo en 1991 SENAME comenzó a acoger postulaciones nacionales

** La Ley N° 18.703 fue promulgada en mayo de 1988

*** Información entregada por Policía Internacional, conforme lo establecía la ley.

Además de todo lo señalado, en relación con la intermediación de particulares, al amparo de la cual se produjeron muchas situaciones irregulares, existían otros vacíos y deficiencias en la legislación vigente a la época, entre los cuales es posible citar, en materia de adopción internacional, la falta de un adecuado seguimiento respecto de los/as niños/as que salían del país. En este sentido, el artículo 46 de la Ley N° 18.703, entregaba al cónsul chileno respectivo, la función de vigilar que la adopción del niño/a se cumpliera conforme al procedimiento señalado en la ley local, debiendo informar y remitir al Ministerio de Relaciones Exteriores copia de la sentencia »»

o resolución y documentos que así lo probaran, organismo que debía poner estos antecedentes a disposición del tribunal que autorizó la salida del país, a fin que éste ordenase al Servicio de Registro Civil e Identificación practicar la correspondiente anotación al margen de la respectiva inscripción de nacimiento.

Sin embargo, era frecuente que los cónsules ni siquiera se enterasen de la llegada al país de un niño/a chileno/a, cuya adopción debían vigilar, por lo que de hecho, en 1992, la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago dictó un Auto Acordado que fue hecho extensivo posteriormente, por la Excm. Corte Suprema, a todos los tribunales con competencia en materia de menores del país, el cual, entre otras materias, estableció que la sentencia de salida del país, debía ordenar la comunicación al cónsul que debía realizar el seguimiento de la adopción. No obstante, se ha detectado que muchos niños/as que salieron del país en aquella época, siendo adoptados en el extranjero, tienen en la actualidad doble identidad, pues aun en los casos en que se remitió la sentencia de adopción y se efectuó la respectiva anotación al margen de la inscripción de nacimiento, no se altera la filiación de origen del niño, mientras no se reconozca la adopción en nuestro país, normalmente a través del respectivo procedimiento de exequátur, ordenándose judicialmente inscribir civilmente la adopción y cancelar la partida de nacimiento original.

La necesidad de dar cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas por Chile al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño/a y poner término a la intermediación con fines de lucro, que suponía la intervención en el proceso de formación de familias adoptivas, de personas que carecían de la preparación adecuada, fueron algunas de las principales razones que motivaron la

reforma del sistema de adopción. Entre las aludidas obligaciones, es posible citar² :

- Garantizar que, cuando se requiriese, los padres del niño hubiesen dado su consentimiento a la adopción, con conocimiento de causa y sobre la base del asesoramiento necesario.
- Garantizar la debida aplicación del principio de subsidiariedad de la adopción internacional.
- Tomar todas las medidas apropiadas para garantizar, que la adopción internacional no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

3. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: LEY N° 19.620 DE 1999 Y CONVENCIÓN SOBRE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN.

En materia de adopción internacional.

El 27 de octubre de 1999, entra en vigor en nuestro país la Ley N° 19.620, que deroga la anterior Ley N° 18.703, y crea un solo tipo de adopción que siempre constituye estado civil y, en consecuencia, pone término al vínculo de origen del niño/a, distinguiéndose sólo si la adopción es otorgada a personas residentes en Chile o en el extranjero.

En forma coetánea, Chile ratifica la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional (en adelante Convención de La Haya), promulgada mediante Decreto N° 1215 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1999,

² Artículo 21, Convención sobre los Derechos del Niño.

que entró en vigor el 01 de noviembre de 1999.

La referida Convención, fue adoptada por la XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y suscrita el 29 de mayo de 1993, siendo sus propósitos:

- 1.- Establecer salvaguardias que permitan garantizar que las adopciones internacionales se lleven a cabo en beneficio del niño y respetando sus derechos fundamentales,
- 2.- Instaurar un sistema de cooperación entre los estados Contratantes para garantizar que dichas salvaguardias sean respetadas y con ello, impedir el secuestro, venta o tráfico de niños,
- 3.- Garantizar el reconocimiento de las adopciones realizadas en conformidad con la Convención en los Estados Contratantes.

Considerando que la Convención de La Haya, fue ratificada por nuestro país con posterioridad a la promulgación de la Ley de Adopción N° 19.620, ésta no incorpora las obligaciones que el Estado de Chile asumió tras su ratificación, no obstante si se revisó, previo a este trámite, si existía conformidad entre ambas normativas.

Completa la normativa legal vigente sobre adopción internacional, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, suscrita en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III), ratificada por nuestro país en el año 2002. Dicha convención se aplica a la adopción de niños/as bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo/a cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el o los adoptantes tenga su domicilio en un Estado Parte y él adoptado

su residencia habitual en otro Estado Parte, señalando la ley que rigen los diversos requisitos exigibles o factores involucrados.

Normas que establece la Ley N° 19.620 en materia de adopción internacional.

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 29 de la Ley N° 19.620, la adopción de un/a niño/a por personas no residentes en Chile, se constituirá de acuerdo al procedimiento que la misma ley regula para la adopción nacional, es decir, la adopción se constituye en Chile y el niño/a sale del país inscrito civilmente como hijo/a de los adoptantes. Además agrega la aludida norma, la adopción se sujetará, cuando corresponda, a las Convenciones y a los Convenios Internacionales que la regulen y que hayan sido ratificados por Chile.

Al respecto, cabe señalar que el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.620, exigía que los solicitantes tuvieran residencia en un país con el cual el Estado de Chile hubiere celebrado un convenio sobre adopción, sin embargo, en las últimas etapas de tramitación del proyecto, el Senado eliminó dicha exigencia, estimando que podía resultar discriminatoria para las personas residentes en países que no tuvieran un convenio sobre adopción con Chile. En nuestra opinión, se privilegió el interés de los eventuales adoptantes, por sobre el interés de los niños/as que requieren una adopción internacional, cuyos derechos deben ser especialmente garantizados en estos procedimientos.

En la práctica, en nuestro país se privilegia la postulación de matrimonios residentes en países que son partes de un convenio ratificado por ambos Estados, normalmente el Convenio de La Haya.

Por otra parte, la ley contempla »»

expresamente en su artículo 30 el principio de subsidiariedad de la adopción internacional, al establecer que esta figura sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile, interesados en adoptar al niño/a y que cumplan los requisitos legales, circunstancia que debe ser certificada por SENAME, sobre la base de los registros de postulantes que, por disposición legal, debe llevar.

En cuanto a los solicitantes, debe tratarse de cónyuges no residentes en Chile, sean nacionales o extranjeros, que cumplan con los requisitos que la ley exige a los adoptantes nacionales, esto es, deben ser mayores de 25 años, menores de 60 años, con veinte años como mínimo de diferencia de edad con el niño/a, que tengan dos o más años de matrimonio (salvo en caso que uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad, en que no se exige tiempo mínimo de duración del matrimonio) y que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por SENAME o algún organismo acreditado ante éste para desarrollar programas de adopción.

Para tales efectos, los solicitantes deben acompañar a su solicitud los documentos que exige el artículo 32 de la mencionada ley, debidamente autenticados o legalizados, según corresponda, y traducidos en su caso. Dicha solicitud debe ser presentada ante SENAME o un organismo nacional acreditado para desarrollar programas de adopción.

En este sentido, es importante señalar que el artículo 31 inciso tercero de la ley, exige que la solicitud de adopción internacional sea patrocinada por SENAME o un organismo acreditado ante éste. Dicha norma no se establecía en la ley promulgada originalmente, en la cual se señalaba que si la

solicitud no era patrocinada por alguno de los organismos mencionados, debía ser puesta en conocimiento de SENAME, de lo cual se desprendía, a contrario sensu, que podía ser patrocinada por particulares. Ello se prestó para algunas irregularidades, existiendo casos, durante los primeros años de vigencia de la Ley N° 19.620, en que se realizaron entregas directas de niños/as a matrimonios extranjeros, sin respetar el procedimiento legal, ni el principio de subsidiariedad, intentando regularizarlas luego según la ley, lo que no era posible, o lo que era peor, tramitando transacciones de tuición y autorizaciones de salida del país ante notario entre la madre biológica y matrimonios extranjeros.

Lo anterior dio origen a complejas situaciones, pues las víctimas de estos intermediarios que intentaban seguir operando fueron, en primer lugar los niños/as, cuya salida del país se produjo sin resguardar sus derechos ni los de sus padres, y que salieron del país sin haber sido adoptados, y tampoco pudieron en principio regularizar su situación en los países de residencia de las personas que asumieron su cuidado, pues se trataba de Estados Partes del Convenio de La Haya sin que éste hubiere sido respetado, y las autorizaciones notariales con las cuales habían salido de Chile establecían que no habilitaban para su adopción en el extranjero (exigencia ésta última, establecida por el Auto Acordado de 1992 al cual se ha hecho referencia).

Estos casos sólo pudieron ser regularizados, luego de años de gestiones entre las Autoridades Centrales de los países involucrados, tras asegurarse de que los niños/as permanecían en adecuadas condiciones con los matrimonios que los habían acogido, quienes habían sido engañados. Es en virtud de lo expuesto, que en el año 2003,

la Ley N° 19.910 modificó la Ley N° 19.620, estableciendo, entre otras normas, que toda adopción internacional debía ser patrocinada por SENAME o un organismo acreditado, lo que implicó erradicar la intermediación de particulares, a lo menos en los procesos de adopción internacional.

Dado que, según se ha dicho, en la práctica, se prefiere operar con Estados Partes del Convenio de la Haya, principal instrumento internacional multilateral vigente en materia de adopción, es importante analizar brevemente las normas de este último, que regulan el procedimiento de adopción internacional en nuestro país, complementando aquellas ya señaladas.

Convención de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

La Convención prevé la designación por cada Estado Contratante de una Autoridad Central encargada de cumplir las obligaciones que la Convención les impone, para lo cual pueden actuar directamente o a través de autoridades públicas u organismos debidamente acreditados en el Estado. En el caso de Chile, según se ha dicho, SENAME fue designado como Autoridad Central para los efectos de la Convención, desempeñando directamente las funciones operativas que la Convención contempla, la gran mayoría de las cuales también pueden ser cumplidas por los organismos nacionales acreditados para desarrollar programas de adopción, existiendo a la fecha cuatro de ellos: la Fundación Chilena de la Adopción, la Fundación San José, la Fundación Mi Casa y el Instituto Chileno de Colonias, Campamentos y Hogares de Menores.

La Convención también contempla la actuación en los Estados Contratantes de organismos acreditados en los diversos Estados, que sean autorizados por ambos Estados, para tales efectos. En Chile se cuenta en la actualidad con 13 organismos extranjeros, acreditados en sus Estados de procedencia, y autorizados en Chile, para actuar como intermediarios en favor de matrimonios residentes en sus respectivos países, que desean adoptar en Chile. Se trata de siete organismos italianos, dos franceses, uno noruego, uno alemán, uno neozelandés y uno belga.

Como requisitos de procedencia de la adopción internacional, tratándose de un Estado de origen, la Convención exige, en su artículo 4º, que las autoridades competentes hayan determinado:

a) que el niño/a es susceptible de ser dado en adopción.

b) que una adopción internacional presenta beneficios para el niño/a, luego de considerar sus posibilidades de adopción en el país de origen.

c) que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento es necesario para la adopción, han sido asesoradas según fuere necesario y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, especialmente si la adopción originará la terminación del vínculo jurídico existente entre el niño y su familia de origen, han dado su consentimiento libremente, en la forma legal exigida, sin que dicho consentimiento haya sido obtenido mediante pago o retribución de índole alguna y no han sido revocados, y el consentimiento de la madre, cuando fuere exigido, ha sido otorgado sólo después del nacimiento del niño/a.

d) que el niño/a ha sido debidamente asesorado e informado de las consecuencias de la adopción, considerando su edad y grado de madurez, y se han tomado en cuenta sus deseos y opiniones, y que el consentimiento del niño, cuando fuere requerido, ha sido otorgado libremente, en la forma legal exigida y no ha sido obtenido mediante pago o retribución de índole alguna.

De acuerdo a nuestra legislación, las condiciones señaladas se cumplen cabalmente, en efecto, respecto del niño/a, la Ley N° 19.620 contempla un procedimiento previo a la adopción, destinado a declarar al niño/a susceptible de ser adoptado, luego de acreditar que se configura la o las causales legales invocadas y en especial, la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño/a en su familia de origen. Se trata de un procedimiento contencioso, en el cual se cita a los padres biológicos y otros parientes, quienes pueden hacer valer sus derechos. Además, en este proceso se deben acreditar las ventajas que representa para el niño/a la adopción.

En lo que se requiere a los consentimientos requeridos, la Ley N° 19.620 contempla como una de las causales que permiten que un/a niño/a sea adoptado/a, la entrega voluntaria por parte de sus padres, por no sentirse capacitados o en condiciones de asumir responsablemente su cuidado, caso en el cual, la madre y/o padre debe ser asesorada/a por un programa de adopción, con el objeto que su decisión sea tomada en forma libre e informada. Normalmente se trata de niños/as que sólo tienen reconocimiento civil materno, sin embargo, si el niño/a ha sido reconocido civilmente por su padre, éste es citado, a fin que otorgue su consentimiento, y en caso de no comparecer

estando legalmente notificado, éste se presume. Si el padre comparece y se opone, debe acreditar los fundamentos de su oposición, pues en tal caso debiera asumir el cuidado de su hijo/a en forma responsable, en caso contrario, es el juez el llamado a resolver.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe hacer presente que normalmente los niños/as cedidos voluntariamente en adopción son lactantes, por lo que, una vez declarados susceptibles de adopción, son adoptados por familias residentes en el país, salvo que por alguna condición especial, no existan familias residentes en Chile dispuestas a acogerlo, único caso en el cual procedería su adopción internacional.

Por regla general, los niños/as adoptados por familias residentes en el extranjero, son niños/as mayores, que reportan períodos de institucionalización muchas veces prolongados, mientras se realiza un proceso de intervención con sus familias de origen, destinado a que puedan asumir su cuidado en forma responsable. Si ello no es posible, surge como una alternativa la adopción, si es que se configura alguna/s de las otras causales de adoptabilidad que contempla la ley de adopción, esto es, el abandono y/o la inhabilidad de sus padres. En estos casos se cita a sus padres, con el objeto que den su consentimiento o, éste se presume, en caso que estando legalmente citados, no comparezcan al proceso. Si comparecen y se oponen, deben acreditar los fundamentos de su oposición, la cual debiera basarse en la posibilidad real de asumir su cuidado en forma responsable, por sí o a través de otro miembro de la familia, en caso contrario, el juez puede resolver declarar al niño/a susceptible de ser adoptado/a, caso en el cual, una vez ejecutoriada la sentencia, se entiende que es el juez quien suple el consentimiento de los »»

padres, por encontrarse estos inhabilitados. Siempre se contempla la asesoría que puede prestar un programa de adopción a los padres y eventualmente otros miembros de la familia de origen.

En lo que se refiere al consentimiento del niño/a, de acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 19.620, durante los procedimientos destinados a declarar al niño/a susceptible de ser adoptado/a, así como en los procedimientos de adopción propiamente tal, el juez debe tener debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez. Asimismo, si fuere menor adulto, se requiere su consentimiento manifestado expresamente ante el juez. En caso de negativa, el juez debe dejar constancia de sus razones y excepcionalmente puede resolver que prosiga el procedimiento, por motivos sustentados en el interés superior del niño/a o adolescente. Se distingue en consecuencia, conforme a nuestro Código Civil, si se trata de niñas mayores de 12 años o niños mayores de 14, diferenciación sistemáticamente observada por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Por su parte, respecto del Estado de recepción, la Convención exige, en su artículo 5°, que las autoridades competentes hayan determinado:

- a) que los eventuales padres adoptivos son idóneos y apropiados,
- b) que los eventuales padres adoptivos han sido asesorados según fuere necesario, y
- c) que el niño se encuentra, o será autorizado a ingresar y residir en forma permanente en ese Estado.

Estas condiciones también son cumplidas en nuestro procedimiento, toda vez que los matrimonios residentes en el extranjero, deben presentar su postulación, acompañada de la documentación que exige el artículo 32 de la Ley N° 19.620, ante la Autoridad Central chilena, esto es SENAME, o ante algún organismo nacional acreditado, patrocinada por la Autoridad Central del Estado de recepción, una autoridad pública que tenga facultades delegadas, o algún organismo acreditado extranjero, autorizado para actuar en Chile.

Las postulaciones deben adjuntar, además de los antecedentes que exige nuestra ley, un documento que acredite la idoneidad de los solicitantes, evaluada por la autoridad competente o el organismo acreditado extranjero que los patrocina, si es que en su país tiene delegada dicha facultad. Normalmente los organismos extranjeros acreditados asumen la preparación de los postulantes para adoptar en nuestro país, considerando el perfil de los niños/as cuya situación requiere una adopción internacional, normalmente niños/as mayores o grupos de hermanos.

Por último, entre los documentos que nuestra ley exige a los matrimonios residentes en el extranjero postulantes en Chile acompañar, se cuenta un certificado de la autoridad de inmigración del país de residencia de los solicitantes, en que consten los requisitos que el niño/a adoptado/a debe cumplir para ingresar en el mismo.

En consecuencia, tratándose de Estados de recepción que son parte de la Convención de La Haya, lo cual, según se ha dicho, es la regla general de las adopciones internacionales que se tramitan en Chile, es posible señalar que el procedimiento se compone de dos fases, una administrativa regulada por la Convención de La Haya, y una judicial regida por la Ley N° 19.620 y su reglamento.

La fase administrativa, se inicia con la selección de un matrimonio residente en el extranjero, de entre aquéllos que se encuentran en el Registro de Postulantes idóneos que SENAME lleva por disposición legal, para un/a niño/a declarado susceptible de ser adoptado/a, respecto de quien no ha sido posible encontrar una familia residente en el país. Posteriormente, una vez seleccionado un matrimonio, se realiza formalmente la asignación del niño/a a la Autoridad Central u organismo acreditado que patrocina al matrimonio, requiriéndose formalmente la aceptación tanto de la entidad respectiva, como de la familia. Con ello, la autoridad a cargo en nuestro país presta su consentimiento para que se inicie la tramitación judicial de la adopción.

La fase judicial se inicia con la presentación de la solicitud de adopción ante el Tribunal de Familia competente, esto es, el del domicilio del niño/a, y una vez fijada la fecha de la audiencia preparatoria, el matrimonio debe viajar a Chile con la antelación suficiente para realizar el enlace, esto es el encuentro con el niño/a y evaluar la vinculación que progresivamente se va produciendo, a fin de presentar en la audiencia un informe de vinculación, que normalmente le permite al juez realizar conjuntamente la audiencia de juicio, otorgando de inmediato la adopción. Sin embargo, por regla general transcurre un par de semanas en gestiones tales como rectificar la sentencia, si se ha incurrido en errores normalmente formales, producto de la transcripción de las identidades de los adoptantes, la nueva identidad del niño/a, etc., adjuntar la ficha individual del niño/a, hasta que el tribunal reúne todos los antecedentes relativos al niño/a, esto es, aquellos presentados para tramitar la adopción, así como aquellos correspondientes a la o las causas de protección que tuviere el niño/a y la causa en que fue declarado susceptible de

ser adoptado/a. Todos los antecedentes serán enviados al Servicio de Registro Civil e Identificación, para que se practique la nueva inscripción de nacimiento del niño/a, como hijo de los adoptantes y se cancele su inscripción original, quedando finalmente toda la documentación bajo la custodia del Jefe del Archivo General de dicho Servicio, desde donde sólo podrán salir, previa autorización judicial, a solicitud del adoptado, de los adoptantes o de los ascendientes y descendientes de éstos.

Una vez inscrita civilmente la adopción, la Autoridad Central chilena emite el certificado previsto en el artículo 23 de la Convención de La Haya, en cuanto a que la adopción se realizó en conformidad con la Convención, con lo cual será reconocida de pleno Derecho en los demás Estados Contratantes.

Cabe hacer presente que, dado que la adopción internacional no figura entre las causales de pérdida de la nacionalidad que la Constitución Política de la República contempla, debemos entender que el niño/a conservará su nacionalidad chilena, sin perjuicio que adquirirá la de sus padres adoptivos, conforme a las normas que al efecto contenga su legislación.

En general, es posible señalar que bajo la legislación vigente, la adopción internacional ha pasado a ser realmente una figura subsidiaria de la adopción nacional, adquiriendo su verdadero sentido, que es constituir una alternativa de restitución del derecho a vivir en familia para aquellos niños/as declarados susceptibles de ser adoptados, al no poder ser cuidados adecuadamente en su familia biológica, y que no han podido ser adoptados en su país de origen.

La estadística que a continuación se incluye, obtenida de la Base Informática de SENAME, muestra como se ha revertido durante los últimos años la situación que enfrentaba nuestro país en las últimas décadas del siglo pasado.

AÑO	ADOPCIONES NACIONALES	ADOPCIONES INTERNACIONALES
2000	352	42
2001	470	87
2002	407	69
2003	425	90
2004	401	101
2005	447	106
2006	348	85
2007	355	87
2008	398	51
2009	420	71
2010	419	84
2011	538	122
2012	487	118
2013	487	109
TOTAL	5.954	1.222

Sin embargo, subsisten importantes desafíos para nuestro país, entre los cuales se cuenta, enfrentar adecuadamente la situación que hemos visto durante los últimos años, motivada por un número creciente de familias residentes en Chile, que desean adoptar niños/as extranjeros/as.

4. CHILE COMO ESTADO DE RECEPCIÓN.

Si bien históricamente nuestro país ha sido un Estado de origen, de niños/as que son adoptados por matrimonios residentes en el extranjero, en los últimos años se advierte la tendencia a que nuestro país se convierta además, en un Estado de recepción, con motivo del creciente interés de connacionales que han manifestado su interés por adoptar niños/as residentes en el extranjero.

Dicho interés surgió de algunas personas residentes en el país que veían limitadas sus posibilidades de adoptar, especialmente por ser solteras, lo cual, de acuerdo al orden de prelación establecido por la ley, sólo les permite adoptar a falta de matrimonios residentes en Chile y en el extranjero, por lo que intentaban adoptar en países donde no existiere esta limitación. Sin embargo, comenzó a aumentar progresivamente, con motivo de la participación de efectivos del Ejército chileno en la Misión de las Naciones Unidas para la Estabilización de Haití (MINUSTAH), que se inició en el año 2004, con lo cual conocieron la dramática situación en que se encontraban muchos niños/as haitianos, que permanecían en orfanatos, en pésimas condiciones. Esta situación comenzó a difundirse en Chile a través de diversos medios de comunicación, y provocó un creciente interés por adoptar a esos niños/as, lo que se agudizó luego del terremoto que devastó Haití en el año 2010.

Es así como, aproximadamente desde fines del año 2005, personas chilenas comenzaron a viajar a Haití a fin de obtener el cuidado de niños/as, con fines de adopción. En algunos casos se tramitó en dicho país la única figura que la legislación local contemplaba, esto es, una adopción simple que no ponía »»

término al vínculo de origen del niño/a con su familia biológica, y en otros casos, simplemente se tramitaba ante un Juez de Paz el otorgamiento de un cuidado personal y autorización de salida del país. Todo ello ocurría en el contexto de crisis que vivía Haití, en que existía un verdadero tráfico de niños/as con fines de adopción hacia otros países, amparado por un sistema corrupto y una legislación arcaica, lo que se complejizó por el terremoto del año 2010, con lo cual se incrementó el interés por acoger a niños/as haitianos.

Asimismo, en el contexto de la alta inmigración que registra nuestro país, se han comenzado a recibir solicitudes de adopción de niños/as peruanos y colombianos, entre otros, por parte de matrimonios de esas nacionalidades o mixtos.

Al respecto y dado que, según sea ha señalado, la ley de adopción nacional no contempla la adopción de niños/as extranjeros/as, es necesario distinguir:

I. Adopciones de niños/as que residen en un Estado Parte de la Convención de La Haya: es posible tramitarlas en conformidad a las normas de ésta, operándose entre las Autoridades Centrales de ambos Estados. Es así como se han realizado adopciones con Perú y Colombia, ingresando el niño/a a Chile ya adoptado.

En cuanto al reconocimiento de la adopción, si a lo menos uno de los padres es chileno, no se requiere reconocer la adopción, siendo inscrito civilmente el niño/a como hijo/a de chileno nacido en el extranjero. Si ambos padres son extranjeros residentes en Chile, la adopción será reconocida de pleno derecho, con el solo mérito del certificado emitido por la Autoridad Central del Estado de origen, en que conste que la adopción se

tramitó en conformidad con la Convención, procediendo a inscribirse la adopción en la Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación de la comuna de Santiago.

En cuanto a la nacionalidad, si uno o ambos padres son chilenos y se cumplen los demás requisitos establecidos por el artículo 10 inciso 2° de la Constitución Política de la República, el niño/a adquirirá de inmediato la nacionalidad chilena, sin perjuicio de lo cual, si uno de los padres es extranjero, podrá adquirir además su nacionalidad, conforme a su legislación personal. Si ambos padres son extranjeros, adquirirá igualmente la nacionalidad de éstos, conforme a su legislación.

II. Adopciones de niños/as que residen en un Estado que no es parte de la Convención de La Haya: La sentencia de adopción obtenida en un país extranjero, debería ser reconocida en nuestro país conforme a lo previsto por los artículos 242 y ss. del Código de Procedimiento Civil, tramitando el correspondiente proceso de exequátur, ante la Excma. Corte Suprema. Al respecto, si se tratare de Estados Partes del Código de Bustamante, será posible aplicar las normas sobre ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros que éste contempla, entre las cuales es relevante considerar que, entre las condiciones que el artículo 423 del mencionado Código exige, para que una sentencia civil tenga fuerza y pueda ejecutarse en los demás, se encuentra que el fallo no contravenga el orden público o el Derecho público del país en que quiere ejecutarse.

Si se tratare de un Estado que tampoco sea parte de este tratado, sería necesario aplicar el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, en el evento que se cumplan las condiciones que dicha norma exige, entre las cuales se cuenta, que la sentencia no »»

contenga nada contrario a las leyes del fondo de la República.

Es preciso considerar además para estos efectos, que, si alguno de los adoptantes es chileno, queda sujeto a lo prescrito por el artículo 15 de nuestro Código Civil, por lo que, al constituir un nuevo estado civil, no podrá contravenir lo prescrito en las leyes patrias, en consecuencia, no podría dejar de cumplir los requisitos que la ley chilena exige para adoptar.

La jurisprudencia ha tendido a otorgar el *exequatur* respecto de sentencias de adopción, privilegiando el interés superior del niño/a involucrado, sin embargo, preocupan situaciones como por ejemplo, que se reconozca en nuestro país una sentencia de adopción simple dictada en el extranjero, para lo cual él o los padres biológicos han dado su consentimiento respecto de una figura que no rompe el vínculo de origen, siendo inscrita en nuestro país, en el cual no existe la adopción simple, como una adopción constitutiva de estado civil, que pone término al vínculo de origen, pues no se registra ninguna referencia a la filiación original.

Si el niño/a ingresare a Chile sin haberse tramitado la adopción en el Estado de origen, en la medida que obtenga residencia en nuestro país, los Tribunales chilenos serían competentes para conocer de un juicio de adopción, pero en cuanto a la legislación aplicable, según se ha dicho, la Ley N° 19.620 no contempla la adopción de niños/as extranjeros y sería complejo aplicar las normas que regulan la adopción nacional. Lo anterior, puesto que, tratándose de una cesión con fines de adopción, nuestra ley exige que la voluntad de los padres se manifieste ante un juez de la República y sean asesorados por un programa de adopción; y

en el caso de las demás causales de adoptabilidad que la ley contempla, se requiere la citación de los ascendientes y otros parientes consanguíneos del niño/a, hasta el tercer grado en la línea colateral, siendo difícil conocer en estos casos, su individualización y domicilio.

Ante ello, debería evaluarse si es posible aplicar las normas que, en materia de adopción, contempla el Código de Bustamante o la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, considerando las reservas con las que el Estado de Chile ratificó ambas convenciones. Esto es, tratándose del Código de Bustamante, cualquiera norma interna chilena prevalecerá sobre sus disposiciones y, en el caso de la Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes, nuestro país sólo reconocerá la adopción plena u otra institución que produzca efectos similares y, en consecuencia, constituya un vínculo de filiación que confiera al adoptado la condición de hijo del o de los adoptantes.

CONCLUSIONES.

Hemos dado cuenta en este trabajo, de cómo se ha logrado en nuestro país erradicar el tráfico de niños/as o la intermediación con fines de lucro, vinculados a la adopción internacional, adquiriendo ésta su verdadero sentido, como una institución que permite restituir el derecho a vivir en familia, respecto de aquellos niños/as que han sido vulnerados en su ejercicio, sin poder ser cuidados en forma responsable al interior de su familia biológica, y sin haber podido ser adoptados en su país de origen.

Actualmente Chile es reconocido internacionalmente por sus buenas prácticas en »»

materia de adopción. Es así como, por intermedio de su Autoridad Central para los efectos de la Convención de La Haya, esto es SENAME, ha apoyado el proceso de reforma legal en materia de adopción en Guatemala, vinculado a la adecuada implementación de la Convención. Asimismo, en la actualidad, es el único Estado de origen que integra el llamado Grupo de Montreal, que apoya similar proceso de reforma en Haití, luego que este país ratificó la Convención de la Haya a fines del año 2013 y dictó una nueva ley de adopción, encontrándose en la actualidad en proceso de implementación de un nuevo sistema de adopción.

Sin embargo, la adopción, y en el caso que analizamos la adopción internacional, nos plantea importantes desafíos, entre los cuales se cuenta, la regulación de la adopción de niños extranjeros por personas residentes en Chile.

Al respecto, se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional, un Proyecto de Ley que busca reformar el sistema de adopción en nuestro país (Boletín N° 9.119-18), el cual, en materia de adopción internacional, integra las obligaciones que el Estado de Chile asumió al ratificar la Convención de La Haya y regula la adopción de niños/as extranjeros, esto es, cuando Chile actúa como Estado de recepción. 

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Sentencia de 13 de agosto de 2013, Rol N° 1.224/2013

Recurso de Unificación de Jurisprudencia

Santiago, trece de agosto de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos RIT T-99-2012 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, don Hernán Lorenzo Vera Marre deduce demanda en contra de la Embajada de la República Federal de Alemania representada por don Michael Glotzbach, a fin que se declare, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Trabajo, que su despido lo ha sido con infracción de la norma contenida en el artículo 2° de ese cuerpo legal, en consecuencia, se condene a la demandada a pagarle la indemnización remuneratoria prevista en dicha norma, además de la indemnización por años de servicios sin tope, con su recargo legal. Todo con reajustes, intereses y costas. En subsidio ejerce acción por despido injustificado, sobre la base de los mismos argumentos y solicitando la indemnización por años de servicios con su recargo, más reajustes, intereses y costas.

La parte demandada, al contestar, opuso, entre otras argumentaciones, la excepción de incompetencia absoluta del tribunal por falta de jurisdicción, basándose en los artículos 7° de la Constitución Política de la República, 5° y 7° del Código Orgánico de Tribunales, 1°, 3°, 22, 24, 31 y 34 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y artículos 333 y 334 del Código de Derecho Internacional Privado; en subsidio, alega la nulidad de la notificación; en subsidio, la excepción de incompetencia de los tribunales nacionales por la denominada “cláusula de sumisión” contenida en el contrato de trabajo; en subsidio, hace valer la falta de legitimidad pasiva. En cuanto al fondo, argumenta que no ha incurrido en discriminación en el despido del actor, el que se realizó por necesidades de la empresa y de acuerdo a las estipulaciones del contrato, correspondiéndole una indemnización por años de servicios con tope, lo que el demandante no aceptó y por eso inicia este juicio.

En la sentencia definitiva, de once de junio de dos mil doce, se acogió la demanda y se declaró que el despido efectuado por la demandada ha sido con vulneración de la garantía de no discriminación que asistía al demandante, disponiendo el pago de seis meses de remuneraciones como indemnización sancionatoria especial prevista en el artículo 489 del Código del Trabajo, la indemnización por años de servicios sin tope y con su recargo, además de los reajustes e intereses, cantidades a las que deben descontarse las ya solucionadas por la demandada, cuyos montos se precisan en el fallo. Sin costas.

En contra de la referida sentencia, la demandada interpuso recurso de nulidad, el que fundó en la causal del artículo 477 del Código del ramo, en relación con los artículos 22, 24, 31 y 33 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del recurso de nulidad reseñado, en sentencia de treinta de enero del año en curso, lo rechazó.

En contra de la sentencia que falla el recurso de nulidad, la demandada deduce recurso de unificación de jurisprudencia solicitando que esta Corte lo acoja y, consecuentemente se deje sin efecto la sentencia impugnada que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la Embajada de la República Federal de Alemania, uniformando jurisprudencia en el sentido que indica.

Se ordenó traer estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente explica que el demandante es un trabajador chileno, que desempeñaba labores de chofer en la Embajada y al que se le puso término a la relación laboral el 31 de diciembre de 2011, en virtud de la causal establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo y a quien se le pagó la indemnización por años de servicios con tope de 11 remuneraciones, sin que se le adeudara suma alguna por cotizaciones previsionales, las que no fueron demandadas. Señala que el trabajador interpuso demanda por despido injustificado y tutela de derechos fundamentales y que la Embajada al contestar opuso la excepción de incompetencia absoluta por falta de jurisdicción, basada en los artículos 22, 24, 31 y 34 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Continúa diciendo que la cláusula 16° del contrato de trabajo acuerda que: "el lugar de jurisdicción para ambas partes corresponderá al domicilio del Ministerio de Relaciones Exteriores", el que a la época del contrato era en la ciudad de Bonn y, a la fecha, en la ciudad de Berlín. Esta cláusula evidencia que su representada no renunció en el contrato a la inmunidad de jurisdicción que le reconoce el Derecho Internacional y tampoco ha renunciado a la misma durante el presente juicio.

Expresa que la sentencia recurrida rechaza su recurso de nulidad sobre la base de una interpretación restringida de la inmunidad de jurisdicción contemplada en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, excluyendo las materias laborales y previsionales de la misma. Dicha interpretación, argumenta, es contraria a la sostenida por esta Corte Suprema, cuyo criterio consiste en no restringir los efectos de la inmunidad de jurisdicción más allá de los términos que la propia Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas reconoce, en ninguna circunstancia, ni aún a pretexto de tratarse del ámbito de la aplicación de los derechos laborales y previsionales. Dice que incluso apoyó el mencionado recurso en diversas sentencias de esta Corte Suprema que reconocen la referida inmunidad respecto de situaciones similares aplicándola, sobre la base de una interpretación absoluta, a materias laborales y previsionales y en virtud de ello, acoge la incompetencia absoluta por falta de jurisdicción, defensa que le fue rechazada a la Embajada de la República Federal de Alemania.

Enseguida, a propósito de la materia de derecho, el recurrente manifiesta que dice relación con si debe excluirse de la inmunidad de jurisdicción establecida en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, a las materias laborales y previsionales. En otras palabras, si la interpretación que debe darse a la inmunidad de jurisdicción contemplada en los artículos 22, 24, 31 y 34 y específicamente en el artículo 31 de dicho tratado internacional, debe ser absoluta o bien, restringida.

Agrega que contrariamente a lo resuelto en la sentencia impugnada, los tribunales superiores han decidido que no es posible restringir los efectos de la inmunidad de jurisdicción a determinados casos y materias, siendo plenamente aplicable a las materias laborales y previsionales, como el presente juicio. Así, se ha sostenido que en Chile rige la inmunidad de jurisdicción en un sentido absoluto o amplio, acogiendo la excepción de incompetencia absoluta por falta de jurisdicción opuesta por Embajadas demandadas laboralmente por sus trabajadores.

Transcribe los artículos 22, 24 y 31 de la Convención de Viena y señala que en la sentencia de que se trata, en su considerando sexto, se resuelve que el artículo 31 citado nada tiene que ver con la materia laboral debatida, razonando que “es claro de su texto que la norma consagra la inmunidad en ámbitos específicos, que nada tienen que ver con la materia laboral. Igualmente en los números 2 a 4, se contienen otras materias donde rige la inmunidad, pero también ellas están relacionadas con asuntos ajenos al ámbito laboral”.

Dicha decisión, argumenta la recurrente, es completamente antagónica a la posición sostenida por esta Corte en el sentido que sobre la base de dichas normas se ha acogido la inmunidad de jurisdicción en las mencionadas materias. Es así que, conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y considerando las normas que regulan la inmunidad de jurisdicción, entre estas, el artículo 31 de la misma, se ha resuelto por esta Corte que el Estado de Chile carece de jurisdicción para conocer de una controversia suscitada con otro Estado o su Embajada establecida en nuestro país, como es este caso, en que se demanda por un ex trabajador en juicio ordinario laboral o de aplicación general a la Embajada de la República Federal de Alemania.

De esta forma, las sentencias de esta Corte Suprema, sobre la materia de derecho en cuestión, han resuelto no excluir ninguna materia de la inmunidad consagrada en el mencionado tratado internacional, con excepción de los tres casos específicos del artículo 31 de la Convención antes citado, que no son laborales. Por lo tanto, en materia laboral y previsional los Tribunales del Trabajo carecen de jurisdicción para conocer de estos asuntos.

El recurrente en apoyo de su postura invoca la sentencia dictada por esta Corte en la causa N° 3.493-2010, caratulada “Díaz con Embajada de India”, en la que conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandante, este Tribunal interpretó las normas sobre inmunidad contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en el sentido de señalar que ella no puede ser restringida más allá de los términos contenidos en la propia Convención ni aún a pretexto de tratarse del ámbito de aplicación de los derechos laborales y previsionales, no siendo posible sostener una tesis restrictiva, sino que la mencionada institución debe entenderse en un sentido amplio. Es decir, comprende materias laborales y previsionales. Sosteniendo, a diferencia de la sentencia recurrida, una tesis amplia o absoluta de la inmunidad de jurisdicción.

Explica la compareciente que se trató de una demanda laboral por despido injustificado interpuesta por un trabajador nacional, que prestaba servicios de mensajería en la Embajada de India en Chile. En virtud de dicha demanda pretendía el pago de prestaciones laborales, más intereses y reajustes. La Embajada de India, al contestar la demanda, al igual que la República Federal de Alemania, opuso la excepción de incompetencia absoluta por falta de jurisdicción,

fundada en los artículos 333 y 334 del Código de Derecho Internacional Privado y en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que establece la inmunidad de los agentes diplomáticos en jurisdicción civil y administrativa. El tribunal de primera instancia acogió la excepción de inmunidad de jurisdicción declarando que carece de jurisdicción para conocer de la demanda laboral interpuesta. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago que desestimó el recurso de casación en la forma. En contra de este último fallo el demandante interpuso recurso de casación en el fondo para ante esta Corte Suprema, la que, en sentencia de 14 de septiembre de 2010, resolvió que la inmunidad de jurisdicción dentro del ámbito del Derecho Internacional se encuentra referida a la posibilidad de intervención del Poder Judicial de un Estado respecto de actuaciones de otro con consecuencias en su territorio, inmunidad que se concreta en la medida que el primero debe abstenerse de juzgar los actos del segundo. La sentencia hace referencia al sustento jurídico de la inmunidad de jurisdicción y como éste se encuentra recogido en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, para concluir que la naturaleza de la institución tratada hace imposible restringir sus efectos a determinados casos o materias, más allá de los términos de la propia Convención que la reconoce, ni aún a pretexto de tratarse del ámbito de aplicación de los derechos laborales y previsionales. De esta forma, el fallo interpreta de manera absoluta y no restrictiva la inmunidad de jurisdicción quedando comprendidas las materias laborales. Luego transcribe los fundamentos de dicha sentencia para concluir que se refiere a la misma materia de derecho de la sentencia recurrida, cual es, la inmunidad de jurisdicción reconocida por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas a una Embajada de país extranjero en el territorio chileno. También se refiere a una misma situación fáctica consistente en la interposición y conocimiento de una demanda laboral ante un Tribunal del Trabajo. Sin embargo, -argumenta- la interpretación que realizó esta Corte Suprema en dicho fallo es contraria a lo sostenido por la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia recurrida, ya que señala expresamente que la inmunidad de jurisdicción que consagra la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas debe ser entendida en un sentido absoluto sin admitir excepción ni aun en materia laboral y previsional. Es decir, rechaza la interpretación restrictiva que aplica la sentencia recurrida a través del presente recurso.

Invoca, además, las sentencias dictadas en las causas N° 891-2010, de 13 de mayo de 2010, caratulada “Budini con Embajada de Indonesia en Chile”, en que demandó un trabajador nacional que prestó servicios como chofer en la Embajada; N° 6.116-10, caratulada “Castro con Embajada de Colombia en Chile”, en que esta Corte actuó de oficio invalidando el procedimiento e interpretando también en sentido absoluto la inmunidad de jurisdicción.

Luego la recurrente expone que la sentencia recurrida sostiene que: la inmunidad de jurisdicción del Estado establecida en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, específicamente en el artículo 31 de dicha Convención no establece inmunidad de jurisdicción en materia laboral, señalando expresamente que dicho artículo establecería inmunidad en materia penal, civil y administrativa, pero no en materia laboral. De esta forma, el fallo recurrido da una interpretación restringida a la inmunidad de jurisdicción.

Esta doctrina sostenida por el fallo recurrido y que lleva a los sentenciadores a rechazar la excepción de incompetencia absoluta por falta de jurisdicción del Primer Juzgado de Letras del Trabajo es contraria a interpretaciones sostenidas por fallos emanados de los Tribunales Superiores de Justicia antes mencionados. Así, sosteniendo una interpretación restrictiva de la inmunidad de jurisdicción contemplada en la Convención de Viena ya indicada, se rechazó la excepción de incompetencia absoluta por falta de jurisdicción, porque se entiende, a diferencia de las sentencias antes citadas, que la interpretación actual de las normas vigentes en Chile permite adherir a una tesis restringida, en virtud de la cual, la inmunidad de los Estados no es absoluta, sino que reconoce ciertos límites, uno de ellos sería el caso de las materias laborales y previsionales no aplicándola para ese tipo de materias, lo que contraviene las sentencias invocadas. Transcribe algunos de los fundamentos del fallo impugnado donde se contiene la tesis restringida sobre la inmunidad de jurisdicción establecida en la Convención de Viena, interpretando su artículo 22 en orden a que todas aquellas materias que digan relación con aspectos que no estén relacionados con la gestión propiamente tal, no deben ser consideradas inmersas en la referida institución; también el artículo 31 como atinente con aspectos específicos en los que no se incluye a la materia laboral al igual que el artículo 33 de la misma convención, cuyo N° 3 avala absolutamente la tesis de la inmunidad restringida, como se hace en la sentencia del juzgado del trabajo.

Por último, la recurrente alude a los requisitos del presente recurso los que entiende cumplidos para su procedencia.

Segundo: Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 483 A del Código del Trabajo, el recurso debe contener fundamentos, una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de la materia de derecho de que se trate, sostenidas en diversos fallos emanados de tribunales superiores de justicia y que haya sido objeto de la sentencia contra la que se recurre y, por último, se debe acompañar la copia del o de los fallos que se invocan como fundamento, requisitos a los cuales se da cumplimiento en la especie.

Tercero: Que, en efecto, en la sentencia que falla el recurso de nulidad interpuesto por la demandada, se interpreta la inmunidad de jurisdicción en sentido restringido, excluyendo el juzgamiento de asuntos laborales de dicha inmunidad y aceptando que las materias relacionadas con esta área sean conocidas y resueltas por los tribunales nacionales y, en las sentencias que la demandada invoca, se sostiene exactamente lo contrario, es decir, que la inmunidad de jurisdicción es amplia abarcando no sólo las materias administrativas, civiles y penales sino también las laborales y previsionales, aspectos en los cuales no cabe la intervención de los juzgados nacionales para su juzgamiento, los que, en consecuencia, resultan incompetentes.

Cuarto: Que, por consiguiente, al existir distintas interpretaciones sobre una misma materia de derecho, el presente recurso de unificación de jurisprudencia debe acogerse.

Por estas consideraciones y en conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, **se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia** interpuesto por la demandada Embajada de la República Federal de Alemania, contra la sentencia de treinta de enero del año en curso, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en estos autos RIT T-99-2012 caratulados “Vera con Embajada de la República Federal de »

Alemania” seguidos ante el primer Juzgado del Trabajo de Santiago, en consecuencia, se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y separadamente.

Luego de desechada la indicación previa del Ministro señor Blanco, en orden a desestimar el presente recurso en atención a que el arbitrio de nulidad de la demandada fue rechazado por defectos de naturaleza formal, se acordó acogerlo con su voto en contra, quien tuvo presente para dicho rechazo que la exégesis adoptada en el fallo impugnado se corresponde con la que debe darse a las normas aplicadas al caso, conclusión a la que llega sobre la base de las siguientes consideraciones:

1º) Que para delimitar la controversia jurídica planteada, resulta conveniente precisar que la inmunidad de jurisdicción es el derecho reconocido a cada Estado, en razón al atributo esencial de soberanía, a no ser sometido a la potestad jurisdiccional de otro Estado. Este instituto que se entroniza en el Derecho internacional está basado en los principios de igualdad, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en la independencia que se sintetiza en el apotegma “*par in parem non habet imperium*”, vale decir, que entre pares no hay actos de imperio.

2º) Que en el decurso, del estudio del Derecho internacional se colige que en la aplicación de la citada institución en el mundo se diferencian nítidamente dos etapas en el tratamiento que se dispensa a los Estados foráneos para ser llevados a juicio ante los tribunales nacionales. La fase inicial se desarrolla en un período previo a la Primera Guerra Mundial, en esa época se reconoce la exención incondicional del Estado emisor al sometimiento jurisdiccional del país receptor, esta tesis es conocida como inmunidad absoluta de los Estados, lo cual significa que no es posible llevar ante los Juzgados del foro a un Estado extranjero a no ser que éste manifieste su aquiescencia para ello, es decir, que renuncie al beneficio de la inmunidad de jurisdicción. Esta teoría postula que los Estados al ser todos iguales no pueden juzgarse los unos a los otros, el propósito y fin buscado es mantener las buenas relaciones entre éstos. Del análisis del Derecho Internacional y de su praxis más reciente, este ponente infiere que el principio referido, en la actualidad se encuentra superado por la evolución que el tema ha tenido en el ámbito del Derecho Público Universal.

3º) Que a continuación se debe resaltar, que la fase siguiente de interpretación de la citada institución se inició con posterioridad a la segunda conflagración mundial, esta es la tesis de la inmunidad relativa o restringida. Según este planteamiento, en el examen del instituto de la inmunidad de jurisdicción de un Estado se deben tener en cuenta dos criterios básicos, el primero, cuando el Estado actúa como tal a través de actos *iure imperii*, en esa circunstancia goza de inmunidad absoluta, y el segundo, se configura cuando un Estado actúa simplemente como particular por medio de actos *iure gestionis*, en ese caso, se está en presencia de inmunidad relativa o restringida que permite someter los actos de gestión a la jurisdicción de los países receptores, lo que ha redundado en una práctica ingente en esa dirección que constituye costumbre internacional.

4º) Que respecto del tema específico de que se trata, es menester indicar que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por Chile, establece que los agentes diplomáticos gozan de inmunidad absoluta en materia penal, civil y administrativa, pero con algunas excepciones taxativas, por consiguiente, en el caso *sub iudice* no es aplicable la citada norma, ya que únicamente otorga inmunidad a los Agentes Diplomáticos y Consulares extranjeros a título personal y no al Estado que representan, al que sólo podrá extenderse la inmunidad absoluta en aplicación a los actos de soberanía, pero no a un acción de gestión como acontece en la especie. En consecuencia, de la aplicación e interpretación restrictiva de los tratados, se concluye que la aludida Convención no contempla expresamente la inmunidad diplomática en relación con la jurisdicción laboral, es decir, en el ámbito de los contratos de trabajo y de las relaciones de esa naturaleza que en general los Estados acreditados celebren o tengan con los habitantes o residentes permanentes en el Estado receptor a título de actos *iure gestionis* y en *ratione materiae*.

A juicio del disidente, constituye este argumento la razón fundamental por la cual el Estado extranjero acreditado, en materias de contrato de trabajo como el de autos, no está exento de la obligación de comparecer ante la jurisdicción del país destinatario y ante los Tribunales del foro.

5º) Que a mayor abundamiento, y como ya se ha dejado asentado en la reflexión previa, resulta ser un hecho inconcuso que la Convención de Viena no regula específicamente la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral, en su defecto debe acudir a las normas del Derecho Internacional consuetudinario, y de la imbricación de las inferencias concurrentes, fluye que la costumbre internacional es una fuente interpretativa del derecho plenamente válida, y aplicable por constituir un precedente, puesto que por su ejercicio reiterado en el tiempo sin contradicción, se trata de una práctica jurídicamente obligatoria, por ende, resulta paladino que cuando un Estado foráneo celebra un contrato laboral con un trabajador del país del foro, vale decir, un acto *iure gestionis*, debe someterse necesariamente a las normas laborales internas ante la regresión de la teoría de la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados en materia laboral y la cada vez más creciente aplicación de la inmunidad restringida como práctica internacional que constituye costumbre de esa naturaleza con su asociado efecto declarativo.

6º) Que, en concepto del discrepante, una interpretación en sentido contrario lesiona el derecho a la tutela judicial y al debido proceso como garantía fundamental de los ciudadanos, que tiene como contrapartida la proscripción de la auto tutela, que obliga al Estado de Chile, como deber ineludible, se aplique la actual costumbre internacional de inmunidad jurisdiccional restringida, con el objeto de garantizar el acceso efectivo a la justicia de todos los connacionales, entre ellos de los trabajadores, pues tal denegación de jurisdicción compele al sujeto afectado a concurrir ante los Tribunales del Estado foráneo ya sea, personalmente o representado por abogado habilitado para intentar conseguir su anhelo de justicia material, con el consiguiente costo humano y financiero.

7º) Que por lo demás, el carácter absoluto referido a la inmunidad de jurisdicción, según la cual los estados no podían ser demandados, ni sometidos a los tribunales de otros países ha sido modificado por la costumbre internacional para aquellos actos en que el Estado interviene como cualquier particular, ya que en la especie, la celebración de un contrato de índole laboral no es un acto investido de imperio, sino se trata tan solo de una convención sujeta a las reglas ordinarias del tráfico privado, y la no aplicación de la inmunidad de jurisdicción no afecta la soberanía del estado extranjero.

8º) Que esta materia adquiere mayor preponderancia cuando se trata de proteger derechos laborales, de posibilitar el acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, de amparar la tutela judicial efectiva y de respetar las prerrogativas internacionales del trabajo, con lo cual se posibilita el derecho de toda persona a obtener la satisfacción de sus pretensiones jurídicas e intereses legítimos, sin que pueda producirse su indefensión, lo que encuentra correlato constitucional en el brocardico que señala, que en ningún supuesto puede producirse la denegación de justicia, al ser la voluntad del constituyente el reconocer con carácter general el derecho a la jurisdicción.

9º) Que sobre la base de lo reflexionado se debe precisar, que con la aplicación restringida de la inmunidad de jurisdicción en este campo específico se busca morigerar la precariedad del trabajador para acceder a la reclamación que intenta, teniendo en cuenta las limitantes que enfrentaría, constituidas por la distancia, diferentes cultura y legislación, aumento de los costes de toda índole, lo que redundaría en un perjuicio en su soporte más elemental, que afecta al trabajador y que, además, lesiona normas fundamentales del Derecho Universal que encuentran asidero en el *ius cogens*, que no pueden ser transgredidas bajo ningún pretexto ni circunstancia.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Arturo Prado Puga y de la disidencia, su autor.

Regístrese.

Nº 1.224/2013.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señoras Rosa Egnem S., María Eugenia Sandoval G., señor Ricardo Blanco H., y el Abogado Integrante señor Arturo Prado P. No firma el Ministro señor Blanco, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal. Santiago, trece de agosto de dos mil trece.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excm. Corte Suprema.

En Santiago, a trece de agosto de dos mil trece, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, trece de agosto de dos mil trece.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 483 C, inciso segundo, del Código del Trabajo, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue en unificación de jurisprudencia.

Vistos:

Se mantienen la parte expositiva y el fundamento primero de la sentencia de nulidad de treinta de enero del año en curso, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, los que no se modifican con la decisión que se emite a continuación.

Y teniendo presente:

Primero: Que conforme a los planteamientos del recurrente de nulidad consignados en el fundamento primero reproducido, la controversia importa determinar si los tribunales chilenos poseen o carecen de jurisdicción para resolver el presente conflicto, considerando que se trata de la reclamación formulada por un trabajador nacional que prestó servicios para la Embajada de la República Federal de Alemania en Chile.

Segundo: Que al respecto esta Corte ha decidido reiteradamente en sentido negativo, es decir, que los juzgados del trabajo carecen de jurisdicción para conocer de la discusión surgida a propósito de la relación laboral –ahora extinta- surgida entre un dependiente chileno y su empleador. En otros términos, se considera que la inmunidad de jurisdicción es de índole absoluta o amplia, conclusión a la que se arriba luego de partir del concepto de lo que es la jurisdicción, tema en el que se ha seguido al autor argentino Clemente A. Díaz, quien en su obra “Instituciones del Derecho Procesal” (Tomo II. Jurisdicción y Competencia. Volumen A. Teoría de la Jurisdicción. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972) señala que *“La función jurisdiccional es el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico”*.

Tercero: Que, también se ha dicho por este Tribunal que, en general, en los conceptos de jurisdicción, sea en el transcrito o en otros, se encuentra implícita la idea de que es el Estado quien ejerce la jurisdicción a través de sus órganos especializados -los tribunales de justicia- y siempre formando parte de la soberanía nacional desde que se trata de una función pública. Se ha asentado, además, que en nuestro ordenamiento no existe un concepto de jurisdicción -dado expresamente por el legislador-, sin embargo, existen varias disposiciones de la Constitución Política de la República que orientan hacia dicha institución, como lo son los artículos 5º, 76, 77, 19 N° 3, en tanto determinan el ejercicio de la soberanía por el pueblo y por las autoridades que el propio constituyente señala, entre ellos, los tribunales de justicia y la forma en que debe ejercerse la jurisdicción.

Cuarto: Que, considerada entonces la jurisdicción como un atributo de la soberanía, se extiende hasta donde ésta alcanza su ejercicio –ha sostenido esta Corte- y “hasta los confines territoriales del Estado y fuera de ellos, en los sitios y casos en que el derecho internacional admite, como en alta mar sobre los barcos que llevan su bandera o pasan por aguas de su exclusivo dominio. Y cuando se admite en determinados casos la extraterritorialidad de la ley, como cuando se reconoce eficacia a la actividad jurisdiccional de los órganos del extranjero, no se hace otra cosa que respetar el derecho interno que permite se aplique la ley extranjera y se tengan por válidos los pronunciamientos jurisdiccionales de otro Estado. Es decir, que la »»

extraterritorialidad de las leyes y sentencias extranjeras, no tiene lugar por el hecho de ser leyes y sentencias, que sólo tienen eficacia dentro del lugar donde han sido dictadas, sino porque ha mediado la voluntad del Estado, donde incidentalmente se trata de aplicar. De manera que si esa voluntad no se manifiesta expresamente, sea de un modo general, sea en forma restringida, no puede tener, dentro del Estado, eficacia alguna la actividad jurisdiccional extranjera.” (Jurisdicción y Competencia. David Lascano, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1941).

Quinto: Que siguiendo con el examen que convoca, este Tribunal ha señalado que como consecuencia de lo razonado resulta que la acepción “inmunidad de jurisdicción”, dentro del ámbito del derecho internacional se encuentra referida a la posibilidad de intervención del Poder Judicial de un Estado respecto de actuaciones de otro con consecuencias en su territorio, inmunidad que se concreta en la medida en que el primero debe abstenerse de juzgar los actos del segundo. La prerrogativa claramente se materializa en la situación de cada una de las personas que representan a tales personas jurídicas, cuya inmunidad se extiende a sus agentes, a lo efectuado por ellos, sea por la naturaleza misma de la actuación (inmunidad *ratione materiae*), sea por las funciones que la persona cumple y mientras las desempeña, como ocurre con los funcionarios diplomáticos en ejercicio de sus funciones (inmunidad *ratione personae*), excepto cuando el Estado acreditado renuncie soberanamente a la referida prerrogativa.

Sexto: Que, en esa línea de razonamiento, este Tribunal ha consignado que el reconocimiento y consagración de la prerrogativa que se examina -inmunidad de jurisdicción- en relación a los agentes diplomáticos, representantes por excelencia de sus estados en territorios extranjeros y en los cuales su presencia y asiento material importan una extensión de la soberanía, se recogieron en la Convención de Viena, de fecha 18 de abril de 1961, tanto sobre las relaciones diplomáticas como consulares. En su preámbulo ella aparece fundada en nociones de cortesía internacional, desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones, al margen de sus diferencias de régimen constitucional y social y, además, en la clara necesidad de garantizar a los agentes el eficaz desempeño de sus funciones de representación de sus estados, más que beneficiar a particulares con determinados privilegios o inmunidades. En todo caso, sea cual fuere mayoritariamente la razón que en la actualidad se invoque para explicar la existencia y vigencia del principio analizado por medio de instrumentos de validez internacional como el citado, su respeto importa, en el invaluable ámbito de las relaciones entre las naciones, el reconocimiento y resguardo de las soberanías del Estado receptor y del acreditado, en pro, ciertamente, de la reciprocidad, por cuanto sobre la base de dicha igualdad, se protegen los derechos fundamentales.

Séptimo: Que, por lo tanto, atendida la naturaleza de la institución de que se trata y los principios en que se basa, hacen improcedente restringir sus efectos en determinados casos o materias, más allá de los términos que la propia Convención, que la reconoce, la establece. Tampoco en las áreas de índole laboral, como la presente, la que debe entenderse comprendida en las disposiciones que se refieren el alcance de la inmunidad de los agentes diplomáticos, quienes, como se dijo, son los representantes por excelencia de sus estados en territorios extranjeros y en los cuales su presencia y asiento material importan una extensión de la soberanía.

Octavo: Que a lo anterior es dable agregar que la Organización de las Naciones Unidas posee una Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2 de diciembre de 2004, cuyo artículo 11 excluye expresamente los contratos de trabajo de dicha inmunidad, sin embargo, ella no ha sido ratificada por Chile, de modo que carece de vigencia para estos efectos.

Noveno: Que, en consecuencia, cabe concluir que en la sentencia impugnada se ha cometido infracción de ley al rechazarse la excepción de incompetencia opuesta por la Embajada demandada, vulnerándose especialmente el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, desde que los tribunales nacionales carecen de jurisdicción para juzgar contiendas de índole laboral, como la presente, de modo que corresponde acoger el recurso de nulidad deducido por la demandada, ya que la infracción ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo en la medida en que condujo a que un tribunal juzgara una situación respecto a la cual carece de jurisdicción.

Décimo: Que, por último y consecuentemente, debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que los juzgados laborales carecen de jurisdicción para conocer de una demanda incoada por dependientes nacionales en contra de sus empleadores, cuando éstos invisten la calidad de estados extranjeros asentados en nuestro país.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 474, 477, 479, 481 y 482 del Código del Trabajo, **se acoge, sin costas, el recurso de nulidad** deducido por la demandada contra la sentencia de once de junio de dos mil doce, dictada por la Jueza titular del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, la que, en consecuencia, **se invalida, al igual que todo lo obrado en la presente causa**, la que se retrotrae al estado de emitir pronunciamiento acerca de la excepción de incompetencia opuesta por la demandada en los siguientes términos: atendidos los razonamientos contenidos en el presente fallo, **se acoge la excepción de incompetencia planteada por la demandada Embajada de la República Federal de Alemania, sin costas.**

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Blanco, quien estuvo por rechazar el arbitrio de nulidad, desde que, en su concepto, no se han cometido las infracciones de ley denunciadas por la recurrente, para lo cual tiene presente lo expuesto en el voto disidente del fallo que antecede.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Arturo Prado Puga y de la disidencia, su autor.

Regístrese y devuélvase.

Nº 1.224/2013.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señoras Rosa Egnem S., María Eugenia Sandoval G., señor Ricardo Blanco H., y el Abogado Integrante señor Arturo Prado P. No firma el Ministro señor Blanco, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal. Santiago, trece de agosto de dos mil trece.

COMENTARIO DE SENTENCIA
CORTE SUPREMA. ROL N° 1.224/2013.
INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN
EN EL DERECHO CHILENO.

Paula Nuño Balmaceda¹

Con fecha 13 de agosto de 2013, la Corte Suprema, en autos caratulados “Vera con Embajada de la República Federal de Alemania”, Rol N°1.224/2013, dictó sentencia definitiva conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia, acogiendo una vez más la teoría absoluta de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en asuntos laborales. Se trataba de una demanda por despido con vulneración de la garantía de no discriminación contenida en el artículo 2 del Código del Trabajo (en adelante, “CT”), interpuesta por don Hernán Lorenzo Vera Marre en contra de la Embajada de la República Federal de Alemania, donde desempeñaba labores de chofer de la Embajada. La relación laboral terminó con fecha 31 de diciembre de 2011, en virtud de la causal del artículo 161 del CT. Al contestar la demanda, la Embajada opuso la excepción de incompetencia absoluta por falta de jurisdicción, fundándose en los artículos 22, 24, 31 y 34 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Asimismo, la parte demandada alegó que en el contrato de trabajo ésta no había renunciado a la inmunidad de jurisdicción que le reconoce el Derecho Internacional, ni tampoco lo ha hecho durante el curso del juicio. En sentencia definitiva de fecha 11 de junio de 2012, el tribunal acogió la demanda. En contra de dicha sentencia, la demandada interpuso recurso de nulidad, fundado en la causal del artículo 477 del CT.

¹ Ayudante del Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del recurso de nulidad, lo rechazó en sentencia de fecha 30 de enero de 2013. Fue en contra de ésta última sentencia que la Embajada de la República Federal de Alemania interpuso el recurso de unificación de jurisprudencia para ante la Corte Suprema.

La inmunidad de los Estados es un asunto que se ha entendido forma parte del ámbito de acción del Derecho Internacional Público. En efecto, la inmunidad de jurisdicción de los Estados es una norma de Derecho Internacional consuetudinario, fundada en los principios de soberanía, de igualdad soberana de los Estados y en el principio de autodeterminación de los pueblos, y ha sido además ampliamente reconocida por la práctica gubernamental, legislativa y judicial de los Estados, bajo la máxima *par in parem non habet imperium*. Es una excepción al principio de soberanía, pero justificada. Implica que, siendo la potestad jurisdiccional una manifestación de la soberanía del Estado, un Estado extranjero no puede ser sometido a la jurisdicción del Estado del foro. Por lo tanto, los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno, agentes diplomáticos y consulares, entre otras personas comprendidas por la norma, gozan de inmunidad de jurisdicción y de ejecución ante las autoridades del Estado donde se encuentran, con el objeto de facilitar y asegurar la conducción pacífica y efectiva de las relaciones interestatales.

Sin embargo, tratándose de la aplicación de la regla de la inmunidad de jurisdicción en asuntos laborales o que digan relación con contratos de trabajo de personal empleado por Estados extranjeros o acreditantes en Estados receptores o territoriales, como es el caso de la sentencia en comento, entramos en una zona gris, donde el Derecho Internacional Público con el Derecho »»

Internacional Privado comparten ámbito de acción.

Existen en Derecho Internacional, como bien explica el Ministro señor Blanco en su destacable voto disidente, dos teorías en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados. En un período previo a la Primera Guerra Mundial, la práctica de los Estados entendió la regla de la inmunidad de jurisdicción de los Estados de manera absoluta, es decir, la regla general consistía en que un Estado extranjero no podía, salvo con la aquiescencia de éste, ser sometido a la jurisdicción del Estado territorial.

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, y con ocasión de algunos casos en que se examinó la naturaleza de los contratos en que se veían envueltos los Estados, así como la naturaleza del incumplimiento de éstos (v.gr. “I Congreso del Partido”, [1983] 1 A.C. 244. *House of Lords*), emergió la teoría restringida o relativa de la inmunidad de jurisdicción, apoyada en la no muy nítida distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* de los Estados. Así, se admitió que los Estados extranjeros podían ser sometidos a la jurisdicción del Estado del foro, en la medida en que se tratase de conflictos que recayesen sobre asuntos *iure gestionis* o actividades comerciales *grosso modo*, es decir, aquellos que no dicen relación con el cumplimiento de las funciones gubernamentales de un Estado (en términos muy generales). Por oposición, tratándose de actos *iure imperii*, es decir, aquellos ejecutados en el ejercicio de una potestad pública, se reconocía plenamente la inmunidad de jurisdicción del Estado en sentido absoluto, sin excepciones. Sin embargo, hasta hoy esta distinción no ha dejado de ser problemática: no existe en Derecho Internacional una definición precisa de lo que son los actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, y en consecuencia,

el límite entre ambos es difuso, ya que muchos actos pueden participar simultáneamente de ambas calidades, lo que a la larga torna difícil su aplicación².

Más allá de la dificultad que conlleva la aplicación de la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, esta tendencia de la práctica de los Estados ha sido recogida por la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes del año 2004 (A/RES/59/38)³. En su artículo 11, acoge la teoría restringida de las inmunidades de jurisdicción, estableciendo como regla general en su párrafo 1 que respecto a procedimientos relacionados con contratos de trabajo de un nacional o residente del Estado receptor para el trabajo que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de éste, el Estado empleador no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción⁴.

Acto seguido, el párrafo 2 señala las excepciones a esta regla, es decir, aquellos casos en que sí operaría la inmunidad de jurisdicción, que en general atienden »»

²Por ejemplo, cuál es la naturaleza de un contrato cuyo objeto es la compra de botines militares para las Fuerzas Armadas.

³La Convención aún no ha entrado en vigor internacional, pues requiere el depósito de 30 instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión en la Secretaría General de Naciones Unidas. Hasta la fecha, ha sido firmada por 28 Estados y sólo cuenta con 16 Estados parte, siendo Latvia el último Estado que se ha adherido a la Convención en febrero de 2014. Chile no ha firmado la Convención ni es parte de ésta.

⁴Artículo 11, párrafo 1: “Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado”.

a aquellos trabajadores que han sido contratados para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público, si el trabajador goza de inmunidad diplomática, si el objeto del proceso es la contratación, renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural, si el proceso de destitución o rescisión del contrato menoscaba los intereses de seguridad del Estado empleador, si el trabajador fuese nacional del Estado empleador al momento de entablar la demanda (salvo que tenga su residencia definitiva en el Estado del foro); o que el Estado empleador y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan jurisdicción exclusiva *ratione materiae*. Las excepciones a la regla general establecida en el párrafo 1 del artículo 11 en general se explican bien porque habría un interés público del Estado empleador, bien porque se trataría del ejercicio de una prerrogativa pública en lo que respecta a la selección, reclutamiento y contratación de personal.

En general, la tendencia de la práctica actual de los Estados democráticos, ha sido la adopción o inclinación, hacia la teoría restringida o relativa en materia laboral, como es el caso del Reino Unido con la *State Immunity Act* de 1978, de E.E.U.U. con la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) de 1976, y la ley N° 24.488 sobre Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos de Argentina.

El caso de Chile, por su parte, es confuso y preocupante. En primer lugar, no existe una ley interna que establezca cuál es la regla general en materia de inmunidades de jurisdicción ni cuáles son los casos generales de excepción. En segundo lugar, la postura adoptada por el ejecutivo en materia de inmunidad de jurisdicción ante contratos

de trabajo difiere de la inorgánica práctica judicial de los juzgados del trabajo y de los tribunales superiores de justicia.

En efecto, en Notas Circulares N° 371, de 16 de octubre de 1997; N° 172, de 17 de mayo de 1999, y N° 108 de 10 de abril de 2000, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha sostenido constante y uniformemente la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, reconociendo que:

*“[...] la práctica internacional que se ha venido desarrollando en los últimos años en diversos Estados en materia de inmunidad de jurisdicción – llevada a cabo a través de la celebración de tratados, dictación de legislación especial, jurisprudencia de los tribunales, y en los trabajos desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, sobre codificación de Inmunidad de los Estados - se orienta a un cambio de criterio asumiéndose posturas más restrictivas en lo que se refiere a temas laborales [...]”*⁵,

agregando luego que:

*“[...] en lo sucesivo no se procederá a acoger la inmunidad de jurisdicción respecto de los casos que digan relación con incumplimiento de normas del trabajo [...] haciendo hincapié que este criterio de adopta en razón de un principio básico cual es la obligación del Gobierno de Chile de velar por el cumplimiento de las leyes en vigor, toda vez que lo que se pretende es la protección de los bienes jurídicos reconocidos internacionalmente, como son aquellos derivados de las relaciones de trabajo”*⁶.

No obstante lo anterior, no es novedad que la Corte Suprema haya finalmente acogido la alegación de incompetencia absoluta por falta de jurisdicción interpuesta »»

⁵ Nota Circular N° 172 de 17 de mayo de 1999.

⁶ Ibid.

por la Embajada de la República Federal de Alemania. El criterio de la Corte Suprema en materia de inmunidad de jurisdicción en asuntos laborales ha consistido en la aplicación invariable de la teoría de inmunidad absoluta, sin distinguir la naturaleza de los actos realizados por las partes. Son varias (y hasta la fecha no se han registrado en sentido contrario) las sentencias dictadas por la Corte Suprema en que se ha acogido la teoría absoluta de la inmunidad de jurisdicción de los Estados ante contratos de trabajo. La misma sentencia se ha referido a algunos casos: causa N 3493-2010, caratulada “Diez con Embajada de India” conociendo de un recurso de casación en el fondo; causa N 891-2010 de 13 de mayo de 2010 caratulada “Budini con Embajada de Indonesia en Chile” conociendo de un recurso de casación en el fondo laboral; causa N° 6.116-2010 de fecha 9 de junio de 2011 caratulada “Castro con Embajada de Colombia en Chile”, conociendo de un recurso de queja⁷.

Como consta en la sentencia en comento, los Estados extranjeros en general alegan la incompetencia absoluta de los tribunales nacionales por falta de jurisdicción, no obstante poder renunciar a ella. Para ello se fundan en los artículos 22, 24 y 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, y que ésta no contemplaría los asuntos derivados de los contratos de trabajo dentro de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción civil y

⁷ Otros fallos de la Corte Suprema en que se ha interpretado la inmunidad de jurisdicción en sentido absoluto: causa N 1675-2002 de 10 de diciembre de 2002, caratulada “Vicuña Poblete María con Estado Helénico” conociendo de recurso de casación en el fondo laboral; causa N 4235-6 de 14 de noviembre de 2007, caratulada “Portugal Melgar Carmen con Nuñez-Melgar Maguiña Marcos (Consulado General del Perú)”, también conociendo de un recurso de casación en el fondo laboral.

administrativa establecidos en el artículo 31 de la mencionada Convención⁸. En ocasiones también citan los artículos 333 y 334 del Código de Derecho Internacional Privado que establecen excepciones generales de competencia en lo civil y en lo mercantil.

Asimismo, los Estados extranjeros suelen sostener que, la existencia de una cláusula en el contrato de trabajo mediante la cual las partes han acordado someterse a la jurisdicción de los tribunales del Estado extranjero, bastaría para sustraer de la jurisdicción del Estado del foro los conflictos laborales que surjan con ocasión de dichos contratos. Esto último también fue alegado por la parte demandada en el presente caso. Sin embargo, la existencia de estas cláusulas en contratos de trabajo es a lo menos cuestionable, cuanto más reprochable, atendida la especial naturaleza de éstos y a las partes involucradas, pues significa legitimar el absurdo de que un trabajador que desempeñe sus funciones en el Estado receptor, del cual muy probablemente será también nacional o residente permanente, tenga que recurrir a los tribunales del Estado extranjero para hacer valer sus derechos, con el evidente sacrificio económico y personal »»

⁸ Artículo 31, párrafo 1, Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas: “1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; **b.** de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; **c.** de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales”.

que eso conllevaría para un trabajador. Todo lo cual vulneraría su derecho humano al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, garantizado por los tratados de Derecho Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Llama la atención que la Corte Suprema haya rehusado la aplicación del artículo 33, párrafos 2 y 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, que permitiría la aplicación de las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor a los criados particulares que se hallen al servicio exclusivo del agente diplomático siempre que sean nacionales del Estado receptor o tengan residencia permanente en él y que no estén protegidos por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado acreditante o en un tercer Estado. Equivalente disposición se encuentra en el artículo 48 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. En estos casos, el agente diplomático o consular que emplee a estas personas habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores. Lo anterior, sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre seguridad social ya concertados o de aquellos acuerdos de esa índole que se concierten en lo sucesivo. La aplicación de estos artículos en los asuntos laborales que conozcan los tribunales ordinarios de justicia permitiría respaldar la adopción de la teoría restringida o relativa de la inmunidad de jurisdicción de los Estados y ajustarse a la tendencia internacional en la materia.

Es lamentable que la Corte Suprema haga caso omiso de la política del Estado de Chile en materia de inmunidades de jurisdicción, que ha sido manifestada en las Notas Circulares antes citadas, y se niegue a realizar un esfuerzo argumentativo en orden a acoger la

teoría restringida.

Pareciera que lo que la jurisprudencia chilena necesita en materia de inmunidad de jurisdicción es una norma expresa de carácter interno que se encargue de definir los escenarios en que se aplicará una u otra teoría, esto es, en qué casos habrá o no excepciones a la aplicación de la regla de la inmunidad de jurisdicción, tal como se ha hecho en derecho comparado⁹. La postura de la Corte Suprema ha sido cómoda, ha preferido ignorar los derechos de los trabajadores y los ha dejado en una situación de vulnerabilidad y desprotección. Aún más, acentúa la inherente desigualdad de las relaciones laborales, inclinando la balanza en favor del empleador, y Estado extranjero empleador que goza de una posición mejorada en la relación laboral, lo que no se condice con los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los trabajadores a los que Chile se ha comprometido, sea por vía convencional o consuetudinaria, como el Estado Democrático de Derecho que proclama ser en los foros internacionales. 

⁹ Véase Artículo 4 (Contracts of Employment) de la State Immunity Act de 1978, Reino Unido; y Artículo 2º d) de la Ley N° 24.488 sobre Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, Argentina.

CORTE SUPREMA

Sentencia de 2 de julio de 2014, Rol N° 7.480/2013 Recurso de Casación

Santiago, dos de julio de dos mil catorce.

Vistos:

A fojas 34, don Roberto Vergara Fisher, abogado, en representación de don Antonio Salvador Fazio, argentino, domiciliado en calle San Martín N° 1510, Distrito Mayor Drummond, Departamento Luján de Cuyo, Provincia de Mendoza, República de Argentina, quien a su vez actúa en representación de la “Sucesión Antonio Fazio”, y por sí en calidad de heredero del causante Don Antonio Fazio, solicita se conceda el exequátur necesario para cumplir en Chile la sentencia dictada el 29 de marzo de 1995, por el Decimoquinto Juzgado en lo Civil Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, República de Argentina, en juicio no contencioso sobre sucesión hereditaria, Expediente N° 68.881, caratulado “Fazio Antonio/Sucesión”, que declaró como herederos universales del causante a su cónyuge doña Amalia Valverde, y a sus hijos don Antonio Salvador Fazio y doña Francisca Amalia Fazio, como también, solicita el exequátur de la resolución de 26 de julio de 2010, por medio de la cual el mismo tribunal adjudicó a don Antonio Salvador Fazio el inmueble ubicado en Avenida San Martín N° 800, departamento N° 204, de la Comuna de Viña del Mar, inscrito a nombre del causante a fs. N° 3.127 N° 3.594, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar, correspondiente al año 1990.

Se acompaña a la solicitud las sentencias debidamente protocolizadas y certificaciones donde consta su ejecutoria, como también, copia autorizada y legalizada del Expediente N° 68.881, caratulado “Fazio Antonio/Sucesión”, en el que se dictaron las resoluciones cuyo exequátur se solicita.

La señora Fiscal Judicial de esta Corte, en su dictamen de fojas 64, informó favorablemente la petición de exequátur.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que entre las Repúblicas de Chile y Argentina no existe tratado sobre cumplimiento de resoluciones judiciales pronunciadas en los respectivos países ni hay constancia sobre una posible situación de reciprocidad. En tal caso, no corresponde dar aplicación a las normas de los artículos 242, 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, sino a las reglas del artículo 245 del mismo cuerpo legal que regulan los trámites judiciales que han de cumplirse en Chile para que las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros puedan tener fuerza, ejecutarse o cumplirse en nuestro país.

Segundo: Que lo preceptuado en el artículo 245 del Código de Enjuiciamiento Civil tiene por objeto que las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros posean la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, con tal que: **1º)** no contengan nada contrario a las leyes de la República; **2º)** no se opongan a la jurisdicción nacional; **3º)** que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción y; **4º)** que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

Tercero: Que de los antecedentes acompañados es posible establecer lo siguiente:

a.- Compareció don Roberto Vergara Fisher, abogado, en representación de don Antonio Salvador Fazio, quien a su vez actúa en representación de la “Sucesión Antonio Fazio”, y por sí en calidad de heredero del causante Don Antonio Fazio,

b.- Por sentencia de 29 de marzo de 1995, el Decimoquinto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, República de Argentina, declaró que por fallecimiento de don Antonio Fazio, le suceden como únicos y universales herederos su cónyuge doña Amalia Valverde, y sus hijos don Antonio Salvador Fazio y doña Francisca Amalia Fazio.

c.- Doña Amalia Valverde cedió en favor de don Antonio Salvador Fazio todos los derechos y acciones que le corresponden en la sucesión de don Antonio Fazio.

d.- Por acuerdo notarial de 29 de marzo de 2010, doña Francisca Amalia Fazio y don Antonio Salvador Fazio, en su calidad de únicos actuales herederos, acuerdan adjudicar a éste último, el inmueble ubicado en Avenida San Martín N° 800, departamento N° 204, de Viña del Mar, República de Chile, que forma parte del acervo hereditario.

e.- Por resolución de 26 de julio de 2010, el Decimoquinto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, República de Argentina aprobó la adjudicación referida en la letra precedente.

f.- El causante don Antonio Fazio era de nacionalidad argentina, y su último domicilio lo tuvo en calle San Martín N° 1.510, Distrito Mayor Drummond. Departamento de Luján de Cuyo, Mendoza, República de Argentina.

Cuarto: Que las resoluciones que se pretende hacer valer reconocen a don Antonio Salvador Fazio la calidad de heredero abintestato de su padre don Antonio Fazio, y adjudicatario del inmueble ubicado en Avenida San Martín N° 800, departamento N° 204, de Viña del Mar, República de Chile.

Quinto: Que el artículo 16 del Código Civil, en su inciso primero, establece que "Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile", disposición que debe concordarse con lo que previene el artículo 27 de la Ley 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, en cuanto señala:

"Cuando la sucesión se abra en el extranjero -cuyo es el caso de autos- deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley. La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva, si aquél no lo hubiera tenido". Por su parte, el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales repite esta exigencia al señalar: "Cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquél no lo hubiera tenido".

Sexto: Que la normativa precedente, como se aprecia, deja entregado exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales chilenos el decidir sobre el otorgamiento de la posesión efectiva de una sucesión que comprenda bienes situados en Chile, situación fáctica que no fue manifestada en el caso en particular por el solicitante y que no consta por ende a esta Corte, pero que ha de suponerse y considerarse en la búsqueda de una decisión acertada, íntegra y conveniente al caso en concreto, previendo, desde ya, la supuesta finalidad práctica que ha originado y justificado el trámite materia de estos autos, de modo es necesario que en su oportunidad se solicite ante el tribunal chileno que corresponda la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de don Antonio Fazio.

Séptimo: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.325 del Código Civil, la partición parcial y adjudicación del inmueble ubicado en la ciudad de Viña del Mar, efectuada de común acuerdo por todos los herederos de don Antonio Fazio, se ajusta a lo dispuesto en dicha norma respecto de la partición de bienes, por lo que no contraviene la legislación nacional.

Octavo: Que en consecuencia, las resoluciones del Decimoquinto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, República de Argentina que se pretenden cumplir en estos antecedentes, no se oponen a la jurisdicción chilena y, por tanto, corresponde acceder a la solicitud de exequátur.

Y de conformidad, con lo antes expuesto y disposiciones citadas, **se acoge el exequátur** solicitado en lo principal de fojas 34, y se autoriza que se cumplan en Chile las sentencias que reconocen a don Antonio Salvador Fazio la calidad de heredero abintestato de su padre don Antonio Fazio, y adjudicatario del inmueble ubicado en Avenida San Martín N° 800, departamento N° 204, de Viña del Mar, República de Chile.

El cumplimiento de las sentencias deberá solicitarse ante el Tribunal que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en los citados artículos 27 de la Ley 16.271 y 149 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese, dese copia autorizada y, hecho lo anterior, archívese.

N° 7.480/2013.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Guillermo Silva G., Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Carlos Aránguiz Z., y señora Andrea Muñoz S. Santiago, dos de julio de dos mil catorce.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a dos de julio de dos mil catorce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo a la señora Fiscal Judicial, quien no firmó.

COMENTARIO A LA SENTENCIA CORTE SUPREMA, ROL N° 7.480/2013. JURISDICCIÓN CHILENA, DERECHO NACIONAL Y BIENES SITUADOS EN CHILE.

*Pablo Cornejo Aguilera*¹

Recientemente, y con ocasión de una solicitud de exequátur de una sentencia dictada por un tribunal argentino cuyos efectos alcanzaban a un bien situado en Chile, nuestra Excm. Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de cuáles son los requisitos que nuestro ordenamiento exige a fin de reconocer los actos jurisdiccionales extranjeros en este tipo de casos, en una decisión que a nuestro juicio constituye un avance respecto de la interpretación marcadamente territorialista que tradicionalmente ha sido sostenida por nuestros tribunales en la materia.

En el caso en cuestión, un ciudadano argentino solicita a la Corte que se conceda el exequátur necesario para cumplir en Chile tanto la sentencia dictada el 29 de marzo de 1995 por el 15° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, que declaró a determinadas personas como herederos universales del causante, fallecido con último domicilio en Argentina, como la resolución de 26 de julio de 2010, en virtud de la cual el mismo tribunal le adjudicó un inmueble ubicado en la ciudad de Viña del Mar. Para estos efectos, la Corte, después de constatar que con la República Argentina nuestro país no ha celebrado un tratado sobre el cumplimiento de resoluciones judiciales y que no existe constancia

sobre una posible situación de reciprocidad, evalúa la procedencia de la solicitud a la luz de lo dispuesto en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, el cual para los efectos que nos interesa exige que la resolución cuyo reconocimiento se demanda no contenga nada contrario a las leyes de la República (N° 1) y que ella misma no se oponga a la jurisdicción nacional (N° 2).

En su decisión, si bien la Corte evalúa la concurrencia de ambos requisitos de una manera prácticamente conjunta, termina por aplicar un estándar favorable al reconocimiento de las sentencias extranjeras, siguiendo con la tendencia que había mostrado en la sentencia rol N° 2.349/2005, de 14 de mayo de 2007 (C. 31°): de esta manera, si bien en sus considerandos Quinto y Sexto vuelve sobre la criticada interpretación que considera que el artículo 16 del Código Civil establece una regla de competencia en beneficio de los tribunales chilenos cuando se trata de cuestiones que conciernen bienes situados en el país, termina por resolver la cuestión sometida a su conocimiento a la luz de las limitaciones materiales que impone el ordenamiento nacional para el reconocimiento del Derecho extranjero.

Así, después de confrontar en su Considerando Séptimo la decisión extranjera con lo dispuesto en nuestra legislación por el artículo 1.325 CC, estableciendo que “...no *contraviene la legislación nacional*”, concluye en su Considerando Octavo:

“Que en consecuencia, las resoluciones del Decimoquinto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, República Argentina que se pretenden cumplir en estos antecedentes, no se oponen a la jurisdicción chilena y, por lo tanto, corresponde acceder a la solicitud de exequátur”.

¹ Profesor Derecho Internacional Privado, Universidad Adolfo Ibáñez.

Para poder comprender las virtudes y defectos de la decisión de la Corte, hay que tener presente una distinción inicial: una cosa son las reglas que imponen la jurisdicción de los tribunales chilenos para resolver un asunto y otra son aquellas que definen conforme a qué Derecho debe ser resuelto un asunto controvertido. En materia sucesoria, por ejemplo, forma parte de las segundas reglas el artículo 955 CC, que establece que la sucesión se abrirá en el último domicilio del causante y que deberá regirse por la ley de este domicilio, en tanto que forman parte de las primeras los artículos 27 de la Ley N° 16.271 y el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales, que imponen la participación necesaria de las autoridades chilenas cuando se trate de la posesión efectiva de los bienes situados en Chile.

De esta forma, encontrándonos con una sucesión abierta en Argentina, donde parte de los bienes se encuentran situados en Chile, deberá ésta regirse por el Derecho argentino; sin perjuicio que deba igualmente solicitarse la posesión efectiva de los bienes situados en Chile ante las autoridades competentes de acuerdo al Derecho nacional. Con todo, en este último caso, las autoridades nacionales no aplicarán el Derecho chileno, por no resultar éste competente según las normas de conflicto nacionales, sino que deberán aplicar el Derecho argentino, a menos que por sus circunstancias la sucesión quede comprendida dentro de las excepciones previstas en los artículos 998 y 15 N° 2 del Código Civil, o que la aplicación del Derecho extranjero vulnere el orden público nacional o que exista fraude en el establecimiento de los factores de conexión que determinan su aplicación.

Una decisión contraria no solamente afectaría el principio de unidad en materia sucesoria afirmado por el artículo 955 CC,

sino que además excedería los fines para los cuales la Ley de Impuestos a las Herencias y, a partir de ella, el Código Orgánico de Tribunales confieren competencia a las autoridades chilenas para conocer de las posesiones efectivas de los bienes situados en Chile, que no es otra que simplemente resguardar el pago de los impuestos establecidos en la Ley N° 16.271.

En este contexto es que resulta criticable la mención del artículo 16 CC como sustento de la decisión de la Corte, pues en caso de ser interpretado como una regla de conflicto, éste presentaría un carácter general, debiendo ceder en su aplicación frente a las especiales reglas sucesorias, por lo que no sería aplicable, mientras que en caso de ser interpretado como una regla de jurisdicción, además de reafirmar una interpretación ampliamente criticada de la disposición, resultaría innecesaria su invocación, a la luz de lo dispuesto en los artículos 27 y 149 antes mencionados.

Sin embargo, en el marco de la decisión de la Corte, esto no parece ser una cuestión problemática: aunque efectivamente se citan disposiciones con la finalidad de asegurar *prima facie* una competencia exclusiva de las autoridades chilenas para conocer del asunto, la Corte termina por introducir correctamente la diferenciación entre Derecho aplicable y jurisdicción competente. Así, mientras por una parte otorga el *exequátur*, por entender que lo decidido por la jurisdicción extranjera no contraviene la legislación nacional, por otra dispone que “*el cumplimiento de las sentencias deberá solicitarse ante el Tribunal que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en los citados artículos 27 de la Ley 16.271 y 149 del Código Orgánico de Tribunales*”, con lo cual resguarda las normas que atribuyen una competencia exclusiva a las autoridades chilenas.

Como puede apreciarse, se trata de una decisión elogiada, que abre la puerta para una mejor comprensión de nuestras reglas nacionales de Derecho Internacional Privado, más abierta a la aplicación del Derecho extranjero y a la recepción de las decisiones dictadas por las autoridades de otros países, acordes con los imperativos que nos presenta el actual contexto internacional. 

CORTE SUPREMA

Sentencia de 13 de octubre de 2014, Rol N° 1.270/2014

Exequátur

Santiago, trece de octubre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos autos Rol N° 1.270/2014 de esta Corte Suprema, el abogado señor Cristián Conejero Roos, en representación de Laboratorio Kin S.A. solicita se conceda el exequátur para dar cumplimiento en Chile a dos sentencias: la dictada con fecha 22 de marzo de 2010, por el Juez Arbitro Josef Fröhlingdorf, en el juicio arbitral N° 259 seguido ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Consolat de Mar, seguido entre Laboratorios Kin S.A. y Laboratorios Pasteur S.A., por la cual se condenó a esta última a pagar a la solicitante la suma de 491.120,58 EUROS por incumplimiento de contrato, más intereses y reajustes; y la pronunciada con fecha 26 de abril de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se rechazó la nulidad del laudo arbitral impetrada por Laboratorios Pasteur S.A. y se condenó a esta última al pago de las costas, las que se fijaron en la suma de 22.183,63 EUROS, más intereses y reajustes; todo ello con costas.

Explica el solicitante que el 5 de octubre de 2001, en Barcelona, España, Laboratorios Kin S.A. firmó un contrato de distribución exclusiva con Laboratorios Pasteur S.A., estipulando en su cláusula decimonovena que las desavenencias o divergencias que en el futuro pudieran derivarse en la interpretación del presente contrato, y que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barcelona (España), por un árbitro nombrado conforme al citado reglamento.

Indica que en dicho marco, Laboratorios Kin demandó a Laboratorios Pasteur por el incumplimiento del contrato, acción que, luego del procedimiento arbitral llevado a cabo ante el Arbitro Sr. Josef Fröhlingdorf, según el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Consolat de Mar, fue acogida mediante sentencia de 22 de marzo de 2010, por la que se condenó a Laboratorios Pasteur S.A. a pagar a Laboratorios Kin S.A. la suma de 491.120,58 EUROS por incumplimiento de contrato, más intereses y reajustes.

Precisa que el laudo arbitral determinó, además de la competencia para conocer el presente procedimiento arbitral:

a) que Laboratorios Pasteur ha incumplido el contrato de 5 de octubre de 2001 y debe compensar a su parte por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de no haber efectuado las compras mínimas acordadas, por un monto de 322.864,33 EUROS;

b) que además debe pagar un importe de 136.942 EUROS por la pérdida de negocios por las manipulaciones de Laboratorios Pasteur en los años 2007 y 2008;

c) que la demandada debe compensar a la actora la suma de 22.417,12 EUROS por gastos incurridos en relación con las manipulaciones de Laboratorios Pasteur; y

d) que la demandada debe pagar la mitad de los gastos y honorarios del procedimiento arbitral que ascienden a 8.897,13 EUROS.

Agrega que posteriormente Laboratorios Pasteur, luego de que el juez árbitro rechazara un escrito de aclaración y ampliación del laudo, solicitó la nulidad del laudo arbitral ante la Audiencia Provincial de Barcelona, petición que fue rechazada por sentencia N° 158-2012 de 26 de abril de 2012, condenando en costas a la demandada, las que fueron tasadas en la suma de 22.183,63 EUROS, por resolución de dicho tribunal de 26 de abril de 2012; de modo que el total que debe pagar Laboratorios Pasteur asciende a la suma de 513.304,21 EUROS, más reajustes, intereses y costas.

Finalmente, el peticionario señala que en la especie se cumplen todos los requisitos formales y de fondo para que se autorice la ejecución, previstos en los artículos 35 y 36 de la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, en particular, porque:

a) las partes tienen capacidad para actuar;

b) el acuerdo arbitral es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido;

c) la parte contra la cual se invoca fue debidamente notificada de la solicitud de inicio del arbitraje, con fecha 6 de marzo de 2009;

d) el laudo se refiere a una controversia prevista en el acuerdo y no excede los términos del acuerdo.

En este sentido, expresa que el fallo sostiene que ha quedado claramente fijado en el contrato que todas las divergencias y controversias deben solucionarse mediante un arbitraje; además, no hay indicio de que las partes quisieran excluir del arbitraje las divergencias resultantes de la ejecución del contrato;

e) la composición del tribunal arbitral y el procedimiento deben ajustarse al acuerdo arbitral. Al respecto, señala que el acuerdo de arbitraje se refiere a la "Cámara de Comercio de Barcelona" y el laudo estima que tal referencia corresponde, necesariamente, a la "Cámara de Comercio, Industria y Navegación de la ciudad de Barcelona";

f) el laudo debe ser obligatorio, lo que supone que se encuentre ejecutoriado, cuestión que ocurrió en la especie, cuando el Juez Arbitro rechazó la solicitud de aclaración y complementación con fecha 19 junio 2012;

g) la controversia sometida al árbitro es susceptible de arbitraje de acuerdo a Ley chilena; y

h) el laudo y su ejecución no son contrarios al orden público chileno, toda vez que regula un asunto disponible para las partes y que no se opone a la jurisdicción nacional.

A fojas 115, evacuando el traslado conferido respecto de la petición de exequátur, comparecen los abogados Benjamín Jordán Astaburuaga y Jorge Barahona Sotelo, en representación de Laboratorios Pasteur S.A. y solicitan el rechazo de la presente solicitud, por cuanto los fallos cuyo cumplimiento se pretende infringen el orden público interno e incurrir en las causales de denegación previstas en el artículo 36 de la Ley 19.971, por los siguientes fundamentos:

1.- La composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al acuerdo de las partes, artículo 36 N°1 letra a) literal iv). Expresa el oponente que en el contrato en cuestión se acordó que las divergencias de interpretación fuesen resueltas por un árbitro designado por la Cámara de Comercio de Barcelona. Sin embargo, el laudo arbitral fue dictado por un árbitro designado por el Consolat de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, siendo evidente que los contratantes no se sometieron expresamente a la jurisdicción de dicho árbitro, pues lo hicieron respecto de la Cámara de Comercio de Barcelona, entidad que no existe como tal.

Expresa que el árbitro se atribuyó jurisdicción y competencia en base a la interpretación de una voluntad presunta de las partes, en el entendido que la "Cámara Oficial de Comercio de Barcelona" es la única en dicha ciudad ejerce funciones que habitualmente se asocian a una Cámara de Comercio, lo que sin embargo no es efectivo pues en Barcelona existen diversas "Cámaras de Comercio" que ejercen habitualmente funciones de tales.

Dice que la incompetencia y falta de jurisdicción fue oportunamente alegadas y la constatación de las mismas importa una vulneración a normas de orden público chileno, que son irrenunciables.

Añade que en este sentido, el laudo hace una interpretación extensiva del acuerdo arbitral, en circunstancia que por tratarse de una cláusula de excepción, debe interpretarse restrictivamente. Así, al recaer la designación en una entidad que no existe, el nombramiento del árbitro debió efectuarse por la justicia ordinaria española, pues en el contrato se expresa que éste se encuentra sujeto en todos sus detalles a la legislación española.

2.- El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, artículo 36 N° 1, letra a) literal iii). La demandada expresa que de acuerdo al artículo 7° de la Ley 19.971, las materias objeto del arbitraje deben encontrarse clara y precisamente definidas en el acuerdo, pues las partes pueden decidir someter a arbitraje todas o sólo algunas de las controversias que surjan entre ellas, respecto a determinada relación jurídica, cuestión que se expresa en los mismos términos en la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, suscrita en New York en 1958; y también en las Leyes de Arbitraje Españolas de 1988 y 2003.

Refiere que en la especie, las partes sólo acordaron someter a arbitraje, las controversias relacionadas con la interpretación del contrato, y así se indica de manera expresa en la cláusula decimonovena del contrato. De este modo, en su concepto, el árbitro designado »»

sólo tenía competencia para conocer divergencias relacionadas con la interpretación del contrato, más no aquellas referidas a la ejecución, que quedan excluidas al igual que las restantes no incluidas ni comprendidas en ellas.

Afirma que, en consecuencia, el laudo también viola las normas de orden público chileno, relativas a la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, previstas en los artículos 3° del Código de Procedimiento Civil y 5° y 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

Indica que además, el árbitro de manera insólita se atribuye competencia, en razón de que en el contrato no hay otra cláusula de solución de conflictos para las divergencias relacionadas con la ejecución, olvidando que la jurisdicción arbitral es de excepción y que en los casos en que no sea aplicable, las controversias deben ser resueltas por la justicia ordinaria.

Agrega que el árbitro también se excede de las materias que podía resolver, al fijar una indemnización por las manipulaciones realizadas por Laboratorio Pasteur, en los años 2007 y 2008, por cuanto el propio fallo arbitral reconoce como válida la resolución de contrato comunicada por Laboratorios Kin el 17 de octubre de 2007 y por tanto, no podía conocer asuntos ocurridos en 2008.

3.- El acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley que las partes lo han sometido, artículo 36 N° 1 letra a) literal i). Expresa el oponente que el contrato entrega competencia para designar al árbitro a una entidad inexistente, la "Cámara de Comercio de Barcelona" y, en consecuencia, esta cláusula arbitral no cumple con un requisito de su esencia, cual es precisar la institución que administrará el arbitraje. Este vicio hacía necesario, a su entender, que se recurriera a la justicia ordinaria para la designación del árbitro, cuestión que no aconteció.

4.- Se infringe directamente el ordenamiento público nacional, artículo 36 N° 1 letra b) literal ii). Ello se produce, según la demandada, porque en razón de los vicios de jurisdicción y competencia antes destacados, finalmente Laboratorios Pasteur fue juzgado por una comisión especial, proscrita por el artículo 9 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile, infringiéndose con ello los artículos 3° del Código de Procedimiento Civil, 1°, 108 y 222 del COT, artículo 7 de la Ley 19.971.

5.- Improcedencia de conceder exequátur para la ejecución de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, N° 158/2012 de 26 de abril de 2012, que junto con rechazar la acción de nulidad intentada contra el laudo arbitral, impuso a su parte el pago de las costas.

Indica que dicha sentencia fue dictada por un tribunal ordinario de la justicia española y, por tanto, no es procedente conceder el exequátur de acuerdo a la Ley de Arbitraje Internacional y la Convención de New York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, ya que estos cuerpos normativos se aplican en forma exclusiva de laudos arbitrales y no respecto de sentencias dictadas por tribunales ordinarios de justicia, como ocurre respecto de dicha sentencia.

Tal improcedencia se funda además en que el fallo cuestionado no tiene el carácter de una sentencia definitiva, de aquellas que ponen fin al pleito o a la instancia.

Por último, destaca el oponente que las costas que se pretenden cobrar no fueron determinadas por la sentencia aludida, sino por una resolución posterior, de fecha 11 de marzo de 2013, contenida en el Decreto N° 30/13, la que dista sustantivamente de ser una sentencia definitiva y respecto de la cual no se solicitó su cumplimiento.

6.- La petición de exequátur en orden a que las sumas cobradas se paguen con reajustes e intereses, excede del acuerdo arbitral. Indica la demandada que en la demanda intentada por Laboratorios Kin, sólo se pidió que su parte fuera condenada al pago de las sumas que allí se indican, más la imposición de las costas y gastos del procedimiento, sin solicitar el pago de reajustes e intereses, los que tampoco se consignan en el laudo arbitral, ni en la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Por último, la señora Fiscal Judicial Subrogante, informando a fojas 153, es de opinión de conceder el exequátur solicitado, respecto de ambas sentencias.

Estima que con los documentos acompañados por el solicitante, se ha dado cumplimiento al artículo 35 N° 2 de la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, relativo a la autenticidad de la sentencia.

Enseguida, expresa que existe una especie de presunción legal de legitimidad del laudo, que solamente puede ser desvirtuada por las circunstancias señaladas en el artículo 36.

Aclara que el procedimiento de exequátur no está destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de manera que no constituye una instancia de revisión de lo resuelto.

Dice que los requisitos que se examinan están encaminados a salvaguardar el orden público del país que acepta su cumplimiento, a verificar el emplazamiento de la parte contra la cual se hace valer, la observancia de las reglas de competencia y que los fallos revistan el carácter de definitivos, cuestión última que en el caso de los laudos arbitrales en materia comercial, sólo se refiere a que sean obligatorios para las partes.

Sostiene que las causales previstas en el artículo 36 de la Ley 19.971, son las únicas que posibilitan que esta Corte Suprema pueda denegar el reconocimiento impetrado y concluye que no se configura ninguna de dichas causales.

Al efecto, descarta que la composición del tribunal no se ajuste a al acuerdo, por cuanto la propia demandada reconoce que no existe la Cámara de Comercio de Barcelona y, por tanto, tal referencia debe entenderse conferida a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, por cuanto esta es la única institución de Barcelona que ejerce habitualmente funciones que se asocian a una Cámara de Comercio.

Desestima también que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo,

porque si bien la cláusula arbitral no se refiere expresamente a la ejecución, cumplimiento o incumplimiento del contrato, lo que se somete a arbitraje no es solo su interpretación, como lo expresa el oponente, sino todas las desavenencias o divergencias que en el futuro pudieran derivarse de la interpretación y, en la especie, el laudo resolvió efectivamente desavenencias o divergencias entre las partes, sin que la cláusula haya excluido alguna materia.

Igualmente, descarta por las mismas razones ya referidas, una infracción al orden público nacional, basada en que el acuerdo arbitral designó a una entidad inexistente para nombrar al árbitro y que éste resolvió cuestiones ajenas al acuerdo.

A su vez, rechaza el cuestionamiento contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, por cuanto ésta se dictó en la causa de anulación del laudo arbitral y resolvió rechazarla y condenar en costas, fallo que, en consecuencia, resuelve sobre el propio arbitraje.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando.

Primero: Que antes de entrar al fondo de la cuestión sub lite, es dable precisar que el exequátur consiste en nuestro país, en la decisión de la Corte Suprema que, luego de sustanciar el procedimiento contradictorio respectivo, procede a revisar las exigencias legales y sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida y materia del fallo que se pide cumplir, otorga autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que lo resuelve, con el objeto de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitirá se la pueda cumplir mediante el procedimiento y ante el tribunal competente.

Segundo: Que enseguida conviene consignar que la presente solicitud, por incidir en el cumplimiento de sentencias dictadas en el marco de un procedimiento arbitral internacional, seguido en Barcelona, España, en principio habrá de sujetarse en cuanto a su resolución a lo estatuido en la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio de las normas que se establecen tanto en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas de 1958, como en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 y de manera supletoria se regirá por las normas contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, cabe desestimar desde ya la alegación de la demandada Laboratorios Pasteur S.A. relativa a la improcedencia de someter a las normas de la Ley de Arbitraje Internacional la petición de exequátur de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona N° 158/2012 de 26 de abril de 2012, por cuanto si bien es efectivo que este fallo ha sido dictado por un tribunal ordinario de la justicia española, la decisión en él contenida, por la cual se rechaza con costas la petición de nulidad del laudo arbitral, se articula dentro de la estructura del juicio en que recayó, formando con la sentencia del árbitro, una sola unidad inescindible, interpretación que esta Corte ya ha sostenido con anterioridad en las causas sobre exequátur roles N° 6.600/2005 y N° 4.390/2010.

En consecuencia, ambas sentencias, tanto el laudo arbitral como el fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona que rechaza con costas su nulidad, serán sometidas al análisis del cumplimiento de las exigencias necesarias para autorizar su ejecución en Chile.

Tercero: Que el artículo 35 de la ley 19.971, señala en el numeral 1 que "Un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36."

Ahora bien, en la especie no hay discusión respecto a que las sentencias cuyo cumplimiento se solicita cumplen con las exigencias formales y de autenticidad previstas en el numeral 2 del citado artículo 35, tal como lo ratifica en su informe la Señora Fiscal Judicial Subrogante de esa Corte y consta de la documentación acompañada en el primer otrosí de la solicitud, que se ordenó guardar en custodia a fojas 102.

Corresponde por tanto, a la luz de los antecedentes allegados a estos autos, verificar si concurre en la especie alguna de las causales o motivos para denegar el reconocimiento o ejecución, previstos en el artículo 36 de la Ley 19.971, puesto que el demandado alega la concurrencia de algunos de ellos.

Cuarto: Que, ejerciendo dicha labor esta Corte desea recordar que este procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver dentro de él materias propias de los hechos y del derecho relativas a la causa en que se dictó la sentencia extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente y ante el Tribunal que pueda conocer de la misma. Ello es así porque la finalidad del procedimiento de exequátur de acuerdo con el principio de la "regularidad internacional de los fallos" es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado, de manera alguna a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo allí resuelto.

Quinto: Que el primer reproche del oponente consiste en que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, en razón a que el árbitro debía ser designado por la "Cámara de Comercio de Barcelona", institución que no existe como tal, por lo que necesariamente el nombramiento debió ser efectuado por la justicia ordinaria española, cuestión que no ocurrió pues, en definitiva, el árbitro fue designado por la "Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona" que no corresponde a la entidad a la cual las partes encargaron la designación del árbitro.

Sin embargo, tal alegación fue formulada por la demandada en los mismos términos ante el juez árbitro y desechada por éste en el laudo arbitral, en el punto IV apartado 2 (i), en base a una interpretación de la cláusula compromisoria, decimonovena del contrato materia de la ejecución, en virtud de la cual estimó que la denominación "Cámara de Comercio de Barcelona" que figura en el contrato no puede ir referida sino a la "Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de la ciudad de Barcelona", ya que ésta institución es la única en Barcelona que ejercer las funciones que habitualmente se asocian con una "Cámara de Comercio".

Por lo demás, este reproche fue reiterado por el oponente al intentar la nulidad del laudo arbitral y rechazado nuevamente, ahora por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la página 7 de su sentencia N° 158/2012, al expresar que "la referencia de la cláusula arbitral a la Cámara de Comercio de Barcelona (España) se entiende hecha a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona...", agregando que "conviene establecerlo ya en este momento, frente a las ambigüedades que se deslizan al respecto en la demanda de nulidad. No hay otra Cámara de Comercio en la ciudad de Barcelona. De acuerdo con el convenio arbitral, el reglamento de la Cámara de Comercio debía regir la decisión de la controversia y el nombramiento del árbitro... reglamento que ha regido el arbitraje de autos".

De este modo, lo que ataca el oponente es más bien la interpretación que el juez árbitro efectuó de la cláusula compromisoria en el laudo arbitral y en base a la cual resolvió su competencia para conocer el arbitraje, alegación que fue desechada no sólo por el árbitro sino por la instancia judicial ordinaria encargada de resolver la petición de nulidad de la sentencia arbitral, contexto en el cual lo que se reprocha en este punto es un asunto que integra la decisión adoptada por los jueces extranjeros y que esta Corte no puede revisar dentro del procedimiento de exequátur, por no ser ésta una instancia que posibilite el examen de aspectos de hecho y de derecho relativos a la causa en que se dictaron los fallos cuyo cumplimiento se solicita.

Sexto: Que, por las mismas razones expresadas en el motivo precedente cabe desestimar la concurrencia de la causal prevista en el artículo 36 N°1 letra a, literal i) de la Ley 19.971, relativa a que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, por cuanto se basa en la falta de validez de la cláusula compromisoria en razón de su ambigüedad, falta de completitud e imprecisión respecto de la determinación de la entidad encargada de efectuar la designación del árbitro, aspecto que, como se advirtió, fue resuelto expresamente tanto en el laudo arbitral como en el fallo que rechazó su nulidad y que esta Corte no puede revisar en el marco de este procedimiento de exequátur.

Séptimo: Que por otra parte el demandado alega que el laudo incurre en la causal de denegación del artículo 36 N° 1 letra a, literal iii) de la Ley 19.971, por cuanto se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, dado que las partes sólo acordaron someter a arbitraje las controversias relacionadas con la interpretación del contrato y no aquellas referidas a su ejecución.

Al efecto, se ha de tener presente que la cláusula decimonovena del contrato de marras, titulada "ley aplicable; divergencias", señala en su punto 19.2 "Todas las desavenencias y divergencias que en el futuro pudieran derivarse en la interpretación del presente contrato, y que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barcelona (España), por un Árbitro nombrado conforme al citado Reglamento. Las partes se obligan a estar y pasar por el Laudo que emita el árbitro, conforme a la Ley de Arbitraje vigente".

Del mismo modo, conviene considerar que la demandada, al igual que en la situación analizada en los motivos precedentes, también reclamó esta circunstancia ante el juez árbitro, quien procedió a rechazarla, afirmando ser competente para resolver las divergencias no sólo »»

de interpretación del contrato sino también la relativas a su ejecución. Para ello señaló: "Si bien es cierto que habitualmente se suele hacer referencia a la voluntad de las partes en cláusulas de este tipo a la interpretación y ejecución del contrato, no es menos cierto que ha quedado claramente fijado en el Contrato que todas las divergencias y controversias deben solucionarse mediante un arbitraje. No hay ningún indicio de que las partes quisieran excluir las divergencias resultantes de la ejecución del contrato al margen de la cláusula arbitral, lo que queda de manifiesto, por ejemplo, por el hecho de que no hay otra cláusula de solución de conflictos para las divergencias que resulten de la ejecución del contrato. Por lo tanto, el Árbitro único, considerando el Artículo 1.281 (2) CC (Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas) entiende que la presente divergencia resultante de la ejecución del Contrato debe solucionarse mediante un procedimiento de arbitraje conforme lo determina el pacto 19.2 del Contrato".

Asimismo, formulada por el oponente tal alegación en los autos sobre anulación del laudo arbitral seguidos ante la Audiencia Provincial de Barcelona, este tribunal también procedió a rechazarla, manifestando que "lo que se somete a arbitraje no es exactamente la interpretación del contrato, sino, más ampliamente, 'todas las desavenencias o divergencias que en el futuro pudieran derivarse de esa interpretación'. Es incuestionable que el laudo dictado ha decidido sobre desavenencias o divergencias entre las partes. Por lo que respecta a la cuestión de si tales divergencias derivan de la interpretación del contrato, hemos de concluir afirmativamente, a la vista de la naturaleza de las cuestiones planteadas ante el árbitro y de las alegaciones contenidas en otros apartados de la demanda de anulación".

Sobre este punto, se constata por esta Corte que nuevamente lo que intenta atacar el oponente es más bien la interpretación que el juez árbitro efectuó en el laudo arbitral de la cláusula compromisoria y en base a la cual resolvió su competencia para conocer el arbitraje, alegación que también fue desechada en la sentencia que rechazó la nulidad del dictamen del árbitro.

En este escenario, dado que el cuestionamiento sobre la competencia del árbitro para resolver la controversia sometida a su conocimiento, constituye un asunto que compone la decisión cuyo cumplimiento se solicita, esta Corte se encuentra impedida de revisar la justicia o injusticia de tal resolución dentro del procedimiento de exequátur.

Por lo demás, conviene destacar que al menos resulta incoherente con los propios postulados de la demandada, que ésta cuestione la interpretación realizada por el juez árbitro sobre el contenido de la cláusula compromisoria, desde que ha sido esa misma parte quien ha reconocido la competencia del arbitraje para resolver las divergencias relacionadas con la interpretación del contrato; si ello es así, no se entiende porqué el árbitro carecería de competencia para interpretar una cláusula del contrato, la decimonovena, donde se acordó por las partes someterse a un arbitraje.

Octavo: Que corresponde rechazar el reproche del oponente relativo a que el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral sería contrario al orden público chileno (artículo 36 N° 1 letra b, literal ii), por cuanto éste se funda en los cuestionamientos que han sido precedentemente analizados y que esta Corte ha desestimado, sin que se visualice alguna infracción »»

a las normas de derecho interno sobre la competencia ni sobre jueces árbitros, como tampoco resulta efectivo que la demandada haya sido juzgada por una comisión especial, sino que lo ha sido por un árbitro designado de conformidad con el acuerdo de arbitraje contenido en el contrato de distribución exclusiva suscrito por las partes de este pleito con fecha 5 de octubre de 2001.

Noveno: Que en cuanto al reclamo formulado por la demandada sobre la improcedencia de ordenar que las sumas que se cobran los sean con reajustes e intereses, cabe señalar que esta alegación no corresponde a ninguno de los motivos establecidos en el artículo 36 de la Ley 19.971 para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo, puesto que lo que prohíbe dicho artículo (en su N°1 letra a, literal iii) es que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contenga decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje, en tanto lo criticado en este punto por el oponente no dice relación con aquello, sino con el hecho que la petición de reajustes e intereses que formula la actora en su solicitud de exequátur excede los términos del laudo arbitral.

En todo caso, este reclamo constituye una alegación de fondo, que escapa del control del exequátur, pues el objetivo de este procedimiento es verificar la regularidad de la sentencia arbitral cuya autorización de cumplimiento en Chile se solicita, más no si el contenido de la solicitud concuerda con los términos del laudo. Por tanto, no corresponde a este tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo.

Décimo: Que todas estas argumentaciones llevan a aceptar la eficacia de los fallos cuya autorización para su cumplimiento se solicita, lo que se dispondrá accediendo a la petición de exequátur.

De conformidad a lo expuesto, disposiciones citadas y lo dispuesto en los artículos 35 y siguientes de la Ley 19.971, se resuelve que:

Se concede el exequátur solicitado en lo principal de fojas 82 por el abogado Cristián Conejero Roos en representación de Laboratorios Kin S.A. y, en consecuencia, se autoriza dar cumplimiento en Chile a la sentencia arbitral dictada con fecha 22 de marzo de 2010, por el Juez Arbitro Josef Frohlingsdorf, en el juicio arbitral N° 259 seguido ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona Consolat de Mar, entre Laboratorios Kin S.A. y Laboratorios Pasteur S.A.; e igualmente a la sentencia pronunciada con fecha 26 de abril de 2012 en el procedimiento de nulidad del laudo arbitral antes referido, por la Audiencia Provincial de Barcelona, en cuanto condenó a Laboratorios Pasteur S.A. al pago de las costas.

El cumplimiento de dichas sentencias deberá solicitarse ante el Juzgado Civil que corresponda.

Regístrese y archívese.

Redacción a cargo del Ministro señor Patricio Valdés A.
Rol N° 1.270/2014

COMENTARIO SENTENCIA CORTE SUPREMA. **ROL N° 1.270/2014** LABORATORIOS KIN S.A. v. LABORATORIOS PASTEUR S.A.

*Eduardo Picand Albónico*¹

Antecedentes.

El 13 de octubre de 2014, la Primera Sala Civil de la Excm. Corte Suprema, concedió la solicitud de exequátur formulada por Laboratorio Kin S.A., quien requería la autorización para ejecutar en Chile dos laudos arbitrales:

a) Laudo arbitral de 22 de marzo de 2010, dictado por el árbitro Josef Fröhlingendorf, tramitado ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Consolat de Mar, seguido entre Laboratorios Kin S.A. y Laboratorios Pasteur S.A., por la cual se condenó a esta última a pagar a la demandante la suma de 491.120,58 EUROS, por incumplimiento de contrato, más intereses y reajustes; y

b) Sentencia judicial de 26 de abril de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se rechazó la nulidad del laudo arbitral impetrada por Laboratorios Pasteur S.A. y se condenó a esta última al pago de las costas de la causa, las que se fijaron en la suma de 22.183,63 EUROS, más intereses y reajustes.

El 5 de octubre de 2001, en la ciudad de Barcelona, España, Laboratorios Kin S.A. firmó un contrato de distribución exclusiva con Laboratorios Pasteur S.A., estipulando en su cláusula decimonovena que las

desavenencias o divergencias que en el futuro pudieran derivarse en la interpretación del presente contrato, y que no pudieran ser resueltas amigablemente entre las partes, serían resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barcelona (España), por un árbitro nombrado conforme al citado Reglamento.

Laboratorios Kin S.A. presentó demanda por incumplimiento contractual en contra de Laboratorios Pasteur S.A.

El tribunal arbitral acogió la demanda, resolviendo que la demandada había incumplido el contrato de 5 de octubre de 2001 al no haber efectuado las compras mínimas acordadas, generando daños y perjuicios por un monto de 322.864,33 EUROS. Asimismo, la condenó a pagar un importe de 136.942 EUROS por la pérdida de negocios por las manipulaciones de Laboratorios Pasteur entre los años 2007 y 2008, y la suma de 22.417,12 EUROS por gastos incurridos en relación con las manipulaciones de Laboratorios Pasteur.

En cuanto a los gastos y honorarios el tribunal arbitral dispuso que debían ser pagados por mitades.

La demandada -Laboratorios Pasteur S.A.- interpuso recurso de nulidad en contra del laudo arbitral ante la Audiencia Provincial de Barcelona, petición que fue rechazada por sentencia de 26 de abril de 2012, condenando en costas a la demandada, las que fueron tasadas en la suma de 22.183,63 EUROS.

En su escrito de oposición a la demanda de exequátur, la demandada -Laboratorios Pasteur S.A.- argumentó que los fallos que se pretendían ejecutar en Chile eran contrarios al orden público chileno y que, además,

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile. Miembro del IHLADI.

daban lugar a varias de las causales de oposición previstas en el artículo 36 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, corrección autorizada por el autor.

En primer lugar, la composición del tribunal arbitral no se habría ajustado al acuerdo de las partes, puesto que la cláusula arbitral sólo aludía a que las divergencias de interpretación fuesen resueltas por un árbitro designado por la “Cámara de Comercio de Barcelona” –entidad que no existe como tal-, sin precisar que fuera la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona. De esa forma, al recaer la designación en una entidad que no existía, el nombramiento del árbitro debía haberse realizado por la justicia ordinaria española, lo que no ocurrió, lo que lleva a considerar también –en su concepto- que el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley que las partes lo han sometido.

En segundo lugar, el laudo arbitral habría resuelto una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, puesto que las partes sólo habrían sometido a arbitraje aquellas relacionadas con la interpretación del contrato (cláusula 19ª) y no aquellas para conocer divergencias relacionadas con la ejecución. De esta forma, el laudo arbitral atenta, además, contra las normas de orden público chileno relativas a la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, previstas en los artículos 3º del Código de Procedimiento Civil y 5º y 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, ya que el juzgamiento se habría realizado ante una comisión especial.

En tercer lugar, la demandada alega la improcedencia de conceder exequátur para la ejecución de la sentencia de 26.04.202, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, la que, junto con rechazar la acción de

nulidad intentada contra el laudo arbitral, impuso a su parte el pago de las costas. Indica que dicha sentencia fue dictada por un tribunal ordinario del Poder Judicial español, y, por tanto, su exequátur en Chile no podía quedar sometido a las normas de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, y tampoco a las normas de la Convención de New York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. Además, el oponente señala que las costas que se pretenden cobrar no fueron determinadas por la sentencia antes aludida, sino por una resolución posterior, de fecha 11 de marzo de 2013, contenida en el Decreto N° 30/13, la que no constituye una sentencia definitiva que sea susceptible de exequátur.

Por último, la demandada se opone a que las sumas de dinero a las que fue condenada en España sean pagadas en Chile “...con reajustes e intereses”, pues ello excede el acuerdo arbitral. Indica la demandada que Laboratorios Kin sólo había solicitado en su demanda que se condenara al pago de las sumas que allí se indican, más la imposición de las costas y gastos del procedimiento, sin solicitar el pago de reajustes e intereses, los que tampoco se consignan en el laudo arbitral, ni en la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, de modo tal que no son susceptibles de cobrarse en territorio chileno.

Opinión de la Fiscalía Judicial

La Fiscalía Judicial fue de opinión de conceder el exequátur solicitado, respecto de ambas sentencias.

Destaca que en los exequátur de laudos arbitrales extranjeros existe una especie de “presunción legal de legitimidad del laudo”, que únicamente puede ser desvirtuada por »»

algunas de las circunstancias señaladas en el artículo 36 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, las que en este caso no concurren.

La Fiscalía Judicial señala que el procedimiento de exequátur no está destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca del laudo extranjero que se pretende ejecutar en Chile, de manera que no constituye una instancia de revisión de lo resuelto. Los requisitos que se deben examinar en este procedimiento están encaminados a salvaguardar el orden público chileno y a verificar la observancia de ciertas reglas de procedimiento y competencia mínimas. Precisa que en el caso de los “laudos arbitrales extranjeros”, basta que ellos sean “obligatorios para las partes” para que puedan ser susceptibles de exequátur.

En cuanto a la naturaleza de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, rechaza la alegación de la demandada pues en definitiva ella se dictó a propósito del rechazo del recurso de nulidad interpuesto en contra del mismo laudo arbitral cuya ejecución se requiere.

La Fiscalía Judicial descarta que la composición del tribunal arbitral que dictó el laudo no se haya ajustado al acuerdo de arbitraje, por cuanto la propia demandada reconoció en el juicio de exequátur que no existía la “Cámara de Comercio de Barcelona” y, por lo tanto, cualquier referencia realizada a ella en el acuerdo arbitral, debe entenderse realizada a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, por cuanto es la única institución de la ciudad de Barcelona que ejerce habitualmente funciones que se asocian a una Cámara de Comercio.

De igual forma, el informe fiscal desestima que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, pues si bien la cláusula arbitral no alude expresamente a las divergencias derivadas de la “ejecución” del contrato, lo cierto es que las partes acordaron someter a arbitraje “todas las desavenencias o divergencias” que en el futuro pudieran derivarse entre ellas, sin que las partes hayan excluido alguna materia específica en la referida cláusula.

Por las mismas razones ya referidas, la Fiscalía Judicial descarta cualquier infracción al orden público chileno.

La sentencia

Concepto y naturaleza jurídica del exequátur

“PRIMERO: Que, antes de entrar al fondo de la cuestión sub lite, es dable precisar que el exequátur consiste en nuestro país, en la decisión de la Corte Suprema que, luego de sustanciar el procedimiento contradictorio respectivo, procede a revisar las exigencias legales y sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida y materia del fallo que se pide cumplir, otorga autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que lo resuelve, con el objeto de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitirá se la pueda cumplir mediante el procedimiento y ante el tribunal competente”.

[...]

“CUARTO: Que, ejerciendo dicha labor esta Corte desea recordar que este procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver dentro de él materias propias de los hechos y del derecho relativas a la causa en que se dictó la sentencia extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente y ante el Tribunal que pueda conocer de la misma.

Ello es así porque la finalidad del procedimiento de exequátur de acuerdo con el principio de la "regularidad internacional de los fallos" es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado, de manera alguna a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo allí resuelto".

Derecho aplicable y naturaleza de la sentencia del tribunal ordinario que rechaza un recurso de nulidad.

"SEGUNDO: Que, enseguida conviene consignar que la presente solicitud, por incidir en el cumplimiento de sentencias dictadas en el marco de un procedimiento arbitral internacional, seguido en Barcelona, España, en principio habrá de sujetarse en cuanto a su resolución a lo estatuido en la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio de las normas que se establecen tanto en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas de 1958, como en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 y de manera supletoria se regirá por las normas contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, cabe desestimar desde ya la alegación de la demandada Laboratorios Pasteur S.A. relativa a la improcedencia de someter a las normas de la Ley de Arbitraje Internacional la petición de exequátur de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona N° 158/2012 de 26 de abril de 2012, por cuanto si bien es efectivo que este fallo ha sido dictado por un tribunal ordinario de la justicia española, la decisión en él contenida, por la cual se rechaza con costas la petición de nulidad del laudo arbitral, se articula dentro de la estructura del juicio en que recayó, formando con la sentencia del árbitro, una sola unidad inescindible, interpretación que esta Corte ya ha sostenido con anterioridad en las causas sobre exequátur roles N° 6.600/2005 y N° 4.390/2010.

En consecuencia, ambas sentencias, tanto el laudo arbitral como el fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona que rechaza con costas su nulidad, serán sometidas al análisis del cumplimiento de las exigencias necesarias para autorizar su ejecución en Chile".

Composición del tribunal arbitral.

"QUINTO: Que, el primer reproche del oponente consiste en que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, en razón a que el árbitro debía ser designado por la "Cámara de Comercio de Barcelona", institución que no existe como tal, por lo que necesariamente el nombramiento debió ser efectuado por la justicia ordinaria española, cuestión que no ocurrió pues, en definitiva, el árbitro fue designado por la "Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona" que no corresponde a la entidad a la cual las partes encargaron la designación del árbitro.

Sin embargo, tal alegación fue formulada por la demandada en los mismos términos ante el juez árbitro y desechada por éste en el laudo arbitral, en el punto IV apartado 2 (i), en base a una interpretación de la cláusula compromisoria, decimonovena del contrato materia de la ejecución, en virtud de la cual estimó que la denominación "Cámara de Comercio de Barcelona" que figura en el contrato no puede ir referida sino a la "Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de la ciudad de Barcelona", ya que ésta institución es la única en Barcelona que ejercer las funciones que habitualmente se asocian con una "Cámara de Comercio".

Por lo demás, este reproche fue reiterado por el oponente al intentar la nulidad del laudo arbitral y rechazado nuevamente, ahora por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la página 7 de su sentencia N° 158/2012, al expresar que "la referencia de la cláusula arbitral a la Cámara de Comercio de Barcelona (España) se entiende hecha a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y »

Navegación de Barcelona...”, agregando que “conviene establecerlo ya en este momento, frente a las ambigüedades que se deslizan al respecto en la demanda de nulidad. No hay otra Cámara de Comercio en la ciudad de Barcelona. De acuerdo con el convenio arbitral, el reglamento de la Cámara de Comercio debía regir la decisión de la controversia y el nombramiento del árbitro... reglamento que ha regido el arbitraje de autos”.

De este modo, lo que ataca el oponente es más bien la interpretación que el juez árbitro efectuó de la cláusula compromisoria en el laudo arbitral y en base a la cual resolvió su competencia para conocer el arbitraje, alegación que fue desechada no sólo por el árbitro sino por la instancia judicial ordinaria encargada de resolver la petición de nulidad de la sentencia arbitral, contexto en el cual lo que se reprocha en este punto es un asunto que integra la decisión adoptada por los jueces extranjeros y que esta Corte no puede revisar dentro del procedimiento de *exequátur*, por no ser ésta una instancia que posibilite el examen de aspectos de hecho y de derecho relativos a la causa en que se dictaron los fallos cuyo cumplimiento se solicita.

Derecho aplicable a la cláusula arbitral.

“SEXTO: Que, por las mismas razones expresadas en el motivo precedente cabe desestimar la concurrencia de la causal prevista en el artículo 36 N°1 letra a, literal i) de la Ley 19.971, relativa a que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, por cuanto se basa en la falta de validez de la cláusula compromisoria en razón de su ambigüedad, falta de completitud e imprecisión respecto de la determinación de la entidad encargada de efectuar la designación del árbitro, aspecto que, como se advirtió, fue resuelto expresamente tanto en el laudo arbitral como en el fallo que rechazó su nulidad y que esta Corte no puede revisar en el marco de este procedimiento de *exequátur*”.

Ultra petita. Divergencias referidas a la ‘ejecución del contrato’ cuando la cláusula arbitral no alude a ellas.

“SÉPTIMO: Que, por otra parte el demandado alega que el laudo incurre en la causal de denegación del artículo 36 N° 1 letra a, literal iii) de la Ley 19.971, por cuanto se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, dado que las partes sólo acordaron someter a arbitraje las controversias relacionadas con la interpretación del contrato y no aquellas referidas a su ejecución.

Al efecto, se ha de tener presente que la cláusula decimonovena del contrato de marras, titulada “ley aplicable; divergencias”, señala en su punto 19.2 “Todas las desavenencias y divergencias que en el futuro pudieran derivarse en la interpretación del presente contrato, y que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barcelona (España), por un Árbitro nombrado conforme al citado Reglamento. Las partes se obligan a estar y pasar por el Laudo que emita el árbitro, conforme a la Ley de Arbitraje vigente”.

Del mismo modo, conviene considerar que la demandada, al igual que en la situación analizada en los motivos precedentes, también reclamó esta circunstancia ante el juez árbitro, quien procedió a rechazarla, afirmando ser competente para resolver las divergencias no sólo de interpretación del contrato sino también la relativas a su ejecución. Para ello señaló: “Si bien es cierto que habitualmente se suele hacer referencia a la voluntad de las partes en cláusulas de este tipo a la interpretación y ejecución del contrato, no es menos cierto que ha quedado claramente fijado en el Contrato que todas las divergencias y controversias deben solucionarse mediante un arbitraje. No hay ningún indicio de que las partes quisieran excluir las divergencias resultantes de la ejecución del contrato al margen de la cláusula arbitral, lo que queda de manifiesto, por ejemplo, por el hecho de que no hay otra cláusula de solución de »»

conflictos para las divergencias que resulten de la ejecución del contrato. Por lo tanto, el Árbitro único, considerando el Artículo 1.281 (2) CC (Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, pre-valecerá ésta sobre aquellas) entiende que la presente divergencia resultante de la ejecución del Contrato debe solucionarse mediante un procedimiento de arbitraje conforme lo determina el pacto 19.2 del Contrato”.

Asimismo, formulada por el oponente tal alegación en los autos sobre anulación del laudo arbitral seguidos ante la Audiencia Provincial de Barcelona, este tribunal también procedió a rechazarla, manifestando que “lo que se somete a arbitraje no es exactamente la interpretación del contrato, sino, más ampliamente, ‘todas las desavenencias o divergencias que en el futuro pudieran derivarse de esa interpretación’. Es incuestionable que el laudo dictado ha decidido sobre desavenencias o divergencias entre las partes. Por lo que respecta a la cuestión de si tales divergencias derivan de la interpretación del contrato, hemos de concluir afirmativamente, a la vista de la naturaleza de las cuestiones planteadas ante el árbitro y de las alegaciones contenidas en otros apartados de la demanda de anulación”.

Sobre este punto, se constata por esta Corte que nuevamente lo que intenta atacar el oponente es más bien la interpretación que el juez árbitro efectuó en el laudo arbitral de la cláusula compromisoria y en base a la cual resolvió su competencia para conocer el arbitraje, alegación que también fue desechada en la sentencia que rechazó la nulidad del dictamen del árbitro.

En este escenario, dado que el cuestionamiento sobre la competencia del árbitro para resolver la controversia sometida a su conocimiento, constituye un asunto que compone la decisión cuyo cumplimiento se solicita, esta Corte se encuentra impedida de revisar la justicia o injusticia de tal resolución dentro del procedimiento de exequátur.

Por lo demás, conviene destacar que al menos resulta incoherente con los propios postulados de la demandada, que ésta cuestione la interpretación realizada por el juez árbitro sobre el contenido de la cláusula compromisoria, desde que ha sido esa misma parte quien ha reconocido la competencia del arbitraje para resolver las divergencias relacionadas con la interpretación del contrato; si ello es así, no se entiende porqué el árbitro carecería de competencia para interpretar una cláusula del contrato, la decimonovena, donde se acordó por las partes someterse a un arbitraje”.

Orden público chileno

“OCTAVO: Que, corresponde rechazar el reproche del oponente relativo a que el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral sería contrario al orden público chileno (artículo 36 N° 1 letra b, literal ii), por cuanto éste se funda en los cuestionamientos que han sido precedentemente analizados y que esta Corte ha desestimado, sin que se visualice alguna infracción a las normas de derecho interno sobre la competencia ni sobre jueces árbitros, como tampoco resulta efectivo que la demandada haya sido juzgada por una comisión especial, sino que lo ha sido por un árbitro designado de conformidad con el acuerdo de arbitraje contenido en el contrato de distribución exclusiva suscrito por las partes de este pleito con fecha 5 de octubre de 2001”.

La solicitud de pago de intereses y reajustes es una cuestión de fondo que no debe ventilarse en un exequátur, sino ante el tribunal donde se pedirá la ejecución del fallo.

“NOVENO: Que, en cuanto al reclamo formulado por la demandada sobre la improcedencia de ordenar que las sumas que se cobran los sean con reajustes e intereses, cabe señalar que esta alegación no corresponde a ninguno de los motivos establecidos en el artículo 36 de la Ley 19.971 para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo, puesto que lo que prohíbe dicho artículo (en su N°1 letra a, literal iii) es que el laudo se refiera a una controversia no »»

prevista en el acuerdo de arbitraje o contenga decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje, en tanto lo criticado en este punto por el oponente no dice relación con aquello, sino con el hecho que la petición de reajustes e intereses que formula la actora en su solicitud de exequátur excede los términos del laudo arbitral.

En todo caso, este reclamo constituye una alegación de fondo, que escapa del control del exequátur, pues el objetivo de este procedimiento es verificar la regularidad de la sentencia arbitral cuya autorización de cumplimiento en Chile se solicita, más no si el contenido de la solicitud concuerda con los términos del laudo. Por tanto, no corresponde a este tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo”.

Algunos comentarios.

1.- La Excma. Corte Suprema vuelve a reiterar en este fallo algunos conceptos generales sobre la naturaleza del procedimiento de exequátur que, a nuestro juicio, resultan innecesarios teniendo cuenta que la doctrina recogida por nuestro máximo tribunal durante los últimos años en esta materia se encuentra lo suficientemente asentada.

2.- Cabe destacar muy especialmente la aplicación prioritaria que hace la Excma. Corte Suprema a las normas de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, y a la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, por sobre las contenidas en general en el Código de Procedimiento Civil, a las que sólo le da aplicación supletoria. Nos parece que esta es la única interpretación posible pues como hemos señalado anteriormente, por razones de especialidad, todas las normas de este último texto han de entenderse derogadas tácitamente frente a las disposiciones de la LACI. He ahí que la sentencia dictada en este

procedimiento no refiere de modo alguno al artículo 246 del Código de Procedimiento Civil.

3.- En opinión de la Excma. Corte Suprema la sentencia definitiva dictada por el tribunal ordinario en cuya sede se ha dictado el laudo arbitral cuyo recurso de nulidad ha sido sometido a su conocimiento, sea considerado -en conjunto con el laudo arbitral cuya ejecución se pretende- “...una sola unidad inescindible”, pues con ello evita que en el futuro deban iniciarse paralelamente dos procedimientos de exequátur en Chile referidos al mismo juicio arbitral. La importancia de esta decisión es que la sentencia ordinaria dictada por la Audiencia Provincia de Barcelona no sólo rechazó de nulidad interpuesto en contra del laudo arbitral, sino también condenó en costas a la requirente, decisión que en ese extremo deberá cumplirse igualmente en Chile en caso de conceder el exequátur del laudo dictado en el juicio arbitral.

4.- En cuanto a la correcta individualización en el acuerdo arbitral de la institución que debía hacerse cargo del arbitraje, resulta indudable que la redacción utilizada por las partes fue poco feliz pues aludió expresamente a la “*Cámara de Comercio de Barcelona*”, institución que en los hechos, como tal, no existe. El tribunal arbitral, al resolver la excepción de incompetencia opuesta por la parte demandada, optó por dar ejecución a la cláusula arbitral -no obstante su redacción desafortunada- dando una interpretación que permitiera que el arbitraje se llevara a cabo entendiendo que no existía otra Cámara en la ciudad de Barcelona que llevara actividades de “Comercio” que no fuera la *Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona*. Como quiera que sea, la cláusula arbitral contenida en el contrato era claramente patológica »»

pues su redacción –visada por la demandante al suscribir el acuerdo- generó razonables dudas sobre la existencia o inexistencia de la institución. En este sentido, no debe ser el tribunal arbitral quien justifique su propia competencia frente a una cláusula patológica redactada en términos tal ambiguos –aun cuando sí debe pronunciarse sobre ella-, sino que deben ser las partes las que deben preocuparse de redactar adecuadamente la cláusula arbitral, evitando cualquier clase de discusión sobre la existencia de la institución que se pretende designar.

Lo mismo debe decirse respecto a la discusión suscitada respecto a las materias o controversias sometidas a arbitraje, pues si bien las partes pudieron efectivamente haber querido que todas las divergencias referidas al contrato suscrito entre ellas quedaran sometidas a arbitraje, lo cierto es que una redacción simplista como la que se utilizó dio pie a que se discutiera con toda razón si las controversias referidas a la “ejecución” –no aludidas expresamente en el acuerdo arbitral- debían ser conocidas y resueltas por un árbitro o por un juez ordinario. El tribunal arbitral y la Excma. Corte Suprema tuvieron que utilizar criterios negativos para entender que dichas controversias quedaban sujetas al acuerdo arbitral, pues las partes no las había “excluido expresamente”. No cabe duda que en este extremo la redacción de la cláusula volvió a generar inconvenientes a la hora de determinar con claridad la competencia del tribunal arbitral, lo que permite calificarla como “patológica”, aun cuando finalmente hayan sido desechada la oposición de la demandada.

5.- Las excepciones contempladas en el artículo 36 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, son causales de oposición que precisamente

puede hacer valer en Chile la demandada, aun cuando hayan sido rechazadas por el tribunal arbitral respectivo e incluso por la Justicia ordinaria del país sede al conocer el recurso de nulidad. No parece razonable que la Excma. Corte Suprema eluda el tratamiento de alguna de las causales de oposición que tiene el demandado en el juicio de exequátur –como ocurre con la competencia del tribunal arbitral o el respeto a las normas de procedimiento-, pues en este caso ellas se sustentan precisamente en los parámetros establecidos en el orden público chileno ya que no debe olvidarse que el objetivo del exequátur es precisamente verificar el cumplimiento de estas exigencias mínimas que, sin entrar a cuestionar el fondo del asunto, permiten que una decisión dictada en el extranjero sea objeto de juicio ejecutivo en Chile.

6.- Por último, en cuanto a la decisión adoptada por la Excma. Corte Suprema en orden a que la solicitud de pago de intereses y reajustes sea debatida por el requirente ante el tribunal que corresponda conocer la ejecución del laudo arbitral, nos parece una decisión errada, pues si se considera que el exequátur es precisamente el visto bueno para que un laudo extranjero pueda ejecutarse en Chile, no existirán fundamentos legales para que la demandada pueda oponerse legalmente a dicho pago cuando ha sido decretado precisamente por el laudo cuyo exequátur ha sido aprobado. Creemos que la Excma. Corte Suprema debió haberse pronunciado directamente sobre este importante aspecto de la demanda de exequátur, pues el demandado no podrá oponer en el juicio ejecutivo sino las excepciones contempladas en la ley chilena. 

RECENSIÓN

DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

Carola Canelo Figueroa

Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición (2014).

*Pablo Mabu Martínez*¹

La obra de la profesora Canelo, en su primera edición, trata el escabroso mundo del Derecho Procesal Internacional y sus reglas de competencia. Tarea que, a nuestro entender, no es menor considerando la falta de sistematicidad y organicidad de nuestro ordenamiento jurídico en lo que se refiere al Derecho Internacional, y en particular, el Derecho Internacional Privado. Para el estudio de la temática, el libro se divide en cuatro partes, cada una dedicada a un gran sub-tema del Derecho Procesal Internacional.

La primera, dedicada a las Reglas de Competencia Judicial Internacional y dividida en cuatro capítulos, se adentra primero en las reglas de competencia interna que regulan los tribunales y su competencia, de acuerdo a las diferentes materias que reconoce nuestro ordenamiento jurídico (civil y penal). Esto es fundamental puesto que, dado que nuestro ordenamiento jurídico no contempla un sistema de reglas de competencia internacional, “nuestra jurisprudencia ha debido proyectar las normas de competencia internas a los asuntos internacionales”. Posteriormente, la autora se aboca a revisar las Reglas de Competencia Internacional, nuevamente sistematizadas de acuerdo a las diferentes materias que se distinguen, partiendo por un análisis de las reglas contenidas en el Código de Bustamante o Código

de Derecho Internacional Privado, derivando en otros instrumentos de connotación internacional. Dentro de las temáticas que se abarcan, la autora hace especial referencia a las normas de Arbitraje Comercial Internacional, las cuales revisten de especial relevancia como métodos de solución de conflictos comerciales internacionales.

La segunda, dedicada a la Aplicación de la Ley Extranjera y dividida en dos capítulos, en donde la autora hace revisión de las teorías imperantes en nuestro ordenamiento jurídico relativas a la determinación del estatuto de la ley extranjera ante el derecho nacional y la forma de aplicación de ésta por el juez. Es interesante notar el tratamiento que la autora hace del derecho aplicable a la Prueba en Juicio dado que la parte característica del proceso es justamente la parte probatoria, en donde las partes demuestran sus alegaciones para crear convicción de los hechos -y luego, del derecho- en la mente del juez. Ocurre que en ciertas circunstancias de Derecho Internacional Privado, es discutible que el juez deba “someterse en todos los aspectos procedimentales a la ley del lugar, sin considerar la ley extranjera”. Para la autora, en el ámbito de la prueba es donde esto se hace más patente, y se evidencia en el tratamiento especial de esta problemática en el Código de Bustamante. A este respecto, la autora logra concluir que el tratamiento que hace nuestro Derecho interno en este punto es insuficiente, diagnóstico que compartimos por completo y que presenta grandes posibilidades de desarrollo a nivel legislativo.

La tercera parte, dedicada a la Cooperación Judicial Internacional y dividida en cuatro capítulos, repasa los principales mecanismos de cooperación de justicia existentes en el Derecho nacional (exhortos internacionales, exequátur y extradición), agregando un capítulo sobre la Cooperación de Justicia »»

¹ Ayudante, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

en la Unión Europea para hacer un contrapunto comparado entre nuestro sistema y el de la UE, el cual se presente como el más avanzado a nivel mundial.

La cuarta parte y final se dedica al Derecho Procesal Internacional en la era digital, materia en que la autora ha vertido su experiencia y trabajo. Esta cuarta parte aparece como un gran complemento a la temática en cuanto la tecnología aparece hoy como la mejor herramienta a disposición del Derecho para solucionar las distancias inevitables en los procesos internacionales. Nuestros tribunales nacionales han ido adoptando los medios digitales paulatinamente, y todo pareciera apuntar a que la tecnología revolucionará los procedimientos tal y como los conocemos hoy. De esta forma, el tratamiento en conjunto de la tecnología y el Derecho Procesal se presenta como crucial para el desarrollo de la disciplina, más aun cuando se trata de sobrepasar las barreras del ámbito internacional. Consideramos, entonces, que esta última parte agrega un valor extra a la presente obra.

En síntesis, la autora logra sistematizar el panorama del Derecho Procesal Internacional en Chile, aportando en un campo inexplorado por la doctrina nacional, sentando las bases para lectores legos en la materia y aportando a la discusión de todos aquellos lectores que de alguna u otra forma tratan con estas problemáticas en su profesión, todo lo anterior acompañado de jurisprudencia y comentarios de doctrina comparada que enriquecen la experiencia del lector y, por supuesto, su aprendizaje. 

NOTICIAS.

PRIMERAS JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (ADIPRI)



Con un rotundo éxito y ante un público de más de 300 personas se llevaron a cabo las Primeras Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), las que tuvieron lugar los días 22 y 23 de octubre de 2014, en las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Chile, respectivamente.

Los temas tratados en estas Primeras Jornadas fueron: “Derecho de los Negocios Internacionales” y “Nuevas Tendencias del Derecho Internacional Privado de Familia”. Participaron en calidad de exponentes los profesores de Derecho Internacional Privado Dr. Leonel Pereznieta Castro y Dr. Rubén Santos Belandro, junto a otros profesores chilenos.

Las Segundas Jornadas se llevarán a cabo en la Patagonia chilena. Al término de las actividades, el Directorio de ADIPRI aprobó que las “Segundas Jornadas” de Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, tengan lugar durante noviembre de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Magallanes (Patagonia chilena) y los temas a tratar serán: Derecho Procesal Internacional y Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica.

PRESENTACIÓN DE LOS LIBROS “EL JUICIO ARBITRAL” (6ª EDICIÓN)
Y “ESTUDIOS DE ARBITRAJE” (2ª EDICIÓN)



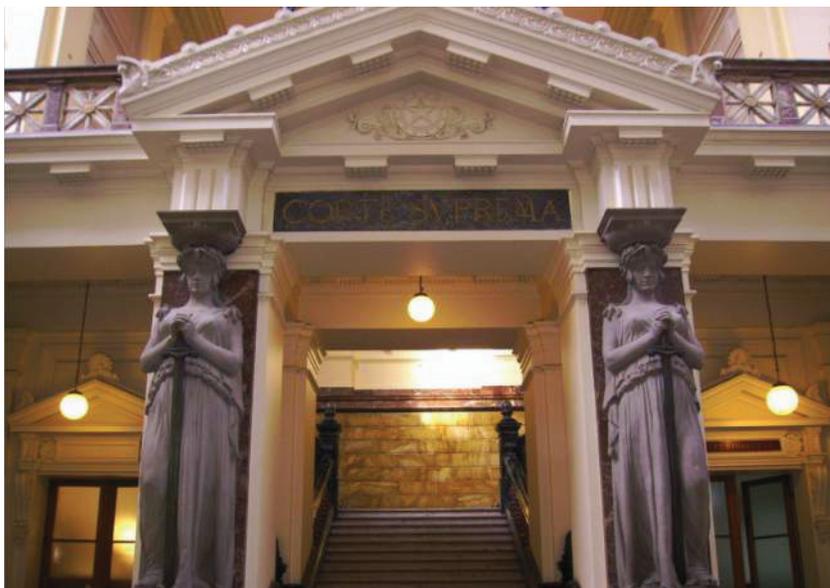
El día 24 de octubre de 2014 y con la presencia del ex Presidente de la República de Chile y profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Patricio Aylwin Azócar, se realizó en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM), la presentación de los libros “El Juicio Arbitral” (6ª edición) y “Estudios de Arbitraje” (2ª edición), ambos publicados bajo el sello de Legal Publishing, Thomson Reuters.

La nueva edición de ambos textos estuvo a cargo del profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Chile y Presidente de ADIPRI, Sr. Eduardo Picand Albónico.

El evento contó, entre otros, con la participación del profesor mexicano Dr. Leonel Pereznieta Castro, quién se refirió a la Obra del Presidente Aylwin y su rol político en nuestra historia, además de breves comentarios acerca de los distintos temas tratados en ambos libros.

www.legalpublishing.cl

CORTE SUPREMA DE CHILE CREA LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS.



<http://servicios.poderjudicial.cl/DAI/>

A propósito de la realización de las XVI Jornadas de Reflexión, el Pleno de la Corte Suprema de Chile, aprobó la creación de la *Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos* (DAI), la que se encuentra operativa desde finales de 2014.

La Dirección tiene a su cargo la tramitación de los exequátur, extradiciones y requerimientos de asistencia internacional en materia civil. En el cumplimiento de sus tareas, el Presidente de la Corte Suprema le ha encomendado impulsar el uso de la tecnología y el correo electrónico seguro para la transmisión y recepción de las solicitudes de asistencia internacional con otros países, acortando así los plazos de tramitación.

La DAI será la encargada de mantener contacto permanente con las oficinas internacionales de otros Poderes Judiciales en materia de asistencia judicial, con miras a la armonización de los procedimientos y la centralización de la información, intercambiando experiencias con otras redes de cooperación judicial y organismos internacionales promotores de la cooperación jurídica internacional.

En suma, su objetivo principal es abordar, de manera orgánica, los asuntos internacionales vinculados al Poder Judicial, ya sean de cooperación judicial internacional como de vinculación internacional con otros Poderes Judiciales, Órganos de Justicia e instituciones extranjeras.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO “DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL”



El pasado 17 de diciembre de 2014 tuvo lugar en la Sala de Facultad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile la presentación del libro “Derecho Procesal Internacional”, de autoría de la profesora Carola Canelo Figueroa, miembro de ADIPRI. Esta obra, publicada por la Editorial Jurídica de Chile, fue presentada por el profesor del Departamento de Derecho Internacional, don Mario Arnello Romo, quien resaltó la importancia que presenta este libro por su novedad y exhaustividad, destacando el tratamiento que efectuó la autora de temas que son controvertidos en la doctrina nacional.

Por su parte, el Presidente de la Excma. Corte Suprema, don Sergio Muñoz Gajardo, comentó la nueva publicación, destacando su relación con la colaboración que ha prestado la profesora Canelo al máximo tribunal del país. Adicionalmente, el Ministro Muñoz puso especial énfasis en la necesidad que las ventajas de la globalización y los beneficios de la tecnología sean disfrutadas por los ciudadanos, todo esto con miras a favorecer el acceso a la justicia, en un contexto donde los jueces son los primeros servidores públicos. Finalmente, la profesora Canelo se refirió al proceso de preparación de esta obra, refiriéndose especialmente a los constantes desafíos que exige la docencia universitaria.

En la actividad estuvieron presentes también el profesor Edmundo Vargas Carreño, en su calidad de Director del Departamento de Derecho Internacional, y la profesora Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Directora del Departamento de Derecho Privado.



CONVOCATORIA.

Estimados profesores, investigadores, alumnos y abogados interesados en el quehacer del Derecho Internacional Privado: me honra extenderles invitación, en representación de la Carrera de Derecho de la Universidad de Magallanes, a la Segundas Jornadas de Derecho Internacional Privado. Ellas se realizarán en noviembre del presente en la sede de nuestra Institución, de la ciudad de Punta Arenas, Región de Magallanes.

Tener la oportunidad de coorganizar este evento académico de nivel internacional junto a la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, es un privilegio. Y es que nos da a conocer como ciudad y región, donde la reflexión jurídica tiene lugar de manera periódica, donde el convocar a destacados expertos nos brinda un saber y una experiencia enriquecedora para la universidad y para nuestra comunidad jurídica.

El estar situados en un punto geográfico neurálgico, donde convergen diversos actores de muchas nacionalidades por razones comerciales, de turismo y científicas, hace que para nosotros el desarrollo y el estudio de temas de Derecho Internacional Privado sea una necesidad.

En este evento podremos analizar importantes tópicos, como serán entre otros, los vinculados al Derecho Procesal Internacional, Arbitraje Comercial Internacional, creemos que el intercambio académico es la base de un robusto desarrollo de la disciplina y pensamos que es nuestra misión ayudar en este proceso, apoyando este encuentro. Es así que los esperamos en un contexto de naturaleza virgen y de hermosos parajes, que no en vano nos han destacado como uno de los lugares del mundo que se deben visitar.

Sonia Zuvanich Hirmas
Directora, Departamento de Ciencias Jurídicas
Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas
Universidad de Magallanes





Revista Chilena de Derecho Internacional Privado es una revista jurídica que persigue el desarrollo de esta área del Derecho en el país, la difusión del conocimiento y servir como vínculo entre la comunidad jurídica nacional e internacional. Sus números tienen un carácter misceláneo, sin perjuicio de poder editar, cuando se considere adecuado, número monográficos.

La Revista es una publicación académica de carácter semestral (marzo y septiembre), editada por la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI). Sus secciones permanentes son:

- (i) Estudios,
- (ii) Jurisprudencia,
- (iii) Recensiones, y
- (iv) Noticias.

Los colaboradores deberán enviar sus artículos o comentarios antes del 15 de febrero o del 15 de agosto de cada año, según si se trate del número del primer o del segundo semestre respectivamente. Todas las colaboraciones deberán ser remitidas al correo electrónico revista@adipri.cl, bajo el asunto “Colaboración Revista ADIPRI”.

Los colaboradores se comprometen a no someter su trabajo a la consideración de otras publicaciones periódicas y a ceder los derechos de reproducción una vez admitida su publicación, conservando el autor la plena propiedad de la obra. Para estos efectos, se firmará un contrato de edición entre la Revista y el autor del trabajo, previo a la publicación del trabajo respectivo en la edición correspondiente de la Revista. Será facultad del editor decidir la modalidad gráfica o magnética en que se efectuarán las ediciones del autor. Se dejará expresa constancia que el autor concede al editor la autorización para publicar, distribuir y explotar de otras formas el trabajo en Chile y en el exterior.

Las colaboraciones deben estar escritas en idioma español. Sólo se aceptarán artículos originales e inéditos, los cuales no podrán tener una extensión superior a 30 carillas, incluidas las notas al pie, la bibliografía y los apéndices, en su caso. La primera página incluirá el título, tanto en español como en inglés, el nombre del autor o los autores, la filiación académica y la dirección de correo electrónico. Luego, se incluirán dos resúmenes, en español y en inglés, de doscientos caracteres máximo y con tres a cinco palabras claves o descriptores generales de la materia tratada, también en ambos idiomas.



La filiación académica del autor deberá hacer mención del cargo o autoridad que el autor goce en su correspondiente centro universitario o de estudios.

El autor podrá hacer mención en una segunda nota al pie de los grados académicos que posea, junto con la universidad donde fue otorgado, en el siguiente orden: Licenciatura – Magíster o equivalente – Doctorado. Otros títulos profesionales pueden ser agregados.

Los comentarios de jurisprudencia deberán estar referidos a sentencias actuales, hayan sido éstas pronunciadas por tribunales nacionales, extranjeros e internacionales. Los autores se comprometen a enviar, en forma adjunta, la sentencia que comentan.

Sólo se aceptarán trabajos originales e inéditos. La Revista decidirá, a través de su Comité Editorial, la publicación de los trabajos, requiriendo siempre al menos dos informes de evaluadores anónimos. La solicitud de correcciones a los autores, en ningún caso implicará un compromiso de publicación. Los autores de trabajos aceptados para la publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, las que habrán de ser devueltas en breve plazo. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando estos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

El autor de un trabajo debe citar sus fuentes de información identificando el autor y fecha de publicación de los libros, revistas, tesis y otros documentos utilizados. Se sugiere, asimismo, incorporar el o los números de página en que aparece la cita. Las referencias bibliográficas de los trabajos enviados a la Revista deben respetar las siguientes normas o estándares:

- i) NCh1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura; equivalente a norma ISO 690: 1987 (Information and documentation – Bibliographic references – Content, form and structure).
- ii) NCh1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos; equivalente a norma ISO 690-2 (Information and documentation – Bibliographic references – Part 2: Electronic documents or parts thereof).

Resúmenes explicativos y ejemplos sobre el uso práctico de las siguientes normas o estándares están disponibles en el sitio web <http://www.adipri.cl>



ADIPRI

ASOCIACIÓN CHILENA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO