

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Este documento tiene por objeto servir de texto guía para los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en el curso de Derecho Internacional Privado. Para su elaboración se ha tenido en consideración bibliografía y jurisprudencia relevante, además de los apuntes de clases de la cátedra. Este documento ha sido elaborado por el ayudante Franco Palavecino Muñoz y revisado por el profesor Eduardo Picand Albónico.

ABREVIATURAS

Acuerdo de Unión Civil	AUC
Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil	LAUC
Asociación de Derecho Internacional	ILA
Cámara de Arbitraje y Mediación	CAM
Cámara de Comercio Internacional	CCI
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones	CIADI
Código Civil	CC
Código de Derecho Internacional Privado	CDIPr
Código de Procedimiento Civil	CPC
Código Orgánico de Tribunales	COT
Código Penal	CP
Código Procesal Penal	CPP
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	CNUDMI
Constitución Política de la República	CPR
Convención de 1958 en Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras	CNY
Convención de 1980 de las Naciones Unidas en Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías	CISG
Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados	CVDT
Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975	CIECR
Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975	CIRPE
Decreto con Fuerza de Ley	D.F.L.
Decreto Ley	D.L.
Decreto Supremo	D.S.
International Bar Association	IBA
International Commercial Terms	INCOTERMS
Ley de Arbitraje Comercial Internacional	LACI
Ley de Matrimonio Civil	LMC
Ley de Sociedades Anónimas	LSA
Ley sobre protección de los derechos de los consumidores	LPC
Ley sobre Registro Civil	LRC
Principios de Derecho Europeo de los Contratos	PDEC
Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, suscrito en Montevideo el 8 de mayo de 1979	Protocolo Adicional CIECR

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO – INTRODUCCIÓN	12
I. CONCEPTO Y OBJETO	12
A. Razón de ser del Derecho Internacional Privado	12
B. Concepción privatista del Derecho Internacional Privado	12
1. Fin del mito universalista	13
2. Derecho Internacional Privado frente al Estado	14
3. Globalización económica	14
4. Derecho Internacional Privado multicultural	16
C. Escuelas del Derecho Internacional Privado	17
1. Escuela clásica o conflictualista	17
2. Escuela sustancialista o materialista	17
3. Escuela imperativa, exclusivista o de autolimitación	17
4. Escuela pluralista metodológica	18
D. Características del Derecho Internacional Privado	18
E. Denominación “internacional” y “privado”	19
F. Relación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado	20
II. CONTENIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	20
A. Los cuatro sectores del Derecho Internacional Privado (pilares)	20
1. Competencia judicial internacional	20
2. Determinación del derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales	20
3. Eficacia extraterritorial de actos y decisiones extranjera	21
4. Cooperación jurídica internacional	21
B. Materias excluidas del contenido del Derecho Internacional Privado	21
1. Derecho de la nacionalidad	21
2. Derecho de extranjería	21
3. Derecho comunitario	22
C. Teorías sobre el objeto de estudio del Derecho Internacional Privado	22
III. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD	22
IV. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO	23
A. Derecho Internacional Privado Estatal	23
B. Derecho Internacional Privado Convencional	27
C. El Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)	30
1. Estructura	30
1.1. Convención de la Habana	30
1.2. Código de Derecho Internacional Privado	30
2. Problemas de aplicación	33
3. Derecho chileno y el Código de Derecho Internacional Privado	33
D. La nueva <i>lex mercatoria</i>	33
1. Historia	33
2. Naturaleza jurídica	35
E. Colaboración de los estados: unificación y armonización del Derecho Privado e Internacional Privado	36
1. Propósitos, instituciones e historia	36

2.	Formas de unificación y armonización	36
3.	Coordinación mediante normas comunes de Derecho Internacional Privado	37
CAPÍTULO SEGUNDO – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL (PRIMER PILAR)		38
I.	INTRODUCCIÓN	38
II.	JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	38
III.	CARÁCTERÍSTICAS DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	39
IV.	INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN	40
A.	Alcance de la inmunidad de jurisdicción	40
B.	Titulares de inmunidad de jurisdicción	40
C.	Renuncia a la inmunidad de jurisdicción	41
V.	ESTRUCTURA DE LA NORMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	41
VI.	FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	42
A.	Concepto y fundamento	42
B.	Clasificación de los foros	42
VII.	LITIGACIÓN TRANSFRONTERIZA Y PARALELISMOS PROCESALES	44
A.	Paralelismos y sus riesgos, ventajas y desventajas	45
B.	Mecanismos para afrontar los paralelismos procesales	46
1.	Doctrina del <i>forum non conveniens</i>	46
2.	<i>Anti-suit injunctions</i>	47
3.	Litispendencia internacional	47
C.	Situaciones posibles de paralelismos y mecanismos para su corrección	49
VIII.	PACTOS DE SUMISIÓN	49
IX.	SISTEMA CHILENO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	50
A.	Foros de competencia judicial internacional en materias civiles y mercantiles	50
1.	Estructura general del sistema	50
2.	Inmunidad de jurisdicción en el derecho chileno	52
3.	Pactos de sumisión en el derecho chileno	52
4.	Tratados internacionales: el Código de Derecho Internacional Privado	53
5.	Derecho interno de competencia judicial internacional	54
B.	Foros de competencia judicial internacional en materias penales	55
CAPÍTULO TERCERO – DERECHO APLICABLE (SEGUNDO PILAR)		57
SUBCAPÍTULO PRIMERO – PARTE GENERAL		57
I.	INTRODUCCIÓN	57
II.	TEORÍA DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE Y AUTONOMÍA DE LAS PARTES	57

A.	Interacción de la elección de la ley y el derecho objetivo	57
B.	El alcance de la libertad de elección en el Derecho Privado	58
III.	MÉTODOS DE REGLAMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	59
A.	Método conflictual	59
1.	SAVIGNY y el cambio de paradigma	59
2.	Características de la norma de conflicto	60
3.	Estructura de la norma de conflicto	61
3.1.	Supuesto de hecho	62
3.2.	Factor de conexión	62
3.3.	Consecuencia jurídica	64
4.	La crítica y crisis del método conflictual	65
5.	Nuevas características de la norma de conflicto	66
B.	Método material	67
1.	Descripción del método	67
2.	Reconocimiento normativo	68
C.	Método imperativo	68
1.	Marco jurídico de la adjudicación unilateral: las normas imperativas	69
1.1.	Orden público positivo y negativo	69
1.2.	Orden público interno e internacional	71
1.3.	Orden público prohibitivo y permisivo	71
2.	Respeto a las normas imperativas extranjeras	72
IV.	APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO	73
A.	Conflictos de leyes	73
1.	Conflictos positivos de leyes	73
2.	Conflictos negativos de leyes	73
2.1.	Tipos de reenvío	74
2.1.1.	Reenvío de primer grado	74
2.1.2.	Reenvío de segundo grado o ulterior	75
2.1.3.	Reenvío indefinido o perpetuo	76
2.2.	Argumentos a favor y en contra del reenvío	76
2.2.1.	Argumentos a favor del reenvío	76
2.2.2.	Argumentos en contra del reenvío	77
B.	La calificación	78
1.	Concepto	78
2.	Teorías sobre la solución de los problemas de calificación	79
2.1.	La calificación <i>lex fori</i>	79
2.2.	La calificación <i>lex causae</i>	80
2.3.	La calificación autónoma o comparativista	80
3.	La institución desconocida	80
C.	La cuestión previa	81
V.	LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO	81
A.	Introducción	81
B.	Naturaleza jurídica del derecho extranjero	82
1.	Teorías del hecho	82
1.1.	Doctrina de los derechos adquiridos (<i>vested rights</i>)	82

1.2.	Doctrina del uso jurídico extranjero	82
2.	Teorías de derecho	83
2.1.	Teoría de la recepción o incorporación del derecho extranjero	83
2.2.	Teoría del derecho extranjero	84
2.3.	Teoría de la integración del derecho extranjero	84
C.	Límites a la aplicación del derecho extranjero	84
1.	Cláusula del orden público	84
2.	Fraude a la ley	86
D.	Problemas de adaptación	87
E.	Aplicación del derecho extranjero en el sistema jurídico chileno	88
1.	Antecedentes históricos	88
2.	Alegación y prueba del derecho extranjero	89
2.1.	Régimen probatorio: rol de las partes y del juez	89
2.2.	Medios de prueba	89
3.	El recurso de casación en el fondo	90
3.1.	Discusión sobre la procedencia del recurso de casación en el fondo	90
3.1.1.	Argumentos sobre la improcedencia del recurso	90
3.1.2.	Argumentos sobre la procedencia del recurso	91
3.2.	Discusión sobre las formas en que se manifiesta la infracción de ley	92
SUBCAPÍTULO SEGUNDO – PARTE ESPECIAL		94
I.	ESTATUTO PERSONAL	94
A.	Principio de territorialidad y el estatuto personal	94
B.	Análisis del artículo 15 CC	96
1.	Estado de las personas (artículo 15 N° 1 CC)	96
2.	Capacidad para ejecutar ciertos actos (artículo 15 N° 1 CC)	97
3.	Obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia (artículo 15 N° 2 CC)	98
II.	ESTATUTO REAL	98
A.	Derecho aplicable a los bienes corporales muebles (el conflicto móvil)	99
B.	Derecho aplicable a los bienes incorpóreos	100
C.	Sistema chileno	100
1.	Análisis del artículo 16 inciso 1° CC	100
2.	Excepciones del artículo 16 inciso 1° CC	101
3.	Código de Derecho Internacional Privado	101
III.	FORMALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS	102
IV.	MATRIMONIO	103
A.	El estatuto personal y el matrimonio	103
B.	Formalidades o requisitos de forma del matrimonio	103
1.	Principio general	103
2.	Excepciones	104
3.	Derecho chileno	104
C.	Requisitos de fondo del matrimonio	105
1.	Capacidad	105
2.	Consentimiento libre y espontáneo	106

D.	Ley aplicable a los efectos personales del matrimonio	106
E.	Ley aplicable al régimen patrimonial matrimonial	106
F.	Ley aplicable al divorcio	107
G.	Ley aplicable a la nulidad matrimonial	108
H.	Ley aplicable a los alimentos	109
I.	Inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero	109
V.	ACUERDOS DE UNIÓN CIVIL	110
VI.	SUCESIÓN TRANSFRONTERIZA	110
A.	Sistemas sucesorios de Derecho Internacional Privado	110
B.	El “ <i>último domicilio del causante</i> ” como factor de conexión	111
C.	Derecho aplicable a la sucesión transfronteriza	112
1.	Sistema de unidad y universalidad “atenuada” en el Derecho Internacional Privado chileno	112
2.	Ámbito de aplicación material de la <i>lex successionis</i>	112
3.	Elección de ley de la sucesión (<i>professio iuris</i>)	113
4.	Análisis del artículo 955 CC	113
5.	Excepciones del artículo 955 CC	114
5.1.	Norma de conflicto del estatuto personal (artículo 15 N° 2 CC)	114
5.2.	Norma imperativa en la sucesión abintestato de un extranjero (artículo 998 CC)	114
6.	Sucesión testada	115
6.1.	Testamento solemne otorgado en el extranjero de conformidad a la ley extranjera	115
6.2.	Testamento otorgado en el extranjero aplicando ley chilena	116
6.3.	Capacidad para testar	116
6.4.	Disposiciones testamentarias y las asignaciones forzosas	117
6.5.	Interpretación del testamento	117
	SUBCAPÍTULO TERCERO – ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	118
I.	DEFINICIÓN	118
II.	ORÍGENES	119
III.	EVOLUCIÓN EN CHILE	119
IV.	CARACTERÍSTICAS	120
A.	Ventajas	120
1.	Partes	120
2.	Estados	121
B.	Desventajas	121
C.	Costos económicos	121
1.	Honorarios y gastos de los árbitros	122
2.	Costos de parte	123
D.	Metodología del Derecho Internacional Privado en el arbitraje comercial internacional	123
V.	REGULACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	124
A.	Derecho Internacional Público	124
1.	Costumbre internacional	124

2.	Tratados internacionales	124
2.1.	Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras	124
2.2.	Otros tratados	125
B.	Ley nacional	126
C.	Reglamentos de arbitraje	126
D.	<i>Soft law</i>	127
E.	Regulación chilena del arbitraje comercial internacional	127
VI.	CLASES DE ARBITRAJE	127
A.	Arbitraje <i>ad hoc</i>	128
B.	Arbitraje institucional	128
VII.	ÁMBITO DE APLICACIÓN	128
A.	Arbitrabilidad	128
B.	Comerciabilidad	129
C.	Internacionalidad	130
1.	Establecimientos en Estados distintos	131
2.	Establecimientos en distintos Estados	131
2.1.	Sede del arbitraje	131
2.2.	Lugar del cumplimiento sustancial de las obligaciones (<i>loci executionis</i>), o donde el objeto del litigio guarda un vínculo más estrecho	132
3.	Autonomía de la voluntad con elemento de internacionalidad	132
VIII.	PRINCIPIOS	133
A.	<i>Kompetenz-Kompetenz</i>	133
B.	Intervención mínima del Estado	133
1.	Sede del arbitraje	133
2.	Relación entre tribunal arbitral y tribunales ordinarios	134
3.	Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje comercial internacional	134
C.	Autonomía de la voluntad	135
D.	Principio <i>pro arbitri</i>	136
E.	Principio de no-discriminación en relación al arbitraje doméstico	137
F.	Independencia e imparcialidad de los adjudicadores	137
G.	Debido proceso e igualdad de armas	137
IX.	ACUERDO ARBITRAL	138
A.	Definición	138
B.	Formas del acuerdo arbitral	138
C.	Requisitos del acuerdo arbitral	139
D.	Ámbito de aplicación del acuerdo arbitral	139
E.	Principio de la autonomía de la cláusula arbitral	139
F.	Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje	140
1.	Argumentos a favor de la aplicabilidad de la ley del contrato principal	140
2.	Argumentos a favor de la aplicabilidad de la ley de la sede del arbitraje	141
G.	Sumisión tácita al arbitraje	142
H.	Sugerencias en la negociación de un acuerdo arbitral	142

I.	Extensibilidad del acuerdo arbitral a terceros aparentes	143
X.	TRIBUNAL ARBITRAL	144
A.	Árbitros	144
B.	Número de árbitros	144
C.	Nombramiento de árbitros	144
D.	Recusaciones	145
E.	Cesación del mandato del árbitro	146
F.	Facultad de imperio	146
1.	Especies de ejercicio del poder de imperio	146
2.	Titulares del poder de imperio	147
3.	Regulación de la facultad de imperio de los tribunales arbitrales en la ley procedimental chilena	147
4.	Poder de imperio de tribunales estatales	148
5.	Poder de imperio de tribunales arbitrales	148
6.	Poder de imperio de instituciones arbitrales	149
XI.	COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	150
A.	Asignación de competencia en relación con la determinación de la jurisdicción del tribunal arbitral (<i>gateway problem</i>)	150
1.	Factores que afectan la aplicación uniforme del principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i> respecto de la jurisdicción del tribunal arbitral	151
2.	Soluciones relativas al problema de la asignación competencial de los tribunales involucrados	152
2.1.	Procesos paralelos entre un tribunal estatal y otro arbitral	152
2.1.1.	Equivalencia entre tribunales (<i>Kompetenz-Kompetenz</i> positivo)	153
2.1.2.	Preferencia al tribunal arbitral (<i>Kompetenz-Kompetenz</i> negativo)	154
2.1.3.	Situación en Chile	154
2.2.	Procesos paralelos entre dos tribunales arbitrales	155
B.	Asignación de competencia en relación con los méritos de la disputa	156
C.	Excepción de incompetencia en el arbitraje comercial internacional	156
1.	Oportunidad de alegación de excepción de incompetencia ante tribunal arbitral	156
2.	Oportunidad de resolución de la excepción por el tribunal arbitral	156
3.	Examen de procedencia del arbitraje	156
4.	Rechazo de la excepción por el tribunal arbitral	156
5.	Causales de excepción de incompetencia	157
D.	Excepción de litispendencia en el arbitraje comercial internacional	157
1.	Fundamento de la litispendencia	157
2.	Recomendaciones a tribunales arbitrales en casos de litispendencia	158
2.1.	Comprobación de la competencia <i>prima facie</i> del tribunal arbitral	158
2.2.	Imposibilidad de comprobación de la competencia <i>prima facie</i> del tribunal arbitral	159
2.2.1.	Paralelismo entre el arbitraje y un proceso seguido ante el tribunal estatal de la sede	159
2.2.2.	Paralelismo entre el arbitraje y un proceso seguido ante un tribunal estatal extranjero	159
2.2.3.	Paralelismos entre dos tribunales arbitrales	160
XII.	JUICIO ARBITRAL Y SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES	160
A.	Igualdad de armas	160
B.	Procedimiento y reglas de tramitación	160
C.	Lugar del arbitraje	161
D.	Inicio del arbitraje	162

E. Idioma	162
F. Demanda y contestación	162
G. Oralidad o escrituración	162
H. Rebeldía	163
I. Diligencias probatorias	163
1. Prueba testimonial	163
2. Prueba pericial	163
J. Medidas cautelares y precautorias	163
K. Término del juicio arbitral	163
XIII. DERECHO APLICABLE AL FONDO	164
A. Cláusula de elección de ley	164
1. Rechazo del reenvío en la contratación internacional	164
2. Expresión “normas de derecho”	165
3. Problemas conflictuales	165
B. Funciones de la <i>lex mercatoria</i> en el arbitraje comercial internacional	165
C. Equidad y prudencia	166
1. Interpretación de <i>ex aequo et bono</i> y amigable componedor	166
2. Ventajas y desventajas de su aplicación	167
3. Equidad y problemas conflictuales	168
D. Omisión en la elección de ley y aplicación del método conflictual	168
1. Problemas jurídicos afectados por la resolución de problemas conflictuales en el arbitraje	169
1.1. Determinación de los derechos y obligaciones de las partes	169
1.2. Ejecución de las obligaciones contraídas	169
1.3. Habilidad de las partes de presentar, defender un caso y exigencias del debido proceso	169
1.4. Acuerdos autocompositivos bilaterales	170
2. Regulación del conflicto de leyes en el arbitraje comercial internacional	170
2.1. Envío indirecto	171
2.1.1. Envío indirecto puro	171
2.1.2. Envío indirecto restringido	172
2.2. Envío directo	172
2.2.1. Envío directo puro	172
2.2.2. Envío directo restringido	172
3. Métodos de resolución de problemas conflictuales	172
3.1. Aproximación territorialista	173
3.2. Normas de conflicto <i>ad hoc</i> de la <i>lex arbitri</i>	173
3.3. Reglamentos de arbitraje	173
3.4. Tratados internacionales	173
3.5. Tronco común de los Derechos Internacionales Privados potencialmente aplicables	173
3.6. Principios generales del Derecho Internacional Privado	174
3.7. Derecho con el vínculo más estrecho a la disputa	174
3.8. Reglas anacionales (<i>lex mercatoria</i>)	174
E. Aplicación del derecho elegido o aplicable	174
XIV. LAUDO ARBITRAL	175
A. Decisión con pluralidad de árbitros	175
B. Forma y contenido	175
C. Corrección e interpretación	175

D.	Impugnación del laudo	175
1.	Causales petición de parte de recurso de nulidad	177
2.	Causales de oficio de recurso de nulidad	178
XV.	ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y <i>FORUM & LAW SHOPPING</i>	178
1.	Motivos de las partes para optar por <i>forum & law shopping</i>	179
2.	Evaluación del <i>forum & law shopping</i>	180
3.	<i>Forum & law shopping</i> , arbitraje comercial internacional y regulación pública	180
3.1.	Derecho corporativo	180
3.2.	Derecho financiero	181
3.3.	Derecho concursal	181
3.4.	El arbitraje comercial internacional como espacio virtuoso para el <i>forum & law shopping</i>	182
	CAPÍTULO CUARTO – EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE ACTOS Y DECISIONES EXTRANJERAS (TERCER PILAR)	184
I.	DISTINCIÓN ENTRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN	184
II.	EXEQUÁTUR	184
A.	Sistemas de reconocimiento	185
1.	Sistema convencional	185
2.	Sistema de reciprocidad	186
3.	Sistema de regularidad internacional	186
3.1.	Que no contengan nada contrario a las leyes de la República	186
3.2.	Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional	187
3.3.	Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción	188
3.4.	Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas	188
B.	Procedimiento de exequátur	188
C.	Efectos de la concesión del exequátur	189
III.	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN MATERIA DE MATRIMONIO	189
IV.	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO	191
A.	Tramitación	191
1.	Procedimiento de exequátur	191
2.	Doble exequátur	191
B.	Requisitos de presentación	192
C.	Oposición	192
D.	Causales “no escritas” para rechazar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales	193
E.	Tendencia jurisprudencial	194
V.	RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS	194
1.	Apostilla	194
2.	Legalización	195
	CAPÍTULO QUINTO – COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (CUARTO PILAR)	196

I. EXHORTOS INTERNACIONALES	196
A. Aspectos generales	196
B. Regulación de los exhortos internacionales	197
1. Derecho chileno	197
2. Tratados internacionales	197
2.1. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975 (“CIECR”)	197
2.2. Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, suscrito en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (“Protocolo Adicional”)	198
2.3. Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975 (“CIRPE”)	198
2.4. Código de Derecho Internacional Privado	198
C. Requisitos para la ejecución de exhortos internacionales	199
D. Diligencias o pruebas que pueden requerirse	200
E. Tramitación del exhorto internacional en Chile	201
F. Ejecución de las diligencias en el Estado requerido	202
BIBLIOGRAFÍA	204

CAPÍTULO PRIMERO – INTRODUCCIÓN

I. CONCEPTO Y OBJETO

A. RAZÓN DE SER DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El derecho internacional privado puede describirse como la clave hacia el derecho privado de los asuntos interiores globales en un mundo multijurisdiccional. En las últimas décadas, esta disciplina ha cambiado drásticamente de carácter y de función a la luz de (i) la creciente permeabilidad de las fronteras nacionales; (ii) a la progresiva interconectividad de las sociedades y de las economías; (iii) así como a la internacionalización de la vida de las personas. El punto de partida es la búsqueda de actores privados, tanto personas físicas como jurídicas, para la orientación y seguridad jurídica en un entorno multijurisdiccional, para crear un marco de referencia para sus actividades transnacionales crecientes.¹

El Derecho Internacional Privado es un área que primordialmente se hace cargo de los intereses privados y que, por tanto, es parte del derecho privado. Su desarrollo se basa en dos hechos fundamentales de la vida:

- Ordenamientos jurídicos: existe un número importante de ordenamientos jurídicos divergentes, cuya armonización o unificación de sus leyes solventaría la disparidad normativa. No obstante, la realidad impone la percepción de que solamente se pueden reducir las divergencias a través de la uniformación en áreas específicas y solo hasta cierto punto. Es una visión utópica la existencia de un ordenamiento jurídico y derecho completo y uniforme a nivel global.
- Necesidad de los actores privados de seguridad jurídica: los derechos que han adquirido o que están a punto de adquirir en otro país deberían ser respetados por los tribunales de los demás países, y los acuerdos realizados o que van a realizarse no deberían ser anulados según las leyes de otros Estados. La búsqueda de un marco jurídico estable, uniforme y fiable para la conducta que se persigue en un mundo multijurisdiccional es el fundamento mismo del derecho internacional privado. En consecuencia, el objeto del derecho internacional privado es la regulación de las situaciones jurídicas privadas e internacionales.

Antiguamente, se entendía que el Derecho Internacional Privado tenía por objetivo la resolución de los conflictos de legislaciones o leyes,² es decir, la determinación de qué ley gobierna una situación jurídica que posee la potencialidad de ser regulada por más de un ordenamiento jurídico. Para efectos de la examinación de un caso *iusprivatista* con elemento internacional debe aplicarse siempre la ley nacional, para potencialmente determinar si ha de aplicarse la solución del derecho interno o del derecho extranjero. La concepción soberanista, clásica o conflictualista del Derecho Internacional Privado, pretende determinar esencialmente qué legislación regirá una determinada relación jurídica privada que detenta un elemento de internacionalidad.

B. CONCEPCIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La concepción privatista del Derecho Internacional Privado entiende a esta disciplina como la rama de las ciencias jurídicas que tiene por objeto la regulación de las relaciones privadas que presentan un elemento de extranjería o de internacionalidad relevante. La concepción publicista o pública del Derecho Internacional Privado, en contraste, le interesa únicamente la resolución del conflicto de leyes.

Se advierte, de esta forma, una transición de una concepción *soberanista* propia del pensamiento modernista, racionalista y de carácter universalista en cuanto a la determinación de las soluciones, cuyo objeto radica en la mera determinación de la aplicación y alcance de la legislación nacional de relaciones jurídicas privadas internacionales, a una concepción *privatista posmoderna* en que el objeto principal radica en hallar una legislación que ofrezca materialmente la mejor

¹ BASEDOW, Jürgen, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 360, La Haya, 2015, p. 35.

² Expresión desafortunada, toda vez que los conflictos de leyes *stricto sensu* no existen. En último término, solo una determinada legislación confiere la solución jurídica particular luego de haberse aplicado la norma de conflicto.

solución a las características particulares de la relación jurídica en cuestión. Existe, de este modo, un conflicto entre soluciones universalistas modernas y contingentes posmodernas.

El pensamiento modernista busca dar solución de carácter universal al Derecho Internacional Privado proponiendo la aplicación del derecho nacional en todos los casos, que es propio del pensamiento de SAVIGNY. La localización de la relación importa la aplicación de un solo derecho. Esta teoría se critica al entregar soluciones muy abstractas y formalistas. El Derecho Internacional Privado, de esta forma, sería otra dimensión del derecho público interno, mas no un derecho distinto al nacional. El pensamiento moderno repudia el reconocimiento de dos derechos aplicables simultáneos. Recordándose la *Grundnorm* kelseniana, se constata asimismo la dificultad teórica del positivismo de explicar dos derechos y no uno solo que se construye desde la Constitución de los Estados.³

Desde el posmodernismo se efectúa cierta reacción, a saber, la aparición de normas materiales de Derecho Internacional Privado. Esta tendencia implica el rechazo y abandono normas de conexión savignianas como el lugar de cumplimiento de las obligaciones y el lugar de ejecución, y se acogen en cambio soluciones distintas como la autonomía de la voluntad de las partes de elegir el derecho de la relación jurídica. Igualmente, aparecen instrumentos internacionales sensibles a las particularidades de las relaciones privadas internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”), la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques, la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, la Convención de las Naciones Unidas sobre la obtención de alimentos en el extranjero de 1956, la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, entre otros. Se democratiza ciertas instituciones que en antaño se veían como insustituibles y se flexibiliza el derecho privado.

En suma, el pensamiento postmodernista ha implicado un cambio en la óptica del Derecho Internacional Privado desde una concepción publicista y marcadamente soberanista a una de carácter más bien privatista e individualista. Actualmente, el Derecho Internacional Privado reconoce, autoriza y potencia la autorregulación de las relaciones privadas y de su contenido, bajo una mirada emancipadora del estado totalizante y todopoderoso.

1. Fin del mito universalista

El universalismo moderno concebía la existencia de una razón totalizante. A través de la razón se procura dar soluciones para todos los problemas. El método localizador savigniano daría cuenta de esta idea. El pensamiento moderno entiende al Estado como el único apto para aplicar el derecho y resolver las controversias:

*“El órgano de un Estado únicamente puede aplicar normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de dicho Estado. Pues un individuo solo es órgano de un Estado en la medida en que crea o aplica normas jurídicas de dicho Estado. La cuestión de determinar a qué sistema jurídico pertenece una norma no se refiere al fundamento de su validez. El fundamento de validez de todas las normas de un sistema jurídico nacional es la Constitución de la comunidad constituida por dicho sistema jurídico, es decir, la Constitución del Estado de Derecho de que se trata”.*⁴

La posmodernidad importa un reconocimiento de una pluralidad de métodos de reglamentación, una concepción sustancial del conflicto de leyes, y elementos de corrección o flexibilidad que, en esencia, niegan la infalibilidad universal del método conflictual y obligan a enfrentarse con la complejidad real de las situaciones internacionales, impidiendo su nacionalización.

³ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Vernengo, R. (trad.), México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982 [1960].

⁴ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Estado Democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 10, (2011), pp. 2-3.

La teoría de la localización de la relación jurídica y el positivismo jurídico pierden vigencia debido al influjo creciente de los sistemas de regulación de carácter material por sobre el método puramente conflictual, los cuales buscan otorgar una solución adecuada a la regulación de la relación de Derecho Internacional Privado. Se critica, por consiguiente, las soluciones unívocas y formales derivadas del sistema conflictualista, las cuales muchas veces generan soluciones injustas e inadecuadas que no permiten entender los elementos particulares de cada relación jurídica.

El pensamiento posmoderno reacciona a los postulados totalizantes de la razón moderna fundamentados en los postulados de la razón crítica y práctica kantiana, apareciendo en consecuencia el pluralismo metodológico que utiliza el método conflictual, material e imperativo. De ello sigue un entendimiento sustancial del conflicto de leyes y un análisis de dos etapas: (i) primero localizar de la relación jurídica; (ii) para luego examinar la necesidad de aplicar ciertos elementos de corrección (“cláusulas de excepción”) para otorgar una solución idónea y no meramente formal y en base a un análisis detallado de los hechos que rigen la relación o situación jurídica. Esta sería una solución contingente y casuística.

2. Derecho Internacional Privado frente al Estado

En la posmodernidad, los privados intentan emanciparse de soluciones estatales rígidas. Existe una expansión de la autonomía conflictual a la regulación de las relaciones internacionales. Manifestaciones:

- Derecho de familia: puede identificarse una tendencia a conferir relevancia al reconocimiento de nombres y apellidos priorizando el derecho de desarrollo de la personalidad y a la celebración de matrimonios por personas del mismo sexo.
- Derecho procesal internacional: antiguamente se consideraba que la competencia judicial internacional estaba guiada por el criterio de la soberanía, impidiendo a las partes la derogación de la competencia de los tribunales y profesando la falta de reconocimiento de los procesos sustanciados en el extranjero. Los pactos de sumisión o de elección de foro son aceptados de manera prácticamente universal. En las últimas décadas, la institución de la litispendencia internacional ha sido progresivamente observada en los ordenamientos de todo el mundo, implicando que el tribunal elegido por las partes no declinará el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio. Y, como contraparte, cualquier otro tribunal, en principio, suspenderá o inadmitirá procedimientos a los que aplique un acuerdo de elección de tribunal exclusivo.⁵ En materia de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, los tribunales nacionales han tendido a alivianar los requisitos y aumentar en número de decisiones reconocidas.
- Derecho comercial internacional: en materia comercial se ha desarrollado importantemente la *lex mercatoria*, esto es, normas consuetudinarias de carácter anacional que se forman en el seno de la comunidad comercial internacional y que responden más adecuadamente a las necesidades de los comerciantes.

3. Globalización económica

Desde la segunda mitad del siglo XX, el mundo ha sido testigo de una descomunal aceleración de los cambios tecnológicos, la reducción de los costes en el transporte de pasajeros, mercancías y datos,⁶ el aumento del volumen de intercambios internacionales y de inversiones extranjeras directas, el fin de la guerra fría y el conflicto norte-sur, la integración europea y la creación del mercado único europeo, el aumento de sociedades transnacionales a través de fusiones internacionales y de los flujos financieros y de capitales a nivel global, el cambio de la cultura corporativa

⁵ VAN LOON, Hans, “The Global Horizon of Private International Law”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. 380, La Haya, 2015, p. 48.

⁶ VOLCKART Oliver; MANGELS, Antje. “Are the roots of the modern *lex mercatoria* really medieval?”, en *Southern Economic Journal*, Vol. 65, No. 3 (1999), pp. 428-435.

global, entre otros fenómenos.⁷⁻⁸ El intenso proceso de globalización económica que toma impulso desde los tiempos de la posguerra ha supuesto la eliminación de las barreras para entrar y salir de bienes y personas, modelándose una verdadera *sociedad abierta*⁹ cuya operatividad descansa en la tolerancia intercultural y la generación de nuevas costumbres en la comunidad internacional.

En relación al transporte de pasajeros, la construcción del *jumbo jet*, esto es, la primera aeronave fuselaje ancho para pasajeros, cambió de manera radical las condiciones de mercado en la aviación civil. Esta innovación dio lugar a un considerable exceso de capacidad, ejerciendo presión sobre las tarifas aéreas que, antes reguladas, sufrieron un proceso de desregulación. De este modo, el transporte de pasajeros a los más lejanos rincones del mundo es posible y económicamente asequible. La innovación en el transporte de pasajeros provocó el surgimiento del turismo, un fenómeno en realidad bastante reciente. Si bien históricamente siempre han existido viajes a países extranjeros, hasta el siglo XIX dichos viajes eran iniciativas particulares. Solo a fines del mismo siglo se desarrolla el turismo como consecuencia de (i) el crecimiento de las ciudades formando aglomeraciones masivas privando a sus habitantes del acceso a la naturaleza; (ii) la construcción de ferrocarriles; (iii) el establecimiento de servicios marítimos regulares; y, más adelante, (iv) el transporte aéreo regular. Ante estos factores, agentes de viajes inventaron un nuevo tipo de acuerdo privado para satisfacer una demanda emergente de efectuar viajes internacionales bajo condiciones pseudo-domésticas, permitiendo que los viajes internacionales estuvieran disponibles para gran parte de la población. Por otro lado, los Estados implementaron precauciones de seguridad adicionales que sirvieron para reducir aún más la incertidumbre que sentían los consumidores de manera inherente respecto a viajar a naciones extranjeras.¹⁰

En relación al transporte de mercancías, la introducción del sistema de contenedores y la nueva organización del transporte marítimo y multimodal permitió abandonar el modelo de manipulación de la carga que dependía en gran medida del trabajo humano. El uso de cajas estandarizadas desde 1960 redujo considerablemente los costes de trabajo y contribuyó a la aceleración sin precedentes del tiempo que debe tomarse para completar las operaciones en las terminales. Anteriormente, los transportistas debían destinar una parte muy importante del tiempo total a las tareas realizadas en los puertos. Actualmente, enormes barcos que transportan miles de contenedores a través de rutas de transporte intercontinental solo hacen escala en los principales puertos del mundo, donde se necesitan unas pocas horas para el transbordo de cientos de contenedores que luego se distribuyen a destinos en esa región a través de barcos de enlace más pequeños o por transporte terrestre. Adicionalmente, la reducción de los costos de flete permite a los comerciantes que se dirijan a mercados más lejanos sin tener que incurrir en costos de transporte adicionales. En definitiva, los cambios en el comercio internacional han importado una extensión del alcance geográfico de los mercados relevantes. Como los bienes pueden ser vendidos en mercados cada vez más distantes, el comercio se ha estimulado junto con la competencia entre los bienes provenientes de muy diferentes partes del mundo.¹¹

En relación al transporte de datos, el enorme progreso en la comunicación electrónica y la transmisión de la televisión y de las señales telefónicas por satélite constituye uno de los rasgos idiosincrásicos de la sociedad contemporánea. Es posible enviar grandes cantidades de datos a todo el mundo e incluso a países remotos en cuestión de segundos a través del internet. Esto ha provocado un cambio cualitativo en el pensamiento económico, social y político. La cooperación basada en datos se ha vuelto posible incluso entre personas ubicadas en lugares muy distantes. Los mercados de capitales se han interconectado en la práctica, e incluso los cambios menores en los precios de las acciones

⁷ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 59-81.

⁸ BERGER, Klaus. "The new law merchant and the global market place – A 21st Century view of transnational commercial law", en BERGER, K. (ed), *The practice of transnational law*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, disponible en: https://www.trans-lex.org/2/_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/#head_4

⁹ Término acuñado por Henri BENSON en *Les deux sources de la morale et de la religion*, desarrollado por Karl Raimund POPPER en *The open society and its enemies*, y reproducida por Jürgen BASEDOW para describir la sociedad contemporánea.

¹⁰ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 65-66, 155-159.

¹¹ Idem, p. 67.

que cotizan en una bolsa de valores se reflejan, en cuestión de segundos, en fluctuaciones de precios análogas en otros mercados.¹²

En cuanto al volumen del comercio internacional, la permeabilidad de las fronteras nacionales ha permitido el aumento insospechado del comercio transfronterizo de bienes y servicios. Las estadísticas de la OMC demuestran que las exportaciones totales de mercancías de todos los países han subido de USD \$59.000.000.000 en 1948 a USD \$3.675.000.000.000 en 1993 y USD \$15.917.000.000.000 en 2008.¹³ Por otro lado, el volumen total de las exportaciones mundiales de los servicios comerciales en 2008 fue de USD \$3.730.000.000.000, correspondiendo a USD \$875.000.000.000 para servicios de transporte, USD \$945.000.000.000 para servicios de transporte, USD \$1.910.000.000.000 para otros servicios comerciales, incluyendo servicios de comunicación, servicios de construcción, seguros y otros servicios financieros, servicios informáticos, como también regalías (*royalties*) y derechos de licencia. Por cierto, la crisis económica mundial condujo a recortes importantes en el comercio de bienes y servicios a partir de fines de 2008 y en particular en 2009. La Secretaría de la OMC cuantifica el crecimiento negativo del comercio en un -13% respecto a los servicios y -23% respecto a las mercancías.¹⁴ Independientemente de las razones y el alcance de la crisis, la recuperación gradual de la economía mundial desde 2010 indica que la crisis de 2009 no significó el fin del crecimiento del comercio internacional de bienes y servicios, sino más bien que representó un retroceso temporal. Las proyecciones para el desarrollo futuro del comercio de bienes y servicios apuntan a un crecimiento continuo en los próximos años.¹⁵

Finalmente, la inversión extranjera directa tuvo un crecimiento lento pero progresivo luego del período de reconstrucción de la posguerra, llegando a su primer apogeo cuando la inversión extranjera entre las décadas de 1990 y los 2000.¹⁶ En 1982, la inversión extranjera ascendió a USD \$58.000.000.000 en todo el mundo; a USD \$207.000.000.000 en 1990; y US \$1.833.000.000.000 en 2007.¹⁷ Sin dudas, el aumento del comercio internacional está estrechamente vinculado con esta nueva forma de división del trabajo y de gestión corporativa transfronteriza.

4. Derecho Internacional Privado multicultural

Los avances tecnológicos han influido decisivamente en el aumento de las relaciones con puntos transfronterizos. Las principales capitales del mundo albergan personas originarias de los más diversos y remotos rincones del mundo. La globalización económica ha colaborado a la configuración de un mundo progresivamente multicultural.

Hoy, el mundo es concebido mayoritariamente como una sociedad abierta. Los valores y las culturas se mueven como las personas y los bienes, y los valores siguen a las personas. El Derecho Internacional Privado es sensible al movimiento cultural, y el crecimiento de la tolerancia interna se refleja en la tolerancia de los hábitos de otros pueblos. Esta es la raíz misma del derecho internacional público en general y del derecho internacional privado en particular. Esta es la razón por la que el académico y emigrante alemán Werner GOLDSCHMIDT¹⁸ concebía el Derecho Internacional Privado como el *derecho de la tolerancia*.

Los límites de la integración multicultural y comunicación entre instituciones de diversos ordenamientos jurídicos se comprenden desde la noción de *patriotismo constitucional* propuesto por HABERMAS. En el siglo XXI, los Estados deben

¹² Idem, p. 67.

¹³ Organización Mundial del Comercio, *International Trade Statistics 2009*, WTO, Ginebra, 2009, p. 10.

¹⁴ Organización Mundial del Comercio, *Report 2010*, WTO, Ginebra, 2010, p. 26. Sin embargo, la cifra de crecimiento negativo de mercaderías se considera excesiva, debiéndose principalmente a la caída de los precios del petróleo crudo y otros productos básicos en 2009.

¹⁵ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 69-70.

¹⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, 2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1.

¹⁷ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 71-72.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado – Derecho de la tolerancia*, 5ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. xi: “Si designamos el respeto positivo al Derecho Privado extranjero, salvo nuestro orden público internacional, con el concepto de la tolerancia, podemos sostener que el DIPr, como derecho de la extraterritorialidad del Derecho extranjero, constituye el Derecho de la tolerancia”.

limitar las costumbres y prácticas extranjeras que sean intolerables y vulneren los principios más fundamentales del ordenamiento jurídico-cultural. La aplicación del método imperativo que abriga la idea habermasiana se materializa, por ejemplo, por el no reconocimiento del repudio o divorcio puramente consensual, del matrimonio polígamo, de la discriminación de la mujer en la regulación de las legítimas forzosas, entre otros.

C. ESCUELAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Escuela clásica o conflictualista

- Aplicación de la *lex fori*: frente a la existencia de varios derechos con capacidad y vocación de regular la situación privada internacional, se aplicará aquel derecho ante el cual se haya incoado la demanda, es decir, no se debe realizar un análisis respecto de la conveniencia ni de la conexión del foro o jurisdicción con el asunto que el tribunal entra a conocer.
- Unilateralismo: las situaciones internacionales se resuelven mediante la ley del foro o *lex fori*. Es decir, el unilateralismo busca determinar el alcance espacial de la *lex fori*, sin preocuparse de la regulación de las situaciones que se encuentran más allá de los confines definidos por las fronteras. Manifestaciones del unilateralismo son el principio de territorialidad y el imperialismo jurisdiccional.
- Bilateralismo: a través de la instauración y aplicación de una norma de carácter formal, general y abstracta, es posible determinar el asiento de una determinada relación jurídica respecto de todas las legislaciones existentes en el mundo. Se contrasta con el sistema unilateralista, que procura determinar el alcance de una ley en el espacio (alcance de la soberanía estatal). El bilateralismo es propio del método de localización de la relación jurídica de SAVIGNY,¹⁹ que propone que para diseñar y configurar las normas de conflicto debe reflexionarse a la luz de las distintas categorías del derecho privado (matrimonio, propiedad, estatuto personal, contratos, etcétera). Luego, cada una de las normas debe ofrecer una solución universal considerando las particularidades de cada categoría, siendo cada una de ellas regulada por un derecho único y adecuado en base a determinados factores de conexión unívocos aplicables.
- Exclusivismo metodológico: en la concepción clásica, la aplicación del sistema conflictual es la manera por antonomasia de responder a los distintos problemas que el Derecho Internacional Privado plantea. Al tiempo en que SAVIGNY publica su *System des heutigen römischen Rechts*, las normas materiales de derecho no eran todavía dogmáticamente identificadas, y las normas imperativas eran de aplicación extremadamente excepcional.

2. Escuela sustancialista o materialista

Busca la elaboración de un derecho material específico y adecuado para regular aquellas relaciones que conciernen simultáneamente a más de un ordenamiento jurídico. Esta escuela también sigue el exclusivismo metodológico, prescindiendo del sistema conflictual. Es la escuela de autores como ALFONSIN, CAVERS y JUENGER. La escuela materialista propone que se elaboren normas adaptadas al caso concreto. Sugiere una aproximación casuística en vez de una carácter universal y formal. Llevada al extremo, la escuela sustancialista supondría elaborar un conjunto de normas tan extenso como el contenido en el derecho privado interno, procurando resolver cada una de las posibles relaciones jurídicas que tengan algún elemento de internacionalidad.

3. Escuela imperativa, exclusivista o de autolimitación

Este método configura un resabio conflictualista a nivel moderno, ya que el Estado que lo aplica busca resguardar ciertos intereses mínimos del orden público nacional a través de la denegación de la aplicación de la norma de conflicto nacional. De este modo, se evade el envío de la regulación de la relación jurídica al derecho extranjero. Se estudia a propósito de la relación entre normas de aplicación inmediata, de aplicación necesaria o de policía.

¹⁹ VON SAVIGNY, Friedrich Karl, "System des heutigen römischen Rechts", MESÍA, J.; POLEY, M. (trads.), *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, 1878 [1849].

Esta escuela no implica exclusivismo metodológico, al reconocer la imposibilidad de resolver las relaciones jurídicas privadas con elemento de internacionalidad acudiendo únicamente al orden público de la *lex fori*.

4. Escuela pluralista metodológica

Actualmente, el *status quaestionis* del derecho internacional privado implica el seguimiento de la escuela o método del pluralismo metodológico. En virtud de este método se engloban los tres métodos ya explicitados, viéndose morigerada cada vez más la aplicación de las normas conflictuales y en franco y creciente auge las normas de carácter material derivada de la unificación a nivel internacional. Se advierte, en definitiva, una crisis del método conflictual.

D. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- Autonomía científica: el objeto del Derecho Internacional Privado es la regulación de relaciones privadas con un elemento extranjero relevante. Las soluciones propuestas para los problemas que se avecinen respecto de esta disciplina han de ser pensadas de forma autónoma y no tomar necesariamente como correctas las soluciones establecidas en las ramas sustantivas del derecho, tales como el derecho civil, comercial, laboral, etcétera. Las soluciones normativas que el ordenamiento jurídico contempla respecto de una situación interna de derecho privado pueden ser radicalmente injustas si analógicamente se aplicaran a una situación de la misma categoría de derecho privado, pero con un componente internacional. Aplicar el derecho sustantivo nacional con desconsideración del derecho extranjero puede implicar, por ejemplo, anular un testamento válidamente otorgado en el extranjero por no cumplir con los requisitos de forma establecidos por el derecho sucesorio chileno.
- Positividad: no está constituido por normas de carácter consuetudinario ni principios de equidad y prudencia. Se trata de derecho legislado y plenamente coactivo.
- Adjetivo: no brinda la solución directa de la situación jurídica, sino que indica cuál es el ordenamiento jurídico en donde se encuentra la solución.
- Estatalidad o derecho de carácter nacional: es un derecho de creación y aplicación normativa eminentemente territorial.
- Relatividad: cada Estado tiene sus propias normas de Derecho Internacional Privado. No existe tribunal mundial ni cuerpo de leyes coactivo de carácter universal. Consecuencias de la relatividad:
 - Inseguridad jurídica: los particulares encontrarán distintas soluciones dependiendo del ordenamiento jurídico que en cuestión se aplique. En otras palabras, un mismo supuesto de hecho puede ser resuelto sustantivamente de maneras distintas dependiendo de qué Derecho Internacional Privado se aplique.
 - *Forum shopping*: a la luz de la realidad multijurisdiccional y antes de comenzar litigio alguno, los privados suelen analizar las ventajas o desventajas comparativas que supone sustanciar el procedimiento ante los tribunales de uno u otro país a propósito de una controversia con elementos internacionales. Esta práctica se ha denominado por la literatura como *forum shopping*. Si bien se han formulado intensas críticas, el *forum shopping* es un fenómeno que surge naturalmente de la globalización económica y de la internacionalización de la profesión jurídica. De comprobarse mayores posibilidades de éxito en caso de seguirse el procedimiento en un determinado país, una adecuada representación de los intereses del demandante implica sugerirle que inicie allí el proceso. No obstante, en caso de que el *forum shopping* se emplee para aumentar la indefensión de la contraparte o incluso se materialice una hipótesis de denegación de justicia, evidentemente se estaría incurriendo en prácticas ilegítimas como el *forum shopping* abusivo. Debe existir un balance entre el derecho del demandante a elegir el foro más beneficioso al éxito de su pretensión y la posibilidad concreta y real de defensa del demandado.
 - *Law shopping* y competencia regulatoria: a medida que la designación de conexiones locales inequívocas con Estados únicos se vuelve más difícil y la comprensión de los Estados acerca de tales vínculos disminuye, los actores privados están adoptando un papel cada vez más activo en la ordenación de procesos transnacionales y en los distintos supuestos de hecho. Los privados ya no son, como solían

ser entendidos, meros súbditos de un Estado soberano designado como el único apto para resolver la controversia merced de la aplicación de las normas de derecho internacional relativas a las relaciones jurídicas privadas. Ha sido necesario un largo camino para abandonar la comprensión público-internacionalista del derecho internacional privado hasta lo que actualmente se conoce como *competencia de sistemas* o *competencia regulatoria*. Una de las consecuencias del acercamiento nacional al derecho internacional privado y de la existencia de normas de conflicto divergentes en los diferentes Estados es la posibilidad que se les presenta a los actores privados de elegir entre los diversos sistemas de derecho internacional privado y, de esta manera, optar entre las diferentes leyes sustantivas que están en vigor en los distintos países implicados. En sectores dirigidos por la regulación privada, y a la luz del incremento de la movilidad transfronteriza de individuos, sociedades y factores de producción, el derecho internacional privado avanza hacia una manera de entender la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos como un verdadero mercado en que los Estados son los productores de leyes, y los privados son los consumidores de esas leyes. Desde el punto de vista de los Estados, la maximización del bienestar de la sociedad se conseguiría mediante la mejora de las reglas que componen el ordenamiento jurídico para aumentar su competitividad comparativamente con otros sistemas jurídicos. Desde el punto de vista de los privados, el aumento de la eficiencia en el uso de sus recursos se conseguiría mediante la elección y aplicación del sistema jurídico que mejor responda a sus intereses y necesidades.²⁰

- Decisiones claudicantes: en cuanto al pilar de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, se genera en ciertas ocasiones *decisiones claudicantes*. En determinadas ocasiones, las decisiones extranjeras pueden no ser reconocidas en un tercer Estado distinto de aquel que conoció, juzgó y dictó sentencia en el caso particular.
- Importancia de los Tratados Internacionales: algunos autores consideran que todos los problemas inherentes al Derecho Internacional Privado se pueden solucionar a través de la suscripción, ratificación y adhesión a tratados internacionales que tiendan a unificar las soluciones materiales.

Rasgos actuales del Derecho Internacional Privado:

- Pluralidad metodológica: el Derecho Internacional Privado emplea distintos métodos científico-jurídicos como modelos de atribución normativa respecto de la regulación de relaciones privadas con un elemento de extranjería. Los métodos son el conflictual, material e imperativo.
- Fin del mito universalista, nacionalista y soberanista: se abandona la posición que concibe la aplicación de la norma de conflicto bajo una lógica en que prima las soluciones de corte único y sin realizar un análisis pormenorizado acerca de la conveniencia de tal solución. En cambio, se busca emancipar a las personas respecto del control totalizante del Estado y elaborar normas axiológicamente orientadas.
- Auge de la autonomía de la voluntad: se permite la autorregulación de las relaciones privadas internacionales mediante la celebración de acuerdos de elección de foro y de elección del derecho aplicable a la relación jurídica privada e internacional.

E. DENOMINACIÓN “INTERNACIONAL” Y “PRIVADO”

- Internacional: en la relación jurídica que se pretende regular siempre hay presencia de al menos un elemento extranjero. En ningún caso se refiere a las relaciones interestatales, cuyo estudio se averigua en el Derecho Internacional Público.

²⁰ PALAVECINO MUÑOZ, Franco, “Consideraciones para la configuración de una norma de conflicto moderna de derecho corporativo”, en *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, Año VIII, No. 8 (2022), pp. 8-9.

- Privado: regula relaciones en que se desenvuelven particulares y la regulación de sus intereses, sin perjuicio de que tales vínculos privados puedan contener elementos pertenecientes al Derecho Público (contrato de trabajo y contratos de consumo, nacionalidad).

La denominación “Derecho Internacional Privado” fue acuñada por Joseph STORY, presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, profesor en la Universidad de Harvard y principal propulsor de la Escuela Angloamericana.²¹

F. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Existe una relación entre ambas disciplinas en relación a las fuentes y en relación al principio inéditamente esgrimido en el Tratado de Westfalia sobre el reconocimiento de la soberanía de los Estados. No obstante, el Derecho Internacional Privado es derecho interno con elementos de internacionalidad, y no es Derecho Internacional.

Existen puntos de encuentro entre el Derecho Internacional Público y Privado. Una de las fuentes del Derecho Internacional Privado son los tratados internacionales. Existen instrumentos en los más diversos supuestos de hecho y categorías del derecho privado, asumiendo un enfoque materialista. A mayor abundamiento, existen instrumentos que utilizan directamente el método conflictual, como lo es el Código de Derecho Internacional Privado (“CDIPr”).

El presupuesto de operatividad del Derecho Internacional Privado es naturalmente la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos. La organización político-jurídica del mundo se estructura bajo la idea de soberanía, propia del Derecho Internacional Público. No obstante, si el Derecho Internacional Público se preocupa del estudio y análisis de las relaciones entre Estados, el Derecho Internacional Privado se preocupa del examen de las relaciones entre privados que están conectadas con más de un ordenamiento jurídico.

II. CONTENIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A. LOS CUATRO SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (PILARES)

1. Competencia judicial internacional

Procura dirimir los conflictos de competencia, es decir, la determinación de si un tribunal en concreto es competente para conocer y juzgar la relación jurídica privada e internacional que se le presente.

2. Determinación del derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales

Una vez determinada la competencia judicial internacional, el tribunal deberá realizar un *análisis conflictual* para efectos de determinar el derecho aplicable. Es decir, el tribunal deberá identificar las razones que el ordenamiento jurídico contempla para dicha misión, estando dichas *razones conflictuales* generalmente contenidas en normas de conflicto. El factor de conexión de la norma de conflicto explicita la consideración legislativa respecto de qué contacto se encuentra más estrechamente vinculado con la relación jurídica en cuestión, v.gr. el lugar de producción del daño en casos de responsabilidad extracontractual transfronteriza. En caso de existir tratados internacionales que regulan el supuesto transfronterizo, el tribunal aplicará las normas materiales de derecho internacional privado contenidas en el instrumento internacional al concluir que el tratado da solución directa al asunto. En caso de no existir normas conflictuales ni materiales para la determinación del derecho aplicable, la necesidad del *razonamiento conflictual* se hace todavía más evidente, demostrando el carácter *sui generis* de la reflexión comparativamente con otros sectores del derecho. El tribunal debe dar razones para justificar la elección de un determinado derecho, sea el nacional o uno extranjero.

²¹ STORY, Joseph, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, 2ª edición, Boston, Billiard, Gray and Company, 1841.

3. Eficacia extraterritorial de actos y decisiones extranjera

A través de diferentes procedimientos, siendo el de exequátur el más relevante, los actos o sentencias extranjeras se *nacionalizan* u *homologan* al ordenamiento jurídico del Estado receptor. La tramitación del exequátur requiere el cumplimiento de ciertos requisitos formales y sustantivos, sin entrar a un análisis detallado del fondo.

4. Cooperación jurídica internacional

Si bien la cooperación jurídica internacional se basa en la relación y comunicación entre determinados órganos de Estados distintos como tribunales o agencias administrativas, los mecanismos empleados procuran proteger y satisfacer los derechos e intereses de personas en situaciones privadas internacionales. Por ello, es ampliamente aceptado que la cooperación jurídica internacional es una rama complementaria del Derecho Internacional Privado.

B. MATERIAS EXCLUIDAS DEL CONTENIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Derecho de la nacionalidad

Regula la titularidad, adquisición y extinción de la nacionalidad. El artículo 56 CC dispone que son chilenos los que la Constitución declara como tales, considerándose los demás extranjeros. En consecuencia, son extranjeros todos quienes no sean chilenos, o sea, todos quienes no se encuentren en alguno de los supuestos establecidos por el artículo 10 CPR:

- Nacimiento en Chile: los nacidos en territorio chileno que sean hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno y de los hijos de extranjeros transeúntes, salvo los nacidos que dentro del año siguiente a la fecha en que cumplieron 18 años de edad hubieren optado por la nacionalidad chilena y los que obtuvieron carta de nacionalización en Chile.
- Nacimiento en el extranjero: todos los nacidos en territorio extranjero, salvo los hijos de padre o madre chilenos que se hayan avecindado en Chile y los que se hubieren nacionalizado en Chile.
- Pérdida de nacionalidad: los que hubieren perdido la nacionalidad chilena por alguna de las causales establecidas por la Constitución y no hubieren sido rehabilitados por la ley.
- Apátridas.

2. Derecho de extranjería

Derecho que delimita el estatuto jurídico aplicable a los extranjeros que ingresan al país receptor. El sistema de extranjería cuenta con una doble proyección, interna e internacional: “En el plano interno, el Derecho de extranjería comporta un conjunto de normas materiales por las cuales se atribuye al no nacional un determinado estatuto jurídico en el ordenamiento del Estado que lo acoge. Este estatuto jurídico se configura, sin embargo, con una notable intervención de las normas internacionales. Por ello, desde la perspectiva internacional, el Derecho de extranjería es el conjunto de normas que obligan al Estado a conceder un cierto trato a los extranjeros que se hallan en su territorio respecto a su persona, sus bienes y sus actos y relaciones jurídicas”.²² El Derecho Internacional Público, particularmente a través del derecho internacional de los derechos humanos, establece principios rectores que condiciona la acción estatal.

Antiguamente se consideraba que el derecho de extranjería formaba parte del Derecho Internacional Privado. A finales del siglo XX, se estimó que el derecho de extranjería comportaba elementos esencialmente públicos y no privados, excluyéndosele del campo de aplicación del Derecho Internacional Privado. En los últimos años ha resurgido la posición dogmática de incluir el estudio del derecho de extranjería en el Derecho Internacional Privado al no agotarse el fenómeno de la inmigración en su dimensión publicista-administrativa, sino que también contempla situaciones privadas con especiales características, particularmente en el derecho de familia.

²² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Extranjería: principios de derecho internacional general”, en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, No. 11 (1999), pp. 39-40.

3. Derecho comunitario

En ciertas regiones del mundo, se ha presenciado iniciativas institucionales de integrar los mercados de diversos ordenamientos jurídicos. El derecho comunitario se preocupa de analizar la operación de los mecanismos supranacionales y su relación con los ordenamientos nacionales que integran la comunidad.

El ejemplo sin dudas más notable es la Unión Europea. Si bien el objetivo inicial de la comunidad europea no fue la armonización ni la unificación del derecho privado, la implementación de libertades fundamentales supranacionales como la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento, la libre circulación de servicios y la libre circulación de capitales ha influido decisivamente en el desarrollo del derecho privado, público y del derecho internacional privado en los Estados que integran la Unión.

Las competencias de la Unión se derivan de un conjunto de tratados encabezados por el Tratado de Roma de 1957, entre las que se identifica la competencia legislativa para suprimir barreras impuestas por el derecho nacional. Estos tratados no utilizan las categorías propias del derecho para delimitar las competencias, sino que se refieren al cumplimiento de determinadas políticas sectoriales que puede que requieran la adopción de disposiciones legales pertinentes independientemente de su naturaleza de derecho privado o público. De este modo, a partir de 1970, se adoptaron diversos cuerpos normativos consistente en decisiones, directivas y reglamentos sobre asuntos específicos en derecho societario, derecho laboral, derecho del consumidor, propiedad intelectual, en derecho de la competencia desleal, etcétera. A partir de las enmiendas del Tratado de Ámsterdam de 1997, la Unión Europea incorporó como competencia poderes legislativos respecto de materias de derecho internacional privado.²³

C. TEORÍAS SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- Estricta: solo incluye la determinación del derecho aplicable bajo la mirada soberanista de resolución de conflictos de leyes o de soberanías entre los diversos estados.
- Amplia: incluye la competencia judicial internacional, la determinación del derecho aplicable, la eficacia extraterritorial de actos y decisiones extranjeras, la cooperación judicial internacional, la determinación de la nacionalidad, el derecho de extranjería y el derecho interregional.
- Intermedia: la teoría actualmente más aceptada, incorporando los cuatro pilares básicos. En el derecho de la nacionalidad y el derecho de extranjería el Estado está involucrado esencialmente como sujeto en tanto ente soberano. Motivo de mantener la distinción entre Derecho Internacional Privado y Público, es necesaria su exclusión. El derecho comunitario mantiene relaciones importantes con el Derecho Internacional Privado, pero es una disciplina que goza de autonomía propia al configurar un verdadero sistema jurídico supranacional con problemas jurídicos propios.

III. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

El principio de territorialidad especifica la aplicación de la ley en el espacio. Principio característicamente decimonónico y que caracteriza importantemente el derecho internacional privado chileno. La ley regula todas las situaciones jurídicas que se produzcan dentro del territorio del Estado en que se dictó, impidiendo la aplicación de ley o derecho extranjero a este respecto (efecto positivo), y estando imposibilitada de que regule situaciones jurídicas acaecidas en el extranjero (efecto negativo).

Límites del territorio: el territorio del Estado está delimitado por sus fronteras, y comprende el territorio terrestre, espacio aéreo y subsuelo, el mar territorial (artículo 595 CC) y la zona económica exclusiva (artículo 596 CC).

²³ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 215-220.

Ámbito de aplicación: el principio de territorialidad es la regla general (artículo 14 CC). Aplica en materia de bienes (artículo 16 CC), en las formas de los actos y contratos (artículo 17 CC) y respecto de las obligaciones y efectos de los contratos otorgados en Chile, o en el extranjero para cumplirse en Chile (artículo 16 inciso 3° CC y 113 del Código de Comercio). La ley se aplica de igual modo a nacionales como extranjeros (artículo 57 Código Civil), garantizando la igualdad en la adquisición y goce de derechos civiles por parte de nacionales y de extranjeros.

Principio de territorialidad y aplicación del derecho extranjero: un estricto territorialismo implica la imposibilidad de aplicar derecho extranjero. La aplicación del derecho extranjero y el principio de territorialidad se encuentran entre sí en una relación inversa. Ello explica que gran parte de la doctrina y jurisprudencia clásica, incluso algunos ordenamientos positivos, consideran que aquel que invoca derecho extranjero en un procedimiento debe probarlo. A falta de prueba, el tribunal está imposibilitado de exceptuar el principio de territorialidad. Por cierto, el Código Civil chileno no alberga reglas sobre la aplicación del derecho extranjero. Andrés Bello consideraba que “las leyes de un Estado se suponen ignoradas por las naciones extranjeras”. En consecuencia, “el riguroso territorialismo del sistema chileno con su aplicación incondicionada del derecho nacional no deja prácticamente ningún margen para la aplicación de las leyes extranjeras. De todas formas, también pretendió Bello tomar en consideración en determinados casos el derecho extranjero como *lex loci actus*, aunque no llegara a preocuparse de sus consecuencias prácticas. Por ello, la cuestión de si el derecho extranjero se aplica de oficio o sólo a instancia de las partes, es objeto de discusión hasta hoy en la doctrina y la jurisprudencia chilenas”.²⁴

IV. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO²⁵

A. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESTATAL

La regulación chilena del Derecho Internacional Privado es extremadamente dispersa.

- Competencia judicial internacional:
 - Constitución Política de la República. Artículos 19 N° 24 inciso 8° y 76.
 - Código Orgánico de Tribunales. Artículos 5°, 6°, 7°, 45, 50, 52, 53, 148, 149, 157, 167 y 560.
 - Ley N° 16.271, sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. Artículo 27.
 - Código de Comercio. Artículos 1032, 1033, 1036, 1037, 1038, 1105, 1119, 1128, 1156, 1157 y 1211.
 - Código Aeronáutico. Artículos 2° y 5°.
 - Ley de Navegación. Artículo 155.
 - Código Civil. Artículos 81, 95 y 1462.
 - D.F.L. N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguro, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. Artículo 29.
 - Código de Justicia Militar. Artículos 3°, 14-A y 428.
 - Ley N° 19.640, establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Artículo 27 inciso 2°.
 - Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores. Artículos 30 y 34.
 - Decreto ley N° 2.349, sobre “Contratos Internacionales para el Sector Público”. Artículo 1° incisos 2°, 3° y 4°.
 - Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Artículo 85.
 - Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil. Artículo 82.
 - Ley N° 20.736, de 2014, que Entrega Facultades al Subsecretario de RR.EE. para Transigir Litigios Laborales Surgidos en el Extranjero. Artículo 8°.
- Determinación del derecho aplicable:
 - Principio de Territorialidad:
 - Código Civil. Artículos 14, 55, 56 y 57.

²⁴ SAMTLEBEN, Jürgen. “El principio de la territorialidad en América Latina” en *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika. Beiträge aus internationaler und regionaler Perspektive*, traducción por Luis Fernández de la Gándara, Aachen, Shaker Verlag, 2010, p. 393.

²⁵ PICAND ALBÓNICO, Eduardo, *Derecho Internacional Privado chileno. Leyes, tratados y jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2018.

- Código Penal. Artículo 5°.
- Derecho Extranjero:
 - Código de Procedimiento Civil. Artículo 411.
- Forma de los actos y contratos:
 - Código Civil. Artículos 17 y 1027.
 - Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil. Artículo 80.
 - Ley N° 20.830, sobre Acuerdos de Unión Civil. Artículo 12.
 - Código de Comercio. Artículos 832 y 868.
- Contratos internacionales:
 - Código Civil. Artículos 16 incisos 2° y 3°, 1545 y 2411.
 - Código de Comercio. Artículos 113 y 931.
 - Decreto Ley N° 993, sobre “Arrendamiento de Predios Rústicos”. Artículo 3°.
 - Decreto Ley N° 2.349, sobre “Contratos Internacionales para el Sector Público”. Artículos 1° a 11.
 - Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Artículo 85.
 - Ley N° 19.886. Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Artículos 4° y 8°.
- Estatuto Personal:
 - Código Civil. Artículos 15, 59 y 60.
- Matrimonio:
 - Código Civil. Artículos 135, 1716, 1723 y 2484.
 - Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil. Artículos 80 a 84.
- Acuerdos de Unión Civil:
 - Ley N° 20.830, crea el Acuerdo de Unión Civil. Artículos 12 y 13.
- Derecho de alimentos:
 - Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil. Artículo 82.
- Sucesión por causa de muerte:
 - Código Civil. Artículos 955, 997, 998, 1012, 1014, 1016, 1027, 1028, 1029, 1048, 1050, 1051 y 1055.
 - Ley N° 19.903, sobre Otorgamiento Posesión Efectiva. Artículos 1° y 6°.
- Obligaciones extracontractuales:
 - Ley N° 18.290, sobre Tránsito. Artículo 60.
- Bienes:
 - Código Civil. Artículos 16 inciso 1°, 585, 596, 606 y 639.
- Adopción internacional y salida de Chile de niños, niñas y adolescentes:
 - Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores. Artículos 20, 21, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36.
 - Auto Acordado sobre Normativa Relativa a los Procedimientos Vinculados con la Salida de Menores al Extranjero para su Adopción.
 - Ley N° 16.618, sobre Menores. Artículos 49 y 49 bis.
- Patria potestad, tutelas y curatelas:
 - Código Civil. Artículos 444, 482 y 523.
- Propiedad industrial e intelectual:
 - Ley N° 19.912, adecua la Legislación que Indica Conforme a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio OMC Suscritos por Chile. Artículos 1°, 6° y 17.
 - Ley de Propiedad Industrial. Artículos 2°, 13, 15, 20, 20 bis, 31 bis, 33, 34, 46, 78, 91, 95, 96 y 98.

- Ley N° 19.227 Crea Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura, y Modifica Cuerpos Legales que Señala. Artículos 2° y 4°.
- Ley de Propiedad Intelectual. Artículos 2°, 11, 18, 21, 29, 36, 66, 68, 92, 95 y 102.
- Derecho Laboral Internacional:
 - Código del Trabajo. Artículos 5°, 19, 20, 53, 98, 104, 117, 121, 126, 129, 130, 136, 152 Ter E, 152 Ter H, 192, 213, 284 y 386.
 - Ley N° 19.728, Establece un Seguro de Desempleo. Artículos 30, 31 y 33.
 - Ley N° 19.518 Fija Nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo. Artículo 46.
 - Decreto Ley N° 3.500, Establece Nuevo Sistema de Pensiones. Artículo 23.
 - Ley N° 18.156, Establece Exención de Cotizaciones Previsionales a los Técnicos Extranjeros y a las Empresas que los Contraten bajo las Condiciones que se Indican. Artículos 1° a 7°.
 - Decreto con Fuerza de Ley N° 1.340 bis. Funcionamiento Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas. Artículo 11.
 - Decreto Ley N° 1.089, Establece Normas sobre Contratos Especiales de Operación para la Exploración y Explotación o Beneficio de Yacimientos de Hidrocarburos. Artículos 1° y 9°.
- Derecho Comercial Internacional:
 - Código de Comercio. Artículos 68, 104, 113, 114, 214, 447, 448, 449, 450, 823, 830, 831, 832, 839, 868, 869, 900, 917, 931, 979, 1041, 1096, 1098, 1162 y 1249.
 - Decreto con Fuerza de Ley N° 707, Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Artículos 23, 28, 40, 45, 46, 47, 48, 49 y 50.
 - Ley General de Bancos. Artículos 28, 29, 32, 33, 34, 47, 51, 54, 69, 76, 78, 80, 81, 82, 84, 91, 124 y 127.
 - Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Artículos 18, 22, 34, 38, 39, 42, 45 y 4.
 - Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores. Artículos 98, 135, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 201, 217, 218 y 232.
 - Decreto con Fuerza de Ley N° 251 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. Artículos 4°, 16, 29, 37 Bis, 46, 58, 62 y 88.
 - Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas. Artículos 121, 122, 123 y 124.
 - Ley N° 18.010, de Operaciones de Crédito de Dinero. Artículos 5° Letra A), 20, 22, 23 y 24.
 - Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma. Artículo 15.
 - Decreto Ley N° 3.538, Crea la Comisión para el Mercado Financiero (reemplazado por la Ley N° 21.000, de 2017). Artículo 40.
 - Decreto N° 110, reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones. Artículos 34 y 35.
- Derecho marítimo y aéreo internacional:
 - Ley de Navegación. Artículos 3°, 8°, 11, 12, 13, 14, 19, 21, 23, 31, 35, 41, 53, 54, 68, 71, 77, 81, 82, 84, 85, 125 C, 127, 129, 131, 144, 149, 155, 160, 164 y 165.
 - Código Aeronáutico. Artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 32, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 51, 52, 61, 62, 75, 76, 97, 118 y 181.
 - Ley N° 16.752, Fija Organización y Funciones de la Dirección General de Aeronáutica Civil. Artículos 6°, 11 y 25.
 - Decreto Ley N° 2.564, sobre Aviación Comercial. Artículos 1°, 2°, 3° y 6°.
- *Lex Mercatoria*:
 - Código de Comercio. Artículos 584 y 1096.

- Reconocimiento internacional de actos y decisiones:
 - Código de Procedimiento Civil. Artículos 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250 y 251.
 - Código Procesal Penal. Artículo 13.
 - Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional. Artículos 35 y 36.
 - Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil. Artículo 83.
 - Ley N° 18.290, sobre Tránsito. Artículos 5°, 14 bis, 54, 58, 59 y 93.
- Cooperación jurídica internacional:
 - Exhortos internacionales:
 - Código de Procedimiento Civil. Artículos 76 y 77.
 - Autos Acordados y Acuerdos de Corte,
 - Acuerdo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre Distribución y Tramitación Exhortos de Tribunales Extranjeros.
 - Acuerdo de la Corte de Apelaciones de Presidente Aguirre Cerda sobre Distribución Exhortos Nacionales y Extranjeros.
 - Auto Acordado sobre Distribución Exhortos Nacionales y Extranjeros.
 - Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes:
 - “Acta” de la Excma. Corte Suprema N° 205, de 2005. Artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 C.
 - Insolvencia Transfronteriza:
 - Ley N° 20.720, sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, de 2014. Artículos 139, 140, 247, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317 D, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329 y 330.
 - Arbitraje comercial internacional:
 - Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Artículos 1° a 36.
 - Derecho registral internacional:
 - Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Artículos 63 y 64.
 - Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores. Artículos 5° y 36.
 - Ley N° 4.808 sobre Registro Civil. Artículos 3°, 4°, 5°, 8° y 16.
 - Ley N° 19.477, Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación. Artículo 24.
 - Ley N° 17.344, sobre Cambio de Nombres y Apellidos. Artículo 3°.
 - Reglamento para el Registro de Comercio. Artículo 19.
 - Reglamento del Registro de Prendas sin Desplazamiento. Artículo 5(13) y 9°.
 - Decreto N° 510, Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.830, que Crea el Acuerdo de Unión Civil. Artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22.
 - Funciones consulares y derecho internacional privado:
 - Reglamento Consular (Decreto MINREL N° 172, de 1977). Artículos 11, 48, 49, 50, 54, 90, 93, 94, 95, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 114, 115, 116, 117, 118, 121, 122 y 123.
 - Proceso civil internacional:
 - Código Civil. Artículos 18, 48, 444, 482, 498 y 523.
 - Código de Procedimiento Civil. Artículos 259, 345 y 345 bis.
 - Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.711 que Implementa la Convención de La Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros Núm. 81.- Santiago, 12 de junio de 2015. Artículos 347, 362, 397, 438, 500, 511 y 860.
 - Código Orgánico de Tribunales. Artículos 116, 405 y 420.

B. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONVENCIONAL

- Derecho internacional privado:
 - o La Convención de La Habana de 1928. Artículos 1 a 9.
 - o Código de Derecho Internacional Privado. Artículos 1º a 437.
 - o Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Artículos 1 a 16.
 - o Promulga la incorporación de Chile al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”), y a su Estatuto Orgánico, adoptado en Roma, Italia, el 15 de marzo de 1940, (Decreto N° 504), publicado en el Diario Oficial el 25 de agosto de 1982. Artículos 1 a 22.
- Competencia judicial internacional:
 - o Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961. Artículos 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 37, 38, 39 y 41.
 - o Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963. Artículos 31, 33, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 53, 55 y 56.
- Arbitraje comercial internacional:
 - o “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975”, (Decreto N° 364), publicada en el Diario Oficial el 12 de julio de 1976. Artículos 1 a 13.
 - o “Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscritas en Nueva York el 10 de junio de 1958”, (Decreto N° 664), publicado en el Diario Oficial el 30 de octubre de 1975. Artículos I a XVI.
- Derecho internacional privado de familia:
 - o Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Artículos 1 a 45.
 - o Convenio sobre Restitución Internacional de Menores entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, suscrito en Montevideo, el 15 de octubre de 1981. Artículos 1 a 21.
 - o Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Artículos 1 a 29.
 - o Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Artículos 1 a 48.
 - o Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, suscrita en Nueva York en 1961. Artículos 1 a 21.
- Contratos internacionales:
 - o Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrito en Viena, el 11 de abril de 1980”, (Decreto N° 544), publicado en el Diario Oficial el 3 de octubre de 1990.. Artículos 1 a 101.
 - o Mandato Internacional:
 - “Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero”, suscrito en Panamá el 30 de enero de 1975 (Decreto N° 643), publicado en el Diario Oficial el 9 de julio de 1976. Artículos 1 a 19.
 - Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978). Artículos 1 a 34.
- Títulos de crédito:
 - o Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagaré y Facturas. Artículos 1 a 18.
 - o “Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, suscrita en Panamá, en 1975. Artículos 1 a 8.

- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, suscrita en Montevideo, en 1979. Artículos 1 a 17.
- Reconocimiento internacional de licencias de conducir:
 - “Ordena el cumplimiento de la Convención Internacional sobre Circulación Caminera, concluida en París, el 24 de abril de 1926” (Decreto N° 738), publicado en el Diario Oficial el 28 de abril de 1930. Artículos 1 a 14.
 - Acuerdo con España sobre reconocimiento recíproco y canje de los permisos de conducir nacionales, su anexo y corrección, (Decreto N° 140), publicado en el Diario Oficial el 7 de septiembre de 2005.
 - Acuerdo entre la República de Chile y la República de Bolivia, sobre Reconocimiento Recíproco de Licencias de Conducir, suscrito en Arica, Chile, el 3 de septiembre de 1999, (Decreto N° 476), publicado en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 2001. Artículos 1° a 4°.
 - Acuerdo suscrito entre los Gobiernos de Chile y de Argentina sobre Validez en cada uno de los dos países, de las Licencias para conducir Vehículos Automotores otorgados en el otro, (Decreto N° 786), publicado en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1971.
- Derecho extranjero:
 - “Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, adoptada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979”, (Decreto N° 271), publicado en el Diario Oficial el 6 de junio de 1997. Artículos 1 a 18.
 - “Convenio sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, suscrito entre los Gobiernos de la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, en Montevideo, el 28 de junio de 1984”, (Decreto N° 752), publicado en el Diario Oficial el 21 de octubre de 1985. Artículo 1° a 8°.
- Cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil:
 - Tratados multilaterales:
 - “Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, aprobada en Panamá, el 30 de enero de 1975”, (Decreto N° 644), publicado en el Diario Oficial el 18 de octubre de 1976. Artículos 1 a 25.
 - Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, de 1975. Artículo 1 a 12.
 - “Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero”, suscrito en Panamá el 30 de enero de 1975, (Decreto N° 642), publicado en el Diario Oficial el 9 de octubre de 1976. Artículos 1 a 23.
 - Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, de 2002. Artículos 1 a 35.
 - Tratados bilaterales:
 - República de Argentina:
 - Convenio sobre Tramitación de Exhortos Judiciales entre Chile y Argentina, suscrito el 2 de julio de 1935”, (Decreto N° 92), publicado en el Diario Oficial el 19 de abril de 1963.
 - “Convención sobre comisiones rogatorias en materia civil y criminal con Argentina”, de fecha 9 de enero de 1903.
 - República Federativa de Brasil:
 - Acuerdo sobre Tramitación de exhortos judiciales, suscrito entre los gobiernos de Chile y de Brasil, (Decreto N° 214), publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 1970.

- República de Colombia:
 - Convenio sobre exhortos o Cartas Rogatorias y Despachos Judiciales, entre los Gobiernos de las Repúblicas de Chile y de Colombia, suscrito en Bogotá, el 17 de junio de 1981, (Decreto N° 642), publicado en el Diario Oficial el 16 de noviembre de 1988.
- Reino de España:
 - Comunicaciones cambiadas entre los Gobiernos de Chile y España, en que se acuerda omitir la legalización de firmas de las comisiones Rogatorias que se libren por conducto oficial, entre ambos países, de 16 de agosto y 2 de septiembre, de 1901.
 - Convenio suscrito el 14 de abril de 1992 entre el Gobierno de Chile y el Reino de España, sobre Cooperación en materia Jurídica, (Decreto N° 665), publicado en el Diario Oficial el 28 de junio de 1994.
- República Oriental del Uruguay:
 - Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos entre los Gobiernos de la República de Chile y de la República Oriental del Uruguay, firmado el 15 de octubre de 1981, en Montevideo, (Decreto N° 286), publicado en el Diario Oficial el 19 de junio de 1982.
- Proceso civil internacional:
 - Convención por la que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de 1961.
 - Decreto N° 81, Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.711, que Implementa la Convención de La Haya que suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros.
- Reconocimiento internacional de títulos profesionales:
 - Tratados Multilaterales:
 - Convención multilateral para que puedan ejercer los ciudadanos en el territorio de otros la profesión para la cual estuvieron habilitados con su diploma o título expedido por la autoridad competente en cada uno de los países signatarios, firmado en México, el 28 de enero de 1902, publicado en el Diario Oficial el 17 de junio de 1909.
 - Tratados bilaterales:
 - República de Argentina:
 - “Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Títulos Profesionales y Licenciaturas y Títulos de Grado Universitarios entre la República de Chile y la República Argentina”, (Decreto N° 103), publicado en el Diario Oficial el 24 de octubre de 2013.
 - República Federativa de Brasil:
 - “Convenio de Cooperación Cultural y Científica entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Federativa del Brasil”, (Decreto N° 750), publicado en el Diario Oficial el 1 de febrero de 1979.
 - República de Colombia:
 - “Convención sobre Canje de Títulos celebrado entre Chile y Colombia, suscrito el 23 de junio de 1921”, (Ley N° 3.860), publicado en el Diario Oficial el 14 de junio de 1922.
 - República del Ecuador:
 - “Convenio suscrito entre Chile y Ecuador sobre Mutuo Reconocimiento de Exámenes y Títulos Profesionales, suscrito el 17 de diciembre de 1917”, (Decreto N° 961), publicado en el Diario Oficial el 16 de julio de 1937.

- Reino de España:
 - “Convenio Cultural entre Chile y España, suscrito en Santiago el 18 de diciembre de 1967 (Art. 4º Reconocimientos de Títulos. 25 de marzo de 1971) (Complementa Texto Publicado en Diario Oficial de 19 de junio de 1969) (Protocolo Adicional Mem. RREE 1971, p. 399.), (Decreto N° 292), publicado en el Diario Oficial el 20 de junio de 1969.
- República de Panamá:
 - “Convenio Básico de Cooperación Educacional de Intercambio Cultural y de Becas entre Chile y Panamá, firmado en Panamá el 14 de agosto de 1962”, (Decreto N° 627), publicado en el Diario Oficial el 9 de abril de 1968.
- República de Perú:
 - Convenio de Intercambio Cultural entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú, de 1978.
- República Oriental del Uruguay:
 - Convención sobre ejercicio de profesiones libres, celebrada con la República Oriental del Uruguay, en Montevideo el 17 de noviembre de 1916”, (Ley N° 3.290), publicado en el Diario Oficial el 31 de marzo de 1918.

C. EL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CÓDIGO DE BUSTAMANTE)

Tratado internacional que pretende regir a nivel panamericano las diversas materias pertinentes en la materia, e inclusive dedicando un capítulo al Derecho Penal Internacional.

1. Estructura

1.1. Convención de la Habana

Tiene por objeto darle vida y eficacia al Código. Consta de 9 artículos, y rige solo entre las repúblicas americanas que suscriban y ratifiquen las convenciones, así como los que se adhieran. El artículo 2 de la Convención de Derecho Internacional Privado establece que las disposiciones del Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes. No obstante, la Corte Suprema ha fallado a favor de la aplicabilidad del CDIPr incluso respecto de Estados que no lo han ratificado como criterio doctrinal o como principio general del Derecho.²⁶

1.2. Código de Derecho Internacional Privado

- Título preliminar.
- Derecho Civil:
 - Título Primero. De las personas:
 - Cap. I Nacionalidad y naturalización.
 - Cap. II Domicilio.
 - Cap. III Nacimiento, extinción y consecuencias de la personalidad civil.
 - Sección I De las personas individuales.
 - Sección II De las personas jurídicas.
 - Cap. IV Del matrimonio y el divorcio.
 - Sección I Condiciones jurídicas que han de preceder a la celebración del matrimonio.
 - Sección II De la forma del matrimonio.
 - Sección III Efectos del matrimonio en cuanto a las personas de los cónyuges.
 - Sección IV Nulidad del matrimonio y sus efectos.

²⁶ Sentencia de fecha 24 de abril de 1959, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, Segunda Parte, Sección Segunda, p. 66.

- Sección V Separación de cuerpos y divorcio.
 - Cap. V Paternidad y filiación.
 - Cap. VI Alimentos entre parientes.
 - Cap. VII Patria potestad.
 - Cap. VIII Adopción.
 - Cap. IX De la ausencia.
 - Cap. X Tutela.
 - Cap. XI De la prodigalidad.
 - Cap. XII Emancipación y mayor edad.
 - Cap. XIII Del Registro Civil.
- Título segundo: De los bienes:
 - Cap. I Clasificación de los bienes.
 - Cap. II De la propiedad.
 - Cap. III De la comunidad de bienes.
 - Cap. IV De la posesión.
 - Cap. V Del usufructo, del uso y de la habitación.
 - Cap. VI De las servidumbres.
 - Cap. VII De los Registros de la propiedad.
- Título tercero. De varios modos de adquirir:
 - Cap. I Regla general.
 - Cap. II De las donaciones.
 - Cap. III De las sucesiones en general.
 - Cap. IV De los testamentos.
 - Cap. V De la herencia.
- Título Cuarto. De las obligaciones y contratos:
 - Cap. I De las obligaciones en general.
 - Cap. II De los contratos en general.
 - Cap. III Del contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio.
 - Cap. IV Compraventa, cesión de crédito y permuta.
 - Cap. V Arrendamiento.
 - Cap. VI Censos.
 - Cap. VII Sociedad.
 - Cap. VIII Préstamo.
 - Cap. IX Depósito.
 - Cap. X Contratos aleatorios.
 - Cap. XI Transacciones y compromisos.
 - Cap. XII De la fianza.
 - Cap. XIII Prenda, hipoteca y anticresis.
 - Cap. XIV Cuasicontratos.
 - Cap. XV Concurrencia y prelación de créditos.
 - Cap. XVI Prescripción.
- Derecho Mercantil Internacional:
 - Título primero. De los comerciantes y del comercio en general
 - Cap. I De los comerciantes.
 - Cap. II De la cualidad de comerciantes y de los actos de comercio.
 - Cap. III Del Registro Mercantil.

- Cap. IV Lugares y casas de contratación mercantil y cotización oficial de efectos y documentos de crédito al portador.
 - Cap. V Disposiciones generales sobre los contratos de comercio.
 - Título segundo. De los contratos especiales del comercio:
 - Cap. I De las compañías mercantiles.
 - Cap. II De la comisión mercantil
 - Cap. III Del depósito y préstamo mercantiles.
 - Cap. IV Del transporte terrestre.
 - Cap. V De los contratos de seguro.
 - Cap. VI Del contrato y letra de cambio y efectos mercantiles análogos.
 - Cap. VII De la falsedad, robo, hurto o extravío de documentos de crédito y efectos al portador.
 - Título tercero. Del comercio marítimo y aéreo
 - Cap. I De los buques y aeronaves.
 - Cap. II De los contratos especiales del comercio marítimo y aéreo.
 - Título cuarto. De la prescripción.
- Derecho Penal Internacional:
 - Cap. I De las leyes penales.
 - Cap. II Delitos cometidos en un Estado extranjero contratante.
 - Cap. III Delitos cometidos fuera de todo territorio nacional.
 - Cap. IV Cuestiones varias.
- Derecho Procesal Internacional
 - Título Primero. Principios generales:
 - Título Segundo. Competencia:
 - Cap. I De las reglas generales de competencia en lo civil y mercantil.
 - Cap. II Excepciones a las reglas generales de competencia en lo civil y en lo mercantil.
 - Cap. III Reglas generales de competencia en lo penal.
 - Cap. IV Excepciones a las reglas generales de competencia en materia penal.
 - Título Tercero. De la extradición:
 - Título Cuarto. Del derecho de comparecer en juicio y sus modalidades.
 - Título Quinto. Exhortos o comisiones rogatorias.
 - Título Sexto. Excepciones que tienen carácter internacional.
 - Título Séptimo. De la prueba.
 - Cap. I Disposiciones generales sobre la prueba.
 - Cap. II Reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras.
 - Título Octavo. Del recurso de casación.
 - Título Noveno. De la quiebra o concurso:
 - Cap. I Unidad de la quiebra o concurso.
 - Cap. II Universalidad de la quiebra o concurso, y sus efectos.
 - Cap. III Del convenio y la rehabilitación.
 - Título Décimo. Ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.
 - Cap. I Materia civil.
 - Cap. II Actos de jurisdicción voluntaria,
 - Cap. III Materia penal.

2. Problemas de aplicación

- Alcance limitado: a pesar de su pretensión omnicompreensiva, gran parte de los países de la esfera panamericana no suscribió ni ratificó el tratado. Hay otros que han adherido al Código posteriormente, demostrando su falta de eficacia en la práctica.
- Carácter no uniformador: en la regulación de algunos supuestos de hecho, el instrumento no entrega soluciones universales y uniformadoras que aseguren predictibilidad y seguridad jurídica, otorgando en cambio bastante deferencia a los Estados en el seguimiento de las normas del tratado. Por ejemplo, en la regulación del estatuto personal (artículo 7), el CDIPr permite que cada ordenamiento jurídico escoja el factor de conexión que regirá la constitución y efectos del estado civil y capacidad jurídica y de ejercicio de sus compatriotas, sea el de domicilio o el de nacionalidad.

3. Derecho chileno y el Código de Derecho Internacional Privado

Reserva: la ratificación por parte del Chile no es del todo feliz. Existió un grosero alcance de la reserva de carácter general establecida por el gobierno de Chile al momento de aceptar, suscribir y ratificar el presente instrumento. Esto ha impedido en la práctica la aplicación de gran parte de las disposiciones del Código. La reserva reza: “Ante el Derecho Chileno y con relación a los conflictos de leyes que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código en caso de desacuerdo entre unos y otros”. Es una reserva de carácter general, y por ello, la aplicación del Código queda a la merced de lo que establezca en el futuro el legislador chileno. Solo se aplican determinadas materias reguladas por el Código.

Ámbito de aplicación:

- Existencia de norma positiva: en caso de que el derecho chileno establezca una solución a un problema de derecho internacional privado regulado por el CDIPr, el instrumento no se aplica por la reserva de la República de Chile.
- Existencia de vacío legal: en caso de existir lagunas normativas en el derecho chileno, es posible aplicar el Código. El Código corrige importantemente la orfandad de normas del derecho chileno en competencia judicial internacional. En la determinación del derecho aplicable, hay normas del Código que son incompatibles con el derecho chileno. Los vacíos deben suplirse analizando la extensión de la regulación legislativa.:
- Remisión del derecho chileno a los principios internacionales: por ejemplo, como se advierte en la regulación del domicilio político del Código Civil (artículo 60 CC).
- Remisión del derecho chileno a los tratados internacionales: como ocurre en la regulación del exequátur (artículo 242 CPC).

D. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*

Corresponde a la costumbre mercantil internacional, la que engloba todos aquellos procedimientos normativos conducentes a otorgar soluciones que permitan regular directamente las relaciones en que participan actores del comercio internacional y que permite resolver adecuadamente sus expectativas en el marco de un tráfico jurídico-comercial dinámico.

1. Historia

La expresión *nueva lex mercatoria* se utiliza para resaltar el carácter transnacional del derecho comercial medieval, fenómeno que habría reaparecido desde la segunda mitad del siglo XX.

El seguimiento de reglas consuetudinarias por los comerciantes medievales habría sido un fenómeno de carácter espontáneo basado en la interacción voluntaria de los comerciantes, sin que hubiese sido necesaria la intervención estatal para asegurar su observancia. El desarrollo de la actividad comercial y la profesionalización tuvo por resultado

el surgimiento de gremios y corporaciones. Con estas organizaciones nace una nueva estructura de clases sociales determinada por el ejercicio del comercio. Así, quien era profesional y miembro de estas organizaciones, participaba de un *ethos* que variaba de industria a industria modelado por la costumbre y los estatutos que la corporación prescribía. Estos estatutos, por cierto, *incorporaban* la costumbre mercantil o *lex mercatoria*, que fuera el conjunto de normas jurídicas destinadas a la regulación y a la protección de intereses y riesgos que se consideraban comunes a todos sus miembros, inherentes a la condición de comerciante. Quienes defienden el argumento histórico agregan que los gremios o corporaciones crearon también sus propios tribunales en materias de comercio,²⁷ engendrando de este modo un método de solución de controversias especializado en disputas que surgieran entre los comerciantes. Estos tribunales habrían tenido conocimiento particular de la *lex mercatoria* medieval, además de los cuerpos y reglamentos estatutarios de las organizaciones: “Se trata en concreto de tribunales arbitrales de mercaderes, llamados cónsules (jurados en Francia), cuyas sentencias y decisiones, fundadas en la equidad y en la observancia de los usos y costumbres mercantiles como ya se dijo, sirvieron también como un primer sedimento sobre el cual surgiría luego la roca madre del Derecho comercial”.²⁸

Con el nacimiento de los Estados-Nación, la existencia de la *lex mercatoria* se habría oscurecido, perdiendo sus cualidades y atributos. Schmitthoff estima que la *lex mercatoria* medieval, entendida como un derecho comercial global (*Welthandelsrechts*), pierde su naturaleza anacional como consecuencia de los procesos de codificación legislativa. De acuerdo al autor, luego del primer período de florecimiento y observancia universal de la *lex mercatoria*, “en un segundo período que culminó en los siglos XVIII y XIX, el derecho mercantil mundial se integró en los diversos sistemas jurídicos nacionales y pasó a formar parte del derecho comercial nacional, pero como resultado perdió su cohesión internacional”.²⁹ La nacionalización de la *lex mercatoria* medieval supuso la confirmación del monopolio del Estado sobre la fuerza y sobre el derecho.

Sin embargo, los proponentes del argumento histórico no consideran que el proceso de codificación haya puesto fin definitivo a la *lex mercatoria*. Para algunos, la incorporación positiva de la costumbre solo habría erradicado temporalmente a la *lex mercatoria*, o solo la habría puesto “en hibernación”.³⁰ Otros consideran que, en realidad, la aparición de usos comerciales en el seno de la comunidad comercial internacional estuvo tan activa durante la segunda fase como en la primera.³¹ El proceso de formación de la costumbre nunca se detiene. La aparición de nuevos problemas prácticos implica la necesidad inmediata de formular alguna solución. La legislación es una fuente del derecho cuya creación depende del cumplimiento de etapas y un procedimiento y, por tanto, no siempre llegará a tiempo para ofrecer las soluciones que el mercado requiere. Los Códigos decimonónicos no desconocieron la costumbre como fuente normativa, precisamente por la imposibilidad del legislador de prever todos los potenciales problemas y casos particulares.

Bajo esta premisa es que los proponentes consideran que la *lex mercatoria* experimenta un resurgimiento desde la segunda mitad del siglo XX. Schmitthoff comenta: “En la tercera fase, la actual, el carácter internacional del derecho mercantil mundial vuelve a estar en primer plano y cada vez hay más indicios de que estamos presenciando el

²⁷ En Inglaterra, por ejemplo, se habrían instalado las *Courts of piepowder*.

²⁸ JEQUIER, Eduardo, “Curso de Derecho Comercial. Tomo P”, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2017, pp. 15-19.

²⁹ SCHERNER Karl-Otto, *Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision?*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, Vol. 118 (2001), pp. 150-151: “In einem zweiten Zeitabschnitt mit dem Höhepunkt im 18. und 19. Jahrhundert, so Schmitthoff, sei das Recht des Welthandels in die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen integriert worden und so ein Teil des nationalen Handelsrechts geworden, habe damit aber seine internationale Kohäsion verloren. In der dritten, gegenwärtigen Phase trete der internationale Charakter des Welthandelsrechts wieder in den Vordergrund, und die Anzeichen mehrten sich, daß wir das Entstehen einer neuen, universalen Lex mercatoria miterlebten). Insgesamt ein Szenarium, das für den mit historischen Argumenten nicht verwöhnten kontinentalen Rechtshistoriker nicht unattraktiv ist”.

³⁰ GOLDMAN, Berthold, *Lex Mercatoria*, en *Forum Internationale on Commercial Law and Arbitration*, Vol. 3, Kluwer, Deventer, 1983, pp. 3-4.

³¹ SCHMITTHOFF, Clive, “The Unification of the Law of International Trade”, en *Journal of Business Law* Vol. 105 (1968), p. 107.

surgimiento de una nueva *lex mercatoria* universal”.³² Esta tercera fase estaría caracterizada por el intento de unificar el derecho comercial a nivel internacional, lo que ha dado lugar para que una nueva *lex mercatoria* se despliegue. El resurgimiento de la *lex mercatoria* sería reflejo del espíritu internacionalista que ha influido importantemente en la esfera política y económica global desde el siglo pasado y que se prolonga al nuestro.³³

No obstante, el argumento histórico ha sido extensamente criticado.³⁴ Los detractores sostienen que hay débil, exigua e inconcluyente evidencia a favor de la existencia de la *lex mercatoria* medieval. Incluso, hay quienes consideran que no hay evidencia empírica alguna.³⁵ Los hechos históricos que suelen ser citados por los mercantilistas para demostrar su existencia han sido interpretados en falta de fidelidad a las fuentes.³⁶ Hay proponentes que han introducido hechos sin citar fuente alguna que respalde que hayan ocurrido.³⁷ Por último, hay evidencia que demuestra que los comerciantes medievales celebraban actos y operaciones jurídicas con éxito, sin requerir la aplicación de derecho comercial anacional.³⁸

2. Naturaleza jurídica

A pesar de la extensa literatura referida a la *lex mercatoria*, existe un desacuerdo abrumador con respecto al contenido y definiciones del pretendido derecho anacional.

Hay relativo consenso en que los usos comerciales son reglas de conducta que se han desarrollado dentro de la comunidad comercial internacional en la industria particular, observadas de manera constante, pública y uniforme, realizada por la generalidad o gran mayoría de sus miembros (criterio objetivo), con la convicción de que responde a una obligación jurídica (criterio subjetivo).

Empero, la definición de *lex mercatoria* es más polémica. Hay quienes consideran que la *lex mercatoria* está compuesta por usos comerciales, además de distintos instrumentos que codifican el derecho comercial internacional de naturaleza no vinculante y convencional. En consecuencia, formarían parte de la *lex mercatoria* instrumentos de *soft law* como los Principios UNIDROIT, los PDEC, los INCOTERMS, entre otros, y tratados internacionales como la CISG. Se suele sostener que los INCOTERMS son utilizados para permitir un mayor dinamismo y rapidez en la conclusión de las tratativas preliminares entre comerciantes, y los Principios UNIDROIT otorgan un marco jurídico común y equilibrado en materia de regulación de contratos internacionales. Sumado a estos dispositivos, la *lex mercatoria* también incluiría los principios generales del derecho en materia patrimonial.

Hay otros autores que consideran que la *lex mercatoria* solo se compone de usos comerciales, ya que el resto de las fuentes son directamente reconocidas por los ordenamientos jurídicos nacionales, no pudiendo esgrimirse que tienen naturaleza anacional.

³² SCHERNER Karl-Otto, *ob. cit.*, pp. 150-151: “In einem zweiten Zeitabschnitt mit dem Höhepunkt im 18. und 19. Jahrhundert, so Schmitthoff, sei das Recht des Welthandels in die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen integriert worden und so ein Teil des nationalen Handelsrechts geworden, habe damit aber seine internationale Kohäsion verloren. In der dritten, gegenwärtigen Phase trete der internationale Charakter des Welthandelsrechts wieder in den Vordergrund, und die Anzeichen mehrten sich, daß wir das Entstehen einer neuen, universalen Lex mercatoria miterlebten”.

³³ SCHMITTHOFF, Clive, *ob. cit.*, p. 112.

³⁴ Destaca principalmente la contundente investigación de Kadens. Véase KADENS, Emily, “The Myth of the Customary Law Merchant”, en *Texas Law Review*, Vol. 90, No. 1153 (2012).

³⁵ TRAKMAN, Leon, “The law merchant: the evolution of commercial law”, en *The International Lawyer*, Vol. 21, No. 2 (1987), pp. 611-612.

³⁶ VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje, “Are the roots of the modern lex mercatoria really medieval?”, en *Southern Economic Journal*, Vol. 65, No. 3 (1999), p. 446.

³⁷ TRAKMAN, Leon, “The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage”, en *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 12, No. 2 (1980), p. 5. Trakman explica que los jueces que formaban parte de las cortes especiales eran generalmente elegidos por su experiencia en materias comerciales, su objetividad y su antigüedad dentro de la comunidad de comerciantes. Para respaldar este hecho, el autor no cita fuente alguna. KADENS, Emily, *ob. cit.*, p. 1169.

³⁸ KADENS, Emily, *ob. cit.*, pp. 1160-1161.

En la medida que no haya acuerdo dogmático en la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, la utilidad práctica del estatuto tiende a disminuir por generar a los tribunales más complicación que orientación al momento de resolver.

E. COLABORACIÓN DE LOS ESTADOS: UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO E INTERNACIONAL PRIVADO³⁹

1. Propósitos, instituciones e historia

La colaboración puede considerarse como un movimiento contrario a la competencia regulatoria. Su objetivo ha sido el establecimiento de estándares mínimos que complementen las diversas libertades para evitar una “carrera a la baja” (*race to the bottom*). En otros casos, con miras a las operaciones legales privadas que hacen uso de las libertades existentes, los Estados han apuntado más bien a crear un marco legal común diseñado para reducir los costos de transacción y aumentar la confianza de los particulares. participantes del mercado en el régimen legal que rige sus actividades. Un ejemplo notable es la CISG, un instrumento que tiene carácter dispositivo tanto en su conjunto como en lo que respecta a sus normas particulares.

Los Estados persiguen estos objetivos en algunas organizaciones universales, como el Instituto UNIDROIT en Roma, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) y la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

Existen algunas instituciones más específicas, en particular, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Organización Marítima Internacional y la Organización de Aviación Civil. Junto a las instituciones universales, varias organizaciones regionales se han convertido en plataformas productivas para tal colaboración; esto se aplica en particular a la Unión Europea, pero también, en menor medida, al MERCOSUR en América Latina y la Organización para la armonización del derecho de los asuntos en África (“OHADA”). La coexistencia de instrumentos regionales y universales, que a veces tratan con sujetos idénticos, crea una serie de problemas jurídicos, pero al mismo tiempo evidencia la necesidad sentida por la comunidad internacional de normas uniformes que proporcionen un marco jurídico fiable a las operaciones jurídicas en una economía globalizada.

La unificación del derecho privado se inició en la segunda mitad del siglo XIX, quizás como consecuencia de la ola de globalización que siguió a la revolución industrial. Desde entonces se ha convertido en un área altamente complicada de desarrollo legal e investigación legal. No es posible detenerse en este curso a un tratamiento detallado de los numerosos aspectos del derecho uniforme. Incluso la enunciación de sus características generales estaría más allá del alcance y pretensión de la cátedra. La unificación del derecho sustantivo debe mencionarse, sin embargo, para que el lector tome conciencia de los intensos esfuerzos realizados por la comunidad internacional para elevar la elaboración de leyes desde el nivel nacional tradicional, que ya no es adecuado en la era de globalización, a nivel internacional o supranacional. La debida consideración dada a la unificación del derecho privado también pone en perspectiva la comprensión tradicional del derecho internacional privado como una disciplina arraigada en la soberanía del Estado-nación y que se ocupa exclusivamente de la elección entre diferentes leyes nacionales. Esta perspectiva sobre el derecho internacional privado es cada vez más inadecuada, aunque sus cuestiones tradicionales no pierden su trascendencia.

2. Formas de unificación y armonización

- Producción de normas sustantivas comunes (*hard law*): la colaboración de los Estados ha permitido principalmente la elaboración de normas sustantivas en ciertos sectores del derecho comercial: propiedad intelectual, transporte, instrumentos de pago, compraventa de mercancías, derecho marítimo y aeronáutico, v.gr. CISG, Convenio sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos, Convenios de Ginebra sobre cheques y letras de cambio, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de

³⁹ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 123-130.

Mercancías, Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, Convenio para la unificación de ciertas reglas en material de conocimientos de embarque, con protocolo de firma.

- Producción de conjunto de reglas no vinculantes (*soft law*): aún menos eficaces para asegurar la armonización son las técnicas como los principios, las leyes modelo y las guías legislativas, que han sido formuladas cada vez con mayor frecuencia en los últimos años por organizaciones internacionales y otros órganos. Si bien estos instrumentos no establecen ninguna obligación para los Estados de ajustar sus leyes, muchos países han aceptado de todos modos la orientación de esos textos al revisar o adoptar su legislación nacional sobre la materia respectiva. Tal armonización espontánea también da evidencia del sentimiento generalizado de que el mundo actual necesita reglas más uniformes que rijan las transacciones globales. Ejemplos exitosos de estos instrumentos son los Principios UNIDROIT sobre Contratos del Comercio Internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas.

3. Coordinación mediante normas comunes de Derecho Internacional Privado

A partir de finales del siglo XIX, los Estados han apuntado también a lo que podría denominarse una mejor coordinación de sus leyes nacionales, no mediante la armonización en cuanto al fondo, sino mediante la adopción de normas uniformes sobre la elección de la ley aplicable, la jurisdicción y el reconocimiento de decisiones. Si el destino del derecho, como parecía ser, era la codificación nacional con inevitables divergencias entre las leyes nacionales resultantes, se volvió más importante aplicar, en los tribunales de todos los países involucrados en un caso transfronterizo determinado, la misma ley nacional.

Dado que este enfoque savigniano o internacional del derecho internacional privado estaba muy extendido y dado que el positivismo jurídico predominaba en el pensamiento y la erudición jurídica de la época, la codificación de las reglas de elección de la ley en los tratados internacionales parecía una idea atractiva. Como los códigos civiles nacionales contenían pocas o ninguna norma sobre derecho internacional privado, los tratados sobre la materia podían esperar una amplia aceptación.

No todos los tratados internacionales fueron fructíferos. El CDIPr pretendía ser un hito sobresaliente en la disciplina, pero la técnica legislativa utilizada, la flexibilidad en las reservas y la falta de adhesión ha significado que en las últimas décadas haya caído en desuso. No obstante, a partir de 1893, las Conferencias de La Haya sobre derecho internacional privado han sido convocadas como plataformas *ad hoc* para la discusión de normas uniformes de derecho internacional privado. Después de la Segunda Guerra Mundial se estableció una organización internacional permanente para llevar a cabo ese negocio, ofreciendo cada año un instrumento distinto tendiente a la unificación progresiva del derecho internacional privado. El año 2015, la Conferencia publicó los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, los que han tenido una aceptación excepcional en la comunidad académica y profesional. Este es el primer trabajo de la Conferencia de la Haya que es oficialmente reconocido y avalado como suyo por la CNUDMI.

CAPÍTULO SEGUNDO – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL (PRIMER PILAR)

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la competencia judicial internacional es un fenómeno relativamente nuevo en la tradición continental. Tradicionalmente, el Derecho Internacional Privado era entendido como la disciplina que estudiaba el conflicto de leyes en un supuesto privado e internacional. No obstante, en países pertenecientes a la tradición del *common law*, el Derecho Internacional Privado era analizado con un enfoque preocupado por el tipo de problemas a los que debía enfrentarse los tribunales al conocer de una situación *insprivatista* con elemento de internacionalidad. Por cierto, esta rama del derecho fue desarrollada enormemente en los Estados Unidos de América al plantearse frecuentemente la pregunta sobre qué tribunal debía de conocer de un supuesto acaecido en otro de los Estados, y qué derecho debía aplicar dicho tribunal para resolver la controversia.

En la actualidad, existe consenso en la literatura en concebir que el procedimiento lógico para resolver cualquier problema de Derecho Internacional Privado es, primero, determinar el tribunal que ha de conocer del supuesto de hecho mediante la aplicación de las normas de competencia judicial internacional; segundo, determinar el derecho aplicable a la controversia; y tercero, someterse al procedimiento tendiente al reconocimiento y eventual ejecución de la decisión expedida por el tribunal, si se tratase de una decisión cuyos efectos han de producirse en el extranjero.

El presupuesto de operatividad del Derecho Internacional Privado es la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos. No existe en la actualidad un “tribunal de asuntos mundiales” que resuelva sobre los asuntos propios del derecho privado. Los tribunales internacionales en funcionamiento operan típicamente por causales taxativas contenidas en los textos que los constituyen y generalmente se refieren a disputas que incluyen consideraciones o componentes de soberanía. Asimismo, no existe un “congreso mundial” que emita normas sobre la competencia de los distintos tribunales de cada ordenamiento jurídico. En consecuencia, son los propios Estados, dentro de su potestad soberana, quienes diseñan la regulación de la competencia judicial internacional.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La jurisdicción es el (i) poder-deber del Estado, (ii) radicado exclusivamente en los tribunales establecidos en la ley, (iii) para que éstos, dentro de sus atribuciones y (iv) como órganos imparciales, (v) por medio de un debido proceso, (vi) iniciado generalmente a requerimiento de parte y (vii) a desarrollarse según las normas de un racional y justo procedimiento, (viii) resuelvan con eficacia de cosa juzgada y (ix) eventual posibilidad de ejecución, (x) los conflictos de intereses de relevancia jurídica (xi) que se promuevan en el orden temporal y (xii) dentro del territorio de la República (Mario MOSQUERA RUÍZ).

La jurisdicción opera en relación a todo tipo de relaciones jurídicas, sea que se trate de un asunto puramente interno o que presente un elemento extranjero. Por ello, no es posible sostener que los tribunales ordinarios de justicia no tengan jurisdicción para conocer de un asunto de Derecho Internacional Privado.

Las normas de competencia judicial internacional –y no de jurisdicción internacional– determinan qué tribunal en específico deberá ejercer jurisdicción, pudiendo ubicarse en el Estado en el que se presenta la pretensión o en el extranjero. El primer pilar del Derecho Internacional Privado no cuestiona la jurisdicción del Poder Judicial de los Estados, sino la competencia que tienen los tribunales de conocer y juzgar las controversias transfronterizas.

Dicho ello, puede definirse la competencia judicial internacional como “la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria”.⁴⁰ La competencia

⁴⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*. 17ª edición, Granada, Comares, 2017, p. 144.

interna, en cambio, es “la atribución del conocimiento de un asunto concreto a un determinado órgano jurisdiccional, en virtud de los criterios de competencia objetiva, territorial y funcional previstos en las leyes procesales de cada Estado”,⁴¹

Si la aplicación de la norma de competencia judicial internacional otorga al tribunal que la emplea competencia para conocer del asunto, deberá continuarse el análisis con el segundo pilar del Derecho Internacional Privado. En cambio, si la aplicación de la norma conduce a la falta de competencia del tribunal que la aplica, se descarta la existencia de tribunales y leyes en conflicto. El demandante deberá, entonces, litigar ante los tribunales de otro ordenamiento jurídico.

III. CARÁCTERÍSTICAS DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL⁴²

- Carácter previo: (i) la determinación de la competencia judicial internacional es previa a la determinación del derecho aplicable a la situación privada internacional; y (ii) la determinación de la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de un Estado es también previa a la determinación de la competencia interna del órgano jurisdiccional competente para conocer de un caso concreto.
- Prepuesto del proceso: (i) sin competencia judicial internacional, las autoridades y tribunales no pueden entrar a conocer de un litigio derivado de una situación privada internacional, so pena de nulidad del proceso; (ii) los tribunales deben controlar de oficio su competencia judicial internacional, no dependiendo de las alegaciones de las partes; y (iii) son solo las normas de competencia judicial internacional las que definen si los tribunales deben conocer de una determinada pretensión jurídica transfronteriza.
- Naturaleza internacional de los litigios: los litigios son derivados de situaciones privadas internacionales.
- Carácter global de la competencia judicial internacional: la competencia judicial internacional se predica del conjunto de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado determinado.
- Libre configuración del sistema de competencia judicial internacional: cada estado determina, con plena libertad, las condiciones y los casos en los que sus órganos jurisdiccionales poseen competencia judicial internacional. Consecuencias:
 - Múltiple competencia internacional (conflictos positivos de competencia): los tribunales de diferentes Estados pueden declararse competentes en relación al mismo supuesto. Esta situación puede promover el *forum shopping*.
 - Falta de competencia internacional: los tribunales de diferentes Estados se declaran todos ellos incompetentes en relación al mismo supuesto. En tal caso, el demandante no podría accionar ante ningún tribunal de ningún país del mundo. Para evitar la denegación de justicia, se utiliza el denominado *foro de necesidad*.
- Carácter único de las normas de competencia judicial internacional: para determinar la competencia judicial internacional, el tribunal aplica exclusivamente las normas de competencia judicial internacional del Estado al que pertenece. Aplicar las normas extranjeras de competencia judicial internacional vulnera la soberanía del Estado, por lo que la proposición de una eventual “tesis del reenvío de competencia judicial internacional” debe ser desechada.⁴³
- Carácter unilateral de las normas de competencia judicial internacional: indican si las autoridades y tribunales del Estado en que inicia el procedimiento poseen competencia internacional para decidir la controversia o asunto.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibid, pp. 146-153.

⁴³ Véase *infra* Capítulo Tercero, Determinación del Derecho Aplicable, Subcapítulo Primero, Parte General, Título Cuarto, Aplicación de la norma de conflicto.

IV. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

La inmunidad de jurisdicción priva a los tribunales de conocer de asuntos que le competen a otro Estado. Los órganos jurisdiccionales de un Estado no pueden conocer de un litigio en el que sean demandados por un particular, un Estado extranjero o alguno de sus órganos, así como otros entes internacionales que gozan de tal inmunidad.

Se conoce como inmunidad de *jurisdicción* y no de *competencia*, ya que implica propiamente que los tribunales de un Estado no puedan conocer ni juzgar de un asunto en particular, al estar sustraído de la acción de los tribunales de justicia.

A. ALCANCE DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN⁴⁴

En el siglo XIX, la inmunidad de jurisdicción tenía carácter absoluto. Los beneficiarios eran siempre inmunes a la jurisdicción de tribunales extranjeras, cualquiera fuera la pretensión incoada. A partir del siglo XX, la jurisprudencia y doctrina avanza distinguiendo la naturaleza de los actos ejercidos por los potenciales beneficiarios para determinar si opera la inmunidad de jurisdicción.

Distinción actos:

- Actos *jure gestionis*: actividades del Estado realizadas a título privado o como mero particular, en las que no está implicada la soberanía estatal o del ente que se trata. La inmunidad de jurisdicción no opera en los actos *jure gestionis*. No puede alegarse el beneficio, por ejemplo, en casos comerciales, laborales, de responsabilidad civil, propiedad intelectual e industrial, entre otros.⁴⁵
- Actos *jure imperii*: actividades del Estado realizadas a título soberano, actuando como sujeto público que despliega sus potestades. La inmunidad de jurisdicción opera en los actos *jure imperii*.

Criterios de distinción:

- Finalidad pública: la finalidad pública de un acto permite su calificación como acto *jure imperii*. Criterio confuso, porque toda actividad del estado está dirigida a una finalidad pública, permitiendo la extensión de la inmunidad de jurisdicción a todo acto estatal.
- Naturaleza del acto: si el acto está vinculado inmediata y directamente con las funciones propias de la soberanía estatal, puede calificársele como acto *jure imperii*, v.gr. expropiación, acto de guerra, devaluación monetaria. Si el acto está vinculado con funciones realizables por privados, puede calificársele como acto *jure gestionis*, v.gr. compra de alimentos para el ejército.

B. TITULARES DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

La inmunidad siempre debe acreditarse, independientemente del titular de que se trate.

- Estado extranjero y sus órganos: gozan de inmunidad de jurisdicción cuando el Estado o sus órganos actúan *jure imperii*.
- Organizaciones internacionales: por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (artículo 105 Carta ONU).
- Agentes diplomáticos de Estados extranjeros y los Jefes de Estado extranjeros (artículo 31 del Convenio sobre relaciones diplomáticas: gozan de inmunidad de jurisdicción cuando estén en ejercicio de su función. Los

⁴⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, pp. 160-161.

⁴⁵ Por ejemplo, los embajadores o cónsules extranjeros que ejercen sus funciones en Chile suelen celebrar contratos de trabajo y de arrendamiento. A pesar de la usual invocación de la excepción de incompetencia por inmunidad de jurisdicción, los Juzgados de Letras del Trabajo chilenos han rechazado la excepción por considerar que estos actos jurídicos son *jure gestionis*. Ha habido igualmente excesos, ya que en ciertos casos los Juzgados han decretado la exclusión del secreto de las cuentas corrientes de agentes diplomáticos. No es pacífico si ello se circunscribe al ámbito netamente privado del agente diplomático o consular.

diplomáticos tienen una inmunidad *per se* y absoluta sin importar de encontrarse dentro o fuera de la esfera de sus atribuciones. Excepciones:

- 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.
 - 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.
 - Acción personal: referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.
- Oficinas consulares y sus miembros, funcionarios y empleados consulares (artículo 43 del Convenio sobre relaciones consulares): los cónsules, en general, solo están protegidos de forma relativa, toda vez que deben encontrarse en el ámbito y ejercicio de sus funciones para que opere la inmunidad de jurisdicción. Normalmente, el cónsul estará acreditado antes de la entrada al Estado receptor. No obstante, los miembros de la familia del cónsul, los criados, funcionarios y empleados consulares requieren de acreditación para que gocen de inmunidad de jurisdicción.
 - Ciertos sujetos que realizan funciones de cooperación internacional: gozan de inmunidad de jurisdicción determinados buques extranjeros de guerra, naves auxiliares, otros buques o aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado y utilizados a la sazón únicamente para un servicio público no comercial (artículo 236 del Convenio sobre Derecho del Mar).

C. RENUNCIA A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

Es necesario que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción sea expresa.

Artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. Consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción.

1. Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto:
 - a) por acuerdo internacional;
 - b) en un contrato escrito; o
 - c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado.
2. El acuerdo otorgado por un Estado respecto de la aplicación de la ley de otro Estado no se interpretará como consentimiento en el ejercicio de jurisdicción por los tribunales de ese otro Estado.

V. ESTRUCTURA DE LA NORMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La estructura de una norma de competencia judicial internacional es muy parecida a la de una norma de conflicto.⁴⁶ Está compuesta por un supuesto de hecho, uno o más foros de competencia o factores de conexión y la consecuencia jurídica. Son normas, no obstante, que apuntan a cuestiones distintas. Una determina el tribunal competente, y otra el derecho aplicable.

Una norma atributiva de competencia, por ejemplo, es el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales. Ésta última no apunta al derecho aplicable, busca determinar la competencia. Una norma de conflicto, por ejemplo, es el artículo 955 CC. Cada una persigue fines distintos, pero se construyen de la misma forma.

Elementos:

⁴⁶ Véase *infra* Capítulo Tercero, Determinación del Derecho Aplicable, Subcapítulo Primero, Parte General, Título Segundo, Métodos de reglamentación en el Derecho Internacional Privado, Literal A, Método conflictual

- Supuesto de hecho: el supuesto de hecho es la categoría o figura jurídica de la que trata la relación jurídica existente entre las partes.
- Foro de competencia/factor de conexión: es el elemento que une el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica. Es el criterio que hace que ante un determinado supuesto de hecho el tribunal declare su competencia o incompetencia judicial internacional. Los factores de conexión se asemejan con los denominados *foros de competencia judicial internacional*.
- Consecuencia jurídica: es la declaración de competencia o incompetencia judicial internacional del tribunal.

Diferencia entre foros de competencia y factores de conexión: para hacer aplicable un determinado derecho a una situación privada internacional no basta la existencia de vínculos suficientes entre el supuesto de hecho y un Estado. Dicho derecho debe, además, ser el derecho “mejor localizado”. En cambio, para atribuir competencia a los tribunales de justicia basta con que el litigio presente una vinculación suficiente con el Estado al que pertenecen dichos tribunales. Exigir que los tribunales estatales mejor situados para conocer de una controversia fueran los únicos competentes lesionaría la tutela judicial efectiva en el contexto internacional.

VI. FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

A. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El foro de competencia judicial internacional es la “circunstancia presente en las situaciones privadas internacionales, y que utiliza el legislador para atribuir el conocimiento de las mismas a sus órganos jurisdiccionales”.⁴⁷ Los foros de competencia judicial internacional reflejan una *vinculación suficiente* del litigio con el país cuyos tribunales son competentes.

Fundamentos:

- Seguridad jurídica internacional: todo foro debe proporcionar a los particulares la certeza legal de que, en caso de incumplimiento de la otra parte, podrán acudir a unos concretos tribunales estatales. Con ello se garantiza también la economía procesal internacional, ya que se evita litigar ante jueces estatales que podrían rechazar su propia competencia, lo que evita dilaciones y trámites procesales infructuosos y superfluos.
- Principio de proximidad: todo foro debe garantizar, en el escenario de la litigación internacional, el total respeto de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo. La pretensión puede conocerse ante *tribunales cercanos* a las partes o al litigio, tribunales previsibles para ambas partes. Disponer de la posibilidad de acudir a tribunales estatales próximos al litigio significa la posibilidad de una litigación internacional a coste reducido. Adicionalmente, la proximidad dice relación con la ejecutabilidad de la sentencia definitiva en el Estado en el que se conoce la controversia y en otros Estados relacionados.
- Buena administración de justicia: (i) la labor de los tribunales debe ser efectiva y real y no puramente nominal o formal; (ii) dicha labor judicial debe desarrollarse con calidad jurídica, de manera que, por ejemplo, permita practicar pruebas fiables de los hechos procesales; y (iii) la actividad judicial de calidad debe ser, además, eficiente, puesto que se lleva a cabo a un coste reducido.

B. CLASIFICACIÓN DE LOS FOROS

En el examen de la competencia judicial internacional, algunas clasificaciones de los factores de conexión son equivalentes a las clasificaciones de los foros. Por ejemplo, los factores de conexión subjetivos coinciden con los foros personales, los factores de conexión objetivos coinciden con los foros territoriales. No obstante, no todas las clasificaciones son asimilables. La clasificación de los foros puede yuxtaponerse. No es necesario elegir al foro más idóneo al caso, sino que basta con que sea suficiente.

⁴⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 170.

Criterios de clasificación:⁴⁸

- Criterio de la naturaleza:
 - Foros personales: el factor de vinculación suficiente utilizado se basa en circunstancias propias de las partes de la relación, v.gr. nacionalidad, domicilio o residencia. En el derecho comparado, típicamente, la capacidad comprende foros personales. Las únicas normas de competencia judicial internacional chilenas incorporan foros personales a propósito de la sucesión. De este modo, el tribunal que conoce sucesiones transfronterizas corresponde al tribunal del último domicilio del causante (artículos 148 y 149 COT).
 - Foros territoriales: el factor de vinculación suficiente utilizado se basa en circunstancias objetivas, esto es, el territorio o el lugar físico en donde se encuentra la relación jurídica. Si se refieren a bienes, particularmente inmuebles, los foros territoriales se denominan foros reales.
- Criterio axiológico:
 - Según si implica la protección de una de las partes:
 - Foros de protección: defienden la posición más débil de una de las partes del litigio, v.gr. el consumidor, el trabajador, el acreedor de alimentos, el asegurado. Procuran facilitar el acceso a la justicia y disminuir el riesgo de indefensión respecto de dichos sujetos al generalmente permitirles litigar en el país donde residen.
 - Foros neutros: estos foros no favorecen a ninguna de las partes en el litigio.
 - A la luz de la garantía de acceso a la justicia:
 - Foros de necesidad: otorgan competencia a los tribunales a pesar de no estar predeterminada legislativamente, con el objetivo de evitar una denegación de justicia.
 - Foros facultativos: el ordenamiento jurídico otorga competencia a más de un tribunal nacional para conocer de un mismo asunto jurídico internacional, disminuyéndose en consecuencia el riesgo de generarse foros de necesidad y denegación de justicia.
- Criterio del alcance:
 - Según el volumen de casos:
 - Foros exorbitantes: foros que atribuyen a los tribunales del Estado un volumen de competencia judicial internacional desmesurado o excesivo, procurando beneficiar a los nacionales de dicho Estado o la posición del mismo Estado. Por ejemplo, la norma de competencia judicial internacional panameña en materia de divorcios establece que toda acción de divorcio puede ser conocida por los tribunales panameños. Los foros exorbitantes tienen el potencial de permitir que la parte más fuerte se aproveche de la parte más débil, mejorando la posición estratégica de la primera y aumentando la indefensión de la segunda. Por ejemplo, habría un foro exorbitante si en un contrato de compraventa realizado vía electrónica una de sus cláusulas establece que cualquiera de las partes debe viajar al país donde se manufactura el bien para demandar ante cualquier vicisitud o problema. Los foros de protección procuran corregir los riesgos creados por los foros exorbitantes.
 - Foros usuales: foros que no provocan una atribución excesiva de volumen de asuntos en favor de los tribunales de un Estado, sino un volumen razonable.
 - Según el número de tribunales competentes:
 - Foros concurrentes: foros establecidos por el legislador en relación a ciertos litigios, y que aceptan la posibilidad de que tribunales de otros países conozcan del mismo asunto sobre la base de un mismo o distinto foro de competencia.

⁴⁸ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. *Derecho Internacional Privado. Parte General*, México, Nostra, 2010, pp. 87-134; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, pp. 174-176.

- Foros exclusivos: foros establecidos en ciertas materias respecto de las cuales el Estado no admite más competencia que la de sus órganos jurisdiccionales. En el ordenamiento jurídico chileno, como consecuencia de la aplicación del principio de territorialidad, la jurisprudencia ha interpretado de que solo los tribunales chilenos pueden dirimir sobre la constitución, transferencia y terminación de los derechos reales en Chile. Esta solución procura salvaguardar intereses públicos y la soberanía estatal.
- Criterio de elección de las partes:
 - Foro de la autonomía de la voluntad: las partes de la relación privada internacional pueden prorrogar la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional, pudiendo acordar la sumisión del asunto a los tribunales de un Estado determinado.
 - Foro general: en caso de que las partes no hayan celebrado un pacto de sumisión y no sean aplicables normas con otros factores de vinculación suficiente, el tribunal competente para conocer el asunto privado internacional es el ubicado en el domicilio del demandado.
- Criterio del modo de funcionamiento:
 - Foros únicos: foros que atribuyen competencia a través de un único factor de vinculación suficiente con el Estado.
 - Foros múltiples: foros que contemplan dos o más factores de vinculación suficiente.
 - Foros jerárquicos: en la norma de competencia judicial internacional se ordenan los distintos factores de vinculación suficiente actuando subsidiariamente y en orden de prelación en caso de que no se verifique el factor de conexión principal.
 - Foros facultativos: no son propiamente foros, sino que se refiere a la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda invocar distintas normas de competencia judicial internacional para que se radique la competencia. Por ejemplo, tratándose de una acción real, son competentes simultáneamente el tribunal ubicado en el lugar donde se encuentra el bien inmueble y el tribunal ubicado en el domicilio del demandado. Los foros facultativos aumentan el acceso a la justicia.
- Otros foros:
 - *Forum legis*: los tribunales de un Estado son competentes siempre que sea aplicable, al fondo del asunto, el derecho material de dicho Estado.
 - *Forum reciprocitatis*: los órganos jurisdiccionales de un Estado son competentes respecto de un demandado extranjero si un tribunal de su Estado de origen lo fuera respecto de un nacional del foro por el mismo litigio.

VII. LITIGACIÓN TRANSFRONTERIZA Y PARALELISMOS PROCESALES

Un paralelismo procesal es la situación en la que se verifica la existencia de dos o más procedimientos simultáneos, sea ante tribunales de la misma jerarquía, sea ante tribunales de distinta naturaleza (ordinarios y especiales), en el que están presentes las mismas partes y el mismo contenido del juicio, o bien, en los que los elementos del juicio comparten conexiones suficientes para estimar que el resultado de uno afectará en el resultado del otro.⁴⁹ Los paralelismos procesales pueden potencialmente ocurrir ante dos tribunales de un mismo ordenamiento jurídico o ante dos tribunales ubicados en distintas naciones. Por cierto, en la práctica es más frecuente que la litigación paralela ocurra ante tribunales ubicados o gobernados por ordenamientos jurídicos diferentes.

La evolución histórica del Derecho Internacional Privado muestra que la doctrina se ha preocupado esencialmente de contestar a la pregunta de la determinación del derecho aplicable. Esta omisión ha dejado el análisis de la litigación

⁴⁹ Muchas veces la literatura hace sinónimos las expresiones *paralelismo procesal* y litispendencia o *lis pendens*. Desde un punto analítico, la litispendencia constituye solo una de las posibles hipótesis de paralelismo procesal.

transfronteriza sustancialmente subdesarrollada. El “conflicto de litigios” no debe reducirse a una mera calificación sobre las normas de competencia judicial internacional. Más bien, la litigación transfronteriza es una rama del Derecho Internacional Privado cuyo estudio es tan apremiante como el conflicto de leyes.⁵⁰

Los problemas planteados por los litigios paralelos han ganado frecuencia, urgencia y complejidad. En la medida en que las fronteras desaparecen y los adelantos tecnológicos permiten mayor movilidad transfronteriza, aumenta simultáneamente el riesgo de la multiplicación artificial de procedimientos por los actores privados. “El negocio de los litigios, al igual que el comercio mismo, se ha vuelto cada vez más internacional”.⁵¹ La exposición resultante de oportunidades para el *forum shopping* ha llevado a su vez una mayor atención a los mecanismos para controlarlo.

Sumado a lo anterior, se ha presenciado en las últimas décadas la proliferación de cortes y tribunales internacionales para disputas interestatales, pero también para disputas mixtas que involucran a Estados y partes privadas. El aumento de la disponibilidad de foros para la resolución de disputas ha abierto oportunidades más complejas para *forum shopping*. En consecuencia, “los compradores de foros del futuro estarán menos preocupados por las posibilidades de reparación en los procedimientos ante los tribunales nacionales de diferentes Estados, sino que buscarán la ventaja de la ausencia de jerarquía y coordinación entre los diversos tipos de tribunales internacionales y de la relación a menudo tensa entre tales tribunales y las cortes nacionales”.⁵²

A. PARALELISMOS Y SUS RIESGOS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS⁵³

Riesgos de los paralelismos procesales:

- Desgaste de la actividad jurisdiccional.
- Aumento en el costo para las partes en tiempo y recursos, particularmente cuando los procesos se tramitan en diferentes jurisdicciones.
- Desproteger a las partes de tácticas opresivas o abusivas de litigación.
- Doble pago a quien obtiene en un laudo de un arbitraje comercial internacional, vulnerando la prohibición de enriquecimiento sin causa.⁵⁴
- Pronunciamiento de decisiones irreconciliables, afectando la seguridad jurídica y la institución de la cosa juzgada.⁵⁵

Motivos para iniciar procedimientos paralelos:

- Dilatar u obstruir el pronunciamiento de la sentencia definitiva del primer proceso.
- Sanear problemas o vicios procesales u omisiones cometidas en el primer juicio.
- Burlar excepciones interpuestas por el demandado que tienen posibilidad de éxito.
- Obtener tiempo para que los litigantes escondan su patrimonio o para preparar medios de prueba.

⁵⁰ MCLACHLAN, Campbell, “Lis pendens in international litigation”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 336, La Haya, 2009, p. 223.

⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema canadiense, 25 de mayo de 1993, *Amchem Products Incorporated v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, 1993 CanLII 124 (SCC), [1993] 1 SCR 897.

⁵² DOUGLAS, Zachary, “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”, en *British Yearbook of International Law*, No. 74 (2003), p. 236: “Forum shoppers of the future will be less concerned with the remedial possibilities in proceedings before the domestic courts of different states, but will instead seek advantage from the absence of hierarchy and coordination among the various types of international tribunals and from the often strained relationship between such tribunals and municipal courts”.

⁵³ PALAVECINO MUÑOZ, Franco, “La litis pendencia en el arbitraje comercial internacional”, en *Cuadernos de Estudios Internacionales*, Publicación del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, No. 2 (2021), pp. 73-76.

⁵⁴ Si respecto de un mismo asunto dos tribunales resuelven condenar al demandado, puede ocurrir que el litigante doblemente condenado se le exija en distintas naciones el cumplimiento de la misma prestación por dos sentencias diferentes, generándose respecto de quien obtuvo en juicio una hipótesis de enriquecimiento injustificado.

⁵⁵ HÖBER, Kaj, “Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration”, *Recueil des cours de la Académie de droit international de la Haye*/, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 366, La Haya, 2014, p. 144.

- Obtener facilidades procedimentales por la ley del foro en el que se inicie el proceso posterior (*forum shopping*), por ejemplo, una tramitación más eficaz y rápida, un cierto idioma, o la aplicación de una regulación conflictual ventajosa.
- Presionar al demandado a transigir, avenir o conciliar, o contrariamente, para desincentivar acuerdos autocompositivos.⁵⁶

Ponderación entre ventajas y desventajas de los procedimientos paralelos: si bien la literatura mayoritaria se inclina por repudiar los procedimientos paralelos por los peligros que suscita, hay quienes defienden sus ventajas cuando estos se producen ante tribunales estatales y arbitrales. Se ha afirmado que un paralelismo conduce a que se genere un sano nivel de competencia entre los tribunales nacionales y arbitrales, mejorando de este modo la calidad de las decisiones y aumentando la celeridad y eficiencia en la tramitación de los procesos. En un intento de responder a la doctrina que identifica más riesgos que ventajas, quienes defienden los paralelismos sostienen que un proceso paralelo es un “*problema suntuario*” (*luxury problem*) o un “mal menor” frente al riesgo de indefensión o denegación de acceso a la justicia. Además, el peligro del pronunciamiento de decisiones irreconciliables no es necesariamente insoslayable, ya que el sistema recursivo establecido por la ley procesal posibilita la corrección o anulación de la sentencia definitiva en instancias procesales posteriores por una errónea aplicación de la ley. Finalmente, se observa que los procedimientos paralelos no acarrear decisiones irreconciliables en todos los casos, ya que puede suceder que respecto de uno de los procesos no se dicte la sentencia que resuelva la controversia por haber terminado por otra causa, a saber, por desistimiento, por abandono del procedimiento, por transacción, entre otros. Aun reconociéndose y aceptándose las ventajas indicadas por esta doctrina, no parecen ser suficientes para concluir que los paralelismos resultan generalmente beneficiosos para la práctica forense. Muy por el contrario, su promoción ocasionaría una inaceptable falta de coherencia del ordenamiento jurídico, estimándose que inconsistencias serias y repetidas pueden poner en peligro la legitimidad y credibilidad en la administración de justicia.

B. MECANISMOS PARA AFRONTAR LOS PARALELISMOS PROCESALES⁵⁷

Para afrontar los riesgos de los paralelismos procesales los tribunales nacionales, arbitrales e internacionales se han valido de distintos instrumentos⁵⁸ tales como (i) la doctrina del *forum non conveniens*; (ii) el mecanismo de los *anti-suit injunctions*; (iii) la institución de la litispendencia; (iv) la excepción de cosa juzgada;⁵⁹ y (v) el ejercicio de una acción especial ante tribunales internacionales.⁶⁰ A continuación se analizan las primeras tres:

1. Doctrina del *forum non conveniens*

Desde el *common law*, la doctrina del *forum non conveniens* otorga a un tribunal nacional la facultad de abstenerse de conocer un asunto si considera que hay un foro o tribunal alternativo más apropiado para resolverlo. La aplicación de esta doctrina evita que se produzcan procesos paralelos, o bien, pone fin a uno existente, teniendo el tribunal un alto grado

⁵⁶ FORSTÉN, Denice, *Parallel Proceedings and the Doctrine of Lis Pendens in International Commercial Arbitration. A comparative study between the common law and civil law traditions*, Master's Thesis in Procedural Law (Arbitration), Faculty of Law, Uppsala Universitet, 2015, pp. 30-31.

⁵⁷ PALAVECINO MUÑOZ, Franco (2021), *ob. cit.*, pp. 73-76.

⁵⁸ FAWCETT, James, *Declining Jurisdiction in Private International Law, Report to the XIV Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, 1994*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 27.

⁵⁹ Una vía para lidiar con paralelismos consiste en la alegación de la excepción de cosa juzgada en el proceso paralelo que todavía sigue tramitándose, la cual deriva de la sentencia de término dictada en el otro procedimiento. Si bien esta solución evita que se produzcan decisiones contradictorias, no resulta del todo satisfactoria en cuanto vulnera los principios de economía y de economía procesal, ocasionando malgastos de recursos privados y públicos.⁵⁹ Por otro lado, esta manera de resolver paralelismos supone esencialmente invocar una carrera en la tramitación de los procedimientos provocando altos niveles de incertidumbre, en tanto la decisión del caso dependerá de cuál tribunal pronuncie primero la sentencia, pudiendo diferir sustancialmente la apreciación de ambos tribunales.

⁶⁰ Una vía que no implica al tribunal nacional o arbitral, sino que, a las partes del litigio, es alegar denegación de justicia o infracción al debido proceso ante una Corte Internacional de Derechos Humanos. La declinación de un tribunal de conocer de un asunto, a pesar de la importante evidencia provista por una o ambas partes demostrando la jurisdicción de dicho tribunal, puede dar lugar a la alegación de la vulneración de un derecho fundamental o humano de naturaleza sustantivo-procedimental. Esta solución ciertamente no corrige los problemas cometidos en el primer proceso, sino que solo los denuncia ante un tribunal internacional especial.

de discrecionalidad para interpretar si otro tribunal, sea nacional o extranjero, ordinario o arbitral, resulte más adecuado para la resolución del asunto.⁶¹

No obstante, se ha denunciado que su aplicación poco prudente puede conllevar una severa afectación del derecho del demandante a que sus pretensiones sean conocidas. La mera existencia de otro foro que podría teóricamente conocer de la pretensión del demandante no es suficiente para que el tribunal lo considere adecuado y por consiguiente decline su competencia, siendo por tanto necesario que el demandado demuestre que en el foro alternativo se puede proveer un proceso racional y justo.⁶²

Criterios de evaluación para la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*: el test que las Cortes estadounidenses aplican tiene raigambre en el caso *Gulf Oil Corporation v. Gilbert*.⁶³

- Facilidad de acceso a las fuentes de prueba al considerar otro foro.
- Disponibilidad del proceso obligatorio hasta la citación compulsiva de testigos.
- Costo de obtener la asistencia de testigos voluntarios.
- Problemas prácticos relacionados con la eficiencia y los gastos de juicio.
- Ejecutabilidad de la sentencia.
- Dificultades administrativas derivadas de la congestión judicial.
- Cargas del jurado.
- Interés local en que determinadas controversias se decidan en un tribunal local en lugar de un tribunal extranjero.
- Evitación de problemas innecesarios en la aplicación del derecho extranjero

2. *Anti-suit injunctions*

Otro mecanismo utilizado en la tradición del *common law* son los *anti-suit injunctions*, entendidos como órdenes que un tribunal estatal o arbitral⁶⁴ expide para prevenir que un litigante inicie o continúe un procedimiento ante un foro distinto. Si bien originalmente la jurisprudencia estadounidense concedía un importante grado de maniobrabilidad a los tribunales para despachar estas órdenes, esta facultad se ha estrechado progresivamente al límite de poder autorizarse solo en supuestos muy excepcionales. Así se constata en el caso *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, en que la Corte del distrito de Columbia sostuvo que las *anti-suit injunctions* solo podían concederse para proteger la jurisdicción de la Corte que emite la orden, o para prevenir que el litigante evada el orden público del foro.⁶⁵

3. Litispendencia internacional

La litispendencia es la institución que tradicionalmente se ha utilizado en los sistemas de tradición romanista para efectos de afrontar el problema de los procedimientos paralelos. Si bien ordinariamente tiene cabida en el nivel doméstico, la institución de la litispendencia ha sido elevada al plano internacional en variadas oportunidades para efectos de salvaguardar la seguridad jurídica, la economía procesal y la buena fe procesal.

Se define litispendencia como el “conjunto de efectos procesales, legalmente previstos a favor de una o ambas partes, que se manifiestan durante la pendencia de un juicio con el objetivo de garantizar la eficacia de la futura definición judicial desde la perspectiva de la duración de dicho juicio, evitando que esta duración perjudique al derecho a tutela

⁶¹ NEWMAN, Lawrence; NELSON, Nancy, “Forum Non-Conveniens, Comity, Antisuit Injunctions and Parallel Proceedings”, en *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, Vol. 90, American University Press, 1996, pp. 63-64.

⁶² JERNIGAN, Finty, “Forum Non Conveniens: Whose Convenience and Justice?”, en *Texas Law Review*, Vol. 86, No. 5 (2008), pp. 1079.

⁶³ Sentencia de la Corte Suprema, 10 de marzo de 1947, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).

⁶⁴ Más específicamente, los tribunales estatales ordenan *anti-suit injunctions*, y los tribunales arbitrales ordenan *pro-arbitration anti-suit injunctions*.

⁶⁵ NEWMAN, Lawrence; NELSON, Nancy, *ob. cit.*, p. 65.

efectiva”.⁶⁶ La idea central de la litispendencia es la perpetuidad de la situación existente al momento en que se constituye la relación jurídica procesal, esto es, desde que la demanda es notificada.

El derecho internacional privado y procesal chileno nada dice sobre la litispendencia internacional, discutiéndose si los efectos procesales producidos por el inicio del procedimiento se limitan a las fronteras geográficas del Estado del tribunal que haya prevenido en el conocimiento del asunto, o bien, si dichos efectos se extienden extraterritorialmente y respecto de toda otra jurisdicción en el mundo. El artículo 12 del Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado presentado el año 2020 es ciertamente un avance en este sentido, ya que zanja positivamente la discusión sobre su procedencia entre tribunales ordinarios chilenos y extranjeros. Existiendo una norma que consagre la litispendencia internacional, se reconoce que los tribunales chilenos se encuentran en un pie de igualdad competencial con los tribunales extranjeros para resolver una misma controversia con elementos transfronterizos. La consideración de que existe competencia acumulativa entre foros nacionales y extranjeros es una manifestación de los últimos avances dogmáticos del derecho internacional privado, disciplina que ha transitado “desde una perspectiva centrada en las jurisdicciones individuales a una preocupada en un derecho privado interno de asuntos mundiales”.⁶⁷

La litispendencia sanciona las estrategias maliciosas del litigante que inicia procesos paralelos, constituyendo un verdadero reconocimiento procesal de los principios civiles *venire contra factum proprium non valet* y *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*. Tanto la cosa juzgada como la litispendencia resguardan una idea central del Derecho, a saber, la prohibición de reiteración de juicios, considerándose contrario a la buena fe procesal que uno de los litigantes, habiendo comenzado un proceso en el pasado, vuelva a iniciar uno idéntico sin haber concluido el primero. El segundo proceso es visto, entonces, como un acto que contradice la presentación de la primera demanda ya incoada, no pudiendo quien inicia un segundo proceso aprovecharse de su propio dolo o mala fe.

De modo congruente con la *res indicata*, se ha entendido tradicionalmente que la procedencia de la litispendencia debe examinarse a partir de la concurrencia de la llamada triple identidad, es decir, que entre los dos o más procedimientos pendientes exista (i) identidad legal de personas, (ii) identidad de cosa pedida, e (iii) identidad de causa de pedir. Coincidiendo todos estos elementos, existe una relación de identidad entre los procesos. De existir en cambio una relación de conexión entre los procesos paralelos, esto es, cuando uno o dos elementos configurativos son diversos, pero la sentencia de uno puede generar repercusiones o contradicciones respecto del otro, la institución aplicable es la acumulación de autos. De haber una relación de diversidad entre estos, es decir, cuando todos sus elementos configurativos son distintos, no sería aplicable ni la litispendencia ni la acumulación de autos en tanto no existiría un peligro de contradicción por el fallo separado de los procesos.

No obstante, es necesario prevenir que resulta casi prácticamente imposible que dichos tres elementos se verifiquen simultáneamente, o bien, que sean artificialmente aislados unos de los otros. Para dar alguna utilidad a la litispendencia, es entonces necesario que se efectúe un examen dúctil de la tríada, es decir, que el tribunal no exija la convergencia inflexible de los tres elementos para que sea admitida la excepción. Tratándose de la cosa juzgada, el tribunal debe analizar aquello que va a ser necesario respetar para que no pierda vigencia aquello que ha sido juzgado. Es decir, debe averiguarse qué puntos le dan estabilidad a la sentencia. Similarmente, al ser la litispendencia una cosa juzgada virtual o en potencia, o si se prefiere, el reflejo de la cosa juzgada que anticipa sus efectos durante la tramitación del proceso, el tribunal debe determinar qué elementos dan estabilidad al proceso para acoger o no la litispendencia que se alegue.

⁶⁶ MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, *La litispendencia*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999, p. 38.

⁶⁷ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, p. 473.

C. SITUACIONES POSIBLES DE PARALELISMOS Y MECANISMOS PARA SU CORRECCIÓN

- Entre dos tribunales nacionales: dependiendo del ordenamiento jurídico en el que se presenta el asunto, para evitar que uno de los procesos continúe siendo sustanciado la parte debe alegar (i) la excepción de litispendencia; (ii) la doctrina del *forum non conveniens*; (iii) un *anti-suit injunction*.
- Entre un tribunal arbitral y otro nacional:
 - Parte ocurre ante la justicia estatal:
 - Antes de que inicie el arbitraje: debe alegarse la excepción de incompetencia, no de litispendencia.⁶⁸ Debe acompañarse el acuerdo de arbitraje para fundar la excepción.
 - Después de que inicie el arbitraje: debe alegarse la excepción de litispendencia.
 - Parte inicia arbitraje:
 - Antes de ocurrir ante la justicia estatal: materialización de la voluntad concreta de las partes al celebrar el acuerdo arbitral.
 - Después de ocurrir ante la justicia estatal: debe alegarse la excepción de litispendencia.
- Entre dos tribunales arbitrales: en atención de la particular flexibilidad del arbitraje comercial internacional, el mecanismo que pueden utilizar los tribunales para resolver el paralelismo puede ser cualquiera de los utilizados comúnmente en la jurisdicción ordinaria.
- Entre un tribunal nacional y otro internacional.⁶⁹
- Entre un tribunal arbitral y otro internacional.
- Entre dos tribunales internacionales.

VIII. PACTOS DE SUMISIÓN

El pacto de sumisión es un acto jurídico a través del cual las partes involucradas en una relación privada internacional acuerdan entregarle competencia a un tribunal de un Estado determinado. En el derecho procesal esta institución se denomina *prórroga de la competencia*. En Derecho Internacional Privado se les llama *pactos de sumisión* o *pactos de elección de foro*.

Efectos del pacto de sumisión: de modo similar a los acuerdos de arbitraje,⁷⁰ los pactos de sumisión tienen dos efectos principales.

- Efecto positivo: el otorgamiento exclusivo o privativo de competencia al tribunal indicado por las partes.
- Efecto negativo: la extinción del derecho de las partes de acudir unilateralmente a otro tribunal ordinario para que conozca del asunto que ha sido sometido al pacto de sumisión,⁷¹ pudiendo alegarse la excepción de incompetencia o de litispendencia –dependiendo del estado procesal del juicio– en caso de que una de las partes intentase seguir el proceso ante la justicia ordinaria.

Materialización del pacto de sumisión:

- Pacto de sumisión expreso: acuerdo de las partes manifestado en términos explícitos e inequívocos.
- Pacto de sumisión tácito: el demandado no alga la incompetencia del tribunal en tiempo y forma.

Ventajas de la sumisión:⁷²

⁶⁸ Es muy común en la práctica internacional que el deudor incumplidor de un contrato internacional demanda al acreedor diligente ante la justicia nacional, desconociendo el acuerdo arbitral celebrado.

⁶⁹ El análisis de los paralelismos con tribunales internacionales no se examina aquí por la significativa especificidad del asunto.

⁷⁰ Véase *infra* Capítulo III, Determinación del Derecho Aplicable, Subcapítulo III, Arbitraje Comercial Internacional, Título IX, Acuerdo arbitral.

⁷¹ La celebración de un pacto de sumisión no puede tener por efecto la extinción de la competencia de los tribunales estatales para conocer de la controversia, ya que, si no se opone la excepción dilatoria, la justicia ordinaria seguirá conociendo del asunto y aun a pesar de la existencia del pacto de sumisión. Si no se alega, se produce la sumisión tácita a la justicia ordinaria.

⁷² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 354.

- Impulso a la contratación internacional: la sumisión permite que las empresas y los particulares concentren sus litigios ante los mismos tribunales estatales, lo que ahorra costes en la litigación internacional de los operadores económicos.
- Reducción de costes: las partes pueden seleccionar los tribunales del Estado ante los cuales una posible y futura litigación les comporta, por la razón que sea, menores costes.
- Especialización: las partes pueden elegir litigar ante un tribunal especializado, conocido por la alta calidad de sus resoluciones.
- Resolución anticipada de problemas de competencia: la sumisión permite individualizar un tribunal previsiblemente competente. La seguridad jurídica relativa al tribunal competente aparece reforzada.
- Administración anticipada del proceso: la sumisión permite a las partes conocer la ley procesal aplicable al proceso y, en consecuencia, los distintos mecanismos y recursos disponibles. La estrategia jurídica que se seguirá en el proceso puede ser diseñada con anticipación.

Límites del pacto de sumisión:

- Naturaleza del asunto: la experiencia comparada muestra que, tratándose de asuntos patrimoniales, los pactos de elección de foros se les reconoce validez sin ser necesaria la aplicación del orden público. En los temas relativos a la persona y familia, la libre competencia, el derecho laboral, los pactos de sumisión son considerados inválidos por regla general.
- Foros exclusivos: no son válidos los pactos de sumisión que versen sobre materias respecto de las cuales el Estado no admite más competencia que la de sus órganos jurisdiccionales.

IX. SISTEMA CHILENO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

A. FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIAS CIVILES Y MERCANTILES

1. Estructura general del sistema

Si bien el Derecho Internacional Privado chileno se caracteriza por su regulación asistemática y exigua, en la competencia judicial internacional encuentra uno de sus vacíos más preocupantes.

Desde una perspectiva comparada, es común encontrar normas que entregan jurisdicción absoluta a los tribunales del ordenamiento en cuestión para conocer de todas las materias dentro de sus confines territoriales. A la luz del marcado territorialismo que impregnaba y orientaba el estudio clásico del derecho internacional privado, una norma procesal de esta naturaleza era tradicionalmente extendida a la regulación de la competencia judicial internacional. De este modo, la doctrina chilena antiguamente entendía que el artículo 5 COT era una norma de competencia judicial internacional que entregaba omnipotencia e *imperialismo* a los tribunales chilenos para conocer de toda controversia, sea puramente interna o con componentes internacionales presentes.⁷³

Artículo 5 COT (redacción original). “A los tribunales que establece el presente Código estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan”.

La interpretación que confería *imperialismo jurisdiccional* a los tribunales nacionales se abandona a partir de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en 1949 en el caso *Holzmann con Gainsborg*. Este fallo es de tal relevancia que, a pesar de tratarse de jurisprudencia, sus conclusiones han sido seguidas como una norma de aplicación general en el ordenamiento jurídico chileno. En dicho fallo, la Corte Suprema estimó que el artículo 5 COT sería simplemente una norma que establece la competencia de tribunales chilenos en el ámbito de la ley chilena y que la referencia hecha por

⁷³ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de derecho procesal*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 9-12.

los redactores del Código a la promoción de asuntos en el *orden temporal* tuvo por objeto descartar la competencia de los tribunales chilenos para conocer los asuntos de *orden espiritual*.

“5o. Que el precepto legal antes transcrito, al referirse a los asuntos judiciales en el ‘orden temporal’ que se promuevan dentro del territorio de la República, no tuvo por objeto determinar un límite a la soberanía del Estado, como se afirma en el fundamento 3 de la sentencia recurrida. En efecto, la voluntad de la ley fue establecer un límite a la jurisdicción judicial en el sentido de darle sólo competencia para conocer de los asuntos del orden temporal en contraposición a los del orden espiritual, como se deduce del acápite final del aludido artículo 5. Por otra parte, y como es sabido, antes de la promulgación de la Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales –cuyos preceptos constituyen actualmente el Código Orgánico de Tribunales– existían numerosas jurisdicciones especiales, entre ellas, la eclesiástica, y era así como ciertas personas del clero tenían el privilegio de ser juzgadas por los jueces eclesiásticos. Estos privilegios los hizo desaparecer el artículo 5 ya citado, al someter a la justicia ordinaria el conocimiento de todos los asuntos del ‘orden temporal’, que se promuevan ‘dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan’”.

“6o. Que como se ve, el aludido precepto no contiene norma alguna para determinar una cuestión de competencia internacional, como es la propuesta por el demandado, y por lo tanto, los jueces recurridos lo han infringido al aplicarlo a un caso no previsto”.⁷⁴

Dicho ello, la jurisprudencia chilena ha entendido que “es preciso determinar (i) en primer término si existen o no tratados con el país a que pertenece o estuviera domiciliado el litigante; (ii) en segundo lugar, qué preceptúa la legislación interna, y (iii) si ésta nada dispone, deberá acudir a los principios generales de derecho internacional, en armonía – naturalmente– con el criterio de nuestra ley nacional”.⁷⁵

A estos criterios jurisprudenciales debe sumarse la posible invocación de la inmunidad de jurisdicción y la eventual celebración de un pacto de sumisión por las partes.

Criterios para la determinación de la competencia judicial internacional: el procedimiento lógico que debe seguirse es el siguiente, en orden de prelación.

- Invocación de inmunidad de jurisdicción: es necesario revisar ante todo si existe algún límite derivado del Derecho Internacional Público. Si una de las partes invoca exitosamente inmunidad de jurisdicción, el tribunal chileno deberá declinar su jurisdicción.
- Existencia de pacto de sumisión: si las partes han sometido el conocimiento de un conflicto determinado a un tribunal que libremente han elegido, siempre y cuando la controversia no verse sobre aquellas materias que sean de competencia exclusiva de los tribunales chilenos, de otra jurisdicción foránea ordinaria o bien de un tribunal arbitral.
- Existencia de tratados internacionales: particular relevancia sobre este punto tiene el reconocimiento como tratado internacional que Chile ha dado al CDIPr. El Código entrega un catálogo relativamente completo de las reglas sobre competencia judicial internacional, primordialmente en materia civil y mercantil. Dicho instrumento reconoce igualmente la validez de los pactos de sumisión celebrado por partes que provienen de países miembros de la Convención.

⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema, 21 de noviembre de 1950, *Holzmann con Gainsborg*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, secc. 2ª, p. 509.

⁷⁵ *Ibidem*.

- Legislación interna: si no existe tratado internacional que pueda aplicar a la relación jurídica, el tribunal debe aplicar los mismos criterios de competencia judicial interna, es decir, los criterios del Código Orgánico de Tribunales (competencia absoluta y relativa).
- Principios generales del derecho: si no existe norma de derecho interno que determine la competencia judicial internacional, debe acudirse a los principios generales del derecho en materia procesal. De este modo, si no está determinado el lugar de domicilio del deudor (regla supletoria de competencia), el tribunal competente será el de la residencia del demandado (foro general).

2. Inmunidad de jurisdicción en el derecho chileno

La inmunidad de jurisdicción es regulada por el derecho chileno principalmente en tratados internacionales, pero también por normas específicas del derecho local.

Tratados internacionales aplicables en Chile que regulan la inmunidad de jurisdicción:⁷⁶

- Convención en Prerrogativas e Inmunidades de Naciones Unidas, fecha depósito Chile 15/10/1948.
- Convención en Privilegio e Inmunidades de las Agencias Especializadas, fecha depósito Chile 21/09/1951.
- Convención de Viena en Relaciones Diplomáticas, fecha depósito 09/01/1968.
- Convención de Viena en Relaciones Consulares, fecha de depósito 24/04/1963.
- Convención en Misiones Especiales, fecha depósito 19 de octubre de 1979.

Derecho interno (artículo 9 D.L. N° 2.349):⁷⁷ “Cualquier Estado extranjero y sus organismos, instituciones y empresas podrán impetrar en Chile la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, según el caso, en los mismos términos y con igual amplitud e idénticas excepciones como la reconociere su propia legislación a favor del Estado de Chile o de sus organismos, instituciones y empresas”.

3. Pactos de sumisión en el derecho chileno

A la luz de la falta de regulación de la competencia judicial internacional, podría considerarse que *prima facie* no existen razones para limitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. La jurisprudencia chilena ha reconocido la validez de pactos de sumisión incluso en asuntos que en otros sistemas jurídicos son considerados de sumisión prohibida, por ejemplo, en materias familiares. No obstante, no se trataría de una jurisprudencia uniforme, ya que la Corte Suprema igualmente ha extrapolado las normas que regulan la prórroga la competencia para declarar la invalidez de los pactos de sumisión respecto de asuntos de derecho de familia.⁷⁸

Dicho ello, en el derecho chileno las partes no pueden celebrar pactos de sumisión respecto de materias de competencia exclusiva de ciertos tribunales, v.gr. libre competencia (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), protección del medioambiente (Tribunales Ambientales), derecho penal (Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal), etcétera. Lo mismo sucederá respecto de los asuntos que otros ordenamientos jurídicos declaren de competencia exclusiva de sus tribunales de justicia.

A pesar de la relevancia mayúscula que tienen los pactos de sumisión en el comercio internacional contemporáneo, no siempre fue pacífico que los pactos de sumisión son válidos en el ordenamiento jurídico chileno. Por cierto, hasta principios del presente siglo gran parte de la doctrina y jurisprudencia los entendía inválidos por adolecer de objeto

⁷⁶ Para consultar otros tratados internacionales suscritos por Chile de carácter particular y que benefician a determinados organismos internacionales, véase PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “Inmunidad de jurisdicción”, en *Oficio Fiscalía Nacional No. 0658/2014*, 2014.

⁷⁷ Decreto Ley N° 2.349 de 1978, que establece normas para los contratos internacionales del sector público.

⁷⁸ No sería posible la prórroga de la competencia entre un tribunal ordinario y otro especial. El artículo 182 COT establece que la prórroga de competencia sólo procede en primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de negocios contenciosos civiles.

ilícito. En un fallo de 1999, la Corte Suprema declaró la invalidez de un pacto de sumisión citando el artículo 1462 CC para dichos efectos.⁷⁹

Artículo 1462 CC. “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”.

RAMÍREZ NECOCHEA critica dicha interpretación. El artículo 1462 CC no puede constituir un impedimento para la sumisión a un tribunal extranjero: “No puede sostenerse que los tribunales de otro país, como por ejemplo de Francia, al que se sometan las partes, constituyen una jurisdicción no reconocida por el Estado. Si Chile reconoce al Estado francés, reconoce obviamente a su Poder Judicial. Por lo demás, hay un reconocimiento implícito de los tribunales de los otros países en el propio Código de Procedimiento Civil, que fija reglas para el reconocimiento en Chile de las sentencias pronunciadas por esos tribunales”.⁸⁰ Al expresar “*jurisdicción no reconocida*”, el artículo 1462 CC se referiría a Estados cuya soberanía no ha sido reconocida, mas no el resto de los Estados.

Actualmente, la doctrina está conteste en reconocer la validez de los pactos de elección a la luz de la promulgación y adopción de variados cuerpos normativos que regulan estos pactos.

Fuentes que reconocen la validez de los pactos de elección de foro:

- Código de Derecho Internacional Privado (artículo 318 y siguientes): el CDIPr reconoce expresamente los pactos de sumisión. Podría considerarse como única salvedad que el CDIPr solo aplica a algunos países americanos.
- Decreto Ley N° 2.349 del año 1978 que establece normas para contratos internacionales del sector público (artículo 1 inciso 2°): “Son igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se hayan sometido o se sometan diferendos de tales contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos en mecanismos arbitrales preestablecidos o en el respectivo contrato, como también las estipulaciones por las que se haya fijado o se fije domicilio especial y se haya designado o se designe mandatario en el extranjero para los efectos del contrato”. Este Decreto Ley permite que las empresas del Estado, instituciones y agencias públicas puedan celebrar contratos internacionales, además de someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros. En virtud de este Decreto Ley, el Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción.
- Ley N° 19.971 sobre arbitraje internacional comercial (artículo 7): reconoce los acuerdos arbitrales internacionales. Si las partes fijan la sede del arbitraje en el extranjero, se reconoce que el arbitraje comercial internacional al que se someten las partes podrá ser supervisado y controlado por tribunales estatales extranjeros.
- Convención de Nueva York del año 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras: reconoce la validez de los acuerdos arbitrales de arbitraje comercial internacional.
- Convención Interamericana de Panamá del año 1975 sobre arbitraje comercial internacional: reconoce la validez de los acuerdos arbitrales de arbitraje comercial internacional.

4. Tratados internacionales: el Código de Derecho Internacional Privado

El CDIPr solo tiene aplicación respecto de partes que provengan de Estados miembros de la Convención. En caso de suscitarse una controversia de Derecho Internacional Privado, y de ser aplicable el CDIPr, el tribunal deberá, (i) determinar si las partes han celebrado un pacto de sumisión, y si dicho acuerdo cumple con los requisitos establecidos

⁷⁹ Sentencia de la Corte Suprema, 25 de enero de 1999, *Broom y Cía. con Exportadora Frutícola Antumala*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVI, secc. 1ª, p.12.

⁸⁰ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, *Derecho Internacional Privado*, Santiago, LegalPublishing, 2009, p. 213.

en el Código; y (ii) de no haberse celebrado pacto de sumisión, el tribunal deberá aplicar las normas de competencia judicial internacional.

Requisitos del pacto de sumisión:

- Tribunal ubicado en Estado miembro (artículo 318 CDIPr): “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio”.
- Sumisión no debe estar prohibida (artículo 318 CDIPr): “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente (...) salvo el derecho local contrario”.
- Acciones reales o mixtas no pueden ser de competencia privativa (artículo 318 inciso 2º CDIPr): “La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación”.
- Mismo tipo de jurisdicción y grado (artículo 319 CDIPr): “La sumisión sólo podrá hacerse a juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de igual clase de negocios y en el mismo grado”.

Normas de competencia judicial internacional: el CDIPr establece normas que se distinguen según la clasificación de las acciones intentadas por las partes.

- Acciones personales (artículo 323 CDIPr): “Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia”.
- Acciones reales:
 - Bienes muebles (artículo 324 CDIPr): “Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes muebles será competente el juez de la situación, y si no fuere conocida del demandante, el del domicilio, y en su defecto el de la residencia del demandado”.
 - Bienes inmuebles (artículo 325 CDIPr): “Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes inmuebles y para el de las acciones mixtas de deslinde y división de la comunidad, será juez competente el de la situación de los bienes”.
 - Bienes situados en más de un Estado contratante (artículo 326 CDIPr): “Si en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores hubiere bienes situados en más de un Estado contratante podrá acudir a los jueces de cualquiera de ellos, salvo que lo prohíba para los inmuebles la ley de la situación”.

5. Derecho interno de competencia judicial internacional

La competencia judicial internacional está regulada por el derecho internacional privado chileno en solo tres normas de derecho interno:

- Tribunal competente para conocer de sucesión (artículo 148 COT): “Será juez competente para conocer del juicio de petición de herencia, del de desheredamiento y del de validez o nulidad de disposiciones testamentarias, el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto con arreglo a lo dispuesto por el artículo 955 del Código Civil. El mismo juez será también competente para conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado”.
- Tribunal competente para conocer la posesión efectiva respecto de bienes situados en Chile (artículo 149 COT): “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 hubiere tenido”.

- Tribunal competente para la declaración de muerte presunta (artículo 81 N° 1 CC): “La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido a lo menos cinco años”.

B. FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIAS PENALES

Es necesario examinar de qué manera el Ministerio Público puede investigar los hechos antijurídicos, típicos y culpables acaecidos en el extranjero. El artículo 6 COT establece los hechos perseguibles, excluyendo las faltas. La ley entrega competencia a los tribunales chilenos en materia penal para conocer de estos hechos respecto de diez distintos delitos.

En materia penal, el hecho de que el Ministerio Público formalice en ausencia de los delincuentes que se hayan dado a la fuga en el extranjero, no obsta que los tribunales extranjeros inicien una investigación en su territorio. Ambas fiscalías pueden, por cierto, colaborar y ayudarse mutuamente. Pueden incluso pronunciarse dos sentencias. Lo que no puede ocurrir es el pronunciamiento de dos sentencias condenatorias en virtud de los mismos hechos. Lo anterior suscita la existencia de las investigaciones penales conjuntas: el Código de Procedimiento Civil en su artículo primero reconoce validez a las sentencias penales extranjeras, por lo que de llegar una sentencia dictada en el extranjero a Chile, se acaba el procedimiento en Chile. En algunos países de Europa (Italia, Dinamarca), son válidas las sentencias dictadas en rebeldía en razón del Derecho Internacional de Derechos Humanos, pero acá no tienen ningún valor. Si el imputado se va al territorio italiano, va a tener que cumplir las sentencias. Chile sí reconoce la validez de sentencias extranjeras, entonces si hay una en Chile que no vale, valdrá la extranjera.

Quedan sometidos a la jurisdicción chilena a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República (artículo 6 COT):

- 1° Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones.
 - Inmunidad de jurisdicción: que los agentes diplomáticos y consulares gocen de inmunidad de jurisdicción no se traduce en inmunidad de investigación. Todo acto del Ministerio Público que realice sin autorización de un tribunal no importa necesariamente su nulidad ni significa de forma alguna que su actuación sea ilegal. El fiscal no puede obligar al agente a que concurra a diligencias probatorias, pero puede citar a los funcionarios policiales que intervinieron en el presunto delito para que realicen su declaración. El Ministerio Público deberá realizar una denuncia internacional al país de origen, comunicarse a través de la Cancillería. El Ministerio Público, de esta forma, remite los antecedentes al país de origen del agente.
 - Competencia extraterritorial de los tribunales chilenos: si bien los tribunales chilenos no pueden juzgar los delitos cometidos por agentes diplomáticos o consulares en Chile, sí tienen competencia para conocer de los delitos cometidos por agentes diplomáticos o consulares chilenos en el extranjero.
 - Renuncia a la inmunidad de jurisdicción: es posible que un Estado renuncie a la extradición de uno de sus nacionales por la comisión de un delito en Chile. En dicho caso, el Ministerio Público chileno está autorizado para investigar, conocer y juzgar el delito cometido por el extranjero. Para ello, es necesario que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción sea expresa (artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”).
- 2° La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República y el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile.

- 3° Los que van contra la soberanía o contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados y los contemplados en el Párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República.
- 4° Los cometidos, por chilenos o extranjeros, a bordo de un buque chileno en alta mar, o a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia;
- 5° La falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República;
- 6° Los delitos cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró.⁸¹
- 7° La piratería.
- 8° Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias.
- 9° Los sancionados por el Título I del Decreto N° 5.839, de 30 de septiembre de 1948, que fijó el texto definitivo de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, cometidos por chilenos o por extranjeros al servicio de la República.
- 10° Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis n°1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile; y el contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años.

⁸¹ La Fiscalía con competencia para conocer delitos en el extranjero respecto de esta causal es la Fiscalía Centro Norte. El artículo 167 COT establece que los tribunales competentes para conocer de la generalidad de estos delitos son los tribunales de Santiago. El tribunal competente es el tribunal de turno, turno que se fija por un Auto Acordado.

CAPÍTULO TERCERO – DERECHO APLICABLE (SEGUNDO PILAR)

SUBCAPÍTULO PRIMERO – PARTE GENERAL

I. INTRODUCCIÓN

Una vez establecida la competencia en el tribunal chileno, nace la pregunta de cómo deberá el juez resolver el conflicto con elemento internacional. Para ello, el juez deberá examinar qué derecho es el aplicable al caso o supuesto jurídico en concreto. Es fundamental que se tenga presente a todo momento que el análisis parte desde el punto de vista del tribunal chileno, ya que este aplicará las normas chilenas de Derecho Internacional Privado. Si el juez define que el derecho que regula el conflicto es el extranjero, surge luego la duda de cómo se aplica y prueba dicho derecho en Chile.

Por ejemplo, en un caso sucesorio complejo, ¿qué tiene que hacer el tribunal chileno cuando existen al menos seis derechos hipotéticos aplicables y el derecho de cada uno de esos países (Italia, Francia, Perú, Argentina y Chile) se atribuye aptitud para regular esa materia? El causante es italiano, pero murió en Chile teniendo su último domicilio en Santiago, dejando bienes en Argentina, Chile y Perú, y dejando parientes en Chile y Francia. La ley italiana establece que regirá la sucesión de sus nacionales, pero la ley chilena establece que regirá la sucesión la ley del último domicilio del causante. La regla es clara: el tribunal chileno solo tiene una obligación, esto es, aplicar el derecho chileno. El problema se presenta cuando el derecho chileno ordena al tribunal chileno aplicar derecho extranjero. Si el causante muere con su último domicilio en Italia, y la propia ley chilena dice que debe aplicar el derecho italiano a tenor del artículo 955 CC, el tribunal chileno no aplicará directamente el derecho sustantivo chileno, sino que, por su propia disposición, se remitirá al derecho extranjero. En otras palabras, aplicándose el derecho chileno (artículo 955 CC), deberá aplicar el derecho extranjero.

¿Qué ocurre si el causante otorgó testamento en Argentina? ¿varía la solución antes alcanzada? Es posible que el testador, en una de las disposiciones testamentarias, haya manifestado su voluntad en el sentido de aplicar el derecho sucesorio francés al testamento. ¿Es válida dicha cláusula de elección de ley?

Sumado a los problemas anteriormente identificados, la relación privada internacional encontrará nuevas dificultades al tener que considerar la situación de los bienes y de los parientes. La regulación de Derecho Internacional Privado de los países involucrados puede y suele variar significativamente al momento de determinar el derecho aplicable a las relaciones de familia y a los bienes.

Para determinar el derecho aplicable a un problema de Derecho Internacional Privado, es primero necesario definir si es posible reconocer a los privados la facultad de elegir el derecho a través del ejercicio de su autonomía. De ser posible, debe precisarse hasta qué límite y en qué supuestos de hecho pueden las partes autorregular la situación. En segundo lugar, de no haberse elegido ley por las partes o de no ser admitida dicha posibilidad, es necesario identificar los mecanismos legislativos que permitan determinar el derecho a la relación jurídica privada e internacional.

II. TEORÍA DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE Y AUTONOMÍA DE LAS PARTES⁸²

A. INTERACCIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA LEY Y EL DERECHO OBJETIVO

El ejercicio de la autonomía de la voluntad en el sentido de elegir el derecho aplicable a una situación privada internacional es posible de justificar teóricamente desde los postulados liberales del contractualismo clásico.

La cláusula de elección de ley tiene sus raíces en el derecho pre gubernamental de los individuos a someterse a un determinado orden jurídico positivo mediante actos de voluntad privada. Este derecho es justificable para asuntos transfronterizos que, por su naturaleza, tienen conexión con más de un ordenamiento jurídico. En tales casos, el

⁸² BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 205-208.

derecho positivo de los distintos sistemas jurídicos individuales no facilita que se produzca el resultado que lógicamente es buscado por las partes, a saber, la creación de seguridad jurídica.

La pretensión privada de seguridad jurídica se deriva de una serie de derechos humanos. En un contexto multijurisdiccional, este objetivo solo puede lograrse a través de una estipulación de entrada, un acuerdo de autocumplimiento o de disposición, celebrado por las partes. En este sentido, la autonomía de las partes refleja el carácter pregubernamental de la libertad individual.

Este entendimiento, por el contrario, no puede justificar la libertad de elección para asuntos puramente domésticos. Aquí el derecho nacional del Estado afectado es capaz de proporcionar a los particulares un marco homogéneo bajo el cual ordenar sus relaciones en condiciones de seguridad jurídica.

En otros aspectos, el fundamento de la autonomía de las partes como un derecho individual, atribuible a la ley natural y más recientemente a los derechos humanos, solo puede explicar el núcleo mismo de la elección de la ley como tal, pero no las innumerables limitaciones, las modalidades ni su alcance específico. Así como los defensores de una comprensión totalmente positivista y derivada de la autonomía de las partes deben reconocer que la importancia es inherente en última instancia a la voluntad del individuo, *a priori*, las concepciones de derecho natural o de derechos humanos de la autonomía de las partes no explican satisfactoriamente su alcance a menos que simultáneamente se tenga en cuenta la voluntad política de los respectivos órganos legislativos, expresada por el derecho positivo de los sistemas jurídicos individuales. Un cuadro completo y confiable solo se desarrolla cuando la autonomía pregubernamental se entiende en coexistencia con las variadas limitaciones que impone el derecho objetivo de las naciones individuales.

Estas conclusiones de Derecho Internacional Privado coinciden ampliamente con la coexistencia de la “creación de leyes” privadas y estatales con respecto al Derecho Privado sustantivo. La elaboración privada de normas es una necesidad incuestionable en el mundo económico contemporáneo desde que la dinámica del mercado confiera al sector privado ventajas sobre su contraparte pública en términos de conocimiento emergente. La necesidad de regulación se registra primero en el ámbito privado. La legislación estatal necesariamente va necesariamente por detrás, reaccionando cuando los procesos del mercado revelan que los arreglos privados han sido perjudiciales para los participantes más débiles del mercado o para terceros, o que el interés público en el funcionamiento del mercado o en otros aspectos (relacionados con el bien público) está siendo afectado. Así como los legisladores estatales deben intervenir en esas situaciones con un derecho cuidadosamente diseñado, también en el Derecho Internacional Privado tienen la tarea análoga de diseñar e imponer restricciones específicas a la libertad de elección. Por supuesto, una tarea adicional corresponde al derecho estatal cuando los particulares no hacen uso de su libertad para designar la ley que rige sus relaciones jurídicas, dando lugar a la aplicación de los métodos de reglamentación del Derecho Internacional Privado.

B. EL ALCANCE DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

La división del trabajo entre la autonomía de las partes y el derecho positivo de los ordenamientos jurídicos individuales que marca sus límites no se limita, en principio, a las obligaciones contractuales. Más bien, la teoría jurídica subyacente tiene una aplicación general en todas aquellas áreas en las que los particulares son capaces de crear relaciones y consecuencias jurídicas sin la participación constitutiva de las autoridades públicas. Esto es particularmente cierto para muchas áreas del derecho de familia transfronterizo, pero también en los campos del derecho de sucesiones, de la responsabilidad extracontractual y, en cierta medida, también para derecho de propiedad y el derecho de sociedades.

Una teoría del Derecho Internacional Privado que promueva deliberadamente el desarrollo legal en una perspectiva *ex ante* en oposición a una que simplemente ofrezca una explicación *ex post* de los cambios ya observados, debería aceptar la legitimidad fundamental y la superioridad de la libertad de elección. Dado que las normas de Derecho Internacional

Privado han surgido, más bien, en una visión *ex post* de los casos presentados ante los tribunales, una Teoría de Derecho Internacional Privado que considere las consecuencias de la globalización económica requiere un enfoque e investigación diferente. Debe tener como objetivo la identificación del espacio que dejan las normas de conflicto existentes para los acuerdos privados sobre la ley aplicable. Esto implica la necesidad de profundizar en los factores de conexión regulares dictados por el Derecho Internacional Privado vigente.

Muchas reglas de conflicto han surgido como soluciones predeterminadas diseñadas para casos en los que las partes privadas involucradas no han aclarado el marco legal de sus actividades *ex ante* o cuando eso no pudo hacerse debido a la participación de terceros. A la luz de la reformulación teórica del Derecho Internacional Privado, existe una tendencia creciente hacia el reconocimiento de la autonomía de los partidos. Las restricciones específicas a la autonomía de las partes que los Estados han puesto en vigor en áreas legales individuales pueden luego, en un paso secundario, ser examinadas.

Para la concepción de la libertad individual que prevalece desde la Ilustración europea y que ahora encuentra expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el reconocimiento de la libre elección de la ley como el método principal para ordenar las relaciones jurídicas internacionales dentro de los sistemas jurídicos individuales sigue siendo la consideración primordial. Sin embargo, esta visión no reduce la importancia de la intervención del Estado como salvaguarda de la justicia en áreas particulares, particularmente donde el interés público tiene mayor presencia.

III. MÉTODOS DE REGLAMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Para fijar qué derecho es el aplicable a las situaciones jurídicas privadas e internacionales, el Derecho Internacional Privado se sirve de distintas técnicas o métodos de reglamentación normativa. A este conjunto de métodos la literatura denomina *pluralismo metodológico*. Luego de examinarse su evolución histórica, y a pesar de las múltiples y variopintas posturas que emanan de la abundante literatura del último siglo, no existen sino tres principales respuestas para efectos de la determinación del derecho:

- Método conflictual: aplicación de normas de conflicto que permiten la determinación del derecho a través de (i) la delimitación del alcance personal o territorial de las normas locales potencialmente aplicables (enfoque unilateral); o de (ii) la localización de la sede de la relación jurídica con elemento internacional en uno de los distintos ordenamientos jurídicos involucrados (enfoque bilateral).
- Método imperativo: aplicación de normas imperativas para efectos de proteger un determinado modelo social, es decir, valores e instituciones jurídicas consideradas como fundamentales para la existencia misma de un sistema jurídico.
- Método material: aplicación de normas que reglamentan directamente las relaciones jurídicas multinacionales.

A. MÉTODO CONFLICTUAL

1. SAVIGNY y el cambio de paradigma

El método conflictual es famosamente atribuido a Friedrich Karl VON SAVIGNY, quien en su obra *Sistema del Derecho Romano Actual* (*System des heutigen römischen Rechts*) introduce la norma de conflicto multilateral como el nuevo paradigma del Derecho Internacional Privado. El método conflictual importaría una superación del sistema estatutario medioeval caracterizado por su unilateralismo y localismo. El modelo estatutario procuraba determinar el alcance espacial de la *lex fori*, vale decir, el alcance de la soberanía estatal, a través del análisis de las normas jurídicas existentes. Luego, el sistema *savigniano* propuso que, a través de la instauración de una norma de carácter formal, general y abstracto, sería posible determinar el asiento de una relación jurídica respecto de todas las legislaciones existentes. A partir de las distintas categorías del Derecho Privado, el legislador tendría la labor de ofrecer una solución universal a cada institución, siendo cada una de ellas regulada por un derecho único y adecuado en base a determinados factores de conexión unívocos aplicables.

La norma de conflicto se convierte en el tipo normativo más utilizado por todas legislaciones del mundo, definida como “aquella norma de Derecho Internacional Privado que localiza la situación privada internacional en un concreto Estado, cuyo ordenamiento jurídico debe regular dicha situación privada internacional”.⁸³

El método conflictual supuso una verdadera *revolución copernicana*⁸⁴ en el Derecho Internacional Privado, presentando virtudes innegables:⁸⁵ en primer lugar, supuso abandonar el análisis casuístico y asistemático de los supuestos *iusprivatistas* internacionales. En segundo lugar, incorpora el método localizador, que consiste en ubicar la *sede de la relación jurídica* en un país determinado, para luego aplicar la solución material existente en el derecho de dicho país. Este método se destaca por ser eficiente y seguro. En tercer lugar, colaboró en generar la armonización de las soluciones a los problemas de la materia en los distintos sistemas jurídicos. En cuarto lugar, SAVIGNY legó la noción de “Comunidad de Derecho de Gentes” (*Völkerrechtliche Gemeinschaft*)⁸⁶, que afirma el pie de igualdad existente entre el Derecho del Foro y el Derecho Extranjero, por ende, reconociendo que todas las legislaciones son igualmente capaces de ser aplicadas por otros países en los casos internacionales. En definitiva, la adopción del método conflictual permitió establecer mayor racionalidad de las soluciones y, sobre todo, mayor seguridad jurídica frente a los problemas propios del Derecho Internacional Privado, toda vez que las normas de conflicto describen claramente el derecho aplicable a la relación jurídica con caracteres internacionales.

La formulación conflictualista está ante todo inspirada por la filosofía kantiana y el pensamiento decimonónico caracterizado por su positivismo y racionalismo. El paradigma moderno se particulariza por su búsqueda de soluciones universales, y en el marco del Derecho Internacional Privado, la modernidad se manifestó en la creación y adopción de normas de conflicto en un importante número de legislaciones del mundo.

2. Características de la norma de conflicto

La norma de conflicto *savigniana*, en su formulación original, estaba principalmente caracterizada por cuatro particularidades: su automaticidad, su carácter abstracto, su neutralidad axiológica y, en general, su multilateralidad.⁸⁷

- Automática: el método localizador resuelve el problema al ubicar la sede de la relación jurídica. Al conocer de una controversia de Derecho Internacional Privado, el juez debe reconocer cuál es la categoría de Derecho Privado específica que está involucrada, para luego aplicar el derecho que la norma de conflicto ordena.
- Abstracta: no es necesario un examen pormenorizado de las circunstancias presentes en la relación jurídica y, por lo tanto, la norma de conflicto se aplica de forma genérica con independencia de las diferencias que caso a caso puede observarse en una misma categoría. De esta forma, por ejemplo, no son relevantes las dimensiones, el valor, las cualidades intrínsecas o cualquier otro tipo de particularidad que presente un bien determinado: los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación (*lex rei sitae*).
- Neutra: al aplicar la norma de conflicto, el juez no realiza una averiguación material o sustancial de la consecuencia jurídica. No se estudia la justicia de la solución material al caso, ni los principios que la justifican, ni los objetivos que el ordenamiento jurídico tuvo para establecer dicha solución. El juez se limita únicamente a aplicar el derecho que ordena la norma de conflicto, y de ningún modo interviene por consideraciones axiológicas o políticas. Se dice que el método conflictual es *indirecto*, ya que la norma de conflicto “no proporciona una solución material al litigio derivado de la situación privada internacional. La norma de conflicto se limita a situar dicha situación privada internacional en un país determinado”.⁸⁸ Esta idea es afín a

⁸³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 424.

⁸⁴ NEUHAUS, Paul, “Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache”, en *RechtsZ*, Vol. 15 (1949), pp. 346-381.

⁸⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “La norma de conflicto del siglo XXI” en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.; SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; VIRGÓS SORIANO, M.; AMORES CONRADI, M.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.; ÁLVAREZ RUBIO, J. (coords.), *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, 2005, pp. 1339 y 1340.

⁸⁶ SAVIGNY consideraba que “los Derechos de los países occidentales forman una comunidad de Derecho con raíces comunes en el cristianismo y en el Derecho Romano”. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.* p. 428.

⁸⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, pp. 429 y 430.

⁸⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 404.

la tesis de MONTESQUIEU sobre la aplicación de la ley, quien defendería en *Del espíritu de las Leyes* que “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.⁸⁹ La crítica de la injusticia de la norma de conflicto no debe adjudicársele al tribunal, sino que debe dirigirse en contra de la elección legislativa del factor de conexión utilizado. Son las normas jurídicas las que tienen el deber de proporcionar soluciones justas. Las normas de conflicto, empero, no son *sustantivamente* justas ni injustas. Si ha de hablarse de la *justicia de la norma de conflicto* o *justicia conflictual*, ella dice relación con la manera en que está configurada la norma de conflicto, pero no con la forma en que se resuelve la contienda en concreto. En fin, la aplicación de la norma de conflicto no se asocia con los valores del sistema jurídico.

- Multilateral: la descripción de la disposición remite la decisión material del supuesto de hecho a la *lex fori* o a la *lex causae*, o sea, al derecho del foro o al derecho extranjero respectivamente. La norma de conflicto no discrimina, y entiende igualmente aplicable a ambas legislaciones. Se dice que es generalmente multilateral, toda vez que existen normas de conflicto unilaterales, es decir, que regulan solamente los supuestos de hecho ocurridos en un Estado, omitiendo pronunciamiento de las situaciones extra-estatales. La consagración normativa del principio de territorialidad es, ciertamente, el ejemplo clásico de una norma de conflicto unilateral.⁹⁰

3. Estructura de la norma de conflicto

La norma de conflicto está compuesta de tres elementos: el supuesto de hecho, el factor de conexión y la consecuencia jurídica.

*“La norma de conflicto como toda norma jurídica tiene una estructura bímembre que, en su tipo legal, describe las circunstancias de hecho del caso insprivatista multinacional captado o un aspecto de él y, en su consecuencia jurídica, prescribe la solución del caso a través de la elección indirecta del derecho que habrá resolverlo. Se trata pues, de materializar la elección justa, de un derecho próximo al caso. Esa elección aparece indicada en el punto de conexión, y lo conectado es el derecho elegido o derecho aplicable, que dará la solución al caso”.*⁹¹

Ejemplos de la estructura de normas de conflicto en el sistema jurídico chileno pueden encontrarse en las siguientes reglas:

- El artículo 15 N° 1 CC regula la capacidad de las personas. El supuesto de hecho es la capacidad, el factor de conexión es la nacionalidad, y la consecuencia jurídica es la aplicación de la ley chilena respecto de los chilenos. Se trata de una norma de conflicto unilateral.
- El artículo 16 CC regula la situación de los bienes. El supuesto de hecho son los bienes, el factor de conexión es la ubicación de los bienes, y la consecuencia jurídica es la aplicación de la ley chilena o extranjera dependiendo de la ubicación. Se trata de una norma de conflicto unilateral.
- El artículo 955 CC regula la sucesión. El supuesto de hecho es la sucesión, el factor de conexión es el último domicilio del causante, y la consecuencia jurídica es la aplicación de la ley del lugar del último domicilio. Se trata de una norma de conflicto bilateral.
- El artículo 80 LMC regula el matrimonio con elemento internacional. El supuesto de hecho es el matrimonio, el factor de conexión es el lugar de celebración del matrimonio, y la consecuencia jurídica es la aplicación de la ley de dicho lugar. Se trata de una norma de conflicto bilateral.

⁸⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI, Madrid, Tecnos, 1984 [1748], p. 112

⁹⁰ El artículo 14 CC establece que la ley (chilena) es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Ahora bien, no queda claro cuál es la ley aplicable a chilenos o extranjeros que no habitan el territorio chileno. Esta omisión se salva con distintas disposiciones del CDIPr que *bilateralizan* normas aparentemente unilaterales. En materia de capacidad, por ejemplo, los artículos 7 y 27 establecen la norma de conflicto aplicable a la situación del extranjero en el extranjero.

⁹¹ UZAL PUIG, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2016, p. 80.

3.1. Supuesto de hecho

El supuesto de hecho de la norma de conflicto es la categoría de Derecho Privado presente en la relación jurídica analizada. En concreto, el supuesto de hecho puede consistir en obligaciones, actos jurídicos y contratos, derechos reales, capacidad, sucesiones, derechos de la persona y de familia, responsabilidad extracontractual, derecho societario, derecho de propiedad intelectual, inclusive, algunos casos de derecho de la libre competencia, tributación internacional, etcétera.

El supuesto de hecho puede tener un carácter más bien general—tal y como las normas de conflicto clásicas—,⁹² o puede tener un carácter especializado. Últimamente han aparecido normas de conflicto cuyos supuestos de hecho son de naturaleza especializada.⁹³

3.2. Factor de conexión

El factor de conexión (*Anknüpfungspunkt*, *collegamento*, *rattachement*, *connecting factor*) es la circunstancia que enlaza el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica. En otras palabras, es el elemento de la norma de conflicto que posibilita la vinculación de la categoría determinada de Derecho Privado con la aplicación del derecho del país al que se le envía la solución del caso en cuestión. En definitiva, es el elemento internacional que localiza espacialmente la relación jurídica.

Criterios de clasificación:⁹⁴

- Criterio de la variabilidad en el tiempo:
 - Puntos de conexión mutables: son aquellas circunstancias que son susceptibles de cambiar con el transcurso del tiempo, normalmente vinculadas con la variabilidad de la persona. Por ejemplo, la nacionalidad de la persona, la residencia habitual o el domicilio.
 - Puntos de conexión inmutables: son aquellas condiciones que por su naturaleza fáctica no cambian con el tiempo, aun en contra de la voluntad del sujeto. Por ejemplo, el lugar de la celebración del contrato (*lex celebrationis*), el lugar de la perpetuación del delito (*lex loci delicti*), el lugar en que se encuentran situados los bienes (*lex rei sitae*), etcétera.
- Criterio del modo de funcionamiento:
 - Factores de conexión únicos: se caracterizan por constituir una sola circunstancia que localiza la sede de la relación jurídica. Esta es, por regla general, la fórmula adoptada por Andrés Bello en el Código Civil chileno, que sigue la ideología *savigniana* y conflictualista.
 - Puntos de conexión múltiples: suponen la configuración de una norma de conflicto que presenta dos o más circunstancias idóneas para localizar espacialmente la relación jurídica. Estos factores pueden, a su vez, subdividirse en los siguientes factores:
 - Factores de conexión múltiples alternativos: la norma de conflicto establece dos o más circunstancias que son igualmente susceptibles de determinar la ley aplicable al fondo.⁹⁵

⁹² El Código Civil consagra normas de conflicto notablemente genéricas. El artículo 955 inciso 2° establece que la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, aplicándose en consecuencia la ley del domicilio en todo lo que guarde relación a la sucesión, sea testada o intestada. Por otro lado, el artículo 16 inciso 1° establece que los *bienes* situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, con independencia de si son bienes muebles, inmuebles, corporales o incorporeales, y respecto de los últimos, de si son reales o personales.

⁹³ Véase el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). El artículo 12.2, que regula el ámbito de la ley aplicable, establece que en lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento. Es decir, se regula específicamente la ley aplicable a las modalidades del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

⁹⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, pp. 436-440.

⁹⁵ El artículo 3638 del Código Civil argentino comprende tres distintos factores de conexión en la sucesión testada, disponiendo que el testamento otorgado en el extranjero es válido en Argentina si fue hecho en observancia de la ley de la residencia del causante, de la ley de la Nación a la que pertenezca, o de la ley argentina.

- Factores de conexión múltiples en cascada: puede ocurrir que un mismo supuesto de hecho presenta varios elementos extranjeros que son relevantes al momento de determinar el derecho aplicable, por lo que la norma de conflicto incorpora diferentes factores de conexión para efectos de aplicar soluciones distintas en virtud de las diversas combinaciones de los elementos internacionales.⁹⁶
 - Factores de conexión múltiples cumulativos: una norma de conflicto puede localizar espacialmente la sede de la relación jurídica en más de un ordenamiento jurídico. Así, puede aplicar el derecho de la *lex fori* respecto de un aspecto de la relación jurídica, y aplicar el derecho de la *lex causae* respecto de otro. O también, la norma de conflicto puede exigir que la solución material existente en el derecho nacional y en el derecho extranjero sean idénticas para efectos de su aplicación.⁹⁷
 - Factores de conexión múltiples jerarquizados: con motivo de asegurar que la norma de conflicto opere, el legislador puede optar por establecer varias circunstancias que actúen subsidiariamente y en orden de prelación en caso de que no se verifique el factor de conexión principal.⁹⁸
- Criterio de la naturaleza del factor de conexión:
- Factores de conexión fácticos y jurídicos:
 - Factores de conexión fácticos: la circunstancia invocada por la norma de conflicto es propia del mundo físico y se verifica por su constatación epistémica. Por ejemplo, el lugar en que se ubican los bienes, el lugar de la celebración del matrimonio, el lugar de perpetuación del delito, o la residencia habitual de los cónyuges al momento de la interposición de la demanda.
 - Factores de conexión jurídicos: la circunstancia, en este caso, posee cualidades que el mismo Derecho define, requiriendo en consecuencia que el tribunal desentrañe el contenido del punto de conexión. Entre estos supuestos pueden nombrarse el domicilio o nacionalidad de una persona.
 - Factores de conexión subjetivos u objetivos:
 - Factores de conexión subjetivos o personales: la vinculación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se logra a través de un factor que mira a la persona. Así, el derecho aplicable dependerá del sujeto en cuestión, con independencia del lugar en que se encuentre. Por ejemplo, en materia de capacidad, la legislación chilena es aplicable al chileno con independencia de si se encuentra en Chile o en el extranjero, si los actos que celebra tienen efectos en Chile. Otros ejemplos son la residencia habitual y la nacionalidad.
 - Factores de conexión objetivos o territoriales: la localización de la sede de la relación jurídica se logra a partir de una circunstancia invariable y estática. En vez de preocuparse de la persona, que es inherentemente móvil y variable, los factores de conexión objetivos fijan una condición que opera con independencia de los individuos, esto es, el territorio o la ubicación del supuesto de hecho. Por ejemplo, la situación de los bienes (*lex rei sitae*), el lugar de la

⁹⁶ El Reglamento N° 1259/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, que establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III), establece en su artículo 8 una norma de conflicto que presenta factores de conexión en cascada, a saber: “el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”. En efecto, el legislador identifica cuatro situaciones distintas que pueden ocurrir respecto del mismo supuesto de hecho, contemplando una solución diferente para cada uno de los casos.

⁹⁷ En el Derecho Internacional Privado británico, la ley aplicable a las obligaciones no contractuales ha sido la ley del país donde se ha producido el hecho generador de la responsabilidad y la ley inglesa, al mismo tiempo (*Double Actionability Rule*).⁹⁷

⁹⁸ El Reglamento N° 1259/2010 sirve igualmente de ejemplo.

celebración del matrimonio (*lex locus regit actum*), el lugar de comisión del ilícito (*lex loci delicti commissi*), entre otros.

- Factores de conexión rígidos y flexibles:
 - Factores de conexión rígidos: la aplicación de la norma de conflicto se logra por un simple ejercicio mecánico. Verificado el factor de conexión, el juez localiza la sede de la relación jurídica, sin realizar un examen sobre la proximidad del supuesto de hecho con el ordenamiento jurídico al que se envía la solución del caso.
 - Factores de conexión flexibles: en la actualidad, existen algunos cuerpos normativos que reconocen puntos de conexión que entregan al juez una cuota de discrecionalidad para determinar qué derecho es el que debe aplicarse en una determinada controversia *insprivistista* en atención a las circunstancias. Por lo tanto, la norma de conflicto no se aplica mecánicamente, ya que, para determinar el derecho aplicable, el juez deberá interpretar jurídicamente la situación. El factor de conexión de la *vinculación más estrecha* (*most relevant relationship factor*) está consagrado en distintos instrumentos internacionales (artículo 10 CISG y artículo 9 de la Convención Interamericana de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales) y ha sido incorporado en la estructura de normas de conflicto de las leyes más modernas de Derecho Internacional Privado.
- Factores de conexión localizadores y de orientación material:
 - Factores de conexión localizadores: son los propios de la tradición conflictualista clásica. El juez soluciona el problema de Derecho Internacional Privado aplicando la norma de conflicto, obedeciendo la literalidad de la disposición y sin cuestionar la justicia de la solución. Para ello, localiza espacialmente la relación jurídica en la ley de un determinado país, sea que la solución resulte beneficiosa para el individuo, sea que resulte perjudicial.
 - Factores de conexión materialmente orientados: las normas de conflicto materialmente orientadas (*content oriented choice of law rules*) facultan al juez para que examine comparativamente la justicia de las soluciones existentes en la ley nacional y la ley extranjera respecto del mismo supuesto de hecho para luego aplicar la que resulte más adecuada en atención a las circunstancias. Esta posibilidad se consigue precisamente por el reconocimiento de factores de conexión laxos, adoptando la modalidad de puntos alternativos o jerarquizados que se prefieren dependiendo del contenido material de cada opción. Otra de las formas que se ha adoptado para orientar materialmente una norma de conflicto es limitar la autonomía de la voluntad de los particulares para auto-regular sus relaciones jurídicas en situaciones en que se observa la existencia de una parte más débil.⁹⁹

3.3. Consecuencia jurídica

La consecuencia jurídica de la norma de conflicto es la aplicación del derecho determinado que la norma de conflicto especifica. La legislación aplicable puede ser tanto la ley del Estado que conoce de la controversia como la ley del Estado extranjero, y ello dependerá del factor o punto de conexión utilizado.

Cabe recordar que uno de los fundamentos trascendentales del método conflictual es la igualdad entre el Derecho del Foro y el Derecho Extranjero. Esto es, todas las legislaciones del mundo pueden y deben ser aplicadas en caso de que la norma de conflicto lo exija. Esta ecuanimidad es la que mejor protege los intereses de los individuos, ya que posibilita que las decisiones adoptadas en cualquier país del mundo sean igualmente válidas en otro.

⁹⁹ El Protocolo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, establece que la ley aplicable a las obligaciones alimenticias se rige por regla general por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor (artículo 3). No obstante, se aplicará en reemplazo la *lex fori* si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del Estado de la residencia habitual (artículo 4 N° 2), o viceversa, se aplica la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor si este no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la *lex fori* (artículo 4 N° 3).

“Las leyes de los distintos Estados que regulan relaciones jurídicas entre particulares son expresión de los intereses de los particulares. Constituyen, por tanto, un entramado de reglas que rigen las relaciones interindividuales y que han sido creadas sin iniciativa política de los Estados. Las normas de Derecho Privado son, pues, un precipitado de las costumbres, prácticas y comportamientos socialmente legítimos y útiles. Son normas políticamente neutras, que no reflejan ni transportan políticas del Estado”.¹⁰⁰

La aplicación del derecho extranjero permite resguardar las expectativas del individuo que puede potencialmente desenvolverse en culturas jurídicas distintas. Las diferencias que pueden existir entre las legislaciones del mundo no deben ser obstáculos para los intereses y aspiraciones de los privados. De lo contrario, el escenario mundial sería irrazonablemente localista y separatista, y los individuos deberían asumir el costo de que las relaciones jurídicas constituidas y los contratos celebrados en un cierto Estado solo tienen efectos en ese territorio.

4. La crítica y crisis del método conflictual

El método conflictualista es manifestación de su *Zeitgeist*, de la atmósfera intelectual y cultural de su era. El escenario geopolítico del siglo XIX consistía en Estados-Nación profundamente imbuidos en el pensamiento *laissez-faire*. El liberalismo político y económico pregonaba la no-intervención del Estado en las relaciones de los particulares. La actuación del Estado se justificaba únicamente cuando ella permitía proteger los intereses de los individuos, repudiando que el Estado obstaculizara la consecución de los fines particulares. En efecto, se entendía que el Derecho podía ser una traba a la iniciativa privada. Además, el siglo XIX se caracterizaba por presentar situaciones privadas internacionales de naturaleza *estática*. El comercio y la migración, por ejemplo, eran fenómenos de dimensiones muy distintas a las que existen en la actualidad: “Las situaciones privadas internacionales propias del siglo XIX eran extraordinarias. Se presentan raramente, pues los contactos entre personas de diferentes Estados son esporádicos, circunstanciales y poco frecuentes”.¹⁰¹

La llegada del siglo XX marcaría un hito sin precedentes en la historia del Derecho Internacional Privado. La globalización, en definitiva, precipitaría la denominada *crisis del método conflictual*. El declive del liberalismo clásico *smithiano*, el desarrollo de pensamientos constructivistas y desarrollistas, la transmutación axiológica y la mayor injerencia de los derechos humanos en todos los sistemas normativos, constituyen el germen de una completa reformulación del objeto de estudio de esta rama del Derecho.

El reconocimiento de la pluralidad metodológica es uno de los principales y más importantes efectos del fenómeno descrito. En este nuevo mundo, la norma de conflicto se muestra insuficiente e inidónea para satisfacer adecuadamente los intereses de los individuos. Aún más: el derecho sustantivo de los Estados, en muchas materias, es incapaz de entregar soluciones ajustadas a los agudos cambios culturales de la época. El método material y el imperativo, anteriormente reducido a supuestos excepcionalísimos, surgen como nuevas técnicas de reglamentación que intentan dar respuesta a las deficiencias del método conflictual.

Las afamadas virtudes de la norma de conflicto se transformarían luego en su condena. Su neutralidad sería criticada, rechazándose que la aplicación de la norma de conflicto deba desentenderse de la justicia del fondo. La concepción formalista de MONTESQUIEU del juez como un autómatas-antropomorfo aplicador mecánico de la ley es fuertemente criticada y un nuevo conjunto de valores ingresan en el ordenamiento jurídico. Luego, el carácter abstracto y automático de la norma de conflicto se torna inexacto, ya que las relaciones jurídicas privadas internacionales se hacen cada vez más complejas. Incluso, la multilateralidad de la norma de conflicto se pone en tela de juicio, dejándose ver nuevas normas imperativas y unilaterales que limitan la aplicación del derecho extranjero.

¹⁰⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.* p. 426.

¹⁰¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *ob. cit.*, pp. 1341 y 1432.

Otra de las consecuencias de la globalización y de la llegada de la posmodernidad es la emancipación del individuo del control totalizante del Estado.¹⁰² El Derecho Internacional Privado deja de ser entendido como una subdivisión del Derecho Público cuyo objeto de estudio es el conflicto de leyes como una especie del conflicto de soberanías, y empieza a entenderse como la ciencia de las relaciones jurídicas entre privados en el ámbito internacional. Consiguientemente, y por sobre todas las cosas, su estudio se ocupa de “dotar de previsibilidad y continuidad a dichas relaciones”.¹⁰³ En efecto, la intervención estatal en estas relaciones tiene que tender a la protección de las libertades y de los derechos fundamentales, y de ningún modo a su restricción. A la luz de los importantes cambios que se aprecian en materia de Derecho de la Persona y en Derecho de Familia, los Estados tienen el notable desafío de, por un lado, resguardar los intereses de las personas, y por el otro, de amparar el respeto de los derechos fundamentales o humanos.

Es notorio como a partir de la expansión de la autonomía conflictual se ha desarrollado importantemente el derecho comercial internacional, cuya evolución ha llevado aparejado el aumento de la eficiencia en las transacciones transnacionales y la disminución de los costes de transacción. Empresas, corporaciones transnacionales, profesionales, comerciantes, han desarrollado normas propias a través de la *lex mercatoria*, usos y costumbres que responden a las exigencias surgidas con la globalización económica.

Por último, la internacionalización del capital y la gestación de una nueva revolución tecnológica ha tenido especial repercusión en los fenómenos migratorios a nivel mundial. Progresivamente, los tiempos se acortan y las distancias se estrechan. La comunicación es instantánea y la información asequible. Las sociedades son cada vez más cosmopolitas y multiculturales. Ello claramente evidencia el aumento sostenido que ha habido de las situaciones privadas internacionales y que seguirá incrementando en el futuro corto y lejano. Ahora bien, la multiculturalidad invoca la interrogante inédita sobre el respeto que un Estado debe tener respecto de las prácticas y valores de otra. El *patriotismo constitucional habermasiano* plantea los límites de la tolerancia que se deben los Estados, que es precisamente la protección de los derechos fundamentales de los individuos.¹⁰⁴ De allí que el fraude a la ley y el orden público internacional aparezcan como conceptos de relevancia que hacen posible la restricción de la aplicación del derecho extranjero al comprobarse que la solución de la legislación foránea resulta incompatible con los valores del derecho nacional.

5. Nuevas características de la norma de conflicto

En el contexto del siglo XXI, la norma de conflicto presenta nuevas características:¹⁰⁵

- Especialización: en contraposición a su antiguo carácter abstracto, el método conflictual tiende a la adopción de normas de conflicto que tomen en consideración las circunstancias específicas que rodean al supuesto de hecho. Si anteriormente la ley aplicable a los bienes era la ley del lugar en que se ubicaban, hoy se discute si el principio *lex rei sitae* debe gobernar para efectos de todos los bienes sin distinción, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporeales.
- Flexibilización del factor de conexión: se admite que el juez determine el derecho aplicable a la relación jurídica con cierta discrecionalidad, atendiendo a las distintas soluciones al fondo del asunto que se presenten y eligiendo desde luego el derecho más apropiado. Las *cláusulas de excepción* aparecen también como un vehículo que flexibiliza el método conflictual: “En los casos en los que el Derecho designado por la norma de conflicto no corresponde al país vinculado con el supuesto, este puede no aplicarse y se aplica otro Derecho de otro país más vinculado con el caso”.¹⁰⁶

¹⁰² SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *ob. cit.*, pp. 5-7.

¹⁰³ Idem, p. 6.

¹⁰⁴ Idem, p. 8.

¹⁰⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, pp. 433 y 434.

¹⁰⁶ Ibidem.

- Materialización del resultado: la aplicación de las normas conflictuales se ve morigerada frente al franco y creciente auge de las normas de carácter material derivada de la unificación a nivel internacional. En dicho sentido, las *normas de conflicto materialmente orientadas* son aquellas que incorporan más de un factor de conexión con el objeto de orientarse a una solución justa y adecuada.

B. MÉTODO MATERIAL

1. Descripción del método

El método material es la técnica de reglamentación del Derecho Internacional Privado que, en vez de entregar soluciones universalistas y formalistas, manifiesta directamente la solución aplicable al fondo de la controversia. Es un sistema que procura elaborar un derecho sustantivo específico y adecuado para regular relaciones jurídicas internacionales, esto es, que afectan simultáneamente a más de un ordenamiento jurídico. Es decir, las normas del método material son disposiciones que incorporan en su propia descripción los elementos internacionales involucrados en el supuesto de hecho, cuya solución está especialmente adaptada a la multi-nacionalidad del caso.¹⁰⁷

Estas normas, a diferencia de las de conflicto, no tienen un factor de conexión presente en su estructura. Frente a un determinado supuesto de hecho, la consecuencia jurídica se configura de forma inmediata. Es decir, no hay indicación de un derecho competente, sino que la norma crea directamente la solución al fondo de la situación *iusprivatista* internacional. Por consiguiente, su estudio es más casuístico y excepcional, cuya fuente es esencialmente convencional.

Dichas normas materiales no son las mismas ni coinciden con las normas de derecho sustantivo interno. Así, podría hablarse de la existencia de un régimen paralelo o dual, configurado por el catálogo de soluciones de las normas materiales de Derecho Privado interno, por un lado, y de las normas materiales de Derecho Internacional Privado, por el otro.

Existen autores que han planteado como necesaria la reformulación de la importancia y relación de los métodos de reglamentación entre sí, debiendo en el siglo XXI ser el método material la técnica principal y el método conflictual la herramienta supletoria. En dicho sentido, JUENGER propone el completo abandono del método conflictual por las deficiencias que presenta. Considera que las normas de conflicto reformadas que incorporan un elemento sustantivo como las normas de referencia y las normas de conflicto materialmente orientadas son simples eufemismos para evitar abolir el sistema conflictual. La aplicación de estas normas presenta menos ventajas que la aplicación directa de normas materiales. Agrega que, si el método material no ha reemplazado por completo el método conflictual, es porque ello equivaldría abolir nuestra disciplina, que tiene siglos de antigüedad. El enfoque de derecho sustantivo ha sido percibido como una amenaza al dominio académico sobre el derecho conflictual:

*“Hasta que los académicos cambien su mentalidad, la teoría conflictual tradicional continuará por tanto guiando las plumas judiciales y legislativas. Los docentes, sin embargo, son reacios a repensar convicciones firmes. Rara vez se escucha a alguien retractarse de creencias fervorosamente sostenidas con anterioridad. Confesar el error socavaría la autoridad ganada con esfuerzo establecida por las contribuciones doctrinales. Además, la naturaleza misma del derecho de conflictos de leyes inhibe las reevaluaciones. Si los académicos dominan el campo, el campo también los domina a ellos. El arduo esfuerzo mental requerido para comprender sus sistemas recónditos, conceptos arcanos y terminología abstrusa distrae a los devotos del sistema conflictual no solo de las consecuencias prácticas de los dogmas que defienden, sino también de cuestionar los supuestos en los que se basan”.*¹⁰⁸

¹⁰⁷ UZAL PUIG, María Elsa, *ob. cit.*, p. 156.

¹⁰⁸ JUENGER, Friedrich, “General course on Private International Law”, en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, La Haya, Vol. 193, 1983, p. 319: “Until scholars change their minds, the conflicts wisdom of the past will continue to guide judicial and legislative pens. Teachers, however, are reluctant to rethink firm convictions. Rarely is one heard to recant fondly held beliefs. To confess error would undermine the hard-earned authority established by doctrinal contributions. Moreover, the very nature of conflicts law inhibits reappraisals. If scholars dominate the field, the field also dominates them. The strenuous mental effort required to understand its recondite systems, arcane concepts,

En reemplazo del sistema conflictual, JUENGER recomienda la utilización de un proceso de selección basado en la evaluación cualitativa de las normas jurídicas concurrentes, que se traduce en la adopción del método material. Si este método fuera ampliamente adoptado, produciría mayor previsibilidad y uniformidad que el unilateralismo o multilateralismo conflictual.¹⁰⁹

A pesar de las atendibles críticas de la doctrina al sistema conflictual, pretender que el abanico normativo del método material abarque un listado completo de soluciones, sin vacíos, lagunas o antinomias, es una tarea titánica y enciclopédica que difícilmente puede lograrse y practicarse. La diversidad de principios y valores que orientan y justifican a los distintos sistemas jurídicos dificulta el logro de consensos. En la actualidad, resulta ilusorio que se llegue a un acuerdo mundial, por ejemplo, sobre cómo debe entenderse la institución social de la familia y cómo deben regularse las relaciones entre sus miembros. Por ello, BOGGIANO¹¹⁰ considera que el método conflictual es más bien suplementado por el método material, configurando un Derecho Internacional Privado “cuya axiología no se reduce al respeto positivo del derecho privado extranjero”.¹¹¹ Aceptándose que el método conflictual “no ejerce el monopolio metodológico”¹¹² en la materia, sería irrazonable que se adopte el método material como el único método de reglamentación del Derecho Internacional Privado por las limitaciones señaladas.

2. Reconocimiento normativo

El método material está principalmente consagrado en tratados y convenciones internacionales.¹¹³ En general, el reconocimiento de normas materiales de Derecho Internacional Privado en el derecho positivo interno es inusitado, sin perjuicio de que su consagración sea cada vez más frecuente, como demuestran algunas jurisdicciones. En el derecho chileno interno, ejemplos de normas materiales son el artículo 135 inciso 2º CC, que establece que el régimen patrimonial del matrimonio celebrado en el extranjero es presuntivamente la separación total de bienes, salvo que la pareja inscriba su matrimonio en Chile y pacte al efecto el régimen de sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales; y el artículo 1028 CC, que reconoce la validez del testamento otorgado en país extranjero en conformidad con la ley chilena.¹¹⁴

En relación a las normas materiales incorporadas en tratados internacionales, discurre del criterio de especialidad la exigencia de preferir estas normas por sobre las normas de conflicto del derecho interno. Es posible afirmar que el método material ha desplazado importantemente la aplicación de las normas de conflicto al recogerse en un gran número de instrumentos internacionales. Frente a un supuesto *iusprivatista* internacional, el tribunal deberá primeramente determinar si existe o no un tratado internacional que lo reglamenta. Lo no reglado por los tratados internacionales, quedará delegado en las normas de conflicto del derecho del foro.

C. MÉTODO IMPERATIVO

El método imperativo tiene por objeto la regulación de la situación jurídica internacional según el derecho nacional, en aquellos casos en que (i) el tribunal estima necesaria la aplicación directa de las normas imperativas de la *lex fori* para salvaguardar determinados valores e intereses; y en que (ii) la aplicación de la norma de conflicto localiza la sede de la relación en el derecho extranjero, pero cuya solución colisiona con los principios y valores básicos que informan el

and abstruse terminology distracts conflicts devotees not only from the practical consequences of the dogmas they espouse, but also from questioning the assumptions on which these dogmas rest”.

¹⁰⁹ Idem, p. 321: “My lectures advocate a selection process based on the qualitative evaluation of conflicting rules of decision. Should such a method be adopted widely, it would yield greater predictability and uniformity than either unilateralism or multilateralism can possibly guarantee”.

¹¹⁰ BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 259.

¹¹¹ UZAL PUIG, María Elsa, *ob. cit.*, p. 159.

¹¹² BOGGIANO, Antonio, *ob. cit.*, p. 259.

¹¹³ Véase Capítulo Primero, Título Cuarto, Fuentes del Derecho Internacional Privado, Literal B, Derecho Internacional Privado convencional.

¹¹⁴ VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018, p. 475.

ordenamiento jurídico de la ley nacional. El juez adopta un enfoque unilateral y territorial, aplicando las normas locales y excluyendo la aplicación del derecho extranjero para proteger un determinado modelo social. El vehículo conceptual tradicional para la aplicación unilateral de normas imperativas ha sido el orden público, en sus múltiples tipos.

Caso: una chilena y un argelino contraen matrimonio en Chile. La pareja tiene un hijo y una hija, y viven ininterrumpidamente en Santiago durante treinta años. Luego, la pareja decide mudarse y radicarse en Argel, quedándose sus hijos en Chile al tener todo su círculo social y laboral allí construido. Años más tarde el marido fallece, teniendo su último domicilio en Argel, dejando bienes en Chile y sin otorgar testamento. Al conocer el juez de la sucesión, se percata que la ley del domicilio del causante establece la incapacidad para suceder abintestato del infiel o *kafir*, esto es, el heredero que no es musulmán. Además, el juez repara en la regla del *tafadul*, la que preceptúa que la mujer hereda la mitad de lo que le corresponde al hombre en su mismo grado de parentesco.¹¹⁵ ¿Puede el juez chileno aplicar directamente las normas chilenas que regulan la sucesión? ¿Debe el juez chileno aplicar las reglas del Derecho argelino? De no aplicarlo, ¿estaría fallando *contra legem*, al prescindir del mandato del artículo 955 del Código Civil? ¿cómo puede el Tribunal chileno limitar la aplicación del Derecho extranjero?

Tradicionalmente, la actuación del Estado en el Derecho Internacional Privado ha sido restringida a supuestos excepcionales. En la misma formulación del método conflictualista, SAVIGNY reconocía la existencia de casos particulares en que el Estado limitaba la aplicación de la norma de conflicto, y por ende del derecho extranjero, en razón de salvaguardar ciertos intereses mínimos relacionados con la economía, la convivencia social, o determinados aspectos políticos, culturales o de identidad nacional. Precisamente, SAVIGNY entendía estas normas como “leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatorias” (*Gesetz von streng positiver, zwingender Natur*),¹¹⁶ que luego se conocería como orden público por la doctrina civilista francesa (*ordre public*), y contemporáneamente como leyes de policía (*overriding mandatory provisions, lois de police*,¹¹⁷ *leggi di applicazione necessaria, Eingriffsnormen*).¹¹⁸ La doctrina ha definido las leyes de policía como leyes que “protegen el modelo económico, social y político del Estado” y que “defienden intereses públicos y generales”.¹¹⁹

El orden público es famosamente conocido por ser un concepto de difícil definición y delimitación. LEÓN HURTADO lo define como “principios, normas o reglas que miran a los intereses generales de mayor importancia para la sociedad (...) el concepto de orden público varía de una época a otra, de un país a otro, considerando principalmente el régimen político de cada Estado”.¹²⁰ En otras palabras, es el conjunto de principios, valores e instituciones jurídicas que una sociedad determinada considera fundamentales para la propia existencia del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, el orden público es el contenido o sustancia que se manifiesta a través de las normas imperativas.

1. Marco jurídico de la adjudicación unilateral: las normas imperativas

1.1. Orden público positivo y negativo

En su función positiva, el orden público abarca todas las normas jurídicas del Estado del foro, cuya aplicación no está condicionada a la existencia de normas de conflicto bilaterales que se refieran a la ley del Estado del foro. Más bien, estas reglas, debido a su importancia fundacional para el ordenamiento jurídico del Estado del foro, requieren su aplicación en todos los casos, sean nacionales o internacionales, de acuerdo con una regla de conflicto unilateral pertinente. Así, el orden público en sentido positivo establece nexos para la aplicación del derecho del Estado del foro;

¹¹⁵ LARA AGUADO, Ángeles, “Impacto del reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 28 (2014), pp. 40-43.

¹¹⁶ VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *ob. cit.*, p. 142.

¹¹⁷ El artículo 3 del Código Civil francés establece que las leyes de policía y las de seguridad obligan a todos los que se hallen en el territorio: “*Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire*”.

¹¹⁸ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, p. 385.

¹¹⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 416.

¹²⁰ LEÓN HURTADO, Avelino, *La causa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983 [1962], p. 61.

adoptando una posición paralela a las normas de conflicto bilaterales. La aplicación de las normas imperativas del orden público positivo está en un pie de igualdad con las normas bilaterales de conflicto, solo que las normas imperativas están limitadas a una determinación unilateral del alcance de la *lex fori*.

Las denominadas *normas de policía* o *normas de aplicación inmediata* tienen un funcionamiento idéntico al orden público positivo. Las leyes de policía de la *lex fori* exigen ser aplicadas con independencia de la ley de otro modo aplicable.

Distinción entre orden público positivo con las leyes de policía:¹²¹

- Según el tema: el derecho referente al estatuto personal parece ser el dominio de la reserva de orden público; las reservas a favor de las leyes de policía del Estado del foro solo pueden encontrarse en instrumentos relativos al derecho comercial, particularmente al derecho contractual y al derecho de las operaciones garantizadas.
- Según el estilo de regulación general o específico: el orden público se designa como una orden general del Estado o de la sociedad o de un ámbito del derecho; la referencia legislativa a las leyes de policía sugiere que se pretende que solo las normas y regulaciones específicas tengan prioridad sobre las normas de conflicto generales.
- Según el ámbito de aplicación: la regulación del orden público no contiene elementos textuales indicando su ámbito de aplicación territorial; las disposiciones de leyes de policía refieren expresamente su ámbito de aplicación territorial.
- Según la naturaleza escrita o no escrita: el orden público puede englobar, junto a los preceptos escritos establecidos en las leyes y en la jurisprudencia, principios no escritos de una importancia fundamental para el respectivo sistema jurídico; las leyes de policía siempre están especificadas en forma de legislación.

Hay autores que consideran que el esfuerzo dogmático por distinguir ambos conceptos descansa en bases cuestionables. Las distinciones anteriores son más bien artificiales, existiendo cláusulas al orden público de naturaleza específica y leyes de policía de alcance general y con uso de lenguaje vago. La distinción tradicional del orden público y de las leyes de policía se vuelve dudosa y está desvaneciéndose. En realidad, ambos persiguen el mismo objetivo de imponer unilateralmente determinados valores y principios del Estado del foro.

El orden público negativo funciona esencialmente como un mecanismo correctivo del envío realizado por una norma de conflicto bilateral. La faz negativa presupone la existencia de la faz positiva del orden público positivo, ya que, solo una vez aplicada la norma de conflicto nacional, al haberse percatado el juzgador de que la solución material del derecho extranjero violenta los valores y principios del derecho nacional, el orden público internacional posibilita la omisión de la aplicación de la *lex causae*.

Procedimiento de operatividad del orden público negativo: implica un análisis en cuatro fases o etapas.

- Aplicación de la norma de conflicto bilateral: ella envía la solución a la ley de un Estado extranjero.
- Valoración de la ley extranjera y su importancia para la decisión del caso pendiente: el tribunal revisará la solución en concreto contenida en el derecho extranjero.
- Comparación de la ley extranjera con la ley del foro: el tribunal compara la ley extranjera y sus resultados con una decisión hipotética tomada sobre la base de los hechos del caso, con arreglo a la ley del Estado del foro con el fin de identificar una posible divergencia.
- Evaluación de la divergencia: si el carácter de la divergencia es tan fundamental que contraría el orden público de la ley del foro, dicha constatación obliga al rechazo del derecho extranjero.¹²²

¹²¹ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 431-437.

¹²² Idem, p. 430.

El método imperativo negativo actúa *ex post*, es decir, puede invocarse e imponerse sobre relaciones jurídicas respecto de las cuales las partes han hecho una elección de ley, lo que no obsta a la validez del acuerdo. La protección del orden público del foro no es un argumento válido que obstaculice *a priori* la admisión de los acuerdos sobre la elección de la ley aplicable.¹²³ Adicionalmente, no siempre el ámbito de aplicación de las normas de orden público está claramente definido por el legislador. Allí donde el alcance no es claro, es el tribunal quien interpreta y determina si la controversia con elemento internacional tiene una relación suficientemente cercana con el derecho nacional.

1.2. Orden público interno e internacional

El orden público interno es aquel que procura limitar la autonomía de la voluntad de los particulares para proteger los principios y valores esenciales del sistema jurídico. Este tipo orden público es, precisamente, el aludido en la regulación del Código Civil sobre los actos jurídicos y contratos, por ejemplo, en los artículos 1461 inciso 3º, 1457 inciso 2º y 1475 inciso 2º. Su alcance es interno, ya que opera en la relación del Estado para con los individuos. El orden público interno impera sobre las relaciones jurídico-privadas internas, por ejemplo, en materia de estado de las personas. Las normas civiles que regulan la capacidad no pueden ser modificadas mediante la autonomía de la voluntad.

El orden público internacional es aquel que tiene por finalidad restringir la aplicación del derecho extranjero en Chile. Al operar, lo limitado no es un pacto contractual de las partes, sino que la aplicación de un determinado precepto legal extranjero que, por aplicación de la norma de conflicto, debiera de dar la solución al conflicto. La noción de orden público internacional coincide con la noción de orden público negativo.

Artículo 3 CDIPr. “Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en tres clases siguientes:”

- I. Orden público interno: las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen, aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.
- II. Orden público internacional: las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.
- III. Orden privado: las que se aplican solamente mediante la expresión, a interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.

La noción de orden público interno es más amplia que la noción de orden público internacional. Todo lo que sea contrario al orden público interno no será necesariamente contrario al orden público internacional del foro. El nombre “orden público internacional” no es afortunado, porque sugiere un conjunto de principios que interesan a toda la comunidad de los Estados a pesar de que se trata de una institución esencial y exclusivamente nacional.¹²⁴

1.3. Orden público prohibitivo y permisivo¹²⁵

Los principios y valores que orientan un ordenamiento jurídico pueden y suelen colisionar entre sí. A ello se debe que la protección del orden público puede ser interpretada de distintos modos, ponderándose un principio o valor como más relevante que otro dependiendo de las características específicas de la sociedad o del sistema jurídico en el que se desenvuelve la relación privada internacional.

Se ha distinguido entre orden público prohibitivo y orden público permisivo para ilustrar la radical diferencia en la manera en que se organiza y concibe el complejo organismo social de la familia.

¹²³ Idem, p. 186.

¹²⁴ VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel (2018), *ob. cit.*, p. 138.

¹²⁵ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 431-437.

El orden público prohibitivo implica un conjunto de normas que estructuran las relaciones de familia, que son inmodificables por sus miembros y que ordenan el seguimiento de solo uno o ciertos modelos de familia. Un ejemplo de orden público prohibitivo es la ley estadounidense de defensa del matrimonio (Defense of Marriage Act) que permite a los distintos estados de los Estados Unidos negar efecto a las relaciones del mismo sexo establecidas y tratadas como matrimonios en otros estados de la Unión.

El orden público permisivo implica un sistema jurídico tolerante que permite una gran variedad de diferentes formas de vida familiar a nivel de derecho sustantivo, repudiando las soluciones normativas que imponen ciertos modelos de familia. Un ejemplo de la intransigencia de Estados tolerantes es el rechazo de la propuesta para un Reglamento Roma III sobre divorcio y separación judicial por parte de Suecia. Como el derecho sueco permite el divorcio por consentimiento mutuo sin impedimento alguno y el divorcio iniciado unilateralmente después de un corto período de deliberación de no más de seis meses, estas normas fueron implementadas tradicionalmente ante los tribunales suecos a través de la aplicación general de la ley del foro tanto para los casos nacionales como para los internacionales. El enfoque liberal hacia el divorcio y el matrimonio consagrado en el derecho sustantivo de Suecia se ha concedido igualmente a los demandantes extranjeros y se ha impuesto a los demandados extranjeros mediante la aplicación de la *lex fori*. En las deliberaciones que precedieron la adopción del Reglamento Roma III de la Unión Europea, Suecia no estaba dispuesta a aceptar ningún tipo de excepciones a este planteamiento tolerante.

2. Respeto a las normas imperativas extranjeras¹²⁶

Una de las más recientes incorporaciones a la Teoría General del Derecho Internacional Privado es la consideración a las normas imperativas del derecho extranjero. La noción de orden público siempre ha sido analizada desde un punto característicamente unilateralista, ya que las normas de conflicto bilaterales han demostrado ser inapropiadas para un análisis axiológico de las decisiones.

El surgimiento del *unilateralismo inverso* o *unilateralismo doble*, es decir, de normas de conflicto unilaterales para normas imperativas extranjeras, es una ocurrencia prometedora. Esta nueva figura evidencia una mayor conciencia de los Estados acerca de que en una sociedad abierta no es suficiente insistir en la implementación de sus propios valores y principios, sino que el respeto por los valores y principios de otras comunidades es una respuesta necesaria a la luz de la mayor movilidad de las personas y a los recursos económicos que se producen en la medida en que las fronteras se vuelven más permeables.

Ha habido un creciente aumento de solidaridad entre los Estados que es practicada cada vez más de forma unilateral y espontánea por los tribunales de cada país. Se trata de un añadido de la sociedad abierta que preferiblemente encuentra su expresión en instrumentos internacionales que contemplan la coordinación y cooperación para la asistencia mutua y armonización de las leyes.

Manifestaciones de normas unilaterales inversas:

- Protección de monedas extranjeras (artículo VII N° 2 letra b) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Mundial): “Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un país miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o impuestas por dicho país miembro de conformidad con este Convenio serán inexigibles en los territorios de cualquier país miembro”.
- Aplicación de las leyes de policía de un Estado miembro (artículo 9 N° 3 del Reglamento N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales): “También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas

¹²⁶ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 448-470.

disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.¹²⁷

IV. APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO

A. CONFLICTOS DE LEYES

1. Conflictos positivos de leyes

Los conflictos positivos de leyes ocurren cuando dos derechos son susceptibles de aplicarse para el supuesto de hecho, siendo ambos aptos para solucionar controversia, pero presentando soluciones contradictorias.

Existe una gran cantidad de países que han establecido la ley del país de la nacionalidad del causante como factor de conexión de la norma de conflicto que rige la sucesión¹²⁸. En contraste, existen otros que han establecido como factor de conexión el último domicilio o residencia habitual del causante.¹²⁹ En consecuencia, si un italiano, un español o un alemán fallece, teniendo su último domicilio en Chile, el juez chileno que conoce de la controversia deberá aplicar la ley del último domicilio del causante en concordancia con lo preceptuado por el artículo 955 CC. De esta forma, determinará que el derecho aplicable a la sucesión es la ley chilena, aun cuando las normas de conflicto del derecho italiano, español y alemán establezcan que el derecho aplicable a la sucesión es la ley del país de la nacionalidad del fallecido.

La solución al conflicto positivo de leyes, por consiguiente, se comprueba con la aplicación del juez de la *lex fori*, por ello, omitiendo o desatendiendo el hecho de que exista una solución distinta en el derecho extranjero. Si un español tiene su último domicilio en Chile y fallece, el tribunal chileno que conoce de la sucesión aplicará el derecho chileno; por el contrario, si la sucesión es conocida por un tribunal español, este aplicará el derecho español. La determinación del derecho aplicable dependerá entonces del país en el que se promueva la controversia.

2. Conflictos negativos de leyes

Cuestión muy distinta se suscita en ocasión de un conflicto negativo de leyes. En estos casos, ninguna de las leyes susceptibles de aplicarse se atribuyen competencia para solucionar el conflicto jurídico, sino que todas ellas atribuyen competencia a otra legislación.

El reenvío es un conflicto negativo de leyes que se produce cuando, a través de la aplicación de una norma de conflicto, la solución del supuesto de hecho es *enviada* por un ordenamiento jurídico a otro, que a su vez *vuelve a enviar* la solución a otra legislación por medio de su norma de conflicto, que puede ser la legislación del Estado del primer envío o puede ser un tercer Estado. Es decir, surgen dos o más legislaciones que niegan toda aptitud para resolver la relación privada con elemento internacional relevante, limitándose exclusivamente a señalar que es otra la legislación competente.

Utilizando el mismo ejemplo anterior, si un chileno tiene su último domicilio en Alemania, el tribunal chileno que conoce de la sucesión enviará la solución a la legislación alemana en virtud de la norma de conflicto chilena. Ahora bien, verificado el envío, el tribunal chileno prontamente reparará en que la norma de conflicto alemana envía la solución de la controversia a la ley de la nacionalidad del causante (artículo 25 de la Ley introductoria al Código Civil

¹²⁷ En materia de defensa de la libre competencia, tras la segunda guerra mundial, los tribunales europeos empezaron a considerar la aplicación de prohibiciones impuestas por el derecho de competencia extranjero como posible en principio, si bien rechazaron dar ese paso en los casos pendientes porque el mercado del Estado extranjero no resultaba afectado. Hoy en día, los tribunales europeos demuestran su disposición para respetar el derecho de competencia extranjero como defensa en controversias contractuales. La barrera absoluta llamando a la no aplicación de derecho público extranjero ya no se mantiene.

¹²⁸ Artículos 9 y 28 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado de 1978 de Austria; artículo 46 de la Ley sobre la reforma del Derecho Internacional Privado de 1995 de Italia; artículo 25 de la Ley introductoria al Código Civil Alemán; artículos 31 y 62 del Código Civil de Portugal; artículo 9 párrafo 8 del Código Civil de España.

¹²⁹ En general, esta solución es propia de los países pertenecientes a la tradición del *common law*. Interesantemente Chile adhiere a ella, en conformidad con el tenor del artículo 955 CC.

Alemania). En suma, ninguna de las dos legislaciones se atribuye la solución material del supuesto de hecho, estableciendo cada una de las normas de conflicto que la solución se encuentra en otro ordenamiento. Se comprueba, de esta forma, que la norma de conflicto nacional no es autosuficiente al no ser capaz de determinar autónomamente el derecho aplicable a la relación jurídica.

Presupuestos para la operatividad del reenvío:¹³⁰

- Factores de conexión distintos: para que exista reenvío, es imperativo que el factor de conexión de la primera norma de conflicto sea distinto al factor de la segunda norma de conflicto. Si el factor de conexión fuese el mismo, la solución del fondo del asunto se localizaría en el derecho sustantivo del segundo Estado. Por ejemplo, si un chileno tiene su último domicilio en el Reino Unido, la ley aplicable a la sucesión será la ley británica debido a que las normas de conflicto de ambas naciones contemplan como factor de conexión el último domicilio del causante.
- Consideración de la totalidad del Derecho extranjero: el reenvío tiene lugar cuando se interpreta que la remisión al derecho extranjero se hace a la globalidad de su normativa, sin distinguir. En otras palabras, solo puede haber reenvío si se sostiene que la norma de conflicto del primer Estado envía la solución del caso a las normas conflictuales, materiales e imperativas del segundo Estado. Si el derecho del segundo Estado contempla una norma de conflicto con un factor de conexión distinto al derecho del primer Estado, entonces su aplicación volverá a enviar la solución a otro país.

Es de gran importancia resaltar que una manera sencilla de solucionar los conflictos negativos de leyes es aplicar directamente el derecho material de la legislación a la que se le envía la reglamentación de la relación jurídica. La doctrina está dividida en cuanto al reconocimiento o rechazo del reenvío.

2.1. Tipos de reenvío

2.1.1. Reenvío de primer grado

El *reenvío de primer grado* consiste en el reenvío de la solución a la *lex fori*. Se produce cuando la norma de conflicto del primer Estado remite al derecho de un segundo Estado, cuya norma de conflicto vuelve a enviar la regulación de la relación jurídica internacional al primer Estado.

Este es el caso del tribunal chileno que conoce de la sucesión de un causante chileno cuyo último domicilio se ubica en Italia, dejando bienes en Chile. La aplicación de la norma de conflicto chilena (artículo 955 CC) envía la regulación de la relación jurídica al derecho italiano. Luego, la norma de conflicto italiana (artículo 46 de la Ley sobre la reforma del Derecho Internacional Privado de 1995) establece que la ley aplicable a la sucesión es la ley de la nacionalidad del causante. En conclusión, la norma de conflicto italiana reenvía la regulación de la sucesión al derecho chileno, aplicándose en definitiva las normas materiales e imperativas chilenas que regulan la sucesión.

	Derecho chileno →	Derecho italiano →	Derecho chileno
Normas de conflicto	Artículo 955 CC. Factor de conexión: último domicilio del causante	Artículo 46 de la Ley sobre la reforma del Derecho Internacional Privado de 1995. Factor de conexión: nacionalidad del causante	No aplica de nuevo
Normas materiales	Libro III del Código Civil	Libro Segundo (De la sucesión) del <i>Codice Civile</i>	Libro III del Código Civil

¹³⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 507.

Normas imperativas	Disposiciones especiales del Libro III del Código Civil (v.gr. artículo 998 CC)	Libro Segundo (De la sucesión) del <i>Codice Civile</i>	Disposiciones especiales del Libro III del Código Civil
---------------------------	---	---	---

Se aplica el derecho sustantivo chileno, ya que de lo contrario se formaría un círculo vicioso irresoluto. Así, la *devolución* de la reglamentación de la relación jurídica justifica la aplicación del derecho sustantivo de la legislación que primeramente remite la solución.

2.1.2. Reenvío de segundo grado o ulterior

Por otro lado, el *reenvío de segundo grado* consiste en el reenvío de la regulación de la relación jurídica a un tercer Estado. Se produce cuando la norma de conflicto del primer Estado remite al derecho de un segundo Estado, cuya norma de conflicto reenvía la regulación de la relación al derecho de un tercer Estado.

Este es el caso del tribunal chileno que conoce de la sucesión de un causante español cuyo último domicilio se ubica en Austria y que deja bienes en Chile. La aplicación de la norma de conflicto chilena (artículo 955 CC) envía la regulación de la relación jurídica al derecho austríaco. Luego, la norma de conflicto austríaca (artículo 28 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado de 1978) establece que la ley aplicable a la sucesión es la ley de la nacionalidad del causante. La aplicación de la norma de conflicto austríaca reenvía la regulación de la sucesión al derecho español. Por último, la norma de conflicto española (artículo 9 párrafo 8 del Código Civil de España) coincide con el factor de conexión de la norma de conflicto austríaca, es decir, la nacionalidad del causante, pudiendo aplicarse en definitiva las normas materiales e imperativas españolas que regulan la sucesión.

	Derecho chileno →	Derecho austríaco →	Derecho español →	Derecho español
Normas de conflicto	Artículo 955 CC. Factor de conexión: último domicilio del causante	Artículo 28 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado de 1978. Factor de conexión: nacionalidad del causante	Artículo 9 del Código Civil. Factor de conexión: nacionalidad del causante	No aplica de nuevo
Normas materiales	Libro III del Código Civil	Segunda parte del Código Civil, División primera, piezas principales 8 a 16 (sucesión)	Libro III, Título III (De las sucesiones)	Libro III, Título III (De las sucesiones)
Normas imperativas	Disposiciones especiales del Libro III del Código Civil (v.gr. artículo 998 CC)	Disposiciones especiales de la Segunda parte del Código Civil, División primera, piezas principales 8 a 16 (sucesión)	Disposiciones especiales del Libro III, Título III (De las sucesiones)	Disposiciones especiales del Libro III, Título III (De las sucesiones)

El reenvío de segundo grado se caracteriza por la utilización del mismo factor de conexión de la norma de conflicto del tercer país que la norma de conflicto del país que le antecede. Como el factor de conexión se repite, se aplica el derecho material e imperativo del tercer país que regula la relación jurídica.

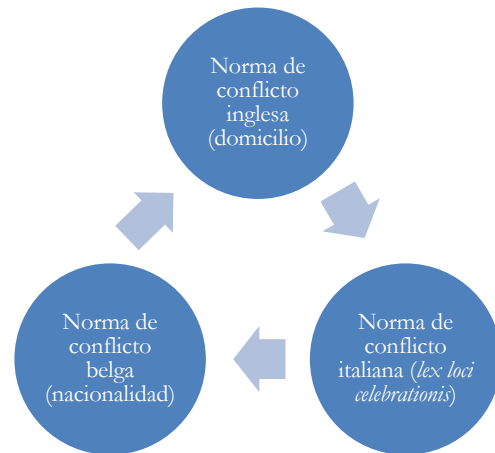
El *reenvío ulterior* se produce en todos los casos en que hay más de dos legislaciones involucradas en el circuito de reenvíos de la regulación de la relación jurídica *iusprivatista* internacional. Así, un *reenvío de segundo grado* es una cadena de envíos en la que participan tres legislaciones distintas, en un *reenvío de tercer grado* participan cuatro Derechos distintos,

en el *reenvío de cuarto grado* concurren cinco, y así sucesivamente, hasta la repetición del factor de conexión entre la norma de conflicto de la última legislación y la norma que le antecede.

2.1.3. Reenvío indefinido o perpetuo

Ahora bien, podría ocurrir que en el circuito de reenvíos ninguna de las legislaciones involucradas acepte la aptitud para regular la relación jurídica, toda vez que cada norma de conflicto presenta un factor de conexión distinto.

Piénsese por ejemplo el tribunal británico que conoce del litigio en que se discute la capacidad de un inglés domiciliado en Italia y que ha contratado en Bélgica. El factor de conexión de la norma de conflicto inglesa es el domicilio, el factor de conexión de la norma italiana es la del lugar de la celebración del contrato, y el punto de conexión de la disposición belga es la nacionalidad. En consecuencia, el derecho francés envía la regulación de la capacidad al derecho inglés, este a su vez reenvía al derecho italiano, este al derecho belga, y el último reenvía al derecho británico nuevamente. Este reenvío toma el nombre de *reenvío circular* (*Kreisverweisung*). La situación, presentada de este modo, no tiene solución.



La teoría del agotamiento de la norma de conflicto es expuesta por NAVARRETE¹³¹ como un posible remedio al reenvío circular. Esta tesis, consagrada en el artículo 5 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado de 1978 de Austria, consiste en que, si el derecho extranjero, al que se le remite la regulación de la relación jurídica, reenvía a un derecho al que ya se haya remitido, primará el Derecho al que se haya remitido por primera vez. Dicho de otra forma, el Derecho sustantivo aplicable a la situación será la primera legislación a la que se le remita dos veces la solución de la controversia. Es decir, debe *completarse* a lo menos una vez el reenvío circular. Para efectos del caso descrito anteriormente, el Derecho de fondo aplicable sería el Derecho inglés.

2.2. Argumentos a favor y en contra del reenvío

2.2.1. Argumentos a favor del reenvío

El reconocimiento del fenómeno del reenvío ha tenido tanto partidarios como detractores. Quienes están a favor del reenvío, como ya se ha anticipado en el primer presupuesto para su procedencia, sostienen que la remisión que hace la norma de conflicto de un Estado a la legislación de otro implica enviar la regulación de la relación jurídica a la globalidad de la normativa extranjera. Esto es, tanto a las normas de conflicto, materiales e imperativas del derecho extranjero. *A contrario sensu*, sus partidarios se oponen a la aplicación directa e inmediata del derecho sustantivo foráneo. Para ello se han defendido los siguientes argumentos.¹³²

- El reenvío como remedio a los conflictos de soberanía: la omisión de la aplicación de la norma de conflicto extranjera constituye un verdadero atropello a la soberanía de ese Estado. Todo país ostenta el poder de generar sus propias normas, por lo que la delegación que hace un Estado a otro para la regulación de un supuesto de Derecho Internacional Privado debe hacerse en conformidad con la voluntad del legislador que las promulgó.
- Respeto por la unidad o indivisibilidad de los sistemas jurídicos: el juez que conoce del asunto se extralimitaría de sus facultades si distinguiera entre los distintos tipos de normas del derecho extranjero. Si la orden de la

¹³¹ NAVARRETE BARRUETO, Jaime, *El reenvío en Derecho Internacional Privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 186.

¹³² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, pp. 512-514.

norma de conflicto es aplicar el derecho extranjero, sin distinción, entonces el tribunal no puede sino aplicar la totalidad de dicho derecho. Donde la ley no distingue no es posible distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), ya que, si la ley diferenciara, ello quedaría plasmado en la norma (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

- Armonía internacional de soluciones: el reenvío posibilita la uniformación de las soluciones, ya que todas las legislaciones involucradas en la controversia son consideradas para efectos de determinar la solución correcta. El juez del primer Estado resuelve de la misma forma que el juez del segundo Estado, acatando con la orden de todas las normas de conflicto del circuito. De esta forma, se consigue que la solución al problema siempre sea el mismo, con independencia del tribunal en concreto que conozca de la controversia.
- Argumento lógico: no es posible aplicar un derecho que se considera a sí mismo incompetente para solucionar el conflicto. La norma de conflicto extranjera reenvía a otra legislación, por lo que aplicar directamente su derecho sustantivo sería imponerle ilegítimamente mayor exigencia.

2.2.2. Argumentos en contra del reenvío

Quienes están en contra del reenvío sostienen que el derecho aplicable a la luz de la orden de la norma de conflicto de la *lex fori* es solamente el derecho material e imperativo extranjero. A mayor ahondamiento, consideran que la única norma de conflicto aplicable es la norma del derecho del foro, esto es, del país en el que se promueve la controversia. Así, la norma de conflicto se agota por aplicación única, evitando la formación de un circuito de reenvíos. Los argumentos de esta postura se señalan a continuación.¹³³

- El reenvío atenta contra la soberanía de los Estados: la aplicación de la norma de conflicto extranjera vulnera la soberanía del Estado del foro. La norma de conflicto revela la voluntad del legislador de que se aplique el derecho que es materialmente más próximo a la situación en concreto. Ciertamente, la elección del factor de conexión no es aleatoria, sino que fue pensada y escogida en aras de vincular la categoría jurídica de Derecho Privado con la solución más adecuada a la relación jurídica. Si el legislador establece que el derecho aplicable a la nulidad de los contratos es la legislación del lugar en que se celebró (*lex celebrationis*), es porque considera que la regulación de la relación contractual debe gobernarse por el derecho sustantivo del lugar de la celebración. Así, puede entenderse que el factor de conexión es un verdadero mandato material de la norma de conflicto. Reconocer el reenvío desvirtúa el derecho de fondo. Si no se respeta la voluntad del legislador, y se aplica una nueva norma de conflicto, se atenta contra la soberanía del Estado del foro.
- El reenvío provoca inseguridad jurídica: reconocer el reenvío supone la eventual averiguación y aplicación de muchas legislaciones, que además de resultar costoso, representa una situación del todo imprevisible para los particulares involucrados. No hay que olvidar que el objeto principal del Derecho Internacional Privado es la adecuada regulación de las relaciones jurídicas privadas internacionales, finalidad que se complejiza innecesariamente con la institución del reenvío. El reenvío, en definitiva, colabora más en generar conflictos que en solucionarlos.
- El reenvío conduce a un circuito de remisiones que se interrumpe de modo arbitrario: si un sistema jurídico es indivisible, debiendo ser respetado como si se tratara de una sola unidad normativa, no se advierte la razón que justifica que el circuito de reenvíos termine. En efecto, el reenvío conduce de manera lógica a la objeción de la “raqueta internacional”, del “tenis internacional”, del “gabinete de los espejos” o del “*circulus inextrincabilis*”.¹³⁴ No hay un criterio transversal a todos los tipos de reenvío que defina cuándo debe o no aplicarse el derecho sustantivo determinado. En el caso del reenvío del primer grado, este criterio es la *devolución* de la regulación de la relación jurídica; en el reenvío ulterior el criterio es la *repetición* del factor de conexión de las normas de conflicto; y en el reenvío perpetuo el criterio es el *agotamiento de la norma de conflicto*. En definitiva, pareciera que la interrupción del circuito de reenvío se efectúa de modo arbitrario y antojadizo.

¹³³ Idem, p. 515.

¹³⁴ GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016 [1997], p. 273.

- Argumento analógico: el propósito de la norma de conflicto es resolver los conflictos de leyes. El legislador comprende que en ciertos supuestos de hecho la *lex fori* puede resultar inadecuada para regular las relaciones jurídicas privadas, por lo que entrega la posibilidad de que el derecho aplicable a la controversia sea el derecho de otro Estado. Ahora bien, es irrazonable que, frente a un problema ya resuelto, el tribunal genere una nueva dificultad al aplicar otra u otras normas de conflicto. En efecto, reconocer el reenvío desvirtuaría el derecho de fondo.

B. LA CALIFICACIÓN

1. Concepto

Para Ettiene Adolphe BARTIN, calificar es definir, o sea, encuadrar una figura jurídica dentro de las grandes piezas que componen un sistema jurídico. El análisis de la calificación es especialmente engorroso, al tratarse de una actividad que evidencia notoriamente la heterogeneidad de las culturas jurídicas. Las instituciones, conceptos y soluciones normativas han nacido y evolucionado más por circunstancias históricas que por las reglas de la lógica. Hay sistemas jurídicos que tratan la prescripción como una institución de carácter sustantivo y otras de carácter procesal. Incluso, hay algunas figuras jurídicas que solo existen en determinadas tradiciones jurídicas, como el *trust* en el *common law*.¹³⁵ Las decisiones normativas normalmente se basan en determinadas suposiciones acerca de la realidad. Con respecto a las decisiones judiciales, esto sale claramente a la luz en el adagio latino: *da mihi factum dabo tibi ius* (dame los hechos, y yo te daré el derecho).¹³⁶ Por ende, antes de aplicarse la norma de conflicto, el juez deberá calificar la relación jurídica para efectos de determinar qué norma de conflicto corresponde seguir, la que a su vez determinará el derecho aplicable.

Al momento de calificar, es necesario efectuar dos operaciones distintas: en primer lugar, es necesario interpretar los conceptos jurídicos involucrados. Es decir, es necesario desentrañar el contenido y alcance del supuesto de hecho, que son las clásicas categorías del Derecho Privado. En segundo lugar, se debe subsumir los hechos en la o las categorías jurídicas descritas en la norma de conflicto.

La calificación también se enfrenta al problema de esclarecer la naturaleza jurídica de un conflicto en que unos mismos hechos son susceptibles de ser subsumidos en distintas categorías y, por ello, en distintas normas de conflicto: “El problema surge porque, con frecuencia, el mismo supuesto fáctico puede ser subsumido en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. Por ello, se debe decidir en qué concreta norma de conflicto será subsumida la concreta situación privada internacional”.¹³⁷

En seguida se analizan situaciones relacionadas con el problema de la calificación:

- Matrimonio consensual:¹³⁸ en Estados Unidos existe una figura especial en materia de matrimonios. El Código de Familia de Texas¹³⁹ reconoce la existencia y validez del matrimonio consensual o informal, entendido tal como el matrimonio que nace del acuerdo de un hombre y una mujer de vivir juntos por al menos un año (desde el segundo aniversario) y presentándose a terceros en carácter de cónyuges. Un tribunal chileno, frente a estos supuestos fácticos, interpretaría y concluiría que esta relación no es sino mera convivencia *de facto*, toda vez que el ordenamiento jurídico chileno establece que el matrimonio es un contrato solemne. Por el contrario, un tribunal de Texas que se enfrenta a los mismos hechos confirmaría la existencia de un matrimonio completamente válido.

¹³⁵ JUENGER, Friedrich, *ob. cit.*, p. 192.

¹³⁶ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, p. 98.

¹³⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 472.

¹³⁸ PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “El matrimonio en el sistema chileno de Derecho Internacional Privado”, ponencia presentada en el seno del Seminario *El Derecho Internacional Privado en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: balance de una década*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2007.

¹³⁹ Family Code, Subchapter E: Marriage without formalities; Section 2.401: Proof of informal marriage.

- Testamento ológrafo: el artículo 970 del *Code Civil*¹⁴⁰ da validez al testamento ológrafo, esto es, el redactado a mano y firmado por el propio testador. En cambio, en Chile el testamento es un acto solemne, requiriendo la presencia de tres testigos y de un notario por regla general (artículos 1014 y 1021 CC). Bajo la perspectiva del derecho chileno, el testamento ológrafo es nulo por no cumplirse con las formalidades necesarias para su otorgamiento. Esta situación, por cierto, fue tratada en uno de los *leading case* de la materia. Hacia 1927 la legislación holandesa no reconocía la validez del testamento ológrafo, y se suscitó un litigio sobre impugnación de la validez del testamento ológrafo otorgado en Francia por un holandés, litigio promovido por sus parientes. La disputa consistía en que, si se calificaba el otorgamiento del testamento ológrafo como una cuestión de forma, se aplicaba el derecho francés y por consiguiente el acto era válido. Si, por el contrario, se calificaba como una cuestión de fondo, se aplicaba el derecho holandés, lo que provocaba la nulidad del testamento.

El Derecho Internacional Privado chileno se caracteriza por su orfandad de normas, y los problemas de calificación no son la excepción. No hay norma alguna en nuestro sistema jurídico que preceptúe la forma en que el tribunal debe calificar los supuestos de hecho. La jurisprudencia se ha encargado de uniformar la materia.

2. Teorías sobre la solución de los problemas de calificación

Otra duda que ha suscitado la calificación es el derecho que debe tenerse en consideración para realizarse. La respuesta quizá más evidente sería que el tribunal debe calificar las situaciones de hecho según los criterios hermenéuticos de su propio derecho, esto es, la *lex fori*. No obstante, otra posibilidad es que el tribunal califique con arreglo a las reglas de interpretación propias del derecho extranjero, o sea, la *lex causae*. O bien, puede calificar en función de los propios conceptos autónomos del Derecho Internacional Privado. En seguida se analiza cada una de las tesis.

2.1. La calificación *lex fori*

Los supuestos fácticos de la controversia *insprivatista* son subsumidos en las categorías de Derecho Privado en conformidad con las nociones correspondientes al derecho del foro. En otras palabras, el tribunal efectúa la calificación considerando su propio derecho. Para ello, define el supuesto de hecho involucrado, y luego, subsume los presupuestos fácticos en la categoría definida. Así, el juez decide cuál es el ámbito de aplicación de la norma extranjera conforme a su propia legislación. Por ejemplo, si se discute sobre la nulidad de la constitución de una sociedad extranjera en Chile, la noción de “sociedad” adoptada será la que use en el derecho chileno y sus fuentes.¹⁴¹ La tesis de la calificación *lex fori* es la más seguida por la jurisprudencia chilena.

Argumentos a favor de la calificación hecha a través de la *lex fori*:¹⁴²

- Argumento lógico: no puede calificarse sino por la *lex fori*, toda vez que para que la norma de conflicto se aplique, es necesario que el tribunal primero defina el supuesto de hecho en concreto. Solo es posible conocer la *lex causae* después de la aplicación de la norma de conflicto y, para ello, la calificación debe antecederla.
- Argumento práctico: calificar mediante la *lex fori* es práctico, toda vez que posibilita la uniformación de un *catálogo único de calificaciones*. El tribunal calificará siempre de la misma manera los supuestos fácticos del caso, enmarcándolos sistémicamente en la misma categoría. Por ello, la calificación *lex fori* elude la complicación que significa calificar el supuesto de hecho casuísticamente y con arreglo a distintas legislaciones extranjeras.
- Argumento sistemático: como la norma de conflicto pertenece al derecho del foro, el tribunal que conoce de la controversia debe interpretarla a la luz de sus propios criterios. El alcance de la norma de conflicto está definido autosuficientemente.

¹⁴⁰ §970 *Code Civil*. E testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur: il n'est assujetti à aucune autre forme.

¹⁴¹ Es decir, la noción de sociedad construida a partir de la normativa relevante (artículos 2053 y siguientes del Código Civil, artículos 348 y siguientes del Código de Comercio, y en la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas), la jurisprudencia y la doctrina.

¹⁴² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 474.

2.2. La calificación *lex causae*

Esta postura plantea que la interpretación utilizada para la averiguación de la naturaleza jurídica del supuesto de hecho debe adecuarse al derecho extranjero. El tribunal, para calificar el conflicto, debe usar las nociones de la *lex causae*. Así, los enunciados fácticos son subsumidos en las categorías del derecho extranjero, y no en el derecho nacional. Por ejemplo, si se discute sobre la extinción de la fianza en relación a la terminación de un contrato internacional celebrado en el extranjero, el concepto de fianza seguido será el del derecho extranjero. A continuación se señalan los argumentos a favor de esta tesis.

- Argumento lógico: cuando la norma de conflicto envía la regulación de la relación jurídica al derecho extranjero, la voluntad del legislador es que tanto la calificación como la solución material se efectúe en conformidad con los criterios de interpretación de la legislación foránea.
- Flexibilidad frente a instituciones distintas y desconocidas: la calificación *lex causae* permite el reconocimiento de las diferencias que puedan existir en la definición de una misma categoría jurídica. Una institución puede presentar rasgos, elementos y alcances significativamente distintos entre las legislaciones del mundo, aun cuando el nombre sea el mismo. Adicionalmente, la calificación realizada a la luz de los criterios hermenéuticos del derecho extranjero posibilita reconocer instituciones que no existen en el derecho del foro.
- Deslealtad de la calificación *lex fori*: la calificación realizada mediante el derecho del foro puede defraudar al resultado sustantivo idóneo, ya que las diferencias existentes entre la definición de la categoría *iusprivatista* de la legislación del foro y la legislación extranjera puede acarrear a una errónea aplicación de la norma de conflicto. Si el derecho extranjero reconoce la figura jurídica del “contrato sucesorio” y el derecho del foro la desconoce, la norma de conflicto aplicable podría ser tanto la que regula la sucesión como la que regula los contratos. La aplicación de una u otra norma de conflicto no resulta indiferente, ya que dicha norma es la que determina el derecho aplicable, pudiendo perfectamente existir dos soluciones distintas, hasta contradictorias.

2.3. La calificación autónoma o comparativista

Esta tesis fue originalmente formulada por el austríaco Ernest RABEL. El autor propone que el Derecho Internacional Privado es una ciencia independiente del Derecho Privado y, como tal, tiene conceptos y categorías propias. A la sazón, los supuestos de hecho a calificar no son categorías pertenecientes al Derecho Privado nacional, sino que deben definirse de forma autónoma y ajustadas a la realidad internacional. Es decir, el tribunal debe calificar el supuesto de hecho y aplicar la norma de conflicto operativa en “el escenario internacional, esto es, debe aplicarse para mejorar la regulación de la realidad internacional, lo que no se consigue con una mera y simplista utilización nacionalista de las categorías conceptuales del Derecho material [del foro]”.¹⁴³

Estas categorías idiosincrásicas del Derecho Internacional Privado podrían elaborarse mediante un análisis de Derecho Comparado. Así, la reunión de características comunes de las definiciones de una categoría específica daría luces sobre una suerte de supuesto de hecho universal e internacional. No obstante, resalta la dificultad práctica de esta tesis, en tanto el proceso de construcción de una *categoría transnacional* puede presentar muchos errores y sesgos cognitivos.

3. La institución desconocida

Pareciera ser que la mejor forma de superar la problemática de la *institución desconocida* es efectivamente calificar desde una perspectiva de la *lex causae*. Por ejemplo, el *trust*, *know-how*, el contrato de *factoring*, *leasing* o *joint venture* son todas figuras jurídicas desconocidas en el derecho positivo chileno, y es razonable que el tribunal chileno califique según el derecho en el que dichas instituciones son reconocidas y reguladas. El hecho de que en la normativa chilena no haya una regla que determine la forma en que los tribunales deben calificar los supuestos de hecho de las normas de conflicto

¹⁴³ Idem, p. 476.

presenta la ventaja de que el juez chileno puede asumir una posición de calificación mediante la *lex fori* o la *lex causae*, según lo exijan las circunstancias.

Puede darse el extraño caso de que una institución sea desconocida tanto para la *lex fori* como para la *lex causae* sustantiva. En este supuesto, la doctrina ha entendido que el tribunal debe procurar que se detecte la institución que más se le asemeje teleológica o funcionalmente, calificando excepcionalmente la institución desconocida como una categoría semejante. Esta es la denominada *tesis de la transposición*.¹⁴⁴

C. LA CUESTIÓN PREVIA

La cuestión previa es la circunstancia que requiere ser resuelta antes de la aplicación de la norma de conflicto, toda vez que se vincula estrechamente con el contenido del supuesto de hecho. Por ejemplo, si el tribunal está conociendo de una demanda de nulidad de una compraventa celebrada entre cónyuges en el extranjero, lo primero que deberá resolver es si efectivamente los contratantes presentan un vínculo matrimonial. La cuestión previa tiene entonces carácter de un incidente en el proceso. De lo anterior se desprende la siguiente discusión: ¿debe aplicarse la *lex fori* para la regulación sustantiva de la cuestión preliminar, o debe aplicarse la *lex causae*? Existen a lo menos tres tesis que responden a la interrogante.¹⁴⁵

- Doctrina de la *lex materialis fori*: sostiene que el derecho aplicable a la cuestión previa es sencillamente el derecho sustantivo del Estado del foro. Si se promueve una contienda sobre sucesión, y la cuestión previa es la determinación de la filiación del heredero en relación al causante, la ley aplicable a la filiación serían las normas materiales del Estado en el que se promueve el litigio.
- Doctrina de la *lex materialis causae*: afirma que la cuestión incidental debe ser resuelta en conformidad con el derecho sustantivo que soluciona la cuestión principal. En otras palabras, la determinación del derecho de la cuestión previa *sigue* a la aplicación de la norma de conflicto de la cuestión principal, ello fundamentado en el *principio de accesoriadad de competencia*. Para efectos del caso mencionado, la ley aplicable a la filiación es la misma legislación que debe regular y resolver la sucesión.
- Doctrina de la *lex formalis fori*: postula que, al tratarse de un supuesto de hecho distinto, la cuestión previa debe ser resuelta a través de lo establecido por el Derecho Internacional Privado del foro. De esta forma, debe aplicarse la norma de conflicto que regule el supuesto de hecho de la cuestión previa. Esta es la postura mayoritaria y la solución adoptada por el derecho de la Unión Europea por regla general.¹⁴⁶ En el ejemplo citado, el derecho sustantivo aplicable a la filiación será la que determine la norma de conflicto del Estado del foro que regule la filiación.

V. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

A. INTRODUCCIÓN

Una vez precisado que la regulación de la relación jurídica privada internacional se encuentra en un derecho extranjero determinado, surge la duda sobre cuál es su naturaleza jurídica dentro del procedimiento, esto es, si es una cuestión de hecho o de derecho. Ciertamente, el tratamiento procesal será tremendamente distinto dependiendo de la conclusión a la que se arribe respecto de la naturaleza jurídica. La alegación y la prueba del derecho extranjero variará en uno y otro caso, ya que, si es tratado como hecho, será carga de las partes alegarlo y acreditarlo, y si es tratado como derecho, el tribunal deberá aplicarlo de oficio, aun cuando las partes no lo hayan mencionado.

Al no existir normas en el ordenamiento jurídico chileno que determinen el carácter del derecho aplicable de las relaciones jurídicas internacionales, es necesario que se estudien las respuestas y teorías doctrinales en la materia.

¹⁴⁴ Idem, p. 485.

¹⁴⁵ Idem, p. 492.

¹⁴⁶ Idem, p. 489.

B. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO EXTRANJERO

1. Teorías del hecho

Las teorías del hecho o de *materialización* afirman que el derecho extranjero es un hecho en el proceso. El tribunal que conoce de la controversia no le consta la vigencia del derecho extranjero, a diferencia de su propio derecho (*iura novit curia*). Como el tribunal no conoce ni tiene el deber de conocer el derecho foráneo, son las partes las encargadas de demostrarlo en juicio.

Para estas teorías, el derecho extranjero no tiene carácter jurídico en el Estado del foro, ya que su vinculatoriedad acaba en los límites de la soberanía del Estado extranjero, esto es, su territorio. El Derecho es una manifestación del poder soberano de cada Estado, pero su imperatividad y coercitividad está espacialmente delimitada. Así, si un tribunal aplicase el derecho extranjero como si poseyera carácter jurídico, ello violaría la soberanía de su propio Estado. Entonces, la ley extranjera solo será considerada como tal por el juez del Estado en el que haya sido promulgada.

Adicionalmente, no es admisible considerar a la legislación extranjera como derecho, ya que resulta irrisorio, casi utópico, que los tribunales del foro conozcan la totalidad de la normativa de los diversos sistemas jurídicos existentes. Por lo pronto, sería una conclusión extremadamente costosa, al considerarse los recursos y el tiempo necesario para que ello tuviera éxito. Como el Derecho Internacional Privado regula las relaciones jurídicas privadas internacionales con el objeto de garantizar la mejor protección de los intereses de los individuos, son los mismos particulares los que deben probar sus intereses, ergo, el derecho extranjero.

Existen dos principales bifurcaciones doctrinales de las teorías del hecho, que a continuación se describen.

1.1. Doctrina de los derechos adquiridos (*vested rights*)

Esta tesis propone que la aplicación del derecho extranjero se justifica por la existencia del principio de Derecho Internacional Público de reconocimiento de la soberanía de otros Estados. Por lo cual, los derechos válidamente adquiridos con arreglo y respeto a las normas en un Estado soberano extranjero son derechos igualmente reconocidos por el resto de los Estados soberanos. Por esta razón, “no se produce, en sentido estricto, una aplicación del Derecho extranjero, sino un reconocimiento de los derechos subjetivos adquiridos en el extranjero bajo leyes extranjeras”.¹⁴⁷ Esta teoría fue originalmente formulada por Ulrik HUBER de la escuela neerlandesa,¹⁴⁸ y fue adoptada y mayormente desarrollada por autores anglosajones tales como Albert Venn DICEY en Inglaterra y Joseph Henry BEALE en Estados Unidos.

1.2. Doctrina del uso jurídico extranjero

Dado que el tribunal está únicamente vinculado al Estado que lo crea, teniendo en consecuencia la obligación de aplicar su propio derecho, esta doctrina postula que el tribunal no necesariamente reconoce la fuerza normativa de la legislación extranjera en los confines territoriales del Estado del foro. Ahora bien, ello no morigera el hecho de que el derecho extranjero tiene dicho carácter en su país de proveniencia. Por consiguiente, el tribunal del foro deberá aplicar el derecho extranjero “tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando, por lo tanto, un hecho y no derecho, por exigir del juez la verificación de un juicio de probabilidad y no la aplicación de normas jurídicas”.¹⁴⁹

En otras palabras, el tribunal del foro debe imitar la forma en que el derecho extranjero es normalmente aplicado por los tribunales de su respectivo país, debiendo consiguientemente escudriñar no solo el derecho positivo relacionado al conflicto, sino el resto de las fuentes jurídicas del ordenamiento jurídico extranjero, tal como su jurisprudencia y doctrina.

¹⁴⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 449.

¹⁴⁸ Su obra *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis* es quizá la obra más citada en la literatura de Derecho Internacional Privado.

¹⁴⁹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 10.

Cabe destacar que el tribunal, al aplicar el derecho extranjero, deberá realizar un juicio probabilístico. Esto es, procurará aproximarse lo más posible a una aplicación racional y acorde a la práctica forense judicial del Estado extranjero. En caso de que el tribunal aplique desacertada o inexactamente el derecho extranjero, desviándose de la solución auténtica, ello no supone que su sentencia sea *contra legem*. Al hablarse de probabilidad, es necesario admitir la siempre presente posibilidad de error.

Esta tesis es la aceptada de forma mayoritaria en Chile y en Latinoamérica, sostenida por el jurista argentino y emigrante alemán Werner GOLDSCHMIDT.

2. Teorías de derecho

Las teorías de derecho afirman que el derecho extranjero es propiamente derecho imperativo, coactivo y vinculante en el proceso. El tribunal del foro conoce tanto la legislación propia (*iura novit curia*) como la legislación extranjera (*iura aliena novit curia*), por ende, debe probar y aplicar de oficio el derecho extranjero. No puede en caso alguno limitarse a revisar los argumentos invocados por las partes.

Tanto la ley nacional como la ley extranjera emanan de su respectivo órgano legislativo. Por tanto, el mandato soberano de un país debe ser respetado cuando otro país se remite al primero. O sea, la ley extranjera no pierde el carácter de derecho por el simple hecho de ser aplicada más allá de las fronteras del Estado en que fue creada.

Como la aplicación del derecho extranjero es cada vez más recurrente, se justifica que su coste probatorio sea distribuido por toda la sociedad.¹⁵⁰ Los tribunales son los que deben conocer el derecho extranjero en atención al alto número de conflictos promovidos que remiten su solución a otras legislaciones.

A continuación se analizan las distintas variaciones de esta teoría.

2.1. Teoría de la recepción o incorporación del derecho extranjero

La teoría de la incorporación propone que el derecho extranjero no es aplicado en calidad de derecho extranjero. Cuando la norma de conflicto se remite a otro ordenamiento jurídico, el tribunal ciertamente debe resolver con arreglo a la solución existente en esa legislación. Ahora bien, al hacerlo, media una *nacionalización* del derecho extranjero, aplicándose al efecto como si se tratara de derecho nacional. En otras palabras, el juez incorpora la solución extranjera en el sistema jurídico del foro.

Existen tres principales variantes de la tesis descrita.¹⁵¹

- Teoría de la recepción material (*rinvio ricettizio materiale*): solo el contenido de la norma extranjera se incorpora a la normativa nacional, dejando de lado su forma legal. Esta tesis fue desarrollada por los italianos Prospero FEDOZZI y Giovanni PACCHIONI.
- Teoría de la recepción formal (*rinvio ricettizio formale*): propuesta por el italiano Roberto AGO, postula que la norma extranjera es incorporada tanto en su faz sustantiva como en su faz formal al ordenamiento jurídico del foro. Así, la solución debe aplicarse conservándose el sentido, mérito y alcance que le otorga la ley extranjera.
- Teoría de la recepción local (*Local Law Theory*): el tribunal debe operar bajo una ficción jurídica, a saber, imaginar que la aplicación de la norma de conflicto ha engendrado una norma bajo el amparo de su *lex fori* pero con el contenido exacto de la norma extranjera. No hay propiamente una nacionalización de la norma extranjera, sino más bien la creación de una norma idéntica a ella, debiendo el tribunal interpretarla y aplicarla

¹⁵⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 541.

¹⁵¹ Idem, p. 449.

como si fuera derecho nacional. De esta doctrina participan autores como Walter Wheeler COOK, Ernest G. LORENZEN y Hans KELSEN.

2.2. Teoría del derecho extranjero

Esta teoría postula que la aplicación del derecho extranjero debe efectuarse con pleno reconocimiento de su carácter jurídico. La legislación extranjera es aplicable extraterritorialmente, y por el hecho de aplicarse en un Estado distinto no media su *nacionalización*. Se aplica como un derecho distinto al nacional, pero como derecho al fin.

2.3. Teoría de la integración del derecho extranjero

Esta doctrina toma una posición ecléctica. Argumenta que el derecho extranjero no puede aplicarse desatendiendo el mandato de la *lex fori*, esto es, la aplicación previa de la norma de conflicto nacional, pero la consideración de la norma de conflicto no supone la desnaturalización del derecho extranjero. La norma de conflicto de la *lex fori* tiene un carácter incompleto, toda vez que se limita a indicar el ordenamiento jurídico al que habrá de dirigirse el juez. Dicha norma es solamente una fórmula, que necesariamente debe completarse con la solución del derecho extranjero. En otras palabras, se aplican dos derechos simultáneos: primero la *lex fori* a través de la norma de conflicto, y luego la *lex causae* a través de la solución concreta a la controversia. Esta teoría fue propuesta por el italiano Francesco CARNELUTTI.¹⁵²

C. LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

1. Cláusula del orden público

Como ya se expuso, el orden público se ha clasificado de distintas maneras, cumpliendo cada una de sus variaciones tipológicas funciones distintas. El orden público positivo y las leyes de policía suponen la aplicación directa de las normas imperativas de un Estado a un supuesto privado internacional, determinándose que el derecho del foro debe aplicar para efectos de proteger ciertos intereses que la sociedad considera fundamentales. El orden público negativo, en cambio, actúa como mecanismo correctivo frente a la incompatibilidad de la solución sustantiva del derecho extranjero con el ordenamiento jurídico del foro, teniendo por consecuencia la inaplicación del derecho extranjero.

El orden público negativo, no obstante, resulta incompleto en el sentido de que no indica las normas jurídicas que llenan el vacío resultante de la aplicación del orden público. En la práctica, los tribunales a menudo aplicarán en lugar del derecho extranjero la ley del Estado del foro.¹⁵³ A ello se debe que, cierta doctrina, considera que el orden público contiene *normas de extensión*, ya que “extienden el ámbito de aplicación en el espacio de ciertas normas sustantivas de derecho interno, de modo que las hacen aplicables, también, a determinadas situaciones privadas internacionales”.¹⁵⁴

La limitación a la aplicación del derecho extranjero se suele encontrar en materia de estatuto personal y en el derecho de familia, invocándose el concepto de orden público, por ejemplo, para rechazar la maternidad subrogada,¹⁵⁵ para

¹⁵² CARNELUTTI, Francesco, “Teoría general del Derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pp. 130-137.

¹⁵³ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, p. 430.

¹⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco, *ob. cit.*, p. 406.

¹⁵⁵ Sentencia de la Cour de cassation, civile, Chambre civile 1^{ère}, 6 de abril de 2011, No. 369-09-66-486, Publié au bulletin, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023832074/>. En la especie, la Corte de Casación impidió que una pareja francesa inscribiera en el Registro Civil de Francia a los niños que nacieron fruto del acuerdo de subrogación que medió con una mujer estadounidense con base en la violación de principios esenciales de derecho francés, en este caso el principio de indisponibilidad del estado civil para acuerdos privados: “Mais attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil”. BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, p. 425. Es de gran interés destacar que la decisión de la Corte de Casación fue criticada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que condenó a Francia por no reconocer la paternidad de los ciudadanos franceses, atentando por consiguiente contra el derecho a la identidad de los niños nacidos del vientre de alquiler.

resguardar la regulación interna del régimen patrimonial del matrimonio,¹⁵⁶ para denegar divorcios o para impedir el reconocimiento de matrimonios. Por cierto, la legislación chilena dispone normas imperativas que restringen los efectos de las resoluciones que declaran el divorcio en el extranjero (artículo 83 LMC). Hasta el año 2021, la ley chilena igualmente utilizaba el método imperativo para impedir el reconocimiento en Chile de matrimonios contraídos en el extranjero entre personas del mismo sexo (*ex* artículo 80 inciso 3° LMC).

En el caso *Veras con Servicio de Registro Civil e Identificación*,¹⁵⁷ la aplicación del artículo 80 LMC por el Registro Civil para negar la inscripción de un matrimonio celebrado por dos mujeres en España suscitó la deducción de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de dicha disposición y del artículo 12 LAUC. El Tribunal Constitucional rechazó las objeciones de inconstitucionalidad de los artículos 80 LMC y 12 LAUC que exigen la heterosexualidad de los contrayentes de matrimonios celebrados en el extranjero, argumentando que no cabía pronunciarse sobre el fondo del asunto porque, en realidad, se estaba impugnando un régimen completo de disposiciones legales cuya modificación, en su caso, correspondía al poder legislativo.

Si bien la jurisprudencia constitucional se consideró inapta para modificar la noción de orden público familiar contenida en la legislación, la promulgación de la Ley N° 21.400 de 2021 sobre matrimonio igualitario ha modificado la definición de matrimonio, reconociéndose actualmente en Chile el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo. Esta innovación legislativa también tuvo repercusiones en el Derecho Internacional Privado chileno, al derogarse los incisos finales del artículo 80 LMC y 12 LAUC. De este modo, los matrimonios celebrados en el extranjero no pueden desconocerse en Chile por haberse contraído por personas del mismo sexo.

Esta metodología también suele emplearse como correctivo de la asimetría de ciertas relaciones privadas, estableciendo un mínimo exigible que debe ser cumplido con independencia de la existencia de soluciones distintas en el derecho extraterritorial. Estas normas equilibrar ciertas relaciones jurídicas de la esfera privada en que puede observarse la presencia de una “parte débil” y otra que está en mejor posición. En el derecho comparado se aprecia la existencia de normativa especial en materia de protección del consumidor y de derecho del trabajo.¹⁵⁸ En la legislación nacional, el artículo 5 del Código del Trabajo es una norma imperativa que consagra la irrenunciabilidad de los derechos laborales mientras subsista el contrato laboral.

¹⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema, 31 de marzo de 2008, Cuarta Sala Especial), Rol No. 16-2008, Revista Fallos del Mes 549, enero a junio de 2008: “Si bien es efectivo que el inciso segundo del artículo 135 del Código Civil, preceptuaba que tratándose de un matrimonio celebrado en país extranjero en donde no impere el sistema de comunidad de bienes, se mirará a los cónyuges como separados de bienes, no lo es menos, que la legislación nacional impone a los contrayentes como régimen legal, el de la sociedad conyugal, de lo que se infiere que el señalado inciso segundo no tiene aplicación entre cónyuges chilenos, quienes por aplicación del artículo 15 del Código del Ramo, no pueden quedar en una situación diversa a la que hubiesen tenido de casarse en Chile, pues la interpretación contraria llevaría al absurdo de aceptar que los nacionales pueden incurrir en fraude a la ley por el sólo hecho de contraer nupcias en el extranjero, sobre todo si se considera el sistema imperante en el país a esa data. De lo que se viene razonando, es dable concluir que al caso de autos correspondía aplicar la norma del inciso primero del artículo 135 del Código Civil y al no decidirlo así y, por el contrario, al resolver los sentenciadores el conflicto sobre la base de una disposición establecida para el matrimonio de extranjeros fuera del territorio nacional, han incurrido en falsa aplicación de la ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que tal error de derecho condujo a los jueces a estimar a los cónyuges chilenos como casados en separación de bienes, lo que como ya se dijo, no es efectivo”.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, 25 de junio de 2020, *Veras con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol No. 7.774-2019.

¹⁵⁸ Véase el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). El artículo 6, que regula los contratos de consumo, establece que la ley aplicable es por regla general la del país donde el consumidor tenga su residencia habitual, sin perjuicio de la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable al contrato de consumo si la elección no implica la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones de la ley de la ley de la residencia habitual del consumidor que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley y que, a falta de elección, habría sido aplicable. Por otro lado, el artículo 8 del mismo Reglamento, que regula los contratos individuales de trabajo, establece que el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes, siempre que dicha elección no tenga por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables. Las normas imperativas irrenunciables, a su turno, pueden provenir de (i) la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente; (ii) en defecto del lugar del trabajo habitual, la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador; y (iii) sin perjuicio de los dos anteriores, la ley del país que presenta vínculos más estrechos con el contrato laboral.

2. Fraude a la ley

Otra de las manifestaciones del método imperativo es la limitación del derecho extranjero cuando su aplicación significaría defraudar la ley nacional. El fraude a la ley (*evasion of law, fraude à la loi, Gesetzesumgehung*) ha sido entendido por la doctrina como “procedimientos en sí lícitos, o en maniobras jurídicas a veces ingeniosas, que tienen la apariencia de legalidad y que, sin embargo, permiten realizar lo que la ley prohíbe o no hacer lo que la ley ordena”.¹⁵⁹ De ello se desprende la existencia de dos elementos principales, a saber: un elemento material u objetivo, que supone la obtención de un resultado que la legislación nacional rechaza, y un elemento intencional o subjetivo, que describe el ánimo de la o las personas involucradas de eludir la aplicación de la legislación nacional (*animus fraudandi*). En el Derecho Internacional Privado, el fraude se verifica por la alteración o manipulación por las partes de los factores de conexión de la norma de conflicto de la *lex fori*. En otras palabras, como las partes no desean o no les conviene la regulación o legislación de un país, optan por someterse a la regulación o legislación de otro para lograr su pretensión.

El fraude a la ley no necesariamente debe estar reconocido en una norma positiva para operar. Subyace de la propia soberanía de los Estados la posibilidad de impedir que la manipulación artificiosa del derecho produzca efectos. En consecuencia y, por regla general, a partir del ejercicio interpretativo del juez es posible *prima facie* que se restrinja todo tipo de decisión extranjera si se comprueba la intención de las partes de someterse a ese ordenamiento jurídico con el único propósito de beneficiarse de aquello que, en la ley del foro, resulta contrario a los principios fundamentales del sistema jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, es posible observar que existen países en que el fraude a la ley está explícitamente regulado.¹⁶⁰ La legislación chilena reconoce una hipótesis de fraude a la ley en la regulación del matrimonio al limitar el reconocimiento de las resoluciones que declaren el divorcio en el extranjero de no cumplirse con ciertas exigencias de forma (artículo 83 LMC).

La competencia regulatoria cobra gran relevancia en la materia. Ella puede entenderse como la competencia entre Estados para generar legislaciones y regulaciones atractivas, admitiéndose la posibilidad de que los particulares elijan una u otra normativa en atención de sus intereses. El Derecho Internacional Privado contemporáneo se caracteriza por dar un rol protagonista al principio de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones jurídicas *iusprivatistas* con elementos internacionales, siendo entonces los privados quienes pueden en definitiva elegir la ley aplicable a la relación. Sin embargo, existen ciertas áreas del Derecho que están intrínsecamente vinculadas con bienes de interés público o con las bases mismas del sistema jurídico, y que por ende no admiten supresión. Así, la delicada frontera entre situaciones lícitas y otras que defraudan la ley, se esboza casuísticamente dependiendo de los bienes jurídicos involucrados en el supuesto de hecho analizado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, ha fallado que no habría defraudación a la ley del país en que una sociedad opera en caso de que sus fundadores hayan preferido someterse a las reglas de constitución de sociedades de otro Estado miembro que no exige un capital mínimo para dichos efectos, siendo en este caso legítima la elección de ley. Por otro lado, el mismo Tribunal ha sentenciado que sí habría fraude a la ley en el intento de unas empresas de beneficiarse de la distinta regulación económica existente en otro Estado miembro, sometiéndose a ella a través del establecimiento de una filial en ese Estado para obviar las prohibiciones existentes en el mercado nacional.¹⁶¹ A la luz de esta jurisprudencia, puede inferirse que una empresa puede beneficiarse de la regulación más favorable que existe en otro ordenamiento jurídico en sectores dirigidos primordialmente por la regulación privada como el derecho societario, pero no puede eludir la aplicación de normas que comportan una importante dimensión pública en sectores tales como el derecho antimonopólico y de protección de la libre competencia.¹⁶² La competencia reguladora es un fenómeno jurídico que puede observarse en sectores en que la adopción de normas más flexibles maximiza el bienestar

¹⁵⁹ VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, 5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 211.

¹⁶⁰ Artículos 6 y 12 del Código Civil de España; artículo 21 del Código Civil de Portugal; artículo 18 del Código Civil de Bélgica, entre otros.

¹⁶¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3 de febrero de 1993, asunto C-148/91 (*Vereniging Veronroep Organisatie contra Commissariaat voor de Media*), Recopilación de Jurisprudencia 1993, página Rec. I-513.

¹⁶² BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 285-288.

social general y la eficiencia en el uso de los recursos, Si, en cambio, la flexibilización de la regulación afecta el interés público, disminuyendo el bienestar en vez de potenciarlo, los Estados dudosamente autorizarán la aplicación de un derecho menos riguroso, sancionando la práctica como un fraude a la ley.

D. PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN

Puede ocurrir que la aplicación simultánea de dos o más leyes diferentes a un mismo supuesto de hecho genere un resultado jurídico poco satisfactorio, debido a que cada uno de los derechos involucrados son producto de concepciones jurídicas distintas. El problema de la adaptación posee una relativa similitud al problema de la calificación, toda vez que en ambas aparece la necesidad de lidiar con instituciones, criterios, nociones y soluciones diversas dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, es muy probable que cuando la reglamentación de la relación jurídica se encuentra en dos o más derechos distintos, la aplicación paralela de estas legislaciones conduzca a resultados incompatibles al manifestarse contradicciones o antinomias entre ellas. La “metáfora de la bicicleta” de Wilhelm WENGLER ayuda a graficar la problemática: “El juez es como un mecánico que debe ensamblar las diferentes partes de una bicicleta que han sido fabricadas en países distintos y que, precisamente por ello, pueden no encajar correctamente, de modo que la bicicleta no funciona como debería”.¹⁶³

Supongamos que la ley de un determinado Estado otorga pensión de sobrevivencia a los miembros del grupo familiar del causante cotizante, entendiéndose por tal el o la cónyuge o conviviente civil sobreviviente, los hijos y los ascendientes. Ahora bien, en virtud de la ley de la nacionalidad del causante, es posible contraer válidamente matrimonio con más de una mujer. Esta es la situación, por ejemplo, de varios Estados islámicos. Si el derecho del foro prohíbe la bigamia, ¿a qué esposa debe el tribunal conceder la pensión?.¹⁶⁴ La doctrina se ha encargado de entregar posibles técnicas para la solución a los problemas de incoherencia de reglamentación.¹⁶⁵

- Técnica de la *lex fori*: consiste en prescindir de la aplicación de todas las legislaciones involucradas en la controversia, solucionando directamente a partir de las normas materiales provenientes de la *lex fori*. Frente a un resultado jurídico incoherente, opera la denominada *paralización de la norma de conflicto*.
- Técnica de la ley más vinculada con la situación global: propone aplicar únicamente el derecho extranjero ordenado por la norma de conflicto de la *lex fori*, si ello conduce a una solución adecuada que supera los problemas propios de la aplicación de la norma de conflicto (reenvío, calificación, etcétera). Si la aplicación de la norma de conflicto reproduce dificultades, tal y como el problema de que el supuesto de hecho pueda ser calificado de formas diversas, la doctrina propone que se debe aplicar el derecho extranjero sustantivo que mantenga un vínculo más estrecho con la relación jurídica.
- Técnica de la aplicación parcial de las leyes incoherentes: esta tesis también postula que se debe aplicar solamente el derecho extranjero enviado a través de la norma de conflicto de la *lex fori*. La diferencia con la técnica de la ley más vinculada con la situación global radica en que en caso de que la norma de conflicto reproduzca la problemática, lo que debe hacer el tribunal es *recortar* el alcance material de las normas de conflicto posiblemente aplicables, posibilitando que quede en definitiva una sola norma de conflicto aplicable, ergo, una sola solución sustantiva para la controversia.
- Técnica de la adaptación: por último, esta técnica procura resolver los problemas de adaptación armonizando las normas, modificando por lo menos una de las legislaciones involucradas en aquel o aquellos elementos que generan el resultado incoherente o irrazonable, pudiendo consiguientemente construir una solución plausible y jurídicamente deseable.

¹⁶³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 596.

¹⁶⁴ Idem, p. 597.

¹⁶⁵ Ibidem.

E. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

1. Antecedentes históricos

La discusión sobre la naturaleza jurídica del derecho extranjero no es ni ha sido un debate pacífico. En Chile, la falta de regulación en la materia suscitó que la doctrina nacional defendiera tanto teorías del hecho como de derecho. En la primera postura, José Bernardo LIRA ARGOMEDO. En la segunda postura y mayoritaria, Fernando ALBÓNICO VALENZUELA,¹⁶⁶ Diego GUZMÁN LATORRE,¹⁶⁷ Federico DUNCKER BIGGS¹⁶⁸ y Arturo CARVAJAL CORTÉS.¹⁶⁹ Asumir una u otra postura tiene gran importancia para efectos de la alegación y la prueba del derecho extranjero. Además, es relevante en cuanto define si el recurso de casación el fondo procede en caso de una errónea aplicación del derecho extranjero.

La doctrina estima que esta polémica fue zanjada con la celebración del Convenio sobre aplicación e información del derecho extranjero, suscrito entre los gobiernos de las Repúblicas de Chile y Uruguay, promulgado el 21 de octubre de 1985 por el Decreto N° 752 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Su ratificación habría constituido una verdadera toma de posición por parte de Chile, revelando cuál es la tesis acogida sobre la naturaleza jurídica del derecho extranjero en nuestro país.

Artículo 1 del Convenio sobre aplicación e información del derecho extranjero. “Los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece”.

Del tenor se desprende claramente la adopción de la teoría del hecho del uso jurídico extranjero de Werner GOLDSCHMIDT. Para aplicar el derecho uruguayo, la autoridad chilena, sea un órgano administrativo o un tribunal, debe ponerse en la misma posición que la autoridad uruguaya. Para ello, es necesario que averigüe la totalidad de las fuentes jurídicas del sistema jurídico uruguayo. Sin dudas, lo anterior también debe ser cumplido por los tribunales y órganos administrativos uruguayos al aplicar el derecho chileno.

Podría afirmarse que la ratificación de este Convenio no resuelve el disenso dogmático, toda vez que dicho instrumento internacional es bilateral y por tanto sus efectos se circunscriben a las relaciones privadas internacionales con conexiones entre Chile y Uruguay. En consecuencia, no es posible proyectar su obligatoriedad respecto de relaciones jurídicas que envuelvan la aplicación de otras legislaciones extranjeras. Este argumento debe ser desechado en virtud de lo dispuesto en los artículos 22 y 24 CC. Para efectos de determinar la naturaleza jurídica del derecho extranjero, el tribunal chileno debe tomar en consideración toda la normativa vigente. Al ser el artículo 1 del Convenio la única disposición en todo el sistema jurídico chileno que se resuelva la pregunta sobre la naturaleza jurídica del derecho extranjero, el tribunal deberá integrarla frente a la oscuridad de la ley en otros supuestos. Esta conclusión es necesaria, ya que de lo contrario “equivaldría admitir que la ley chilena abdica de tener un sistema uniforme para la aplicación del derecho extranjero en nuestro país, consagrando un caótico estado de cosas”.¹⁷⁰

A mayor ahondamiento, la doctrina afirma que el derecho extranjero no es un simple hecho en el proceso. En realidad, tiene un carácter distinto, toda vez que es un hecho fuera de la causa, un hecho normativo, o si se prefiere, un hecho extraprocesal. Este tipo de hechos, al crear o constituir normas jurídicas, se sitúan en la premisa mayor del silogismo jurídico que debe gobernar la mente del órgano jurisdiccional que dicta sentencia. Esta característica faculta al juez para que pueda investigar y probar por iniciativa propia los hechos normativos.

¹⁶⁶ ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando, *El Derecho Internacional Privado ante la jurisprudencia chilena*, Santiago, Nascimento, 1943, p. 19.

¹⁶⁷ GUZMÁN LATORRE, Diego, *ob. cit.*, p. 530.

¹⁶⁸ DUNCKER BIGGS, Federico, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 345.

¹⁶⁹ CARVAJAL CORTÉS, Arturo, *El juez y el Derecho extranjero*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 37.

¹⁷⁰ VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel, “La aplicación del Derecho extranjero en Chile después del Tratado con Uruguay”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 18, N° 1 (1991), pp. 73-99.

En resumen, la tesis hoy día imperante en Chile sobre la naturaleza jurídica del derecho extranjero es la teoría del uso jurídico extranjero, entendiendo a la legislación extranjera como un hecho normativo y que, como tal, no puede ser de aquellos que forman parte del mérito del proceso.

Con posterioridad a 1985, Chile ha vuelto a ratificar una serie de tratados internacionales que han clarificado aún más el panorama en torno a la prueba, aplicación e invocación del derecho extranjero y a la procedencia del recurso de casación en el fondo. Entre ellos, pueden nombrarse la Convención Interamericana en Panamá de 1975 sobre Recepción de Prueba en el Extranjero y la Convención Interamericana en Montevideo de 1979 sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero.

2. Alegación y prueba del derecho extranjero

2.1. Régimen probatorio: rol de las partes y del juez

Una vez establecido que el derecho chileno sigue la teoría de uso jurídico extranjero, se concluye que tanto las partes como el tribunal deben invocar y probar el derecho extranjero. No es únicamente obligación de las partes probarlo ya que, desde luego, estas solo invocarán las normas que le son favorables. Además, la aportación probatoria no es equitativa, en virtud del adagio *affirmanti incumbit probatio* que ilustra que la carga de la prueba incumbe a quien alega o afirma el quebrantamiento del estado de normalidad (artículo 1698 CC). El involucramiento del tribunal en el esclarecimiento del derecho extranjero subsana los probables y eventuales vicios que podrían aparecer en caso de que las partes fuesen las únicas encargadas en probar. Como el derecho extranjero es un hecho normativo de carácter extraprocesal, el juez debe aplicarlo e interpretarlo de forma integral. Por cierto, el artículo 408 CDIPr establece: “Los jueces y tribunales de cada estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás”.

Si bien el tribunal chileno tiene la obligación de imitar la forma en que el tribunal extranjero aplica su propio derecho, encargándose de escrutar las fuentes idóneas al efecto, de ello no se infiere que las partes no puedan auxiliar al juez en dicho ejercicio. Un régimen de colaboración entre el tribunal y las partes ofrece mayores garantías para la aplicación correcta del derecho extranjero, lo que resulta beneficioso tanto para el Aparato de Administración de Justicia como para los particulares involucrados.¹⁷¹

2.2. Medios de prueba

Serán admisibles para probar el derecho extranjero, por regla general, todos los medios de prueba legal. No obstante, se excluyen la prueba confesional, testimonial y las presunciones.

El artículo 3 del Convenio sobre aplicación e información del derecho extranjero entre Chile y Uruguay agrega la posibilidad de pedir información a la autoridad central de cada Nación: “A los efectos del conocimiento del derecho de una Parte aplicable en la otra, sin perjuicio de otros medios de información admitidos por la ley del foro, cada Parte, por intermedio de su Ministerio de Justicia remitirá directamente, a pedido del otro, la información que sea necesaria para lograr la correcta aplicación de las leyes vigentes de su país, por los órganos competentes del requirente”.

Medios probatorios reconocidos en los distintos cuerpos normativos vigentes:

- Derecho interno chileno: (i) copia autorizada o legalizada de la sentencia; e (ii) informe de peritos (artículo 411 CPC).
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (artículo 3): “La cooperación internacional en la materia de que trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios

¹⁷¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *ob. cit.*, p. 542.

de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente como por la del Estado requerido. Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención, entre otros, los siguientes”:

- Prueba documental: consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales.
- Prueba pericial: consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia.
- Informes del Estado requerido: sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de sus derechos sobre determinados aspectos.
- Código de Derecho Internacional Privado (artículos 409 y 410):
 - Certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate: deberá presentarse debidamente legalizada.
 - Informe del Estado de cuya legislación se trate: el Estado, a través del organismo competente, emite un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

3. El recurso de casación en el fondo

Tal y como ocurre en las controversias de derecho interno, es perfectamente posible que el juez cometa errores conociendo y juzgando sobre una relación jurídica privada internacional. Surge la pregunta si es posible que la Corte Suprema conozca de la casación de una sentencia pronunciada por los Tribunales de Justicia inferiores por aplicación incorrecta de la ley extranjera, ya sea por la inaplicación del derecho extranjero, o bien, por la aplicación inexacta de la legislación foránea al darle un sentido y alcance que no corresponde.

En conformidad con el tenor del artículo 767 CPC, el recurso de casación en el fondo es el que “tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

El recurso de casación en el fondo por infracción del derecho extranjero sugiere dos discusiones distintas: en primer lugar, es necesario definir si la ley extranjera está contemplada en la causal que autoriza la interposición del recurso, esto es, una sentencia pronunciada con “infracción de ley”. Ello determinará la procedencia o improcedencia del recurso de casación en el fondo. En segundo lugar, en caso de concluirse que el recurso de casación es procedente, cabe examinar qué supuestos incluye la causal “infracción de ley”.

3.1. Discusión sobre la procedencia del recurso de casación en el fondo

La discusión sobre la posibilidad de interponer el recurso de casación en el fondo respecto de una sentencia en la que se juzga un caso de Derecho Internacional Privado mantiene estrecha relación con el debate sobre la naturaleza jurídica del derecho extranjero. Como el recurso tiene lugar al pronunciarse la sentencia con infracción de ley, aquellos que están en contra de la admisibilidad del recurso de casación sostienen que el derecho extranjero es un hecho, ergo, su aplicación errónea no constituye una infracción de ley. Aquellos que están a favor de su admisibilidad, por el contrario, consideran que la ley extranjera es ciertamente derecho. Por ende, su aplicación incorrecta traduce una verdadera infracción de ley.

3.1.1. Argumentos sobre la improcedencia del recurso

Esta es la postura minoritaria, formulado por uno de los colaboradores en la redacción del Código de Procedimiento Civil, José Bernardo LIRA ARGOMEDO, y también defendida por Mario RAMÍREZ NECOCHEA. Los argumentos que entregan se describen en seguida.

- Seguimiento de la teoría del hecho: el artículo 411 N° 2 CPC dispone: “Podrá también oírse el informe de peritos sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera”. Bajo la premisa de que solo los hechos se prueban en el proceso, y no el derecho (*iura novit curia*), se deduce del artículo mencionado que el derecho extranjero es considerado por la legislación chilena como un hecho.
- Necesidad de prueba del derecho extranjero: el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil establece: “Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”. Como el derecho extranjero debe probarse, esto es, como forma parte del mérito del proceso, el tribunal no podrá considerarlo en la dictación de la sentencia si no ha sido expresamente sometido a juicio de las partes. Lo que no se prueba por las partes no puede ser tenida en consideración por el tribunal.
- Historia fidedigna de la ley: en los proyectos de Código de Procedimiento Civil, al referirse al recurso de casación en el fondo, la comisión revisora utilizaba la expresión ley del artículo 767 CPC para referirse al derecho creado por el legislador. La ley extranjera no se encuentra en Códigos chilenos, ni al juez le consta su verdad. En consecuencia, el derecho extranjero no tiene por sí mismo carácter vinculante para el tribunal, sino que resulta imperioso probar que existe para que pueda aplicarlo.
- Imposibilidad de cumplimiento de la función de uniformación: una de las finalidades esenciales que persigue el recurso de casación en el fondo es la uniformación del derecho. Ahora bien, no es posible que los Tribunales de Justicia de un país uniformen la aplicación del derecho de otro Estado. Ello atentaría contra su soberanía.

3.1.2. Argumentos sobre la procedencia del recurso

Aquí se ubica la postura mayoritaria, destacándose en su defensa Fernando ALBÓNICO VALENZUELA, Diego GUZMÁN LATORRE y Hernán RÍOS DE MARIMÓN. Se señalan a continuación sus argumentos.

- Naturaleza facultativa del informe de peritos: el artículo 411 N° 2 CPC es una disposición facultativa, ello evidenciado claramente por la elección del legislador de utilizar la voz “podrá” y no la expresión “deberá”. Es decir, el juez puede ordenar el informe de peritos, tal y como puede ordenar cualquier otra diligencia. Lo anterior está asimismo corroborado por la historia fidedigna de la ley, debido a que en los proyectos de Código de Procedimiento Civil se utilizaba la expresión “deberá”. Sin embargo, la versión definitiva del Código consagra el carácter no obligatorio del informe de peritos en la prueba del derecho extranjero. Esta conclusión se condice con la tesis *savignyana* de la existencia de una comunidad jurídica entre los derechos de los Estados, noción que fue seguida por Andrés Bello.
- Prueba del derecho extranjero como trabajo del juez y de las partes: lo establecido por el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil sirve como argumento en contra de la procedencia del recurso de casación en el fondo solo si se considera que el derecho extranjero es meramente un hecho en el proceso. De considerarse a la legislación foránea como derecho vinculante, o bien, de estimarse como un hecho normativo extraprocesal, debe ser investigada y probada por iniciativa propia del tribunal, con la eventual colaboración de las partes. Por tanto, el tribunal está obligado a considerar el derecho al momento de dictar sentencia, aun cuando no haya sido expresamente sometido a juicio por las partes. La ley extranjera está “sobre el mérito del proceso”¹⁷².
- Prohibición de distinción: el artículo 767 CPC no distingue entre ley nacional y ley extranjera. Como el legislador omite diferenciar, se infiere que su voluntad fue otorgar el recurso de casación en el fondo tanto por infracción de ley nacional como ley extranjera en el pronunciamiento de una sentencia. De lo contrario, lo habría manifestado explícitamente. Ergo, si el legislador no distingue, menos todavía puede el tribunal (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

¹⁷² Ibidem, p. 148.

- Multiplicidad de funciones del recurso: la finalidad de uniformación del derecho nacional no es la única finalidad perseguida por el recurso de casación en el fondo. En efecto, su interposición tiene también por objeto el “reemplazo del fallo en que se cometió la infracción de ley por otro en que esta se aplique correctamente”,¹⁷³ es decir, procura enmendar un error de derecho.
- Consagración normativa de la admisibilidad del recurso: el artículo 2 del Convenio sobre aplicación e información del derecho extranjero entre Chile y Uruguay establece: “Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente procedentes para los casos en que corresponda la aplicación del derecho de la otra parte”.

3.2. Discusión sobre las formas en que se manifiesta la infracción de ley

De aceptarse la posibilidad de que el recurso de casación en el fondo puede ser interpuesto en contra de sentencias que adolezcan de una infracción de la ley extranjera, surge la interrogante sobre lo que debe o no considerarse como “ley”. Seguidamente se examinan las distintas hipótesis.

- Ley nacional (norma de conflicto): a falta de un tratado internacional que regule la relación jurídica objeto del litigio, o a falta de un acuerdo que medie entre las partes que determine el derecho aplicable, el tribunal deberá aplicar la *lex fori*, es decir, la norma de conflicto correspondiente al supuesto de hecho en concreto. Ahora bien, puede ocurrir varias situaciones que traducen una infracción de la ley extranjera:
 - Absoluta inaplicación de la norma de conflicto: el tribunal omite la aplicación de la norma de conflicto, dando solución directa al caso a partir de la normativa sustantiva nacional. En este caso hay infracción de la ley extranjera por su total inaplicación.
 - Aplicación de la norma de conflicto:
 - Localización incorrecta: el tribunal aplica la norma de conflicto, pero yerra en la localización de la sede de la relación jurídica. Así, en vez de ubicar la solución en la *lex fori*, la fija en la *lex causae*, o viceversa, localiza la solución en la *lex causae*, cuando en realidad corresponde la aplicación de la *lex fori*
 - Derecho incorrecto: el tribunal aplica la norma de conflicto, pero determina como derecho aplicable la ley de un Estado distinto a los involucrados en la controversia.
 - Interpretación incorrecta: el tribunal aplica la norma de conflicto y localiza certeramente la sede de la relación jurídica en el derecho extranjero, pero se equivoca en la aplicación de su derecho sustantivo al interpretar desacertadamente su sentido y alcance. El recurso de casación en el fondo, entonces, procederá en cualquiera de estos supuestos.
- Tratado internacional: el recurso de casación en el fondo es susceptible de ser interpuesto en caso de que el tribunal omita aplicar o aplique erróneamente un tratado internacional vigente y ratificado por Chile que regule la relación jurídica en disputa. Cabe recordar que estos instrumentos internacionales deben ser considerados como verdadera normativa del sistema jurídico chileno en razón de lo establecido en la Constitución.
- Costumbre: la costumbre se define como la repetición constante y uniforme que la generalidad de una población efectúa en un tiempo y lugar determinado, con la convicción de que obedece a un imperativo jurídico. Luego, el artículo 2 CC establece: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. Por consiguiente, el recurso de casación en el fondo solo procedería por infracción de la costumbre en los casos en que la ley se remita a ella, o en silencio de ley, cuando así deba aplicarse. Es menester recordar lo establecido en el artículo 4 del Código de Comercio: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”. Si la ley se remite a la costumbre mercantil internacional (*lex*

¹⁷³ MOSQUERA RUÍZ, Mario; MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los recursos procesales*, 2º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 289.

mercatoria), y el tribunal la aplica incorrectamente, podría configurarse una infracción de ley que configura la procedencia del recurso.

- Ley del contrato: el renombrado aforismo *pacta sunt servanda* se encuentra consagrado en el artículo 1545 CC, que establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. La doctrina ha discutido si la expresión “ley” aludida en la norma puede ser considerada como un supuesto que posibilita la interposición del recurso de casación en el fondo, por ejemplo, en caso de infracción de lo estipulado en un contrato internacional: “Una parte de la doctrina considera que la ley del contrato, al ser trasgredida, es susceptible de ser casada en el fondo, cuando concurren los demás requisitos legales (...) otra parte de la doctrina considera que la ley del contrato no es una ley en sentido estricto y, por tanto, no puede ser atacada por la vía de la casación”.¹⁷⁴
- Principios de Derecho Internacional: el recurso de casación en el fondo procedería en caso de que la sentencia pronunciada infrinja dichos principios si se estima que el artículo 767 CPC no distingue la fuente de la ley vulnerada. Esta conclusión ha sido criticada por la doctrina, ya que supone extender forzosamente el concepto de ley para efectos de hacer posible la integración de los principios en su definición.

¹⁷⁴ MOSQUERA RUÍZ, Mario; MATURANA MIQUEL, Cristián, *ob. cit.*, p. 297.

SUBCAPÍTULO SEGUNDO – PARTE ESPECIAL

Analizados los distintos instrumentos conceptuales y metodológicos que el tribunal debe utilizar para resolver un problema de Derecho Internacional Privado (Parte General del Derecho Internacional Privado), es posible estudiar con éxito cómo se regula las categorías del Derecho Privado en esta disciplina (Parte Especial del Derecho Internacional Privado).

Este material de apoyo no pretende cubrir cada uno de los derechos especiales que constituyen al Derecho. Los pilares del Derecho Internacional Privado están presentes en el derecho de la responsabilidad extracontractual, de la competencia desleal, de la defensa de la libre competencia, de la propiedad intelectual, del mercado de capitales, de los títulos de crédito, de las inversiones internacionales, del consumo, derecho tributario, laboral, corporativo, procesal, internacional público, entre muchos otros. No obstante, por razones de extensión, en seguida se examinarán los supuestos de hecho más relevantes en el Derecho Internacional Privado chileno y, particularmente, en aquellos sectores del Derecho Civil en que el derecho interno contiene soluciones.

Regulación del Derecho Civil en el Derecho Internacional Privado chileno:¹⁷⁵

- Estatuto personal.
- Estatuto real.
- Formalidades de los actos jurídicos.
- Matrimonio.
- Acuerdo de Unión Civil.
- Sucesión.
- Contratos internacionales.

I. ESTATUTO PERSONAL

El concepto de estatuto personal es equívoco, ya que no es una categoría que se suele utilizar en el Derecho Privado y requiere delimitación terminológica. Existe divergencia a la hora de determinar las materias que integran el estatuto personal. Desde una perspectiva comparada, la mayoría de los ordenamientos jurídicos reconocen que las materias fundamentales del estatuto personal son el estado civil y la capacidad de las personas naturales. No obstante, la divergencia de los derechos internacionales privados no permite establecer una definición de carácter universal, ya que algunos sistemas adoptan una noción más restrictiva y otros una más extensa. Por ejemplo, el derecho internacional privado estadounidense concibe la capacidad como un supuesto de hecho que se subsume en la regulación de los actos jurídicos y contratos. Por otro lado, el derecho internacional privado francés extiende la expresión “estatuto personal” para referirse no solo a las personas naturales, sino también a las jurídicas.¹⁷⁶

El derecho internacional privado chileno concibe el estatuto personal o estado de las personas como el supuesto que incluye la regulación del estado civil y la capacidad de las personas naturales.

A. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y EL ESTATUTO PERSONAL

Principio de territorialidad (artículo 14 CC): “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la república, incluso los extranjeros”.

¹⁷⁵ Si bien el derecho de la responsabilidad extracontractual pertenece al ámbito del Derecho Civil, no existe regulación alguna en el derecho interno aparte de unas cuantas normas especialísimas.

¹⁷⁶ MORALES, Marcelo, “Fusión internacional de sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico chileno”, Tesis doctoral bajo la dirección del Profesor Dr. don Mauricio HARTWIG-JACOB, LL.M., para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2014, p. 193.

Teorías sobre el ámbito de aplicación del artículo 14 CC:¹⁷⁷

- Posición mayoritaria (FABRES, CLARO SOLAR y ALBÓNICO): el derecho chileno sigue un régimen de territorialidad absoluta y, en consecuencia, la ley territorial rige la tríada del (i) estatuto personal; (ii) estatuto real; y (iii) estatuto de los actos jurídicos. La ley territorial aplicaría también respecto de las normas de procedimiento y las leyes penales. En consecuencia, no puede distinguirse entre leyes personales, reales y relativas a los actos.
- Posición minoritaria (POLA): el artículo 14 CC solo aplica respecto del estatuto personal, estando excluido de su ámbito de aplicación lo relativo a los bienes y actos jurídicos. El estatuto real y de los actos jurídicos están regulados de manera expresa en los artículos 16 y 17 CC. En consecuencia, es posible distinguir entre leyes personales, leyes reales y relativas a actos.
- Tesis de NAVARRETE: el artículo 14 CC es una norma de competencia legislativa que debe interpretarse solo en su sentido literal. Al expresar la norma que la ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, lo único que querría decir es que la ley chilena rige en Chile. Es una norma que se refiere a la fuerza obligatoria de la ley, sin contener razones conflictuales. El artículo 14 CC no es la norma de conflicto del estatuto personal, ni tampoco del estatuto real ni de los actos jurídicos. La ley chilena está constituida tanto por las normas materiales como por las de conflicto. Precisamente a través de las normas de conflicto el Estado manifiesta su consentimiento para que rija en su territorio una ley extranjera. Es decir, que la ley chilena rija en Chile no se traduce en que las leyes extranjeras no puedan aplicar en Chile. LA verdadera norma de conflicto del estatuto personal es el artículo 60 CC.

Asumiendo que el ordenamiento jurídico chileno reconoce la existencia de leyes personales, la doctrina ha planteado diversas posibilidades en relación al factor de conexión que determina dicha ley personal:¹⁷⁸

- Habitación o residencia (GUZMÁN y POLA): en base al factor de conexión de la habitación, es posible determinar la ley aplicable a (i) los chilenos en Chile; (ii) los extranjeros en Chile; (iii) los chilenos en el extranjero; y (iv) los extranjeros en el extranjero. El artículo 15 CC exceptuaría la solución del artículo 14 CC, disponiendo que la ley aplicable al chileno en el extranjero es la ley chilena, y no el lugar en que habita. La bilateralización del artículo 14 CC permitiría conformar la piedra angular del estatuto personal de los extranjeros en el extranjero cuando realicen actos con efectos en Chile. En virtud de dicha interpretación, el estatuto personal de los extranjeros en el extranjero vendría determinado por la ley del lugar de habitación o residencia de los mismos y, por ende, los aspectos relativos al estatuto personal se regirían por dicha ley cuando se realicen actos con efectos en Chile. Pese a la aparente sencillez de la propuesta y apoyo positivo, varias objeciones se han planteado a su respecto. La aplicación de dicho criterio de conexión carece de estabilidad en relación con la importancia de los aspectos que está llamado a determinar. Si bien tal criterio ofrece facilidad en cuanto a su determinación, facilita el fraude de ley, ya que basta con permanecer en determinado lugar para que, de cara a la legislación chilena, se hagan aplicables las normas de ese lugar en lo referente al estatuto personal. Adicionalmente, la referida falta de estabilidad contraría la esencia de las leyes personales, que es garantizar que ellas permanezcan invariables, cualquiera que sea el sistema jurídico a que se encuentre sometida una persona.
- Nacionalidad (DUNCKER, HAMILTON y GESCHE): el estatuto personal de los chilenos y extranjeros está determinado por su nacionalidad. Para este sector doctrinal, la base de esta interpretación descansa en la bilateralización del artículo 15 CC, el cual, congruentemente con la caracterización que de las leyes personales realiza el artículo 3 CDIPr, sigue el criterio de la nacionalidad para declarar la aplicabilidad extraterritorial limitada del Derecho chileno. De esta forma, para este sector, si la única norma interna de conflicto que establece un grado de eficacia extraterritorial del Derecho chileno lo hace sobre la base del criterio de conexión

¹⁷⁷ VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel, “Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales”, en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 17, No. 2 (1990), pp. 343-353.

¹⁷⁸ Idem, pp. 349-351.

nacionalidad, es este criterio el que ha de regir de manera general en el ordenamiento jurídico chileno. Esta interpretación no vulneraría el principio de territorialidad, por cuanto la ley chilena sigue siendo aplicable a todos los habitantes de la República, sean chilenos o extranjeros, radicándose la aplicación del estatuto personal de los extranjeros exclusivamente en aquellos supuestos en los cuales los mismos no son habitantes de la República, no encontrándose por lo tanto sometidos a sus disposiciones.

- Domicilio (NAVARRETE): la ley personal viene determinada por el domicilio, toda vez que la norma de conflicto que regula el estatuto personal no es el artículo 14 CC, sino el artículo 60 CC. El artículo 60 CC regula el domicilio político, definido como aquél relativo al territorio del Estado en general, que es el que interesa desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. De esta forma, bilateralizando el artículo 60 CC, se sostiene que el estatuto personal de los domiciliados en Chile se regiría por la ley chilena, y el de los domiciliados en país extranjero por la ley del país del domicilio. El artículo 15 CC sería una excepción al artículo 60 CC. Si bien los domiciliados en el extranjero están sujetos a la ley de su domicilio, el artículo 15 CC confiere efectos extraterritoriales a la ley chilena, permitiendo su aplicación a los chilenos domiciliados en el extranjero.

B. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 15 CC

Artículo 15 CC. “A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

- 1° En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile.
- 2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”.

Unilateralidad y extraterritorialidad del artículo 15 CC: esta norma de conflicto solo determina el derecho aplicable al estatuto personal de los chilenos que residen o están domiciliados en el extranjero, consagrando el efecto extraterritorial del derecho chileno en esta materia. El artículo 15 CC no se refiere al derecho aplicable al estatuto personal de (i) los chilenos que residen o están domiciliados en Chile; (ii) los extranjeros que residen o están domiciliados en Chile; ni tampoco (iii) los extranjeros que residen o están domiciliados en el extranjero.

1. Estado de las personas (artículo 15 N° 1 CC)

Desde una perspectiva comparada, se entiende por estado de las personas las normas relativas a (i) la identificación individual, es decir, nombre, domicilio y estado civil; y a (ii) las relaciones de familia, cuyas fuentes son el parentesco, el matrimonio, el acuerdo de unión civil o derivadas de las relaciones de convivencia afectivo-sexual.

Dicho ello, el estado de las personas se relaciona con la regulación de los atributos de la personalidad, que son: (i) el nombre; (ii) la capacidad; (iii) el domicilio; (iv) la nacionalidad; (v) el patrimonio; y (vi) el estado civil.

Aspectos excluidos en la expresión “estado de las personas” en el artículo 15 CC:

- Nombre: la regulación de la inscripción de nombres y apellidos son competencia de los organismos registrales de cada país, por lo que no resulta razonable que se aplique el reglamento chileno sobre Registro Civil en el extranjero. El cambio de nombre o apellido es igualmente un asunto con connotación pública y no solamente privada, por lo que la gestión está gobernada por el derecho del lugar en que se solicita el trámite. No puede exigirse la aplicación del derecho chileno en virtud de la norma de conflicto del artículo 15 CC al chileno que ejerce de cualquier manera su derecho al nombre en el extranjero.
- Capacidad: la capacidad no sirve para individualizar a las personas ni se refiere a las relaciones de familia. Adicionalmente, el artículo 15 N° 1 CC menciona la capacidad a continuación del estado de la persona, quedando en evidencia que la capacidad no integra el estado.

- Domicilio: no le corresponde al derecho chileno determinar la constitución y efectos del domicilio político. El domicilio no depende de la ley nacional, sino de los principios del Derecho Internacional (artículo 60 CC).
- Nacionalidad: la nacionalidad suele ser un asunto de Derecho Público, cuya determinación se entrega a normas unilaterales. De todos modos, es contradictorio que la expresión “estado de la persona” incluya la regulación de la nacionalidad, porque la última es el factor de conexión utilizado en la norma de conflicto del artículo 15 CC.
- Patrimonio: entendido como conjunto de derechos y obligaciones de una persona susceptibles de estimación pecuniaria, el Derecho Internacional Privado chileno contempla normas de conflicto específicas para la regulación del estatuto real y de las obligaciones.

“Estado de las personas” y estado civil: es conceptualmente la materia que más propiamente queda comprendida en la expresión utilizada en el artículo 15 N° 1 CC. Este primer numeral hace referencia a la (i) constitución y (ii) extinción del estado civil. Los efectos del estado civil quedan entregados al segundo numeral.

2. Capacidad para ejecutar ciertos actos (artículo 15 N° 1 CC)

La norma de conflicto se refiere solo a la capacidad de ejercicio y no a la de goce, ya que el estatuto personal tutela derechos de carácter permanente y general, y porque la “capacidad para ejecutar ciertos actos” es precisamente la capacidad de una persona en poder obligarse por sí misma (artículo 1445 CC).

La aplicación del derecho chileno en el extranjero es, no obstante, limitada. La capacidad del chileno en el extranjero queda sujeta al derecho chileno solo si el acto que se ejecute haya de producir efectos en Chile. Se estima que el acto produce efectos en Chile cuando los derechos que de él emanan deben ejercerse o las obligaciones que genere deben cumplirse en Chile.

La regla general es que, en lo relativo a la capacidad, los actos realizados por chilenos en el extranjero se regirán por la ley extranjera en base al principio *lex loci regit actum*.

Aplicación práctica:

- Efectos no se extienden a Chile: si (i) ambas personas son chilenas; (ii) ambas son peruanas; o (iii) una de ellas es peruana y otra chilena, contratan en Perú, y las obligaciones se cumplen solo en Perú, a través de la bilateralización del artículo 15 N° 1 CC el tribunal chileno determinará como aplicable el derecho peruano a la capacidad de las partes. Si se acepta el reenvío, debe determinarse a qué país envía la solución la norma de conflicto peruana. Si se rechaza el reenvío, las normas sustantivas de capacidad peruanas aplica a las partes.
- Efectos se extienden a Chile:
 - Si ambas personas son chilenas, contratan en Perú, y se cumple alguna de las obligaciones en Chile, mediante la aplicación del artículo 15 CC N° 1 CC el tribunal determinará como aplicable las normas sustantivas de capacidad chilenas a los chilenos.
 - Si ambas personas son peruanas, contratan en Perú, y se cumple alguna de las obligaciones en Chile, a través de la bilateralización del artículo 15 N° 1 CC el tribunal chileno determinará como aplicable el derecho peruano a la capacidad de los peruanos. Si se acepta el reenvío, debe determinarse a qué país envía la solución la norma de conflicto peruana. Si se rechaza el reenvío, las normas sustantivas de capacidad peruanas aplica a los peruanos.
 - Si una persona es chilena y otra peruana, contratan en Perú, y se cumplen alguna las obligaciones en Chile, mediante la aplicación del artículo 15 CC N° 1 CC y su bilateralización el tribunal determinará como aplicable las normas sustantivas de capacidad chilenas a la parte chilena, y determinará como aplicable el derecho peruano a la capacidad de la parte peruana. Si se acepta el reenvío, debe

determinarse a qué país envía la solución la norma de conflicto peruana. Si se rechaza el reenvío, las normas sustantivas de capacidad peruanas aplica a la parte peruana.

3. Obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia (artículo 15 N° 2 CC)

Las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia del chileno en el extranjero quedan sujeta al derecho chileno solo si (i) dichos derechos y obligaciones se extienden a Chile; y (ii) sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos. Los efectos referidos pueden tratarse de derechos sobre la persona, como los efectos del matrimonio, o derechos de contenido patrimonial, como los derechos sucesorios en la herencia.

Este segundo numeral hace referencia a los efectos del estado civil, mientras que la (i) constitución y (ii) extinción del estado civil son comprendidos por el primer numeral.

Como se ha afirmado respecto de la capacidad, la regla general es que, en lo relativo a las obligaciones y derechos que emanan de las relaciones de familia, dichos efectos que afectan a chilenos en el extranjero se regirán por la ley extranjera en base al principio *lex loci regit actum*. Por ejemplo, si un chileno contrae matrimonio con una alemana en Alemania, y la pareja decide residir permanentemente en Berlín, el derecho de alimentos del chileno se regirá por la ley alemana.

II. ESTATUTO REAL

El estatuto real es aquel que determina el régimen legal aplicable a la propiedad y los bienes. Incluye la regulación de todos los derechos reales, incluyendo el derecho de dominio y sus facultades de uso, goce y disposición, el derecho real de herencia, de uso y habitación, de usufructo, de servidumbre, de prenda, hipoteca, censo, concesión minera, entre otros. Incluye igualmente la regulación de los modos de adquirir el dominio, de la constitución, modificación, ejercicio y extinción de los derechos reales, las obligaciones *propter rem* y la posesión.

El estatuto real no comprende la regulación de los actos jurídicos que se realizan con ocasión de los bienes, lo que queda entregado al estatuto mixto, de las obligaciones contractuales y de los derechos personales. La capacidad y la forma de los actos jurídicos son supuestos regulados por normas de conflicto especiales. El principio *lex rei sitae* se aplica únicamente al ejercicio del derecho real en su faz *in rem*, nunca en lo respectivo al ámbito *ad rem*, que comprende las obligaciones contractuales, precontractuales y extracontractuales.

El origen del estatuto real se remonta a la distinción realizada por parte de los post-glosadores durante el período de los estatutarios, encabezado por Bartolo de SASSOFERRATO, el cual distinguió en materia de estatutos dos tipos de estatutos: el carácter real y de carácter personal.

Teoría estatutaria: para efectos de distinguir en materia de ley aplicable respecto del estatuto real, los estatutarios distinguían entre bienes inmuebles y muebles:

- Inmuebles: regidos por la ley del lugar de su situación (*lex rei sitae*).
- Muebles: dado que no gozan de un punto o ubicación física en el espacio de carácter necesariamente permanente, los estatutarios creían que debía aplicarse un factor de conexión de carácter subjetivo o personal atribuible al propietario. De este modo, se evitaba la aplicación de un factor de conexión fijo y que no respondía a las necesidades de movilidad permanente de los muebles.

Teoría de la localización (SAVIGNY): propone que todos los bienes deben estar sujetos a la regla *lex rei sitae*, en el entendido que de lo contrario se formaría un sistema caótico. Los factores de conexión de carácter personal (nacionalidad y domicilio) pueden ser fácilmente cambiados por el propietario de los bienes muebles, por lo que, para dar seguridad jurídica al tráfico, es necesario que los muebles sigan la regla de los bienes inmuebles. Esto es, la aplicación de una norma de conflicto que incluya un factor de conexión de estabilidad mayor y hasta absoluta.

Justificación de la regla *lex rei sitae*:

- Coincidencia entre la competencia judicial internacional y el derecho aplicable: aquel que litiga respecto de los derechos reales que se ostenten o ejercen sobre un bien, por regla general, lo hará ante los tribunales de la ley del lugar en que están situados.
- Organización económica del Estado: los Estados tienen interés de que la ley aplicable sea la propia si los bienes se ubican en su territorio. De este modo, es posible asegurar la adecuada utilización de ellos y su protección.
- Soberanía territorial: si una ley extranjera regulara los inmuebles que constituyen parte del territorio nacional, su aplicación podría lesionar la soberanía del Estado respectivo.

A. DERECHO APLICABLE A LOS BIENES CORPORALES MUEBLES (EL CONFLICTO MÓVIL)

A la luz del tráfico comercial contemporáneo y los avances tecnológicos, los bienes físicos cambian de país de situación con extrema facilidad y rapidez. En la práctica, la aplicación de la regla *lex rei sitae* puede resultar en muchos casos inadecuada respecto de la situación de los bienes muebles corporales, en tanto la superación de la frontera territorial de un Estado implica la alteración del derecho aplicable. Dicho lo anterior, la regla deviene en variable e inestable, derrumbándose la crítica de la teoría de la localización.

Únicamente los inmuebles no cambian de situación o ubicación, mientras que los muebles corporales se pueden trasladar libremente por las fronteras. La variación del derecho aplicable a los bienes tiene efectos relevantes. Existe relativo consenso en que la ley aplicable al modo de adquirir es el lugar en que se haya adquirido el bien corporal. Existen, no obstante, distintas soluciones respecto de la ley aplicable al ejercicio de los derechos sobre el bien.

Teorías sobre la determinación de la ley aplicable a los muebles desplazados:

- Ley del lugar de adquisición (KEGEL y WOLFF): la ley aplicable al bien mueble corporal es el lugar en el que ha sido adquirido. Si el bien es transportado a un país donde no hubiera sido posible adquirir el bien, el derecho adquirido en el primer país permanece no obstante en vigor.
- Distinción entre modos de adquirir y contenido de los derechos reales (MAYER): cuando existe un problema de adquisición del derecho de dominio sobre el bien mueble corporal se aplica la ley de la situación del bien al momento de su adquisición. Cuando se trata de determinar el “contenido del derecho” se aplica la ley de la situación actual del bien. Esta posición presenta importantes analogías con la teoría moderna de ROUBIER a propósito de la determinación de la retroactividad de la ley. Para determinar el derecho aplicable a la situación del bien mueble corporal es necesario considerar la existencia de tres momentos en toda situación jurídica, a saber, constitución, producción de efectos y extinción. El derecho aplicable a la adquisición del bien es el lugar en que ocurre la transferencia, pero el derecho aplicable a los efectos de los derechos reales sobre el bien corporal es el lugar de la situación. Por ejemplo, si el bien corporal se usa en el extranjero, la ley aplicable a su uso es la ley extranjera.

Normas de conflicto especializadas: como bienes corporales muebles son de difícil localización territorial, es posible observar en el derecho comparado la aparición de normas de conflicto especializadas que determinan el derecho aplicable a problemas específicos del conflicto móvil, estableciendo soluciones distintas a la aplicación de la ley del lugar de la situación (*lex rei sitae*).

- Bienes o mercaderías en tránsito: se rigen por la ley del Estado de destino.
- Objetos de uso personal de los viajeros: se rigen por la ley del domicilio de su propietario.
- Naves o aeronaves y medios de transporte en general: se rigen por la ley de pabellón o del lugar de registro.

B. DERECHO APLICABLE A LOS BIENES INCORPORALES

Existen ordenamientos jurídicos como el chileno que en su norma de conflicto del estatuto real no distinguen entre bienes inmuebles y muebles ni entre bienes corporales e incorporales. El artículo 16 CC simplemente hace aplicable la ley de la situación a los bienes “que se encuentren situados en Chile”. Tratándose de los bienes incorporales, es extremadamente difícil situar físicamente los bienes incorporales, atendido a que no presentan sustancia o corporeidad que permita su aprehensión directa por los sentidos.

Derecho aplicable a los bienes incorporales:

- Derechos reales: al tratarse del ejercicio de derechos vinculados directamente con la cosa, la doctrina estima que es posible aplicarse la ley de situación de los bienes como derecho regulador de las facultades del propietario, esto es, la ley del lugar en que los derechos reales se constituyen y en que se ejerzan sus atribuciones o facultades por parte del propietario.
- Derechos personales: la ley aplicable es la del lugar en que deben hacerse efectivos los derechos personales, y, si no estuviese precisado, por el domicilio del deudor, esto es, la ley del lugar de cumplimiento o ejecución del derecho personal (artículo 107 CDIPr).
- Derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 108 CDIPr): la propiedad industrial, la intelectual y los demás derechos análogos de naturaleza económica que autorizan el ejercicio de ciertas actividades acordadas por la ley, se consideran situados donde se hayan registrado oficialmente.

C. SISTEMA CHILENO

1. Análisis del artículo 16 inciso 1º CC

Artículo 16 CC. “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas”.

Factor de conexión: la ley del lugar de situación de los bienes, sin distinción entre los bienes inmueble y muebles, corporales e incorporales, acogiendo íntegramente la teoría de la localización de la relación jurídica de SAVIGNY. La norma de conflicto no toma en consideración los factores de conexión nacionalidad del propietario ni de la residencia, descartando la posición estatutaria.

Unilateralismo y territorialismo: el artículo 16 CC es una norma de conflicto de carácter unilateral y de inherente sesgo nacionalista. Solo le interesa determinar el alcance espacial de la ley chilena, gobernando la regulación de todos los bienes situados dentro territorio de la República. No le interesa regular la situación jurídica de los bienes situados en el extranjero, sino únicamente de los bienes situados en territorio chileno.

Valoración crítica de la *lex rei sitae*: muchos ordenamientos aceptan la adquisición de la propiedad de objetos situados dentro de sus respectivos países por parte de un heredero a través de la aplicación de un derecho sucesorio extranjero. Así, no se entiende por qué la transferencia de titularidad *inter vivos* sobre los mismos objetos plantea preocupaciones de soberanía y de orden público si es puesta en efecto por la aplicación de una ley de propiedad extranjera. La norma de la *lex situs* parece estar influenciada por nociones arcaicas de poder sobre activos corpóreos y no ser muy coherente con las normas de conflicto que regulan otras áreas del derecho. En particular, su aprobación general respecto a la propiedad apenas puede ser conciliada con la aceptación amplia de la autonomía de las partes en el derecho contractual. En una época de fronteras abiertas, la regla *lex rei sitae* resulta cada vez más vulnerable a críticas.

Norma atributiva de competencia judicial internacional: el artículo 16 inciso 1° CC ha sido entendido por cierta doctrina y jurisprudencia como una norma atributiva de competencia judicial internacional, configurándose en la práctica y por medio de esta interpretación un foro exclusivo en controversias sobre la propiedad y los bienes.¹⁷⁹ Mediante un ejercicio analógico, el factor de conexión del artículo 16 CC es utilizado como criterio de competencia, fundamentándose la analogía en el interés general o público del Estado en la regulación de los bienes y en la proximidad del juicio con dicho Estado. Esta conclusión se ha utilizado para rechazar la ejecución en Chile de resoluciones dictadas por tribunales extranjeros y que se refieran a bienes situados en el territorio chileno. Esta tesis es sistemáticamente inconsistente, porque (i) la inexistencia de una norma de competencia judicial internacional es corregida por el CDIPr; y (ii) dicha interpretación confunde la norma de conflicto aplicable a los bienes con la norma de conflicto aplicable a los contratos y obligaciones.¹⁸⁰

2. Excepciones del artículo 16 inciso 1° CC

- Ley aplicable a la sucesión (artículo 955 CC): los bienes de la sucesión de un causante que fallece teniendo su último domicilio en el extranjero y teniendo bienes en Chile se regirán en conformidad con el derecho sucesorio extranjero y no por el derecho chileno.
- Ley aplicable a los contratos internacionales (artículo 16 inciso 2° CC): la doctrina actualmente consiente en que se trata de una discusión superada. El artículo 16 inciso 2° CC se trataría de una falsa excepción.
 - Doctrina antigua (GUZMÁN LATORRE y ALBÓNICO VALENZUELA): el inciso primero del artículo 16 CC consagra normativamente el principio *lex rei sitae*, y el lenguaje usado en su inciso segundo denota una excepción a la regla. En base a la elección expresa o tácita de ley aplicable, las partes pueden sustraer del régimen jurídico chileno la regulación de los bienes situados en Chile. En caso de que se haya celebrado el contrato en el extranjero y no se haya elegido la ley aplicable a sus efectos, habrá que distinguir en qué ordenamiento u ordenamientos jurídicos se radicarán los efectos del contrato internacional. Si alguno de los efectos se extiende en Chile, aplica el artículo 16 inciso 3° CC y, por tanto, aplica el derecho chileno. En cambio, si los efectos del contrato se radican exclusivamente en otro país o países, los bienes ubicados en Chile quedarán regidos de acuerdo a la ley del lugar de ejecución la obligación de ese Estado.
 - Doctrina moderna (RAMÍREZ NECOCHEA): el sentido y alcance del inciso 2° del artículo 16 CC es otorgar validez al contenido de las estipulaciones del contrato otorgado en país extranjero. La norma se refiere al derecho aplicable a las obligaciones contractuales y no al estatuto real.

3. Código de Derecho Internacional Privado

El CDIPr tiene aplicación a la luz de los vacíos normativos del derecho chileno. A continuación se reproducen las normas más relevantes:

- Armonización de la solución conflictual en cuanto al principio *lex rei sitae* (artículos 16 inciso 1° CC y artículo 105 CDIPr): los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación.
- Ley aplicable a los muebles y títulos representativos de créditos de cualquier clase (artículo 106 CDIPr): la ley aplicable será la del lugar de su situación ordinaria o normal.
- Regla supletoria en materia de ley aplicable a los bienes (artículo 110 CDIPr): a falta de toda otra regla y para los casos no previstos en este código, se entenderá que los bienes muebles de toda clase están situados en el domicilio de su propietario, o, en su defecto, en el del tenedor.

¹⁷⁹ VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel (2018), *ob. cit.*, pp. 282-290.

¹⁸⁰ Véase *infra* Capítulo IV, Eficacia extraterritorial de actos y decisiones extranjeras, Título II, Exequátur, Literal B, Sistemas de reconocimiento.

Existen normas en materia de propiedad, comunidad de bienes, posesión, usufructo, uso y habitación, servidumbres, registros de propiedad y de modos de adquirir la propiedad.

III. FORMALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Las formalidades son requisitos que dicen relación con la forma o aspecto externo del acto jurídico, requeridos por la ley con objetivos diversos y cuya omisión se sanciona en la forma prevista por el legislador.

Clasificación formalidades:

- Formalidades propiamente tales o solemnidades:
 - Requeridas para la existencia del acto jurídico: único medio para manifestar la voluntad, razón por la que algunos dicen que no es requisito adicional a la voluntad misma. Pueden estipularse convencionalmente, otorgando derecho de retracto (artículo 1802 CC). No se presumen ni renuncian, y se interpretan restrictivamente. Sanción en derecho chileno: inexistencia jurídica o nulidad absoluta.
 - Requeridas para la validez del acto jurídico: no son el único medio para la manifestación de voluntad. Sanción en derecho chileno: nulidad absoluta.
- Formalidades habilitantes: requisitos exigidos por la ley para completar la voluntad del incapaz o proteger a ciertas personas. Sanción en derecho chileno: (i) nulidad relativa (calidad o estado de las personas), o excepcionalmente (ii) inoponibilidad (artículos 255, 407 y 1749 inciso 4° CC).
- Formalidades por vía de prueba: aquellas que la ley requiere para fines de prueba, por lo que su omisión no impide que el acto nazca ni que produzca válidamente sus efectos. Sanción en derecho chileno: (i) prohibición de utilización de un medio de prueba determinado; (ii) prohibición de utilización de todo medio de prueba, salvo la prueba documental; (iii) alteración de la carga de la prueba.
- Formalidades o medidas de publicidad: tienen por objetivo la protección de terceros, divulgando un hecho o acto de relevancia jurídica.

Al referirse al estatuto jurídico de los actos jurídicos y el cumplimiento de las formalidades, la literatura chilena de Derecho Internacional Privado suele referirse únicamente a las formalidades propiamente tales o solemnidades y las formalidades habilitantes. Existe un vacío doctrinal en relación al derecho aplicable a las (i) formalidades por vía de prueba; y (ii) formalidades por vía de prueba.

Para la determinación del derecho aplicable a la forma de los actos jurídicos, el principio general seguido en el sistema jurídico chileno es el *lex locus regit actum*, esto es, la ley local rige a los actos.

Manifestaciones:

- Instrumentos públicos (artículo 17 CC).
- Matrimonio (artículo 80 LMC)
- Acuerdo de Unión Civil (artículo 13 LAUC).
- Testamentos (artículo 1027 CC).

Artículo 17 CC. “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.

No existe en el Derecho Internacional Privado chileno una norma que establezca un principio general para todo tipo de actos. No obstante, la Corte Suprema ha fallado que el artículo 17 CC es una norma de carácter general en el

ordenamiento jurídico chileno, sea para actos celebrados en Chile o en el extranjero, sea para instrumentos públicos o privados. Su aplicación se extiende a los contratos, las notificaciones, los avales, los títulos de crédito, etcétera.

Las formalidades se cumplen según la ley del lugar en que han sido otorgados los actos jurídicos, por lo que la ley nacional no puede invalidar un acto celebrado en el extranjero por el hecho de que no se cumplan con las formalidades exigidas por la ley nacional. Por ejemplo, si se celebra un contrato de compraventa de bien inmueble en algún país en que este tipo de compraventas son contratos consensuales, la ley chilena debe reconocer la validez del contrato de compraventa no obstante no se haya otorgado por escritura pública.

IV. MATRIMONIO¹⁸¹

A. EL ESTATUTO PERSONAL Y EL MATRIMONIO

El matrimonio es, según el artículo 102 CC, un contrato solemne por el cual dos personas se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el objeto de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente. La celebración del matrimonio confiere a los contrayentes el estado civil de casados.

Es posible considerar que el matrimonio se subsume en la regulación del estado civil y, por tanto, la norma de conflicto que regula el matrimonio en el Derecho Internacional Privado chileno es siempre el artículo 15 CC y no las normas de la LMC. No obstante, las normas de conflicto de la LMC tienen aplicación preferente respecto de la norma de conflicto del artículo 15 CC por criterio de especialidad. Solo en aquellas materias que la LMC no establece una norma de conflicto especial, aplicará el artículo 15 CC. Por ejemplo, la LMC no consagra una norma de conflicto respecto de los efectos personales del matrimonio. En dicho supuesto, aplica el artículo 15 N° 2 CC.

B. FORMALIDADES O REQUISITOS DE FORMA DEL MATRIMONIO

Conforme lo dispone el artículo 102 CC, el matrimonio es un contrato solemne. Ahora bien, el hecho de ser ante todo un acto jurídico, hace indispensable que, previamente, se cumplan todos los requisitos de existencia y validez de los mismos.

Requisitos:

- Requisitos de existencia: (i) consentimiento de los contrayentes; y (ii) la presencia del Oficial del Registro Civil.
- Respecto de validez: (i) consentimiento libre y espontáneo (artículo 4 LMC); (ii) la capacidad de los contrayentes (artículo 4 LMC); y (iii) las formalidades (artículo 80 LMC, 41 y 42 CDIPr).

1. Principio general

El principio básico que gobierna las formalidades del matrimonio en Derecho Internacional Privado es la *lex loci regit actum*. La forma del matrimonio se determina conforme a la ley del país en cuyo territorio éste se celebra. Este principio ha tenido amplia aceptación tanto en la doctrina como en el Derecho Comparado, toda vez que resulta ser normalmente el ordenamiento que mejor conoce aquellos que celebran el acto y, además, porque el Estado de celebración es el que velará en la mayoría de los casos por el cumplimiento de las exigencias establecidas por su propia ley.

En Chile, fuera de otras normas que reconocen este principio, el artículo 80 inciso 1° LMC lo consagra expresamente al disponer que “los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración”.

¹⁸¹ PICAND ALBÓNICO, Eduardo, “El matrimonio en el sistema chileno de Derecho Internacional Privado”, Ponencia presentada en el seno del Seminario *El Derecho Internacional Privado en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: balance de una década*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 8 y 9 de marzo de 2007.

Asimismo, el artículo 41 CDIPr dispone que “se tendrá en todas partes como válido en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado en lo que establezcan como eficaz las leyes del país en que se efectúe”.

Del análisis de estas normas sólo cabe concluir lo siguiente: el matrimonio celebrado en Chile sólo deberá respetar las exigencias de la ley chilena en cuanto a su validez formal y, por su parte, el matrimonio celebrado en el extranjero sólo deberá respetar las exigencias de la ley del lugar de su celebración para determinar su validez formal en Chile.

2. Excepciones

En Derecho Comparado existen tres excepciones al principio general que acabamos de ver.

- Matrimonio religioso: en la legislación de algunos países se exige a sus nacionales, para efectos de considerar válido el matrimonio que celebren en el extranjero, que hayan previamente contraído matrimonio religioso, de manera que si no lo hacen, aun cuando hayan cumplido con el principio *lex locus regit actum*, dicho matrimonio no será válido. Se trata, pues, de matrimonios celebrados exclusivamente ante autoridades y leyes eclesiásticas, mas no conforme a leyes estatales; sin embargo, al permitirse esta clase de matrimonios conforme a esta última legislación, se entiende que han respetado el principio general de *lex locus regit actum*. Así lo ha fallado nuestra jurisprudencia. Sin perjuicio de lo anterior, es menester hacer presente que el artículo 20 LMC, tratándose de matrimonios celebrados en Chile, regula el matrimonio celebrado ante entidades religiosas que gozan de personalidad de Derecho Público, señalando que producirán iguales efectos que el matrimonio civil, siempre que sean inscritos dentro de los ocho días siguientes a su celebración.
- Matrimonios celebrados ante agentes diplomáticos o consulares: para que se configuren como excepción, deben estar autorizados expresamente para celebrar matrimonios por la legislación del Estado al cual representan. En este caso, será la ley personal de los cónyuges la que rija las formas del matrimonio y no la ley del lugar en que se celebra. En Chile, es absolutamente inadmisibles celebrar este tipo de matrimonios, aun cuando sean cónyuges extranjeros, celebrados ante autoridades extranjeras y autorizados por su propia ley, pues el artículo 80 LMC es claro en señalar que los requisitos de forma para celebrar matrimonios están dados por la ley del lugar de celebración, y, además, porque los artículos 16 LMC, 34 de la ley de Registro Civil y 11.1 del Reglamento Consular señalan que la única autoridad competente en esta materia es un Oficial de Registro Civil. Así lo ha fallado la jurisprudencia. Peor aún ocurre con los matrimonios celebrados en el extranjero, por agentes diplomáticos o consulares chilenos, respecto de los cuales nuestra Excelentísima Corte Suprema ha dicho que son “inexistentes”; cuestión que no ocurre tratándose de funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros, caso en el cual vuelve a tener aplicación el principio *lex locus regit actum*.
- Matrimonios consensuales o informales (*common law marriage*): en algunos países como la ex Unión Soviética, Escocia y en algunos Estados de Norteamérica como Arizona y Texas, se concibe esta especie de matrimonio en virtud del cual la sola cohabitación, previo acuerdo de vivir juntos, otorga el carácter de cónyuges a los cohabitantes. En Suiza, el Tribunal Federal admite la validez de los matrimonios informales celebrados en otros países. El profesor NAVARRETE creía que eran absolutamente válidos estos matrimonios en virtud del antiguo artículo 15 inciso 1° de la Ley de Matrimonio Civil (actual artículo 80 LMC). El profesor GUZMÁN, en cambio, señala que son nulos pues infringen el orden público chileno al no respetar la concepción solemne de matrimonio que inspira el artículo 102 CC, hecho que, además, confirman lo dispuesto por los artículos 18 y 1701 del mismo cuerpo legal.

3. Derecho chileno

En cuanto a las formalidades del matrimonio en el Derecho chileno, debemos efectuar la siguiente distinción:

- Matrimonios celebrados en Chile: las formalidades quedan regidas íntegramente por la ley chilena en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 CC. Resulta importante recordar que el sistema chileno, respecto de los matrimonios celebrados en Chile, permite distinguir formalidades anteriores (información y manifestación);

coetáneas (competencia del Oficial del Registro Civil, testigos hábiles y lugar hábil); y posteriores al matrimonio (levantamiento de acta y su inscripción).

- Matrimonios celebrados en el extranjero: principio general que rige esta materia es el *lex locus regit actum*, de tal manera entonces que, por regla general, la ley aplicable a las formalidades de los matrimonios celebrados en el extranjero será la ley del lugar donde se celebran. El artículo 80 inciso 1° LMC dispone, de la misma manera, que los "requisitos de forma (...) del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración". Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiera celebrado en territorio chileno" El artículo 17 CC consagra implícitamente este principio al disponer que "la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados". Por tanto, en cuanto a las formalidades, será válido en Chile el matrimonio celebrado en el extranjero en conformidad a las leyes del lugar de celebración, aun cuando, conforme a la ley chilena, ese matrimonio fuere nulo, y, por el contrario, será nulo en Chile el matrimonio celebrado en el extranjero que, aun siendo válido ante el Derecho chileno, no haya cumplido los requisitos prescritos por la ley del lugar de celebración.

C. REQUISITOS DE FONDO DEL MATRIMONIO

Los requisitos internos o de fondo del matrimonio se refieren a (i) la capacidad; y (ii) el consentimiento exento de vicios. Con la promulgación de la Ley N° 21.400 la diferencia de sexo dejó de ser un requisito de fondo del matrimonio.

1. Capacidad

- Matrimonios celebrados en Chile: la capacidad para celebrar matrimonios en Chile, sea entre chilenos y/o entre extranjeros, quedará regida siempre por la ley chilena (lugar de celebración), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 CC y 80 inciso 1° LMC.
- Matrimonios celebrados en el extranjero:
 - Requisitos de fondo: el artículo 80 inciso 1° LMC dispone expresamente que "los requisitos (...) de fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración". En consecuencia, la capacidad de los contrayentes para celebrar matrimonio en territorio extranjero quedará regida siempre por la ley del lugar en donde éste se celebra, sin importar la nacionalidad y domicilio de los contrayentes. Ahora bien, el inciso 2° del artículo 80 LMC dispone que "sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5°, 6° y 7° de esta Ley". En consecuencia, para considerar válido en Chile a un matrimonio celebrado en el extranjero, los contrayentes, sean chilenos o extranjeros, deberán cumplir con dos Derechos: por una parte, la ley extranjera correspondiente al país donde se celebra el matrimonio; y, por otra parte, la ley chilena en cuanto a los impedimentos dirimientes, cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de los contrayentes. Evidentemente se trata de una atenuación del principio *lex locus regit actum* basado en el orden público chileno.
 - Aplicación extraterritorial de la ley chilena: como el artículo 80 LMC no distingue la nacionalidad de los cónyuges, hace aplicable extraterritorialmente la ley chilena, incluso, tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero y sólo por extranjeros. O sea, obliga a los extranjeros que se casan en el extranjero a cumplir la ley chilena si quisieran, en el futuro, hacer valer ese matrimonio en Chile.
 - Aplicación de los impedimentos dirimientes respecto del matrimonio celebrado en el extranjero entre el adoptante y del adoptado: la remisión que hace el artículo 80 inciso 2° LMC a sus artículos 4°, 5° y 6° no contempla el impedimento respecto de ellos. No obstante, PICAND considera que de manera indirecta adoptante y adoptado se encuentran sujetos a la norma en comento, por cuanto la adopción en Chile, regida por la Ley N° 19.620 de 1999, otorga al adoptado el estado civil de hijo (descendiente)

y, además, porque la parte final del artículo 6° de la LMC dispone que los impedimentos para contraer matrimonio “derivados de la adopción” se establecen por las leyes especiales que la regulan.

2. Consentimiento libre y espontáneo

- Matrimonios celebrados en Chile: se aplicará siempre la ley chilena en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 CC.
- Matrimonios celebrados en el extranjero: se aplica el inciso 2° parte final del artículo 80 LMC, el cual dispone que “tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes”. En opinión de PICAND, y aunque la ley no lo diga expresamente, esta exigencia podría hacer aplicable las normas chilenas sobre vicios del consentimiento para poder pedir en Chile la nulidad de un matrimonio celebrado en el extranjero que no ha cumplido con el consentimiento libre y espontáneo, particularmente el artículo 8° LMC. Ello se debe a que la ubicación en que se encuentra esta disposición es precisamente aquella en donde el legislador chileno reguló la extraterritorialidad de la ley chilena en cuanto a los impedimentos dirimentes; no habría razón para interpretarlo de otra manera y, además, así consta en la historia fidedigna de su establecimiento.

Matrimonio póstumo: a la luz de la legislación chilena y aunque no se consagre expresamente el matrimonio póstumo –típicos del Derecho alemán y francés–, PICAND no cree que sea contrario al orden público chileno su reconocimiento, por cuanto la ley chilena permite el matrimonio en ausencia de uno de los cónyuges, como ocurre con el caso previsto en el artículo 103 CC.

D. LEY APLICABLE A LOS EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

- Matrimonios celebrados en Chile: aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile, los efectos personales del mismo quedarán regidos siempre por la ley chilena (artículos 81 LMC y 14 CC). Incluso, si los cónyuges estuvieren en el extranjero y fueran chilenos, se infiere idéntica conclusión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 N° 2 CC.
- Matrimonios celebrados en el extranjero:
 - Cónyuges se encuentran en Chile: debe aplicarse siempre la ley chilena, aun cuando el matrimonio haya sido celebrado en territorio extraño (artículo 14 CC), de tal manera que en este caso reciben plena aplicación los artículos 131 y siguientes del Código Civil.
 - Cónyuges se encuentran en el extranjero:
 - Uno de los cónyuges es chileno o chilena: al chileno o chilena deberá aplicarse siempre la ley chilena aun cuando el matrimonio haya sido celebrado en territorio chileno. El artículo CC dispone expresamente que a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su domicilio o residencia en el extranjero, en las “obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes chilenos”.
 - Ambos cónyuges son extranjeros: se aplicará la ley extranjera cuando se encuentren en el extranjero, aun cuando el matrimonio haya sido celebrado en Chile.

E. LEY APLICABLE AL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

Los regímenes patrimoniales del matrimonio determinan el destino y administración de los bienes de cada uno de los cónyuges y aquellos que adquieren durante el matrimonio. Los regímenes son el estatuto jurídico que regula las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros. La legislación chilena contempla actualmente tres sistemas patrimoniales matrimoniales, a saber: (i) sociedad conyugal; (ii) separación de bienes; y (iii) participación en los gananciales. Dentro del Derecho Internacional Privado importa el estudio de esta materia en tanto cuando pudieren concurrir una pluralidad de sistemas jurídicos aplicables al matrimonio, los regímenes, los bienes y las

capitulaciones matrimoniales. En Derecho Comparado existen diversos criterios de conexión en relación con esta materia: (i) la nacionalidad de los cónyuges; (ii) domicilio conyugal o residencia habitual común; e incluso (iii) la voluntad de los contrayentes.

- Matrimonios celebrados en Chile: los efectos patrimoniales de los matrimonios celebrados en Chile quedarán siempre sujetos al imperio de la ley chilena, cualquiera sea la ubicación de los bienes o la nacionalidad, residencia o domicilio de los cónyuges. En este sentido, el artículo 81 LMC dispone que “los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile”. La solución adoptada por la ley, tratándose de cónyuges chilenos, es concordante con el resto de las normas del estatuto personal; sin embargo, PICAND estima que resulta un tanto injusta para los extranjeros que contraen matrimonio en Chile, pues los deja sujetos a la ley chilena aun cuando con posterioridad al matrimonio fijen domicilio o residencia en el extranjero. Ellos, ante la ley chilena, no pueden reemplazar en el extranjero su régimen patrimonial matrimonial, aun cuando pudiese ser del todo razonable por ser el Estado en donde mantienen una relación conyugal más estrecha. El artículo 135 inciso 1° CC señala que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer conforme a las reglas de la sociedad conyugal. El artículo 1718 CC, por su parte, confirma lo señalado al disponer que, salvo pacto en contrario, por el hecho del matrimonio se contrae sociedad conyugal.
- Matrimonios celebrados en el extranjero (artículo 135 inciso 2° CC): “Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes (separación total de bienes), a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, de lo que se dejará constancia en dicha inscripción”.
 - Naturaleza de la norma: el artículo 135 inciso 2° CC es de los escasos ejemplos de normas materiales existentes en el Derecho Internacional Privado chileno.
 - Presunción de separación de bienes: respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero, el régimen patrimonial será del de separación de bienes, cuando: (i) no se inscriba en el registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago; o (ii) cuando habiéndose ya inscrito en el referido registro, aún no se pacta sociedad conyugal o participación en los gananciales.
 - Pacto de régimen patrimonial: es el único caso en nuestra legislación en que la sociedad conyugal puede pactarse. En consecuencia, la intención que ha tenido el legislador chileno es que los matrimonios que han sido celebrados en el extranjero y que se quieren hacer valer en nuestro territorio, puedan quedar regidos por los regímenes patrimoniales de nuestro ordenamiento jurídico.
 - Plazo para pacto de régimen patrimonial: la ley chilena no ha establecido plazo alguno a los cónyuges para pactar, luego de la inscripción del matrimonio que celebraron en el extranjero, el régimen patrimonial por el cual quedarán sujetos en Chile. Lo dicho anteriormente se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1716 inciso 2° CC, norma que se refiere a las capitulaciones matrimoniales celebradas en el extranjero, y que dispone que “tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero y que no se hallen inscritos en Chile, será menester proceder previamente a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado. En estos casos, el plazo a que se refiere el inciso anterior se contará desde la fecha de la inscripción del matrimonio en Chile”.

F. LEY APLICABLE AL DIVORCIO

El artículo 83 LMC dispone que “el divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción”. Por su parte, el artículo 84 LMC dispone que “la ley que rija el divorcio y la nulidad del matrimonio se aplicará también a sus efectos”. Del análisis conjunto de estas disposiciones sólo puede concluirse que

la ley aplicable al divorcio es la misma que la aplicable a los alimentos y a los efectos del matrimonio, esto es, la ley chilena.

- Divorcios decretados en Chile (artículo 42 LMC): el matrimonio termina por las siguientes causales.
 - 1° Por la muerte de uno de los cónyuges;
 - 2° Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo siguiente;
 - 3° Por sentencia firme de nulidad,
 - 4° Por sentencia firme de divorcio.
 - 5° Por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género.
- Divorcios decretados en el extranjero (artículo 83 incisos 2°, 3° y 4° LMC):¹⁸² “Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil. En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno. Tampoco se reconocerá valor a las sentencias obtenidas en fraude a la ley. Se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur”.

G. LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL

La nulidad es una sanción civil que consiste en la privación de los efectos jurídicos de un determinado acto jurídico, cuando éste ha sido celebrado o ejecutado en contravención a los requisitos exigidos en atención a su naturaleza o al estado y capacidad de las personas que lo celebran. Es por eso que podríamos decir, por ahora, que la ley aplicable a la nulidad del matrimonio normalmente es aquella del lugar donde ha sido celebrado. No obstante, la ley chilena establece que si se pide la nulidad del matrimonio ante un juez chileno, la ley aplicable siempre será la ley chilena.

- Matrimonios celebrados en Chile: en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 CC, la nulidad de estos matrimonios, sin importar la nacionalidad de los cónyuges o su domicilio, sólo puede decretarse conforme las disposiciones de la ley chilena. Los artículos 44 a 52 LMC establecen las causales y reglas generales de nulidad matrimonial.
- Matrimonios celebrados en el extranjero: conforme lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 80 LMC, los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar donde éste se celebra. Luego, el inciso 2° de la referida disposición señala que “sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto por los artículos 5°, 6° y 7° de esta Ley”. Finalmente, el inciso 3° agrega que “tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes”. El artículo 80 LMC permite que los matrimonios celebrados en el extranjero, independiente de la nacionalidad de los cónyuges pues la ley no distingue, puedan ser anulados en Chile conforme a las causales de dos Derechos: a) el Derecho extranjero, correspondiente al lugar de celebración del matrimonio y en todo cuanto contravenga las normas sobre validez del mismo; y b) el Derecho chileno: en cuanto a los requisitos sobre capacidad establecidas en los artículos 5°, 6° y 7° de la LMC, en cuanto a las normas que regulan los vicios del consentimiento.

¹⁸² Véase Capítulo IV, Eficacia extraterritorial de actos y decisiones extranjeras, Título III, Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones en materia de matrimonio.

- Efectos de la nulidad: aunque la ley no lo diga expresamente, es aplicable analógicamente lo dispuesto en el artículo 84 LMC, o sea, la ley que rija la nulidad. Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. A su vez, sabemos que la ley en virtud de la cual será declarada la nulidad no es otra que la del lugar donde fue celebrado el matrimonio, sin perjuicio de los casos en que se aplique extraterritorialmente la ley chilena. En consecuencia, es posible que la nulidad matrimonial quede regida por la ley extranjera del lugar de celebración.
- Matrimonio putativo: cabe preguntarse si es aplicable el matrimonio putativo respecto de los matrimonios celebrados y anulados en el extranjero de conformidad con la ley extranjera. En principio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 inciso 1° en relación con lo dispuesto en los artículos 51 y 84 LMC, PICAND estima que no podrían aplicarse las normas del matrimonio putativo al matrimonio nulo decretado en el extranjero porque los efectos de la nulidad se rigen por la ley del lugar donde ha sido celebrado y, en tal caso, de conformidad con lo dispuesto en la ley chilena, sólo sería aplicable la ley extranjera. Además, la exigencia del matrimonio putativo en orden a que debe haber sido celebrado ante Oficial de Registro Civil implica concluir que sólo puede tratarse de matrimonios celebrados en Chile y no en el extranjero. No obstante todos los argumentos anteriores, podría sostenerse, por el contrario, que sí pudiera tener aplicación por los especiales objetivos de protección familiar que persigue la institución en estudio y, además, porque la parte final del artículo 80 inciso 1° LMC dispone que el matrimonio celebrado en el extranjero de conformidad a las leyes del lugar de celebración “producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno”.

H. LEY APLICABLE A LOS ALIMENTOS

En esta materia del estatuto personal la ley chilena utiliza el factor de conexión del domicilio, que es un factor no habitual en el sistema de Derecho Internacional Privado chileno.

- Cónyuge solicitante domiciliado en Chile (artículo 82 inciso 1° LMC): “El cónyuge domiciliado en Chile podrá exigir alimentos del otro cónyuge ante los tribunales chilenos y de conformidad con las leyes chilenas”. Atendido el hecho que la norma no distingue la nacionalidad de los cónyuges, debe interpretarse la norma en el sentido de permitir que el cónyuge que tenga domicilio en Chile, sea chileno o extranjero, sólo podrá solicitar alimentos de conformidad con la ley chilena y ante los tribunales chilenos, independiente del lugar donde se encuentre el cónyuge demandado.
- Cónyuge solicitante domiciliado en el extranjero (artículo 82 inciso 2° de la LMC): “Del mismo modo, el cónyuge residente en el extranjero podrá reclamar alimentos del cónyuge domiciliado en Chile”. O sea, el cónyuge que se encuentra en el extranjero, sea chileno o extranjero, puede solicitar alimentos del cónyuge que se encuentra en Chile de conformidad a la ley chilena y ante los tribunales chilenos. PICAND considera que se trata de una norma injusta, por cuanto le impone al cónyuge que se encuentra en el extranjero demandar ante los tribunales chilenos, lo cual, a menos que designe mandatario en Chile, le exige tener residencia en Chile para poder pedir alimentos.

I. INSCRIPCIÓN DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO

Todos los matrimonios celebrados en el extranjero deben necesariamente inscribirse en Chile. De lo contrario, ante el derecho chileno dicho matrimonio no existe. Esta exigencia se extiende tanto respecto de (i) dos extranjeros que celebran matrimonio en el extranjero; (ii) dos chilenos; y (iii) una persona de nacionalidad chilena y otra extranjera.

Si uno de los cónyuges del matrimonio no inscrito en Chile fallece, en principio el cónyuge sobreviviente no tendrá derechos sobre la sucesión del causante. Dicho cónyuge debería probar en el juicio hereditario que ha celebrado válidamente un matrimonio en el extranjero. Solo así, resolviéndose la cuestión previa, podría acreditar su calidad de heredero.

V. ACUERDOS DE UNIÓN CIVIL

La regulación conflictual del AUC es muy similar a la regulación del matrimonio.

Artículo 12 LAUC. “Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:”

- 1° Los requisitos de forma y fondo del acuerdo se regirán por la ley del país en que haya sido celebrado.
- 2° Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el acuerdo celebrado en territorio extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 7°, 8° y 9° de esta ley.
- 3° Para que el acuerdo otorgado en país extranjero produzca efectos en Chile, deberá inscribirse en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil que establece el artículo 6°. Los efectos de este acuerdo, una vez inscrito conforme a lo señalado precedentemente, se arreglarán a las leyes chilenas, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en el territorio nacional.
- 4° La terminación del acuerdo y los efectos de la misma se someterán a la ley aplicable a su celebración.
- 5° Las sentencias que declaren la nulidad o la terminación del acuerdo, dictadas por tribunales extranjeros, serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil.
- 6° Los actos auténticos en que conste la terminación de uno de estos acuerdos serán reconocidos en Chile, en conformidad con la legislación chilena vigente en esta materia.

Artículo 13 LAUC. “Los convivientes civiles que hayan celebrado el *acuerdo o contrato de unión equivalente* en territorio extranjero se considerarán separados de bienes, a menos que al momento de inscribirlo en Chile pacten someterse a la comunidad prevista en el artículo 15 de esta ley, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”.

“Acuerdo o contrato de unión equivalente”: exigua jurisprudencia chilena ha entendido que contratos que tengan otra denominación, pero establezcan el mismo contenido que el AUC chileno, se les confiere validez ante el derecho chileno. Por ejemplo, el acuerdo de unión civil puede adoptar la figura de *matrimonio consensual*, en la medida que regle la vida entre convivientes. No importa la nomenclatura *iuris*, lo importante es el contenido: que esté sujeto a registro y que sea un contrato.

VI. SUCESIÓN TRANSFRONTERIZA¹⁸³

La sucesión por causa de muerte es cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones que derive ya sea de un testamento, pacto sucesorio o sucesión intestada.

La sucesión es internacional cuando se encuentra conectada con dos o más ordenamientos jurídicos, con independencia de la naturaleza o relevancia del elemento extranjero. Así, pues, la sucesión será internacional por la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del causante; bien porque los bienes de la masa hereditaria se encuentran situados en diferentes Estados, o en aquellos casos en que los asignatarios tienen nacionalidad, domicilio o residencia habitual en un Estado distinto de aquél en donde se ha judicializado el caso. También será internacional aquella sucesión conectada íntegramente con un solo Estado pero que, sin embargo, por voluntad conflictual del causante, la ha sometido a la ley de su nacionalidad (*professio iuris*).

A. SISTEMAS SUCESORIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- Sistema conflictual de la sucesión germánica: el centro de atención son los bienes dejados por la persona que fallece y no la persona del causante. Los bienes inmuebles se entienden situados en el país en donde se

¹⁸³ PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “La sucesión por causa de muerte en el sistema chileno de Derecho Internacional Privado”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 9, No. 17 (2020).

encuentren; los bienes muebles de difícil localización, por su parte, se entienden situados para estos efectos en el territorio donde el causante tuvo su último domicilio al momento de fallecer, bien por la ley de su nacionalidad. Por tal motivo, este sistema fracciona la sucesión y entiende que debe regirse por la ley del país en donde se encuentran situados los bienes. Así las cosas, la sucesión mortis causa quedará regulada por tantas leyes como bienes haya poseído el causante en distintos Estados.

- Sistema conflictual de la sucesión romana: el centro de atención es la persona del causante quien es reemplazado legalmente por otras personas –los herederos– que recogen y asumen todas sus relaciones jurídicas transmisibles y se convierten en sus continuadores. El sistema se afirma en la existencia de un deber de correspondencia que debe existir entre la concepción de la herencia como universalidad jurídica, es decir, una unidad ideal de derechos que toma entidad y la naturaleza diferenciada de los bienes singulares que la componen. Esta universalidad jurídica se abstrae –consigna Savigny– de toda valoración sobre su situación en el mundo físico. Se ha dicho que conviene sustentar el sistema de unidad en protección a los créditos existentes en el patrimonio transmitido. Por tal motivo, este sistema entiende que existe “una” sola sucesión, independiente de los países en donde se encuentren los bienes hereditarios, y por tanto la sucesión debe regirse por “una” sola ley que esté asociada a factores de conexión personales del causante, como ocurre con su “último domicilio”. Este es el criterio seguido el Derecho Internacional Privado chileno. De esta forma, todos los herederos y legatarios quedan sometidos por una única ley y por tanto bajo unos mismos criterios, con independencia del lugar en donde se encuentren los bienes del causante.
- Sistema de la *professio iuris*: este sistema considera la sucesión como un acto de disposición del causante de corte esencialmente patrimonial, en virtud del cual puede elegir libremente, a través de una declaración o *professio iuris*, la ley que prefiera entre aquellas objetivamente conectadas con la sucesión. A falta de elección, la determinación de la ley aplicable queda entregada a criterios objetivos del sistema romano o germánico, según la recepción que le de cada Estado.

B. EL “ÚLTIMO DOMICILIO DEL CAUSANTE” COMO FACTOR DE CONEXIÓN

El domicilio es un factor de conexión cerrado o determinado, abstrayéndose de los aspectos materiales del caso. Por otra parte, la rigidez de la conexión le imprime a la norma un carácter neutral, pues localiza la relación sucesoria sin evaluar la compatibilidad de principios y valores del sistema jurídico determinado por el sistema atributivo, respecto de los aspectos axiológicos que se haya insertos en la propia sucesión. En este orden de ideas, las partes no tienen la posibilidad de seleccionar el tribunal internacionalmente competente ni la ley aplicable, pues simplemente será competente el tribunal o la ley del Estado en que el causante tenía su último domicilio al momento de morir.

Cabe precisar, sin embargo, que domicilio y residencia habitual, son dos conceptos distintos para el legislador chileno. El artículo 59 inciso 1° CC define el domicilio, indicando que es “...la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”. La persona debe tener una presencia física duradera e integrada en un país determinado, en donde sea claro y evidente su ánimo de permanecer en él.

En cambio, no existe en nuestra legislación un concepto de “residencia habitual”, no obstante estar reconocido en distintos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile. Por ejemplo, el Convenio de La Haya sobre Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980. El factor de conexión de la residencia habitual podría considerarse como más conveniente, en tanto evita los inconvenientes que trae consigo los distintos conceptos de domicilio que existen en el mundo continental y anglosajón y, además, grafica más específicamente el lugar en donde la persona –el causante– posee su “centro de vida”, o sea, el lugar donde se ha integrado social y familiarmente.

El derecho chileno clasifica el domicilio en político y civil. Recientemente, el 31 de octubre de 2018, el Juzgado de Letras de Puerto Varas, en el llamado “*Caso Tompkins*”,¹⁸⁴ ha dicho que la referencia al “*último domicilio*” en los artículos 955 CC y artículo 148 COT, debe entenderse al “domicilio civil” y no al “domicilio político”.

C. DERECHO APLICABLE A LA SUCESIÓN TRANSFRONTERIZA

1. Sistema de unidad y universalidad “atenuada” en el Derecho Internacional Privado chileno

La sucesión por causa de muerte está determinada esencialmente por la muerte de una persona y es ese hecho jurídico el que ocasiona el modo de adquirir el dominio de los bienes de la masa hereditaria. La muerte de una persona es un hecho que produce efectos jurídicos y, como tal, debe estar regulado por la ley del lugar en donde el causante tenía su asiento. Esa ley es la del domicilio que tenía el causante justo antes de morir, esto es, la ley de su último domicilio.

El sistema chileno es el de unidad pero no es absoluto, pues tratándose de sucesiones regidas por una ley extranjera, en ciertos casos establece que la sucesión se rija, además, por la ley chilena, cuando existen ciertos intereses de orden público internacional en juego.

2. Ámbito de aplicación material de la *lex successionis*

El legislador chileno no ha dicho expresamente a que materias se aplica la ley que regula la sucesión. Sin embargo, teniendo en cuenta el principio de unidad y universalidad recogido en el sistema chileno, podemos sostener que, por regla general, la totalidad de la sucesión quedará regida por la ley en donde se abra, salvo ciertas situaciones excepcionales contempladas en la ley chilena en que, por razones de orden público internacional, se ha dispuesto que, además, se aplique la ley chilena a ciertas sucesiones regidas por la ley extranjera, atenuando de esa forma el principio de unidad de la sucesión, el que ciertamente no es absoluto en Chile.

Artículo 144 CDIPr. “Las sucesiones intestadas y las testamentarias, incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante,¹⁸⁵ sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren”.

Ámbito de la *lex successionis*: la norma de conflicto se aplicará a las siguientes materias, sin perjuicio de las hipótesis especiales de la ley chilena.

- Las causas, el momento y el lugar de la apertura de la sucesión.
- Aceptación o repudio de las asignaciones (delación).
- Derecho de transmisión.
- Capacidad y dignidad para suceder.
- Determinación de los acervos.
- Los órdenes de sucesión intestada.
- El testamento.
- Asignaciones testamentarias, respetando en todo caso las asignaciones forzosas de la ley chilena.
- Causales de desheredamiento.
- Transmisión, aceptación y renuncia de un legado.
- Facultades de los herederos (beneficio de inventario) y pago de deudas hereditarias.
- Responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia.
- Los legados.

¹⁸⁴ Sentencia del Juzgado de Letras de Puerto Varas, 31 de octubre de 2018, Rol 2261-2017.

¹⁸⁵ El artículo CDIPr califica dentro de las leyes personales la del domicilio.

- La partición judicial y atribuciones del partidor.
- El derecho de acrecimiento y sustitución.
- Nombramiento de albacea o ejecutores testamentarios.

3. Elección de ley de la sucesión (*professio iuris*)

Andrés BELLO, autor del Código Civil chileno de 1855, no estableció la posibilidad de que el causante pudiera elegir la ley aplicable a la sucesión (entre la ley de la nacionalidad, domicilio o ubicación de los bienes), teniendo en cuenta que a la fecha de dictación del referido Código imperaban con fuerza las ideas de Savigny respecto al imperio de la ley del último domicilio para regular la sucesión.

En la medida que no exista una reforma al sistema chileno de Derecho Internacional Privado, surge la pregunta si la autonomía de la voluntad puede dirigir la regulación de la sucesión transfronteriza. La extrapolación del artículo 113 del Código de Comercio a la sucesión podría servir como argumento a favor del reconocimiento del *professio iuris*.

4. Análisis del artículo 955 CC

Artículo 955 CC. “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados.

La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales”.

Artículo 957 CC. “Los extranjeros son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos”.

La apertura de la sucesión es el hecho jurídico que habilita a los herederos a tomar posesión de los bienes de la herencia y se los transmite en propiedad. En este instante, queda fijado el derecho de las personas que son llamadas a la sucesión del difunto, transformando la expectativa de constituirse en herederos de que da cuenta la posesión vocación sucesoria, en auténticos derechos subjetivos sucesorios.

No hay que confundir la determinación del derecho aplicable con la competencia judicial internacional.¹⁸⁶ En materia de sucesión, el primer pilar es tratado en el artículo 148 COT referido a la sucesión –el *espejo* del artículo 955 CC– y el artículo 81 CC sobre la declaración de muerte presunta.¹⁸⁷ Como excepciones al artículo 148 COT, el sistema chileno consagra (i) el artículo 149 COT referido a bienes; y (ii) el artículo 27 de la Ley N° 16.271 sobre impuesto a la herencia.¹⁸⁸

La norma de conflicto de la sucesión es característicamente bilateral. Regula “ambas caras de la moneda”, esto es, la ley aplicable a la sucesión del causante que tuvo en Chile su último domicilio en Chile, como del causante que tuvo su último domicilio en el extranjero. El artículo 955 CC no distingue la naturaleza de la sucesión, de modo tal que resulta aplicable tanto a la sucesión testada como abintestato.

Por otro lado, el artículo 955 CC constituye una excepción al principio *lex rei sitae* previsto en el artículo 16 inciso 1° CC, pues si la sucesión se rige por la ley extranjera –lugar de su apertura–, es lógico que los bienes de la masa hereditaria, aun cuando se encuentren en Chile, queden sometidos al imperio de la misma ley que regulará la totalidad de la

¹⁸⁶ Véase *supra* Capítulo II, Competencia Judicial Internacional, Título IX, Sistema chileno de competencia judicial internacional, Literal A, Foros de competencia judicial internacional en materias civiles y mercantiles.

¹⁸⁷ El artículo 81 del Código Civil sobre muerte presunta no es una norma de derecho aplicable, sino que es de competencia judicial internacional.

¹⁸⁸ El artículo 27 de la ley N° 16.271 sobre impuesto a la herencia establece que, para los efectos del pago de un impuesto a la herencia, si hay bienes raíces en Chile, y si la masa hereditaria está en Chile, se deberá reclamar la posesión efectiva en Chile. Si el asignatario argentino tiene un departamento en Chile, debe reclamar la posesión efectiva en Chile. El exequátur del procedimiento argentino a un tribunal chileno para la posesión efectiva será rechazado en Chile a tenor del artículo 245 CPC. La posesión efectiva de los bienes raíces chilenos siempre debe reclamarse en Chile.

sucesión. Lo anterior no se opone al hecho de que deba pedirse la posesión efectiva de la herencia ante los tribunales chilenos, respecto de los bienes situados en Chile (artículo 149 COT).

5. Excepciones del artículo 955 CC

5.1. Norma de conflicto del estatuto personal (artículo 15 N° 2 CC)

Artículo 15 N° 2 CC. “A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero. 2°. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”.

El causante chileno que fallece teniendo su último domicilio en el extranjero, queda sujeto a la ley chilena frente a su cónyuge y parientes chilenos en relación a las obligaciones de familia. Los derechos hereditarios emanan de las relaciones de familia, salvo la hipótesis de sucesión del Estado (último orden de sucesión). La forma en que concurren el cónyuge y parientes chilenos en la sucesión de un chileno que fallece teniendo su último domicilio en el extranjero, sus cuotas y órdenes de prelación, quedan regidas íntegramente por la ley chilena. El artículo 15 N° 2 CC no distingue entre sucesión testada o intentada, de modo tal que es aplicable a ambas.

Por ejemplo, a la sucesión del chileno que muere con último domicilio en Argentina, según el artículo 955 CC, se le aplicará las normas de sucesión argentinas. No obstante, de tener cónyuge o parientes chilenos, entonces se exceptiona el artículo 955 aplicándose el artículo 15 N°2 CC. En esta materia, por consiguiente, se aplica la ley chilena.

Requisitos:

- Causante debe ser chileno.
- Asignatarios deben ser chilenos.
- El causante debe fallecer en el extranjero.

5.2. Norma imperativa en la sucesión abintestato de un extranjero (artículo 998 CC)

Artículo 998 CC. “En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos a título de herencia o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno.

Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero.

Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero”.

“Dentro o fuera del territorio”:

- Dentro del territorio: CLARO SOLAR postula que en el caso de que el extranjero fallece en Chile teniendo su último domicilio en Chile, entonces se aplica el artículo 955 CC. De esta forma, no configuraría una excepción.
- Fuera del territorio: en el caso de que el extranjero fallece en el extranjero teniendo su último domicilio en el extranjero se aplica la excepción del artículo 998 CC.

“Tendrán los chilenos a título de herencia o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno”: se establece un derecho preferente a los chilenos en la sucesión intestada regida por la ley extranjera, rompiendo así la unidad sucesoria, puesto que la sucesión no se regirá siempre por la ley del último domicilio del causante, sino también por la ley chilena, cuando no se respete en el extranjero los estándares previstos en el artículo 998 CC.

Inciso 2° del artículo 998 CC: el inciso 2° establece una regla que busca dar eficacia al inciso 1° del artículo 998 CC y facilitar los trámites que deben hacer los chilenos en la sucesión intestada del extranjero. El legislador chileno se coloca

en el escenario que la ley extranjera que regule la sucesión no respete para los asignatarios chilenos los derechos que la ley chilena sí les reconoce en la herencia del causante. En ese caso, los chilenos podrán hacer efectivo el derecho que les reconoce el inciso 1°, con los bienes que el causante tuviera en Chile, pidiendo la adjudicación de los mismos.

Ámbito de aplicación de la excepción: este derecho de preferencia únicamente puede ser ejercido cuando la ley extranjera reconoce a los asignatarios chilenos menos derechos de los que les reconoce la ley chilena, de modo tal que, si por cualquier modo la ley extranjera les reconociere más derechos, no sería aplicable dicho derecho de preferencia establecido precisamente para proteger a los chilenos.¹⁸⁹

Requisitos:

- Causante debe ser extranjero.
- Asignatarios deben ser chilenos.
- El causante debe fallecer en el extranjero.
- Se aplica únicamente en la sucesión abintestato.

6. Sucesión testada

Artículo 999 CC. “El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”.

6.1. Testamento solemne otorgado en el extranjero de conformidad a la ley extranjera

Artículo 1027 CC. “Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en el extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria”.

Requisitos para reconocimiento:

- Testamento debe constar por escrito: el artículo 1011 CC dispone que el testamento solemne es siempre escrito. En consecuencia, no tiene valor en Chile el testamento verbal otorgado en el extranjero, cualquiera sea el valor que le conceda la ley extranjera.
- Debe acreditarse el cumplimiento de las solemnidades previstas en la ley del país donde se otorgó (*lex loci regit actum*).
- Debe probarse la autenticidad del testamento en la forma ordinaria: la autenticidad del testamento se cumple a través del trámite de legalización o apostilla, según sea el caso (artículos 345 y 345 bis CPC).

Validez del testamento ológrafo otorgado en el extranjero de conformidad a la ley de su otorgamiento: si bien el testamento ológrafo no tiene validez en Chile, PICAND considera que debe reconocérsele valor cuando es otorgado en el extranjero, de conformidad a la ley extranjera, si cumple con todos los requisitos del artículo 1027 CC. Los testamentos ológrafos son solemnes y, además, la ley chilena no ha requerido otras exigencias que las establecidas en la ley de su otorgamiento.

Validez del testamento mancomunado otorgado en el extranjero de conformidad a la ley de su otorgamiento: el artículo 1003 CC dispone que es un acto jurídico unilateral y son nulas las disposiciones contenidas en un testamento otorgado en un solo acto por dos o más personas. Se trata de una norma imperativa. Así las cosas, no sería válido en Chile el

¹⁸⁹ El origen del artículo 998 CC pareciera ser la ley francesa de 14 de julio de 1819, que suprimió el derecho de “aubania” y el de “detracción”, instituciones que prohibían a los extranjeros a suceder por causa de muerte, o que, permitiéndolo, lo hacían en forma muy onerosa para los extranjeros.

testamento otorgado por dos o más personas en el mismo acto, siquiera acreditándose su conformidad a lo dispuesto en el artículo 1027 CC. En cambio, si dos o más personas testaran a su factor en el mismo momento, pero a través de distintos testamentos, nada impediría reconocerles valor en Chile.

6.2. Testamento otorgado en el extranjero aplicando ley chilena

Artículo 1028 CC. “Valdrá asimismo en Chile el testamento otorgado en país extranjero, con tal que concurren los requisitos que van a expresarse:

1. No podrá testar de este modo sino un chileno, o un extranjero que tenga domicilio en Chile.
2. No podrá autorizar este testamento sino un Ministro Plenipotenciario, un Encargado de Negocios, un Secretario de Legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República, o un Cónsul que tenga patente del mismo; pero no un Vicecónsul. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente.
3. Los testigos serán chilenos, o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento.
4. Se observarán en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en Chile.
5. El instrumento llevará el sello de la Legación o Consulado.

Artículo 1029 CC. “El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de Legación, llevará el Visto Bueno de este jefe; si el testamento fuere abierto, al pie, y si fuere cerrado, sobre la carátula: el testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y fin de cada página.

El jefe de Legación remitirá en seguida una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile; el cual a su vez, abonando la firma del jefe de Legación, remitirá dicha copia al juez del último domicilio del difunto en Chile, para que la haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose al testador ningún domicilio en Chile, será remitido el testamento por el Ministro de Relaciones Exteriores a un juez de letras de Santiago, para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe”.

Procedimiento: cumplidos los requisitos, el Jefe de Legación debe remitir una copia del testamento abierto o una copia de la carátula del cerrado al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, a efectos de que, previa legalización de su firma, sea remitido al juez correspondiente al último domicilio que el testador tuvo en Chile, quien deberá ordenar su protocolización a un Notario del mismo domicilio para dar publicidad al testamento. La apertura en Chile del testamento cerrado otorgado en el extranjero, deberá realizarse a través de la comparecencia ante el juez competente del funcionario que autorizó las firmas y de los testigos que concurrieron al otorgamiento. Esto, naturalmente, resulta muy complejo, motivo por el cual, en la práctica no se estila otorgar testamento cerrado en el extranjero.

Sanción: el incumplimiento de cualquiera de estas exigencias acarrea la nulidad absoluta del testamento.

Revocación del testamento: las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables. Ahora bien, la revocación del testamento sólo puede hacerse a través de otro testamento, único medio legal para disponer por causa de muerte. En consecuencia, es perfectamente posible revocar un testamento –otorgado en Chile o en el extranjero– a través del otorgamiento de un nuevo testamento, en la forma prevista en los artículos 1027, 1028 y 1029 CC.

6.3. Capacidad para testar

La capacidad para testar está regulada por las normas generales de capacidad. En tal sentido, habrá que distinguir si el testamento se otorgó en Chile o en el extranjero y, en este último caso, si el testador es chileno o extranjero.

- Capacidad para otorgar un testamento en Chile: se rige por la ley chilena (artículo 14 CC), ya sea el testador chileno o extranjero, domiciliado o transeúnte.

- Capacidad para otorgar un testamento en el extranjero: se rige, por regla general, por la ley personal del testador (ley de la nacionalidad o domicilio, según se trate). Ahora bien, en caso de que sea chileno y el testamento produzca efecto en Chile, su capacidad quedará sometida siempre por la ley chilena (artículo 15 N° 1 CC). Producirá efectos en Chile cuando los bienes se encuentren en Chile o cuando existan asignatarios chilenos.

6.4. Disposiciones testamentarias y las asignaciones forzosas

Las disposiciones testamentarias quedan regidas por la ley del lugar donde se abre la sucesión, esto es, la ley del último domicilio del causante (artículo 955 CC). Será esta ley la que determine en definitiva la libertad que tiene el testador para disponer de sus bienes.

Ahora bien, como es sabido, en Chile, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no existe libertad absoluta para testar y por tanto el testador no puede disponer libremente de sus bienes, debiendo respetar las asignaciones forzosas establecidas en la ley chilena, a saber: (i) los alimentos debidos por ley a ciertas personas; (ii) las legítimas; y (iii) la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, ascendientes y cónyuge. Las asignaciones forzosas de la ley chilena también deben respetarse en la sucesión intestada abierta tanto en Chile como en el extranjero.

Situaciones:

- Testador es chileno y otorga testamento en el extranjero:
 - Testador tiene cónyuge o parientes chilenos: la libertad de testar queda limitada, debiendo necesariamente respetarse las asignaciones forzosas de la ley chilena (artículo 15 N° 2 CC).
 - Testador no tiene cónyuge o parientes chilenos: regirá el testamento la ley del último domicilio del testador (artículo 955 CC)
- Testador es extranjero y otorga testamento en el extranjero: aplicará siempre al testamento la ley del último domicilio del testador (artículo 955 CC), sea respecto de cónyuge o parientes chilenos o extranjeros, ya que el derecho de preferencia previsto en el artículo 998 inciso 2° CC sólo opera en la sucesión intestada.

6.5. Interpretación del testamento

La interpretación del testamento se rige por la ley del lugar donde se abre la sucesión, esto es, la ley del último domicilio del causante. El artículo 955 CC no distingue entre sucesión testada e intestada y, por tanto, es aplicable a ambas.

SUBCAPÍTULO TERCERO – ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La escuela norteamericana ha introducido el estudio del arbitraje comercial internacional en el Derecho Internacional Privado. No obstante, este tema detenta total autonomía científica respecto de nuestra disciplina. Que existan posibles convergencias entre el estudio de los pilares del Derecho Internacional Privado con el arbitraje comercial internacional no significa que pueda subsumirse el arbitraje al estudio de las relaciones privadas e internacionales. Si ha de encuadrarse en alguna disciplina, el arbitraje comercial internacional debería ser estudiado como un capítulo especial de los métodos alternativos de resolución de controversias en Derecho Procesal.

La razón para estudiar el arbitraje comercial internacional en el curso de Derecho Internacional Privado es la relación entre el arbitraje y los contratos internacionales. Los principales centros de codificación de *soft law*, como la Conferencia de la Haya, la CNUDMI, las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, se han preocupado de analizar los aspectos del arbitraje comercial internacional a propósito de los contratos internacionales. El arbitraje comercial internacional es por excelencia el método de resolución de controversias que se suscitan en la contratación internacional.

I. DEFINICIÓN

Arbitraje comercial internacional: método de solución de controversias alternativo en el cual se entrega a una o más personas la solución de un problema actual o futuro que deriva de un acuerdo arbitral, caracterizado por estar actual o potencialmente conectado con múltiples ordenamientos jurídicos nacionales.

El arbitraje comercial internacional es un fenómeno dinámico configurado por la existencia de *diferentes actores* que persiguen *diferentes intereses* a través del ejercicio de *diferentes poderes* reconocidos en ellos por *diferentes derechos* que llevan a *diferentes soluciones* respecto de problemas idénticos en relación a la regulación del arbitraje, la resolución del asunto y la ejecución de la decisión.

Los árbitros ejercen propiamente jurisdicción, por lo que el laudo final tiene carácter jurisdiccional y no de equivalente jurisdiccional.

Otras nociones del arbitraje comercial internacional:

- Arbitraje conectado actual o potencialmente con múltiples ordenamientos jurídicos nacionales: la esencia del arbitraje comercial internacional es (i) la intervención de diversos actores provenientes de culturas distintas, esto es, clientes, abogados, árbitros, funcionarios de instituciones arbitrales, jueces estatales, etcétera; (ii) la intervención de distintos órganos jurisdiccionales en la conducción del arbitraje o eventualmente en la etapa de ejecución del laudo arbitral; (iii) la aplicación potencial de derechos de diversos países; y (iv) la posibilidad de procedimientos paralelos en relación a la misma disputa en diferencias jurisdicciones, como resultado de factores de conexión objetivos y de la autonomía privada.
- Arbitraje conducido dentro de la comunidad internacional de arbitraje: noción sociológica que se enfoca en la cultura o pensamiento de los distintos actores en el arbitraje comercial internacional, tales como los árbitros, abogados, los clientes y las instituciones.
- Arbitraje conducido en cumplimiento de la *lex communis arbitralis*: la *lex communis arbitralis* es una colección de *buenas prácticas* (*best practices*) que resulta de la mezcla de soluciones normativas de las tradiciones del derecho continental (*civil law*) y del derecho anglosajón (*common law*).

- Arbitraje como instrumento de resolución en un sistema u ordenamiento jurídico anacional: se ha propuesto por una densa literatura la anacionalidad o la transnacionalidad del arbitraje comercial internacional.¹⁹⁰ Los detractores principalmente sostienen que el arbitraje no puede ser un mecanismo autárquico o autopoiético al depender inexorablemente de los Estados para efectos de la ejecución del laudo final. Defienden igualmente que los requerimientos teóricos para la configuración de un sistema jurídico no se verifican.
- Arbitraje como mecanismo de solución de controversias basado exclusivamente en la autonomía privada: el arbitraje permite que las partes voluntariamente sustraigan su relación jurídica de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, debido que (i) existe amplia arbitrabilidad respecto de asuntos que afectan a los negocios; (ii) la *lex arbitri* es de naturaleza intrínsecamente dispositiva; (iii) se reconoce amplia discrecionalidad y autonomía a las partes y al tribunal arbitral; y (iv) el sistema recursivo está configurado de modo restringido.
- Arbitraje sometido a un régimen especial por la *lex arbitri*: el arbitraje comercial internacional no sería nada más que un sistema especial de arbitraje, si se le compara con el arbitraje doméstico.
- Arbitraje como instrumento de resolución dentro de la comunidad internacional: si bien en un comienzo las disputas entre Estados eran resueltas por un tribunal especialmente creado al efecto y actuando ambas partes en su calidad soberana, el nacimiento y potenciamiento del arbitraje de inversiones, ubicado en las fronteras del Derecho Internacional Público y el Derecho de los Negocios Internacionales, ha relativizado el ámbito de aplicación del arbitraje comercial internacional. Dadas las similitudes del arbitraje de inversiones con el arbitraje comercial internacional, algunos autores estiman que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias en la comunidad internacional, noción sin embargo controversial.

II. ORÍGENES

Inicialmente, el arbitraje comercial internacional estaba claramente localizado en torno a muy pocas ciudades como París, Ginebra, Zúrich, Londres, Ámsterdam, Rotterdam y Nueva York. La internacionalización se centró fundamentalmente en el logro de la ratificación de tratados internacionales y muy especialmente de la CNY.

El arbitraje se desnacionalizó y comienza a desarrollarse la *lex mercatoria* por la propia jurisprudencia arbitral. El arbitraje se va de a poco desformalizando y se inicia un acercamiento de los árbitros con las partes en su labor arbitral. La aparición de los macro-arbitrajes en torno a los litigios derivados de los petrodólares despierta el interés de las grandes firmas norteamericanas. El Tribunal Permanente de Arbitraje para la solución de los problemas entre Irán y Estados Unidos potencia aún más el arbitraje. En el marco de la CNUDMI se produjo un gran acercamiento entre juristas continentales y anglosajones, elaborándose reglas de arbitraje y la Ley Modelo. Empieza igualmente a surgir la figura del Estado y sus empresas como protagonistas de las relaciones comerciales internacionales en el mundo arbitral.¹⁹¹

Uno de los fenómenos que ha experimentado el Derecho Privado y el Derecho Internacional Privado en las últimas décadas es la unificación y armonización de los derechos estatales, además de la generación de diversos instrumentos de *soft law*. En relación al arbitraje comercial internacional, la CNUDMI entrega un modelo de ley y sugiere su incorporación legislativa en todos los Estados.

III. EVOLUCIÓN EN CHILE

Hasta el año 2004 no existía en Chile una ley sobre arbitraje comercial internacional, lo que no significa que no se tramitaren arbitrajes comerciales internacionales anteriormente. Antiguamente, el arbitraje internacional se sometía a

¹⁹⁰ No debe confundirse ambos conceptos: anacionalidad se refiere a la total independencia del arbitraje de los Estados-Nación; transnacionalidad refiere al continente normativo conformado por principios, reglas y prácticas que diseñan el escenario de los negocios internacionales.

¹⁹¹ CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo, “Arbitraje comercial internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 729-731.

las normas de derecho interno sobre arbitraje del COT y del CPC. La cláusula de solución de conflictos no existía ni estaba regulada. El COT de 1943 tiene una regulación arcaica, poco adaptada al contexto actual. Antes de la modificación del 2007 del artículo 526,¹⁹² dicha norma a veces obligaba que se designaran imperativamente árbitros chilenos y no extranjeros en la solución de controversias en una relación jurídica privada internacional. En 1943 el arbitraje comercial internacional era visto como “la manzana prohibida”, con resistencia y desconfianza.

En Chile se copió idénticamente la Ley Modelo CNUDMI en la LACI. Chile buscó hacerse un importante centro de arbitraje comercial internacional. La CAM procuraba ser la “nueva cámara arbitraje de París”, atrayendo arbitrajes de controversias en Sudamérica. Un ambiente propio al arbitraje se desenvuelve en un país que reconoce la especificidad del arbitraje comercial internacional, un sistema judicial capaz de prestar apoyo al procedimiento en lugar de entorpecerlo, normas de conflicto modernas y la disponibilidad de los profesionales capaces de trabajar con criterios internacionales. A pesar del creciente prestigio de la CAM, no puede decirse que la promulgación de la LACI ha supuesto un aumento en el número de arbitrajes que permitiera a Chile competir con los más importantes centros arbitrales.

IV. CARACTERÍSTICAS

El arbitraje comercial internacional es actualmente el método ordinario y normal de solución de controversias en el intercambio internacional a la luz de sus varias y abundantes ventajas, y presentándose como un paliativo frente a la comúnmente congestionada administración de justicia nacional. El arbitraje doméstico es una alternativa a la justicia ordinaria, pero el arbitraje comercial internacional, en cambio, es el método de solución de controversias por antonomasia. Por ello, no es visto como una alternativa, siendo la excepción que los asuntos internacionales se resuelvan por medio de la jurisdicción nacional.

A. VENTAJAS

1. Partes

- Rapidez en la administración de justicia: en el arbitraje las partes pueden prescindir o reducir trámites del procedimiento, agilizando la labor de árbitro; los procedimientos ante tribunales ordinarios suelen ser lentos y complejos, ocasionando severos gastos a las partes. No obstante, a veces el arbitraje puede tener misma rapidez en la administración de justicia que los tribunales ordinarios, ya que las partes pueden promover incidentes y recursos incluso antes de la constitución del tribunal y nombramiento del árbitro. Adicionalmente, la celeridad o lentitud en la tramitación de los procedimientos ante los tribunales ordinarios es una atributo que varía de país en país.
- Flexibilidad y adaptabilidad procedimental: en el arbitraje las partes pueden elegir las reglas del proceso aumentando eficiencia; en la justicia ordinaria los tribunales aplican siempre la ley procesal.
- Justicia personalizada: el árbitro puede dedicarse de manera exclusiva a la resolución del asunto; la justicia ordinaria sufre demoras por el elevado número de causas que debe tramitar, y sus miembros pueden carecer de motivación.
- Justicia especializada: en el arbitraje las partes pueden elegir como árbitro a una persona que posea conocimientos jurídicos y técnicos propios de materias de alta complejidad; los tribunales ordinarios suelen requerir de peritajes para conocer a cabalidad ciertas materias, y sus jueces no pueden ser elegidos por las partes.
- Privacidad y confidencialidad: el arbitraje es confidencial, secreto y privado, reduciendo los riesgos de divulgación de fórmulas o información comercial sensible,¹⁹³ y protegiendo una eventual afectación a la

¹⁹² Ex artículo 526 COT. “Sólo los chilenos podrán ejercer la profesión de abogado. Lo dicho se entenderá sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales vigentes”.

¹⁹³ Por ejemplo, en contratos de transferencia electrónica, *know-how*.

reputación de uno o ambos litigantes; la justicia ordinaria está informada por el principio de publicidad por regla general.

- Permanencia en el mundo de los negocios: el arbitraje se utiliza comúnmente en asuntos comerciales, siendo un método de solución de conflictos que atiende y responde adecuadamente a las necesidades y características del comercio y de la globalización económica.
- Ejecución del laudo arbitral: la sentencia extranjera requiere del trámite de exequátur, mientras que el laudo arbitral puede ejecutarse directamente, teniendo plena autoridad de cosa juzgada, si el país es parte de la CNY. La CNY es considerada por algunos como la más efectiva instancia de legislación internacional en toda la historia del derecho comercial.
- Neutralidad: como virtualmente en todos los casos las partes provienen de culturas jurídicas, económicas y sociales distintas, el arbitraje se presenta como una garantía de igualdad formal. Para evitar que una parte se beneficie estratégicamente al promover la disputa ante el foro de su nacionalidad, el arbitraje permite sortear barreras idiomáticas, jurídicas, políticas, etcétera.

2. Estados¹⁹⁴

- Potenciamiento de la industria de resolución de controversias: captar arbitrajes en el territorio nacional puede tener un efecto positivo en términos económicos y de reputación en la esfera internacional.
- Reducción del gasto público: el arbitraje permite el descongestionamiento de la justicia ordinaria en beneficio de los contribuyentes.
- Derecho al libre emprendimiento: potenciar el arbitraje implica proteger la autonomía privada como una expresión del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica.

B. DESVENTAJAS

- Falta de transparencia: dado que el arbitraje es privado, muchas veces el público no puede acceder al contenido de los laudos arbitrales.
- Facultad de imperio restringida: el tribunal arbitral no puede por sí mismo ordenar el cumplimiento de sus órdenes y resoluciones, requiriendo la asistencia de tribunales nacionales. Esta circunstancia tiene implicancias tanto en la conducción del arbitraje como en la ejecución del laudo final.

C. COSTOS ECONÓMICOS¹⁹⁵

El arbitraje en general supone altos gastos por concepto de remuneración del o los árbitros y abogados, y no rige el principio de gratuidad. No obstante, se justifica soportar los gastos de un arbitraje que pueda ofrecer la resolución del asunto en menor tiempo que la justicia nacional, ya que, desde un punto de vista económico, resulta menos costoso a las compañías pagar las costas personales y procesales que perder eventuales utilidades futuras. Los honorarios de los árbitros muchas veces están fijados por tarifas en los arbitrajes institucionales, que dependen de la cuantía del juicio.

No es posible determinar *ex ante* si los costos económicos son una ventaja o desventaja del arbitraje comercial internacional. Por regla general, las partes pueden predecir y monitorear sus costos en el arbitraje comercial internacional de mejor manera en comparación con la justicia nacional. No obstante, la capacidad de predicción es contingente, ya que la justicia nacional de algunos países ha demostrado tener un nivel de eficiencia incluso mayor que el de instituciones arbitrales y existen riesgos de los que el arbitraje no está exento, v.gr. pago de sobornos.

¹⁹⁴ En el ámbito del arbitraje internacional, el arbitraje de inversiones internacionales tiene por objetivo atraer inversiones extranjeras en territorio nacional, proteger a inversionistas nacionales cuando invierten en el extranjero, y salvaguardar la soberanía en la regulación del mercado y la implementación de políticas públicas.

¹⁹⁵ CAREY TAGLE, Jorge; FERNÁNDEZ RUÍZ, Gonzalo, “Los costos en el arbitraje”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 163.

1. Honorarios y gastos de los árbitros

- Honorarios de los árbitros:
 - o Determinación de monto: (i) suma *ad valorem* según un porcentaje fijo o una tabla de porcentajes según la cuantía del asunto sometido al conocimiento del árbitro (5-10% regularmente); y (ii) suma equivalente al tiempo invertido o por diligencia del tribunal arbitral.
 - o Forma de pago: (i) suma única pagadera de una vez; (ii) suma fraccionada según determinados hitos dentro del proceso arbitral.
 - o Arbitraje *ad hoc*:
 - Fijación: acuerdo directo entre las partes y el árbitro (contrato de compromisario), pudiendo igualmente acordar la forma y momento en que se remuneran los servicios profesionales del árbitro. Si las partes no fijan los honorarios y no han pactado expresamente la gratuidad del servicio, el juez no puede fijar por sí solo sus honorarios, pues se plantearía en este caso un problema de conflicto de interés y de falta de jurisdicción del árbitro.
 - Proposición: el árbitro puede fijar sus honorarios en el laudo arbitral mediante una proposición que luego puede ser aceptada o rechazada por las partes.¹⁹⁶
 - Críticas: (i) la confidencialidad impide conocer los factores que se consideran para la fijación de los honorarios; (ii) introduce incertidumbre a las partes; (iii) si bien el árbitro propone sus honorarios, para evitar enemistades, las partes no objetan la proposición; (iv) el monto de los honorarios puede haberse incrementado artificialmente por la cuantía exagerada que las partes aducen en sus escritos de demanda y demanda reconvenzional; (v) los arbitrajes *ad hoc* suelen ser más costos que los arbitrajes institucionales.
 - o Arbitraje institucional: conforme a las reglas que se aplican a la respectiva institución. Contar con parámetros objetivos de fijación de honorarios del árbitro establecidos en forma previa por los centros arbitrales presenta una gran ventaja para las partes, quienes pueden saber con bastante certeza y de forma anticipada cuánto costará el arbitraje. Los rangos establecidos por los centros tienden a resultar más económicos que las cantidades que se suelen cobrar en los arbitrajes *ad hoc*.
- Gastos del tribunal arbitral: respecto de los costos vinculados a la realización de diligencias en el arbitraje, debe estarse a lo que acuerden las partes. Suelen pagarse (i) por mitades una vez efectuados; o (ii) cada parte paga un anticipo, sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva sobre las costas.
- Honorarios y gastos de la institución arbitral: los costos de administración ofrecidos por la institución se cobran sobre la base de (i) un depósito inicial fijo más un monto variable equivalente a un porcentaje de los honorarios del árbitro; o (ii) monto fijo dependiente de la cuantía en disputa más un costo fijo por audiencia realizada. La tasa debe ser depositada por el requirente al momento de solicitar el arbitraje, la que no es reembolsable, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de las costas procesales de la causa.
- Honorarios y gastos del actuario arbitral: en el arbitraje debe contratarse un profesional que hará las veces de ministro de fe y autorizará las actuaciones judiciales. Normalmente, será un secretario de tribunales ordinarios de justicia, o bien un notario público.
- Honorarios de peritos nombrados por el tribunal arbitral: las medidas de prueba decretadas por el árbitro deberán ser solventados por las partes por mitades, salvo acuerdo en contrario y sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva en materia de costas.
- Costos asociados a la tramitación del proceso: (i) costos que impliquen los derechos a cobrar por los funcionarios que realicen las notificaciones judiciales; (ii) los derechos por impetrar y perfeccionar medidas

¹⁹⁶ En la práctica arbitral doméstica de Chile, si la proposición es irrisoria, la práctica enseña que las partes pueden impugnar la sentencia en la parte que fija los honorarios mediante el recurso de queja. En caso de objeción de su propuesta de honorarios, el árbitro debe solicitarlos judicialmente ante la justicia ordinaria de acuerdo al procedimiento de cobro de honorarios (artículo 697 CPC).

cautelares; (iii) los derechos por actuaciones de ministro de fe para determinadas pruebas del proceso; (iv) costos o aranceles por copias de piezas del proceso.

2. Costos de parte

- Costos de asesoría y representación legal: honorarios profesionales que deberán ser pagados a los abogados que representan a las partes en las distintas etapas del conflicto, antes y durante el proceso arbitral, como posteriormente para la ejecución del laudo arbitral.
- Costos relativos a la defensa de las partes: costos asociados a (i) la producción de pruebas presentadas por la parte; (ii) gastos de traslado de los abogados a las diligencias judiciales; (iii) llamadas telefónicas; (iv) traducciones de documentos; (v) asesoría comunicacional o de otros expertos.

D. METODOLOGÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Los arbitrajes comerciales internacionales suscitan frecuentemente problemas de Derecho Internacional Privado. Antes de la iniciación o durante el juicio arbitral, las partes pueden plantear preguntas en relación al foro apropiado para conocer del asunto, la determinación del derecho aplicable a la controversia. Una vez finalizado el arbitraje, quien haya obtenido en el laudo perseguirá la ejecución del laudo de arbitraje, el que puede ser resistido por causales taxativas, sin poder ser revisitado el fondo del asunto por el tribunal de ejecución. Asimismo, respecto de algunas materias, las partes o el tribunal arbitral pueden requerir de la cooperación jurídica internacional de órganos jurisdiccionales de distintos ordenamientos jurídicos. Los fundamentos de cada una de las áreas del Derecho Internacional Privado ofrecen herramientas técnicas e instrumentos conceptuales que pueden resultar útiles a los tribunales arbitrales para justificar sus decisiones.

- Competencia judicial internacional: la cuestión sobre la competencia para conocer del asunto puede ser resuelta mediante la aplicación de criterios que determinen el tribunal más apropiado.¹⁹⁷
- Determinación del derecho aplicable: en caso de omisión por las partes de la elección del derecho aplicable, el tribunal debe dar razones para justificar el derecho que en definitiva estime aplicable, sea por uso del método material o conflictual.
- Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales: la CNY regula y explica las condiciones para que un laudo de arbitraje comercial internacional pueda ser reconocido.
- Cooperación jurídica internacional: instituciones de diversa naturaleza participan potencialmente en un arbitraje comercial internacional. Particularmente, es posible que tribunales ordinarios ubicados en distintas jurisdicciones intervengan simultáneamente en la sustanciación de un arbitraje comercial internacional. Para ello, el tribunal de la sede del arbitraje debe emitir un exhorto internacional al tribunal ordinario de la jurisdicción cuya asistencia se solicita por distintos motivos, v.gr. potestad cautelar, producción de prueba.

Superación de la visión “contractualista” y “procedimentalista”: una opinión generalizada consiste en que las cuestiones sustantivas se gobiernan por el contrato y las cuestiones procedimentales por la ley de la sede del arbitraje (*lex arbitri*).

- Derechos potencialmente aplicables: en el arbitraje comercial internacional pueden aplicar derechos distintos a la *lex arbitri* y a las cláusulas contractuales (*lex contractus*). Es perfectamente posible que el acuerdo de la junta de accionistas de una compañía italiana esté gobernado por el derecho británico, que dicha compañía esté registrada en un mercado financiero organizado por las leyes luxemburguesas, que la compañía se declare insolvente, que su establecimiento principal se ubique en Alemania, y que el arbitraje que conoce de una determinada controversia tenga Ginebra por sede. En dicho ejemplo, distintos aspectos de la controversia pueden estar gobernados por derechos distintos.

¹⁹⁷ Aproximación principalmente desarrollada en la tradición del *common law* a la luz de la doctrina *forum non conveniens*.

- Debilidad de la distinción: algunos problemas pueden ser caracterizados alternativamente como cuestiones sustantivas o procedimentales dependiendo de la tradición jurídica, v.gr. prescripción, presunciones legales, carga de la prueba.
- Elección del derecho en cuestiones no contractuales: el poder de las partes para elegir el derecho aplicable puede estar reducido o excluido por consideraciones de interés público.

V. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

A. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. Costumbre internacional

- Regla general de jurisdicción: la Corte Permanente de Justicia sostuvo en el caso *Lotus* (1927) que el Derecho Internacional Público no establece ningún tipo de límite o condición al ejercicio de la jurisdicción por los Estados. El Derecho Internacional limita el uso de la fuerza, no pudiendo utilizarlo fuera de sus fronteras territoriales ni tampoco para iniciar disputas internacionales. Sin embargo, en relación a la jurisdicción, la costumbre internacional no impone límites. Existen ciertas teorías modernas que proponen que el Derecho Internacional Público se vale de factores de conexión propios del Derecho Internacional Privado para definir los límites de la jurisdicción, sea por nacionalidad, sea por territorialidad, sea por otro tipo de criterios de razonabilidad. No obstante, estas teorías son redundantes, al meramente repetir la regla establecida en el caso *Lotus*.
- Reglas especiales:
 - Acceso a la justicia: dicha garantía es un derecho fundamental y humano, formando parte del estándar mínimo de trato a los extranjeros (*minimum standard of treatment of aliens*). La *denegación de justicia* es un delito que tiene un largo desarrollo en el Derecho Internacional Público. La literatura y jurisprudencia comparada más reciente nombra la frustración del mecanismo arbitral acordado entre las partes como un elemento potencialmente constitutivo de una denegación de justicia, particularmente si una de ellas es una entidad pública o estatal.
 - Inmunidad de jurisdicción: puede presentarse como límite a la arbitrabilidad de un asunto, pero es renunciable. Un Órgano de la Administración del Estado o una Empresa del Estado pueden perfectamente formar parte de un arbitraje comercial internacional si se renuncia a la inmunidad.¹⁹⁸
 - Derecho de acceso al arbitraje en el derecho de las inversiones internacionales: en el contexto de la Constitución Bretton Woods y el derecho de las inversiones internacionales, es posible sostener que existen dos derechos que se perfilan como constitutivos de costumbre internacional. Por un lado, (i) la protección de las inversiones extranjeras; y por el otro, (ii) la solución de controversias de la comunidad internacional a través del arbitraje. Ambos derechos pueden considerarse como partes de una regla de costumbre internacional, ergo, de carácter vinculante, ya que la generalidad de los Estados son partes de la CNY y virtualmente la totalidad ha suscrito diversos instrumentos internacionales de inversión. Lo anterior no impide que los Estados mantengan discreción en relación con la regulación del método para hacer efectivos dichos derechos.

2. Tratados internacionales

2.1. Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

La CNY es un instrumento casi universal que favorece el arbitraje como método de resolución de controversias con elementos transfronterizos. Es fuente de obligaciones *erga omnes partes*, de modo que sus efectos se extienden más allá de las fronteras de los países actual o potencialmente conectados con el arbitraje comercial internacional. De

¹⁹⁸ PAULSSON, Jan, *Denial of justice in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 149-157.

conformidad con la CNY, los Estados se obligan a reconocer y ejecutar acuerdos arbitrales y laudos extranjeros a cambio de salvaguardar su soberanía en la regulación del ejercicio de la jurisdicción.

Armonización pluralista: la CNY presenta una serie de dificultades que impide que su aplicación sea uniforme alrededor del mundo.

- Interpretación:
 - Criterios: la CNY es un tratado internacional y, como tal, para tener una acabada inteligencia de sus disposiciones, es necesario aplicar los criterios de la CVDT.
 - Criterio gramatical: debe determinarse el contenido semántico de las expresiones utilizadas.
 - Criterio sistemático: revisándose las negociaciones preliminares (*travaux préparatoires*), es posible identificar que las materias no reguladas por la CNY o el lenguaje ambiguo utilizado en algunas provisiones son consecuencia de la falta de consenso entre los Estados miembros. Puede ser de utilidad también considerar el contexto de la CNY, esto es, las leyes de arbitraje y de Derecho Internacional Privado que estaban en vigencia al momento de las negociaciones del tratado.
 - Criterio teleológico: el espíritu o finalidad del tratado es característicamente liberal y pro-arbitraje.
 - Criterio auténtico: debe revisarse la práctica subsecuente de los Estados miembros. El rol que se confiere a la *lex arbitri* tiene relevancia en dicho sentido.
 - Interpretación y principio *pro arbitri*:
 - Interpretación autónoma: la interpretación debe tener en consideración el carácter internacional de la Convención y la necesidad de promover uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe (artículo 2 A de la Ley Modelo CNUDMI con enmiendas del año 2006 y artículo 7 N° 1 CISG).
 - Construcciones pro-arbitraje: deben excluirse las construcciones interpretativas que tienden a impedir el *effet utile* de la CNY sin proteger proporcionalmente un interés estatal. Si el Derecho de un Estado considera que las disputas laborales son inarbitrables, y la regla general actualmente es que dichas disputas sí pueden ser sometidas a arbitraje, la ejecución de un laudo arbitral sobre una cuestión laboral debería poder ser ejecutable en el primer país.
 - Prevalencia de la *lex arbitri* sobre la *lex fori*.
- Asuntos no regulados: (i) procedimientos paralelos; (ii) efecto de cosa juzgada de los laudos arbitrales y de las decisiones de los tribunales ordinarios en relación al arbitraje; (iii) contenido de la inarbitrabilidad, del principio de contradicción y del orden público, entre otros aspectos.
- Asuntos regulados con una aproximación conflictual: (i) uniformidad de la norma de conflicto sobre la validez formal del acuerdo de arbitraje, sin perjuicio de la regulación más favorable de los Estados (artículo VII CNY); (ii) uniformidad de la norma de conflicto sobre la existencia, validez y efectos del acuerdo de arbitraje; (iii) semi-uniformidad de la norma de conflicto sobre la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo de arbitraje.
- Referencias a la *lex fori*: (i) noción de “laudo no-doméstico”; (ii) proceso ante el tribunal estatal respecto de la existencia, validez o ejecutabilidad del acuerdo arbitral; (iii) reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.
- Conceptos sin definir: (i) laudo arbitral; (ii) requerimientos formales de los documentos necesarios para solicitar la ejecución del laudo arbitral.
- Materias reguladas por principios: (i) principio *pro arbitri*; (ii) principio de no-discriminación en relación al régimen del arbitraje doméstico.

2.2. Otros tratados

- Tratados regionales.

- Tratados sobre la protección de derechos humanos.
- Tratados sobre inversión extranjera.

B. LEY NACIONAL

La ley modelo CNUDMI es el instrumento de carácter legislativo más importante en el campo del arbitraje comercial internacional. Desde su adopción en 1985, más de 160 jurisdicciones han promulgado legislaciones basadas en la Ley Modelo, algunas más literalmente, algunas menos. Aun cuando algunos sistemas jurídicos como el francés, británico y suizo tienen legislaciones de arbitraje no basadas en la ley modelo, existen convergencias y analogías tales que es posible considerar que dichos sistemas forman parte del proceso de armonización y uniformación alcanzada por este instrumento. La ley modelo refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje comercial internacional aceptados por Estados de todas las regiones, por los diferentes ordenamientos jurídicos y sistemas económicos del mundo. La ley modelo regula de manera completa el arbitraje comercial internacional, de modo que la mera existencia de un acuerdo arbitral que surta efectos en un país que ha adoptado la ley modelo bastará para que se sustancie el arbitraje con éxito. Si las partes nada dicen, suplirá su voluntad el entramado normativo completo de la ley modelo adoptada como ley nacional de arbitraje comercial internacional.

Principales aspectos de las enmiendas del año 2006 de la ley modelo CNUDMI:

- Ámbito de aplicación de la ley (artículo 1): se introducen nuevas excepciones de aplicación de la ley en relación a las medidas provisionales (artículos 17 H, 17 I y 17 J).
- Interpretación de la ley (artículo 2 A): introducción del sistema comparativo o del Derecho Comparado. La implicancia de esta regla es que un tribunal nacional, aplicando la ley de arbitraje comercial internacional, debe tener en cuenta el carácter internacional del instrumento. Por tanto, debe evitar interpretaciones idiosincráticas, y debe acudir a las conclusiones alcanzadas por tribunales de justicia de otras jurisdicciones y que hayan resuelto sobre el mismo asunto.
 - 1) En la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
 - 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.
- Consentimiento (artículo 7): el acuerdo de arbitraje se entiende perfeccionado demostrada la intención de las partes en dicho sentido, eliminándose la solemnidad exigida por la versión original.
- Medidas provisionales (artículo 17): se introduce un nuevo capítulo IV A que establece un régimen jurídico más amplio relativo a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje, permitiendo su ejecución en el extranjero.

C. REGLAMENTOS DE ARBITRAJE

Los Reglamentos de Arbitraje son verdaderos Códigos de Procedimiento que regulan las más distintas actuaciones y etapas procesales. Todas las materias reguladas por la ley de arbitraje comercial internacional son a su vez reguladas por los Reglamentos. Adicionalmente, pueden gobernar aspectos desconocidos por la ley, como la participación de terceros (*joinder*), la realización de audiencias virtuales, o incorporar figuras desconocidas en el derecho de la sede del arbitraje, como el *discovery* o descubrimiento de la prueba, institución propia de los reglamentos anglosajones.

Ejemplos:

- Reglamento de la CCI, actualizada el año 2021.
- Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, actualizada el 2013.

- Reglamento de arbitraje comercial internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente desde el 1 de junio de 2006.

D. *SOFT LAW*

Los instrumentos *soft law* son guías que intentan responder a cuestiones prácticas relativas a la conducta del arbitraje. Algunos de estos instrumentos han obtenido tal reconocimiento por la comunidad arbitral internacional que han pasado a ser prácticamente normas vinculantes. Estas directrices y reglas son invocadas y aplicadas universalmente en las instituciones arbitrales más relevantes, y las más relevantes han sido producción de la IBA.

- Directrices IBA sobre Conflictos de intereses en Arbitraje Internacional de 2014: establecen un sistema de banderas verdes, naranjas o rojas (*green, orange and red lists*) como indicadores de potenciales conflictos de interés y de afectación de la independencia e imparcialidad de los adjudicadores. Las hipótesis de “lista verde” no resultarían objetables, las de “lista amarilla” implican hipótesis en que es recomendable tomar precauciones, y las de “lista roja” se trata de supuestos que son manifestamente contrarias a la imparcialidad e independencia que un racional y justo procedimiento requiere.
- Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de 2020: estas reglas han generado una base normativa propia del arbitraje internacional, desvaneciendo las diferencias entre las prácticas procesales del *common law* y el *civil law*. De algún modo, el *soft law* manifiesta la “fertilización cruzada” (*cross-fertilisation*) del derecho transnacional, esto es, el resultado dialéctico de la interacción de distintas prácticas y razonamientos normativos. Ejemplos de prácticas:
 - o *Redfern schedule*: una institución característica de este conjunto de prácticas propias del arbitraje internacional es el *redfern schedule*, esto es, una manera específica de regular la producción o exhibición de documentos. Esta figura no existe en ninguna de las tradiciones jurídicas, sino que se ha desarrollado propiamente en el ámbito transnacional.
 - o Presentación de testigos y peritos: debe realizarse conjuntamente con los escritos principales. Posteriormente, son sometidos a contrainterrogatorios si así lo desea la contraparte y en una audiencia única que tiene por objetivo la presentación de prueba y de argumentos orales.
- Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional de 2013: estas directrices, a diferencia de las dos anteriores, han tenido menor aceptación. Estas directrices intentan equilibrar la posición de las partes desde el punto de vista ético al que están sujetos los abogados provenientes de distintas culturas jurídicas.

E. REGULACIÓN CHILENA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

- Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.
- Convención de Panamá de 1976 sobre arbitraje comercial internacional.
- Ley N° 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional basada en la Ley Modelo CNUDMI. Los tribunales han considerado que la LACI es una ley procesal. En consecuencia, aplica *in actum*.¹⁹⁹

VI. CLASES DE ARBITRAJE

Existen muchas clases de arbitraje, además de los arbitrajes internos y comerciales. Hay arbitraje interno en materias familiares, laborales, de seguro, consumo, concesiones de obras públicas. En el arbitraje internacional, hay arbitraje en materias comerciales (Derecho Internacional Privado), inversiones (Derecho Internacional Público y Convenio de Washington), deportivo (Tribunal Arbitral du Sport), tributario (Cámara de Comercio Internacional), propiedad intelectual (Organización Mundial de Propiedad Intelectual).

¹⁹⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2006, *D'Arj Masius Benton & Bowles Inc. Chile c. Otero, Miguel*, Recurso: 865/2006.

En el arbitraje comercial internacional la existencia del acuerdo arbitral es una *conditio sine qua non*. Las materias de arbitraje forzoso solo pueden notarse en el derecho interno en leyes especiales y en el Código Orgánico de Tribunales.

A. ARBITRAJE AD HOC

Arbitrajes en que los árbitros son seleccionados para cada caso (definición positiva), o bien, todo arbitraje que no tenga el carácter de institucional (definición negativa). Son arbitrajes sin mayores solemnidades (*arbitrato irrituale*).

B. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Arbitrajes administrados por instituciones especializadas. Las definiciones recogen dos elementos esenciales: (i) la administración por la institución del arbitraje; y (ii) la publicación de reglas procedimentales para el arbitraje institucional.

Artículo 2 letra d) LACI. “Cuando una disposición de esta ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión”.

En el arbitraje institucional, el procedimiento es regulado por una organización. Las instituciones apoyan el arbitraje, proporcionando listas de árbitros, las instalaciones en que se siguen los juicios, entre otros.

Las principales instituciones de arbitraje son (i) la Cámara Sueca de Comercio (“SCC”); (ii) el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“SIAC”); (iii) la Cámara de Comercio Internacional (“ICC”); (iv) la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”); (v) la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (“LCIA”); (vi) la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas (“SCAP”); (vii) la Corte de Arbitraje de Sao Paulo; (viii) el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (“HKIAC”); (ix) la Institución Alemana de Arbitraje (“DIS”); (x) la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China (“CIETAC”). En Chile, la institución arbitral más relevante es el Centro de Arbitraje y Mediación (“CAM”).

Intereses de las instituciones arbitrales:

- Promoción de la legitimidad del arbitraje como una alternativa a la justicia estatal: las instituciones se preocupan de que los arbitrajes sean bien administrados y conducidos. El arbitraje no está exento de vicios. Si el sistema es defectuoso, los Estados tenderán a mirar el mecanismo con mayor desconfianza.
- Reputación: las instituciones compiten en el mismo mercado con otras instituciones, al igual que los árbitros. La reputación genera expectativas para las partes en relación a (i) su calidad; (ii) la resolución adecuada de la disputa;²⁰⁰ (iii) la omisión de idiosincrasias o chovinismo.

VII. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A. ARBITRABILIDAD

Siempre está determinada y entregada a la ley del tribunal, a la ley de la sede del arbitraje. En el caso de arbitrajes cuya sede se localice en Chile, debe tomarse siempre en cuenta las normas del COT. Se utiliza la ley del foro para determinar la arbitrabilidad. El artículo 1 N° 5 de la LACI enseña que no se generan antinomias entre la *lex fori* y la ley de arbitraje comercial internacional.

²⁰⁰ Aun cuando el diseño jurídico del arbitraje comercial internacional muestra que una decisión incorrecta no puede ser anulada ni su ejecución ser resistida (artículos 34 y 36 LACI y 5 CNY), si el tribunal arbitral comete errores en su sentencia, afectará también su prestigio y el de la institución en la que desempeña funciones.

Interpretación sistemática (artículo 1 N° 5 LACI): “Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”.

Una de las causales del recurso de nulidad es que la materia sea inarbitrable (artículo 34 N° 2 b) i) LACI). No son arbitrables las materias de arbitraje prohibido. Si las partes designan árbitro en asuntos de arbitraje prohibido, la designación es nula absolutamente (artículos 1466 y 1682 CC), por lo que el tribunal arbitral no adquiere competencia y no se sustrae el asunto de la competencia de los tribunales chilenos.²⁰¹

Materias de arbitraje prohibido en Chile:

- Cuestiones que versen sobre alimentos (artículo 229 COT).
- Cuestiones que versen sobre el derecho de pedir la separación de bienes entre el marido y mujer (artículo 229 COT).
- Causas criminales (artículo 230 COT).
- Causas de policía local (artículo 230 COT).
- Causas en que debe ser oído el fiscal judicial (artículos 230 y 357 COT).
- Causas suscitadas entre un representante legal y su representado (artículo 230 COT).

Debe tomarse en consideración que la inarbitrabilidad siempre se determina por la ley de la sede del arbitraje. Por ejemplo, si se intentare impedir la ejecución en Chile de un laudo arbitral pronunciado en Argentina por la causal de inarbitrabilidad (artículo 36 N° 2 letra b) literal i) LACI), el juez chileno deberá examinar si la ley argentina prohíbe o no el arbitraje respecto de la materia objeto del juicio.

B. COMERCIABILIDAD

El arbitraje, además, se somete únicamente a materia comercial.²⁰² Se debe excluir la forma de entender la comercialidad por la regulación chilena. Lo comercial en sede internacional es más amplio, sumando al concepto comercial chileno las operaciones civiles. El artículo 3 del Código de Comercio, de esta forma, no es aplicable para efectos hermenéuticos y de definición de lo que es o no comercial. Así quedó establecido en la historia fidedigna de la ley. La distinción entre contratos civiles y comerciales está bastante superada.

Ahora bien, los actos jurídicos de consumo no son comerciales y, por tanto, los arbitrajes comerciales internacionales no pueden versar sobre controversias del derecho del consumo. La CISG hace una enumeración muy extensa de lo que se entenderá por operaciones comerciales. La CNY establece en sus primeros artículos normas susceptibles a reservas.

Artículo 2 literal g) LACI. “La expresión “comercial” debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.

²⁰¹ En Francia se establece la inarbitrabilidad subjetiva, consistente en la prohibición de las empresas públicas de someterse a arbitraje. Las materias son arbitrables objetivamente, pero la parte en cuestión no puede someterse a arbitraje.

²⁰² Existen leyes especiales que permiten la aplicación de las reglas del arbitraje comercial internacional a cuestiones relacionadas con el Derecho Administrativo. El sistema peruano y brasilero son ilustrativos.

Los servicios de ingeniería, las licencias de marcas comerciales y patentes industriales, los contratos de consultoría económica, comercial y financiera, los seguros distintos del seguro de transporte como los seguros de crédito, las concesiones de explotación, son todas actividades económicas que no son dogmáticamente consideradas como comerciales, y que la LACI las califica de dicho modo en una noción todavía más amplia de mercantilidad que la consagrada en el artículo 3 del Código de Comercio. En suma, “comercial debe entenderse como cualquier actividad económica desarrollada con fines de lucro por entes privados”.²⁰³

C. INTERNACIONALIDAD

La ley chilena de arbitraje comercial internacional recoge una noción dualista, esto es, que separa o establece una “*línea roja*” entre el arbitraje doméstico e internacional, regulando dichos estatutos diferenciadamente. Existen otros ordenamientos jurídicos que recogen una noción monista, que implica la aplicación de una misma regulación al arbitraje doméstico e internacional.²⁰⁴ Hay quienes consideran que la distinción es artificial. Si bien existen algunos aspectos que hacen razonable una regulación distinta, como es la diferencia entre orden público nacional e internacional y el régimen de recursos, ambos tipos de arbitraje deberían someterse a los mismos principios.

Dicho ello, es necesario establecer en qué hipótesis un arbitraje es doméstico o internacional.

La ley de arbitraje comercial internacional se aplica cumpliéndose los supuestos mencionados en el artículo 1 LACI. La CISG y la ley modelo CNUDMI son de los años 1980 y 1985 respectivamente. Originalmente, el arbitraje internacional era aquel que comprendía una relación jurídica donde las partes tuviesen establecimientos en Estados distintos. La noción de establecimiento de la CISG es compartida por la ley modelo CNUDMI.

La internacionalidad se configura por la concurrencia de dos aspectos: (i) ámbito territorial, consistente en la noción de sede del arbitraje; y (ii) ámbito material, consistente en la existencia de unos de los supuestos que en seguida se analizan.

Ámbito de aplicación (artículo 1 LACI):

- 1) Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.
- 2) Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional [ámbito territorial].
- 3) Un arbitraje es internacional si [ámbito material]:
 - a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes,
 - b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i. El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, o
 - c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- 4) A los efectos del numeral 3) de este artículo:

²⁰³ PUGA VIAL, Juan Esteban, “Mercantilidad y el arbitraje comercial internacional”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 573.

²⁰⁴ Por ejemplo, el sistema mexicano.

- a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
 - b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
- 5) Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.

1. Establecimientos en Estados distintos

En el Derecho Uniforme de Contratos se utiliza frecuentemente el concepto de “*place of business*”, recogiendo igualmente la ley modelo. No obstante, el concepto de “establecimientos” o “*place of business*” no ha sido definido por la ley. El establecimiento relevante se ha entendido como el lugar en el que el contrato y su ejecución mantiene una relación más cercana. En virtud del artículo 10 CISG, “*place of business*” es el centro de los negocios o de la actividad corporativa donde se concentra la participación, que conecta al contratante con el Estado donde el negocio es conducido. Es “toda organización que posea personalidad jurídica propia y autonomía en el desarrollo del giro empresarial, o sean el lugar en donde se encuentra instalada y funciona y produce la empresa o bien el lugar donde desarrolla y ejecuta sus negocios”.²⁰⁵ El artículo 4 letra h) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2007 dispone que por establecimiento se entenderá “todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar”. El poder de autonomía del contratante es el elemento clave para determinar dónde se localiza el establecimiento. La jurisprudencia de la CCI la ha definido como el lugar donde se toman las decisiones centrales de la empresa, donde se juntan los accionistas, y donde funciona el gobierno corporativo de la sociedad.

Consecuentemente, factores como (i) el lugar del agente, representativo o distribuidor, (ii) oficina de enlace (*liaison office*), (iii) el centro de conferencias o de exhibiciones, o (iv) una oficina arrendada, son circunstancias que fracasan para determinar el establecimiento por sí solas. Además, la jurisprudencia ha considerado que no siempre el lugar en que se localiza la matriz de la compañía (*headquarters*) es el lugar del establecimiento. Puede ocurrir que la filial o coligada tiene una relación más estrecha con el contrato y su ejecución y, en dicho caso, el establecimiento será en el lugar en que se sitúe dicha sociedad.

Este concepto y factor de conexión es el más utilizado para efectos de determinar si el arbitraje es o no internacional.

Por ejemplo, si un chileno tiene su establecimiento en Santiago y un argentino tiene su establecimiento en Buenos Aires, el arbitraje es internacional.

2. Establecimientos en distintos Estados

2.1. Sede del arbitraje

La ley chilena habla del *lugar del arbitraje*. Debe interpretarse en el sentido jurídico, que implica aceptar el concepto de sede y no de lugar. Según esta hipótesis, para aplicarse la ley de arbitraje comercial internacional las partes deben haber fijado la sede del arbitraje en Chile indicando la ciudad respectiva. Si no se indica la sede del arbitraje, la cláusula es patológica. Sin sede, los efectos positivos y negativos del acuerdo arbitral no se producen. Ergo, los tribunales nacionales conocen de la controversia y no el tribunal arbitral. Excepcionalmente, si las partes se someten a una institución arbitral y su reglamento respectivo, dicha institución puede elegir la sede del arbitraje en la medida que el reglamento lo permita.

²⁰⁵ PICAND ALBÓNICO, Eduardo; COULON BAUER, Sebastián, “Algunas reflexiones sobre la “internacionalidad pactada” en la Ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 977.

Por ejemplo, si dos argentinos tienen sus establecimientos en Argentina, pero fijan la sede del arbitraje en Santiago, el arbitraje es internacional.

2.2. Lugar del cumplimiento sustancial de las obligaciones (*loci executionis*), o donde el objeto del litigio guarda un vínculo más estrecho

Si el lugar del cumplimiento sustancial de las obligaciones (50% + 1) se hace fuera de Chile, y las partes tienen sus establecimientos en Chile, el arbitraje es internacional. Igualmente, si el contrato guarda su vínculo más estrecho en el extranjero, el arbitraje es internacional. Una formulación parecida se encuentra en el derecho francés (artículo 1492 del Nuevo Código de Procedimiento), que determina que el arbitraje es internacional cuando la pretensión involucra los intereses del comercio internacional.

Por ejemplo, si dos chilenos tienen sus establecimientos y la sede del arbitraje en Santiago, pero si el lugar del cumplimiento sustancial de las obligaciones (*loci executionis*) o donde el contrato guarda un vínculo más estrecho se ubica en el extranjero, el arbitraje es internacional.

3. Autonomía de la voluntad con elemento de internacionalidad

El arbitraje puede ser igualmente internacional si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En la historia fidedigna de la ley queda expresa la imposibilidad de que las partes puedan conceder al arbitraje el carácter de internacional por su mera voluntad o declaración. Ello podría producir un fraude a la jurisdicción nacional, ya que la calificación del arbitraje como internacional puede obedecer a la intención de las partes de eludir la aplicación de las normas del COT y el CPC. La “*internacionalidad ficticia*” no es admitida.²⁰⁶⁻²⁰⁷

Para efectos de que opere esta vía, es necesario que existan otros elementos de internacionalidad distintos que lo anteriormente señalados. La Corte Suprema de Chile ha sostenido que para determinar la internacionalidad de un contrato o en su caso de un arbitraje, puede tenerse en consideración distintos elementos como: (i) la nacionalidad de las partes; (ii) su domicilio o residencia; (iii) lugar donde se desarrolla la negociación; (iv) la celebración del contrato; (v) la ejecución de las obligaciones; (vi) aspectos posteriores del contrato; (vii) aspectos relacionados con los requisitos de los actos y sus efectos, como cualquier otro punto que vincule a las partes y les sea relevante, esto es, “la concurrencia de distintos ordenamientos jurídicos y la competencia de sus sistemas judiciales”.²⁰⁸

No obstante, no cualquier factor de conexión es apropiado para dichos efectos. El ámbito de aplicación de la internacionalidad pactada en la Ley N° 19.971 es limitada, ya que solo aplicaría en las hipótesis en que la internacionalidad no está configurada por el factor del establecimiento, de sede del arbitraje, del cumplimiento sustancial de las obligaciones o del vínculo más estrecho. PICAND y COULON consideran que la internacionalidad pactada solo podría legitimarse en el evento que se trate del “cumplimiento no sustancial de obligaciones que deban cumplirse fuera del territorio de Chile, ya sea entendiendo que el cumplimiento de ellas pone en juego los intereses del comercio internacional, ya sea entendiendo que, al no tratarse de un cumplimiento sustancial, no se encuentra contemplado en alguna de las hipótesis del artículo 1 N° 3 LACI”.²⁰⁹

²⁰⁶ FOUCHARD, Philippe, “La loi-type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international”, en *Journal du Droit International Clunet* (1987).

²⁰⁷ Este criterio ha sido eliminado por varias jurisdicciones al momento de adoptar la ley modelo.

²⁰⁸ Sentencia de la Corte Suprema, 21 de junio de 2010, Rol N° 1724-2010; Informe de la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, 29 de mayo de 2009, Rol N° 5228-2008; Sentencia de la Corte Suprema, 8 de septiembre de 2009, Rol N° 3225-2008.

²⁰⁹ PICAND ALBÓNICO, Eduardo; COULON BAUER, Sebastián, *ob. cit.*, p. 986.

Por ejemplo, si las partes tienen sus establecimientos, la sede del arbitraje y el lugar del cumplimiento sustancial de las obligaciones o donde el contrato guarda un vínculo más estrecho se ubican todos en Chile, el arbitraje puede ser internacional si una de las obligaciones del contrato es una prestación característica pero no esencial de la controversia.

VIII. PRINCIPIOS

A. *KOMPETENZ-KOMPETENZ*²¹⁰⁻²¹¹

Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia (artículo 16 N° 1 LACI): “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”. Es consecuencia de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral.

No siempre debe referirse el arbitraje comercial internacional a una controversia contractual. Puede ser extracontractual. No obstante, de haberse celebrado un contrato internacional con una cláusula de arbitraje, ambos acuerdos se consideran independientes.

B. INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL ESTADO

Artículo 5 LACI. “En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”.²¹²

- Acuerdo arbitral (artículo 8 LACI): los tribunales deben respetar la existencia de los acuerdos arbitrales, debiendo remitir por regla general a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio.
- Sistema recursivo: la intervención limitada de los tribunales se materializa en la facultad restringida de revisión respecto del laudo arbitral que se plasma en la taxatividad de las causales del recurso de nulidad. La jurisprudencia nacional e internacional muestra que se trata de un recurso poco acogido.
- Reconocimiento y ejecución: los tribunales no deben realizar una averiguación y examinación profunda de lo fallado, debiendo reconocer las sentencias sin mayor trámite.

1. Sede del arbitraje

Si bien se ha afirmado que el arbitraje comercial internacional puede considerarse un mecanismo íntegramente desterritorializado, lo cierto es que el arbitraje siempre debe tener sede en una jurisdicción determinada. Los tribunales localizados en dicha sede podrán intervenir en el arbitraje, pero solo en los asuntos establecidos en la ley de arbitraje, ello con motivo de garantizar la autonomía del arbitraje.

La sede es un concepto jurídico, no físico. No es simplemente el lugar en que se desarrolla el arbitraje, ni tampoco se determina por referencia a dicho lugar. El juicio y las declaraciones periciales o testimoniales puede seguirse en diversos países simultáneamente. La sede, no obstante, se determina por la elección de las partes y solo puede ser una.

Importancia de la sede del arbitraje:

- Determinación de la *lex arbitri*: la sede permite conocer la aplicabilidad de la ley de arbitraje comercial internacional, esto es, determina la *lex arbitri* que va a regir el conflicto y el procedimiento en silencio de las partes.

²¹⁰ También llamado principio de competencia de la competencia.

²¹¹ Principio que tuvo origen en un fallo emitido por un tribunal superior en la República Federal de Alemania en el año 1955.

²¹² En la historia de la ley se observa que cierto grupo parlamentario consideraba que esta norma requería quórum especial, al suponer una limitación a la superintendencia directiva, económica y correccional de la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la Nación, incluidos los árbitros, potestad establecida en la Constitución. Quedó consignado que, a través de la queja disciplinaria, y no vía recurso de queja, puede cuestionarse el comportamiento de los árbitros en arbitrajes comerciales internacionales.

- Determinación de tribunales para funciones de asistencia y supervisión: la sede determina qué tribunales estatales van a colaborar con el arbitraje. En Chile, estos tribunales son el Presidente de la Corte de Apelaciones y la Corte de Apelaciones respectiva.
- Aplicación de normas de conflicto especiales: la sede puede implicar la aplicación de las normas de conflicto que la misma *lex arbitri* contiene y en las hipótesis en las que proceda su aplicación.²¹³

Elección de la sede: la determinación de la sede es virtualmente en todos los casos un resultado de la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes. Por tanto, el tribunal arbitral no puede inobservar las consecuencias que derivan de la elección. Algunos autores han intentado alivianar la importancia de la elección en aquellos casos en que la jurisdicción relevante y su *lex arbitri* no es moderna y en línea con las necesidades de la comunidad comercial internacional. Al proponer la desatención de la sede, los proponentes intentan aumentar la aplicación de derecho extranjero ante los tribunales que asisten al arbitraje. Afirman que, en realidad, la elección de la sede es una cuestión accidental o motivada por la conveniencia. Incluso, consideran que la elección de la sede puede ser una imposición de la parte con mayor poder negociador. No obstante, obviar la elección de las partes sería infringir la palabra dada por las partes.

2. Relación entre tribunal arbitral y tribunales ordinarios

A veces se dice que el recurso al arbitraje hace superfluo el derecho estatal, en tanto (i) el tribunal arbitral puede prescindir de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado; (ii) las normas que gobiernan la controversia puede ser derecho anacional o *lex mercatoria*; (iii) el arbitraje comercial internacional es el método de resolución de controversias por excelencia en la contratación internacional; (iv) la intervención de los tribunales ordinarios es circunstancial, siendo la regla general que los arbitrajes internacionales se tramiten sin participación de la judicatura nacional, entre otros factores. Existen autores que incluso han sostenido la existencia de un verdadero sistema jurídico anacional configurado por la *lex mercatoria* y el arbitraje comercial internacional como su soporte institucional que, en términos de HART, hace posible la verificación de las reglas secundarias de reconocimiento, de adjudicación y de cambio.²¹⁴

No obstante, no puede considerarse al arbitraje comercial internacional realmente como un dispositivo extra-público, independiente de todo contacto con la soberanía estatal. Los árbitros generalmente aplican la legislación de un Estado específico a la disputa, y no la *lex mercatoria*. En otros aspectos, los árbitros desempeñan sus funciones a la sombra de la ley estatal. En este contexto, es suficiente referirse a (i) los límites de la arbitrabilidad; (ii) los procedimientos de anulación en los tribunales estatales que permiten una revisión limitada de los laudos arbitrales; (iii) la obligación de los paneles arbitrales afirmada por las jurisdicciones estatales de cumplir con las disposiciones imperativas; y (iv) la dependencia última del arbitraje de los procedimientos de ejecución del Estado. El derecho estatal mantiene su influencia incluso cuando la solución de controversias se deja al arbitraje, y mientras la ley estatal difiera de un país a otro, la elección de la ley seguirá siendo indispensable.²¹⁵

3. Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje comercial internacional

Artículo 6 LACI. “Las funciones a que se refieren los artículos 11, numerales 3) y 4); 13, numeral 3); 14 y 16, numeral 3), serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje y la del artículo 34, numeral 2), será desempeñada por la respectiva Corte de Apelaciones”.

²¹³ La LACI chilena no contiene ninguna norma de conflicto. No obstante, existen otros sistemas jurídicos en que las leyes de arbitraje contienen normas de conflicto especiales que el tribunal arbitral tiene la obligación de aplicar, en la medida en que las partes no hayan hecho aplicable un reglamento de arbitraje.

²¹⁴ TOTH, Orsolya *The lex mercatoria in theory and in practice*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 161-194.

²¹⁵ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, pp. 162-163.

Materias:

- Presidente de la Corte de Apelaciones:
 - Medidas cautelares (artículo 9 LACI): “No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas”.
 - Nombramiento de árbitros (artículo 11 N° 3 y 4 LACI): a falta de acuerdo sobre los árbitros.
 - Procedimiento de recusación (artículo 13 N° 3 LACI): si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del artículo 13 N° 2 LACI.
 - Cesación del mandato del árbitro (artículo 14 LACI): en caso de desacuerdo en la remoción del árbitro por verse impedido *de jure* o *de facto* de ejercer sus funciones o que por cualquier motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable.
 - Competencia del tribunal arbitral luego de que se haya declarado a sí mismo competente (artículo 16 N° 3 LACI): “Si, como cuestión previa, se rechaza la excepción de competencia, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”.
- Corte de Apelaciones: recurso de nulidad (artículo 34 N° 2 LACI).

Tribunales potencialmente intervinientes en el ámbito del arbitraje comercial internacional:

- Tribunales ordinarios que resulten de la aplicación de las normas generales de competencia (artículo 27 LACI): “El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de Chile para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba”.
- Corte Suprema: reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Concesión convencional de mayores facultades a tribunales domésticos: si bien la autonomía de la voluntad es el principio rector del arbitraje e informa las soluciones de la ley de arbitraje comercial internacional, es problemático sostener que las partes pueden otorgar mayores funciones a los tribunales de justicia ordinarios. El principio de intervención mínima del Estado procura conferir mayor autonomía a las actuaciones arbitrales, pero no es posible que las partes puedan renunciar a dicha relativa autonomía. Es la ley la que confiere jurisdicción a los tribunales nacionales para intervenir, y las causales de intervención están establecidas en la propia ley con carácter *numerus clausus*.²¹⁶

C. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Son las partes las que determinan la mayoría de los temas relativos al arbitraje. Si las partes nada dicen, la voluntad se suple por la ley. Las normas se subsumen a la voluntad, y actúan solo si no existe manifestación. Cuando las partes se remiten al reglamento de arbitraje, se aplican sus normas. Se puede utilizar la cláusula tipo de la CAM para luego establecerse a libertad las normas relativas al arbitraje.

Materias: las normas de la LACI utilizan las expresiones “a falta de acuerdo”, “en caso de no haber acuerdo entre las partes”, “salvo acuerdo en contrario de las partes”. Dicho lenguaje reconoce el ejercicio de la autonomía de las partes como directriz.

- Número de árbitros (artículo 10 LACI).

²¹⁶ Resulta cuestionable, por ejemplo, que las partes tengan la facultad de reservar la determinación del *quantum* indemnizatorio para una instancia posterior al arbitraje comercial internacional ante un tribunal ordinario de justicia.

- Nombramiento de árbitros y árbitros sustitutos (artículos 11 y 15 LACI).
- Causales de recusaciones (artículo 12 N° 2 LACI).
- Procedimiento de impugnaciones y recusaciones (artículo 13 LACI).
- Acuerdo sobre la remoción del árbitro (artículo 14 LACI).
- Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares (artículo 17 LACI).
- Normas procedimentales (artículo 19 LACI).
- Lugar del arbitraje (artículo 20 LACI).
- Inicio del arbitraje (artículo 21 LACI).
- Idioma (artículo 22 LACI).
- Plazo para la demanda y contestación (artículo 23 N° 1 LACI).
- Elementos de la demanda y la contestación (artículo 23 N° 1 LACI).
- Modificación y ampliación de la demanda o contestación (artículo 23 N° 2 LACI).
- Oralidad o escrituración (artículo 24 LACI).
- Rebeldía de una de las partes (artículo 25 LACI).
- Nombramiento de peritos (artículo 26 N° 1 LACI).
- Participación del perito en audiencia (artículo 26 N° 2 LACI).
- Normas aplicables al fondo del litigio (artículo 28 LACI).
- Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro (artículo 29 LACI).
- Transacción (artículo 30 LACI).
- Motivación del laudo (artículo 31 N° 2 LACI).
- Plazo corrección e interpretación del laudo (artículo 33 N° 1 LACI).
- Procedencia de la interpretación del laudo (artículo 33 N° 1 letra b) LACI).
- Solicitud de laudo adicional (artículo 33 N° 3 LACI).

Límites a la autonomía privada: la autonomía de la voluntad no puede existir en el vacío normativo o positivo. Las leyes de arbitraje comercial internacional regulan la autonomía privada.

- Exclusión de ciertas materias de la arbitrabilidad.
- Establecimiento de requisitos formales para la validez del acuerdo de arbitraje.
- Orden a tribunales arbitrales de garantizar el debido proceso:
 - Independencia e imparcialidad de los árbitros (*nemo index in re sua*).
 - Principio dispositivo (*ne eat index ultra allegata et probata partium*).
 - Principio contradictorio.
 - Principio de igualdad de armas.
 - Exigencia de participación de todas las partes indispensables o necesarias.
 - Prohibición *non liquet*.
 - Principio de fundamentación.
- Revisión del laudo de arbitraje.
- Rechazo del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

D. PRINCIPIO PRO ARBITRI

- Favor legal: el Estado reconoce al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.
- Favor interpretativo: al interpretar la CNY, el tribunal arbitral debe preferir las soluciones que permitan mayor aplicación del arbitraje comercial internacional (*validation principle*).

- Favor competencial (artículo II CNY): debe privilegiarse la competencia de los árbitros frente a la competencia del tribunal ordinario. En caso de duda, hay que remitir al arbitraje.
- Favor del fallo (carácter vinculante y final de los laudos arbitrales): debe limitarse la revisión posterior de los laudos y reconocerlos sin más trámite. Existe una presunción de validez de los laudos arbitrales. La invalidez del laudo por inejecución o nulidad debe probarse ante el tribunal ordinario respectivo. La ley procura dotar de eficacia al laudo arbitral de comienzo a fin y la jurisprudencia igualmente ha respetado dicho objetivo. Del fraseo del artículo 34 N° 1 LACI puede derivarse la consagración positiva del principio de presunción de validez (*“sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral”*).

E. PRINCIPIO DE NO-DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN AL ARBITRAJE DOMÉSTICO

Los arbitrajes comerciales internacionales y los laudos que en definitiva se expidan deben tener el mismo trato que los arbitrajes internos. Los Estados no pueden dar un trato preferencial a los arbitrajes domésticos.

Objetivos de la CNY: “Reconociendo la importancia creciente del arbitraje internacional como medio de resolver las controversias comerciales internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la Convención) trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales. Por “sentencias o laudos no nacionales” se entiende aquellos que, si bien han sido dictados en el Estado en que se prevé su ejecución, son considerados “extranjeros” por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería, por ejemplo cuando se apliquen normas procesales de otro Estado. La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral”.

F. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ADJUDICADORES

La función jurisdiccional debe ser ejercida con imparcialidad e independencia para garantizar un debido proceso. Para ejercer la función jurisdiccional y resolver imparcialmente, el tribunal arbitral debe encontrarse libre de cualquier presión o interferencia externa. El sistema de impugnaciones y recusaciones conducen a una incompetencia accidental o subjetiva de la persona del árbitro, en general por la especial relación que existe entre una de las partes y el adjudicador, sea por parentesco, interés, ser parte relacionada en el negocio de una de las partes, etcétera.

Las Directrices IBA sobre Conflictos de intereses en Arbitraje Internacional de 2014 son aplicadas en casi la totalidad de los arbitrajes internacionales. La LACI y los reglamentos de arbitraje igualmente regulan los mecanismos de impugnaciones y recusaciones.

G. DEBIDO PROCESO E IGUALDAD DE ARMAS

La autonomía de la voluntad no es onnipotente, en tanto deben respetarse las garantías mínimas de un debido proceso. El arbitraje comercial internacional, en tanto método jurisdiccional y alternativo de solución de controversias, no puede desprenderse del cumplimiento de mandatos emanados directamente de la Constitución (artículo 19 N° 3 CPR).

Trato equitativo de las partes (artículo 18 LACI): “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

Recurso de nulidad y oposición a la ejecución (artículo 34 N° 2 letra a) literal ii) y V(I)(b) CNY): contra un laudo arbitral podrá recurrirse ante la Corte de Apelaciones respectiva o podrá oponerse su ejecución ante la Corte Suprema si la parte prueba que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

IX. ACUERDO ARBITRAL

A. DEFINICIÓN

Artículo 7 LACI (Opción I).²¹⁷⁻²¹⁸

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.²¹⁹ El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito [acto jurídico solemne]. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra [acuerdo tácito]. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Artículo II CNY.

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. “Es válido el acuerdo de las Partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las Partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

B. FORMAS DEL ACUERDO ARBITRAL

Al redactarse cláusulas de acuerdo arbitral, deben redactarse en términos absolutos, no imaginativos.²²⁰ El acuerdo arbitral puede constar en el contrato internacional o constar en un contrato distinto, en forma de compromiso o

²¹⁷ Este artículo descansa en el texto primitivo de la ley modelo, no en la modificación del año 2006. El artículo 7 LACI coincide con la Opción I de la ley modelo CNUDMI. Opción II: “El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”.

²¹⁸ Norma utilizada como argumento a favor del reconocimiento de los pactos de sumisión en el ordenamiento jurídico chileno. Véase *infra* Capítulo II, Competencia Judicial Internacional, Título IX, Sistema chileno de competencia judicial internacional, Literal A, Pactos de sumisión en el derecho chileno.

²¹⁹ Por ejemplo, demandas de responsabilidad extracontractual.

²²⁰ Lo más conveniente y lo que se hace en la práctica es simplemente copiar la cláusula disponible en la página web de una determinada institución de arbitraje e incorporarla en los mismos términos en el acuerdo de arbitraje o como cláusula en el contrato internacional.

cláusula compromisoria. En el Derecho de los Negocios Internacionales solo se alude al acuerdo, sin distinguir. La distinción que en seguida se señala solo tiene propósitos propedéuticos.

- Compromiso: convención procesal por medio de la cual las partes sustraen del conocimiento de los tribunales ordinarios uno o más asuntos litigiosos determinados, presentes o futuros, para someterlos a la resolución de uno o más árbitros que se designan en el acto mismo de su celebración. Efectos:
 - Negativo o extintivo (artículo II CNY): extingue el derecho de las partes de acudir unilateralmente a un tribunal ordinario para que conozca del asunto que ha sido sometido a compromiso, generándose con su perfeccionamiento la *excepción de compromiso* (artículo 303 N° 6 CPC) o de litispendencia (artículo 303 N° 3 CPC), en caso de que una de las partes intentase seguir el proceso ante la justicia ordinaria. No puede decirse que extingue la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la controversia, ya que, si no se opone la excepción dilatoria, la justicia ordinaria seguirá conociendo del asunto y aun a pesar de la existencia del acuerdo arbitral. Si no se alega, se produce la sumisión tácita a la justicia ordinaria. La *tutela judicial efectiva* cesa solo en la medida de que pueda justificarse que existe *tutela arbitral efectiva*.
 - Positivo: el conocimiento del asunto se somete a la resolución de uno o más árbitros, que son tribunales accidentales, itinerantes y temporales. Una vez perfeccionada la convención, el compromiso es una ley para las partes (artículo 1545 CC), encontrándose ligadas al árbitro designado para la resolución del asunto.
- Cláusula compromisoria: contrato innominado mediante el cual se sustrae del conocimiento de los tribunales ordinarios, uno o más asuntos litigiosos determinados, actuales o futuros, para entregarlos a la decisión de un árbitro que no se designa en ese instante, pero que las partes se obligan a designar con posterioridad. Efectos:
 - Efecto negativo y positivo del compromiso.
 - Generación de obligación de designación: a diferencia del compromiso, que designa al árbitro en el mismo momento a su celebración, la cláusula compromisoria es un contrato al generar la obligación de hacer consistente en designar al árbitro en un momento posterior, ya sea (i) por las partes de común acuerdo; o (ii) por resolución judicial en subsidio.²²¹

C. REQUISITOS DEL ACUERDO ARBITRAL

- Requisitos de existencia de todo acto jurídico: (i) voluntad; (ii) objeto; (iii) causa; (iv) solemnidad (por escrito).
- Requisitos de validez: (i) consentimiento exento de vicios entre las partes; (ii) objeto lícito; (iii) causa lícita; y (iv) capacidad.

D. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

- Objetivo: qué disputas están comprendidas dentro del acuerdo arbitral, v.gr. “*todas las disputas que surjan del presente contrato o que guarden relación con el mismo*”.
- Subjetivo: qué partes se encuentran obligadas por el acuerdo arbitral. Generalmente serán solo las partes que suscribieron el contrato subyacente que incluye la cláusula arbitral.

E. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

Consiste en una ficción en virtud de la cual se entenderá que, para todos los efectos, la nulidad del contrato no importa *ipso iure* la nulidad de la cláusula arbitral. La ley de arbitraje comercial internacional reconoce la imposibilidad de rescindir la cláusula de arbitraje, ya que las controversias de ineficacia o invalidez deben ser resueltas por el propio tribunal arbitral. La tutela arbitral efectiva del arbitraje, de esta forma, sería reconocida.

²²¹ Algunos consideran la cláusula compromisoria una opción más recomendable que el compromiso, ya que la designación futura aumenta la flexibilidad en la relación jurídica de las partes, y porque la cláusula compromisoria no puede derivar ineficaz, ya que a falta de acuerdo de las partes o de aceptación del árbitro seleccionado, la justicia designa al árbitro en subsidio. El compromiso, en cambio, es un contrato *intuitu personae*.

Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia (artículo 16 N° 1 LACI): “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un *acuerdo independiente* de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

F. DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

La literatura ha propuesto que la consecuencia lógica de la doctrina de la separabilidad es la posibilidad de que un mismo contrato pueda ser regulado por diferentes cuerpos normativos (*dépeçage*).

Al ser el acuerdo de arbitraje un contrato autónomo respecto del contrato principal, es perfectamente posible que las partes elijan expresamente el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, que puede ser igual o distinto al derecho elegido para el contrato principal.

Lo que normalmente ocurre en la práctica es que las partes solo se pronuncian respecto del derecho aplicable al contrato principal. Nace entonces la pregunta sobre qué derecho debe el tribunal arbitral aplicar al acuerdo de arbitraje en caso de que las partes omitan una elección en dicho sentido. La ley en definitiva aplicable al acuerdo de arbitraje es de vital importancia, en tanto los criterios con los que se revisará la validez y eficacia del acuerdo para arbitrar serán los del derecho en definitiva aplicable.

La metodología general para determinar el derecho aplicable a un acuerdo de arbitraje fue formulada por la Corte de Apelaciones inglesa en el caso *SulAmérica Cia Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A.*,²²² en el que el tribunal propuso una “investigación en tres etapas” (*three-stage enquiry*), consistente en que, (i) en principio, el acuerdo arbitral se rige por el derecho expresamente elegido por las partes; (ii) en caso de que no haya elección expresa, el acuerdo se rige por la elección implícita de las partes; y (iii) si las partes no eligieron expresa o implícitamente la ley aplicable, la ley aplicable es la que tiene el vínculo más cercano y real con el acuerdo de arbitraje (*closest and most real connection*).

En la indagación sobre la voluntad tácita o implícita de las partes y la ley con el vínculo más estrecho al acuerdo arbitral, existen dos principales respuestas en relación a la determinación del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje:

- Ley del contrato principal.
- Ley de la sede del arbitraje.

No existe consenso doctrinal en esta discusión. La jurisprudencia comparada ha recogido las dos soluciones anteriores de manera bastante pareja.

1. Argumentos a favor de la aplicabilidad de la ley del contrato principal

- Separabilidad no implica *dépeçage*: el principio de separabilidad ha sido interpretado en el sentido de que permitiría a las partes hacer uso de diferentes cuerpos normativos para regular un mismo contrato. No obstante, el acuerdo de arbitraje sólo es independiente del contrato principal en la determinación de su existencia, validez y ejecutabilidad. Esta conclusión tiene su base legal en el artículo 16 LACI, que establece que la separabilidad del acuerdo de arbitraje existe únicamente con el fin de permitir que el tribunal se pronuncie sobre su propia jurisdicción (*Kompetenz-Kompetenz*).

²²² Sentencia de la Court of Appeal, Queen’s Bench Division, Commercial Court, 16 de mayo de 2012, *SulAmérica Cia Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A.*

- Razonabilidad y expectativas legítimas: contratantes racionales generalmente referirán su elección de ley a todas las cláusulas de su contrato, incluida la cláusula de arbitraje. Si pretendían la aplicación de otra ley para la formación de la cláusula arbitral, las partes fácilmente podrían haberlo dicho en su contrato.²²³
- Enfoque pragmático: aplicar la ley del contrato principal al acuerdo de arbitraje es el enfoque más natural y pragmático. Si existe una elección expresa de la ley aplicable al contrato en su conjunto, el acuerdo arbitral también se registrará normalmente por esa ley, sea que se estipule o no la sede del arbitraje y cualquiera que sea el lugar de la sede. Esta solución reduce la incertidumbre, la inconsistencia, la incoherencia y los costos de transacción, evita la complejidad y la artificialidad.

2. Argumentos a favor de la aplicabilidad de la ley de la sede del arbitraje

- Norma de conflicto especializada y por defecto: a propósito del recurso de nulidad y oposición a la ejecución, el artículo V CNY y los artículos 34 N° 2 letra a) literal i), 36 N° 1 letra a) literal i) LACI establecen una norma de conflicto especializada y de carácter relativamente uniforme a la luz de la significativa adherencia de la comunidad internacional a la CNY. Dichas disposiciones preceptúan que el laudo arbitral puede atacarse si el acuerdo de arbitraje no es válido según (i) la ley a que las partes lo han sometido (*lex contractus*); o (ii) si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo (*lex arbitri*). Dado que en la práctica no se suele pactar una ley aplicable al contrato principal y otra en relación al acuerdo arbitral, la regla general sería que su validez se determina por la ley del país sede del arbitraje. Ergo, la ley elegida no rige respecto de la invalidez del acuerdo arbitral, salvo estipulación en contrario.
- Separabilidad del acuerdo de arbitraje del contrato principal: no es posible inferir que las partes desean que sus derechos y obligaciones en virtud de la cláusula arbitral se rijan por la misma ley que se aplica al fondo de la disputa, porque estos apartados contractuales se refieren a dos relaciones jurídicas diferentes, a saber (i) por un lado, el contenido del contrato principal, las obligaciones de las partes y su ejecución; y (ii) por otro, el mecanismo de solución de controversias a utilizar en caso de que surja una controversia de la relación sustantiva.²²⁴ El principio de separabilidad permite a las partes hacer uso de diferentes cuerpos normativos respecto de estas dos convenciones y, en caso de que omitan la elección, la ley aplicable debe ser la que más se ajuste a la naturaleza del acuerdo.
- Neutralidad: la elección de la sede tiene por objeto aislar los aspectos procesales, incluido el acuerdo de arbitraje, de la legislación nacional de las partes. Cuando surge la disputa, las partes desean neutralidad en su resolución. Para lograrlo, las partes evitarán la aplicación de la ley de la nacionalidad de la contraparte. De este modo, ninguna de las partes sería injustamente desventajada.
- Importancia de la sede del arbitraje: se suele entender por sede arbitral el centro de gravedad jurídico que da vida y efecto a un acuerdo arbitral.
 - o Validez formal del acuerdo de arbitraje y ejecutabilidad del laudo final: la intención más probable de las partes al celebrar un acuerdo de arbitraje es exigir la aplicación de un mismo derecho para regir las actuaciones arbitrales y la validez del acuerdo de arbitraje, garantizando de este modo la coherencia entre la ley y el procedimiento. La elección misma de una sede arbitral presupone la intención de las partes de que la ley de la sede reconozca y haga cumplir el acuerdo de arbitraje y de llevar a cabo un arbitraje que conduzca a un laudo vinculante y ejecutable. La elección por las partes de la sede del arbitraje viene invariablemente acompañada de la aceptación implícita de la *lex arbitri* de la sede y de

²²³ Sentencia de la Corte Suprema inglesa, 9 de octubre de 2020, *Enka v. Chubb*: “Where the parties have not specified the law applicable to the arbitration agreement, but they have chosen the law to govern the contract containing the arbitration agreement, this choice will generally apply to the arbitration agreement”; Sentencia de la High Court of Justice, Queen’s Bench Division, 4 de octubre de 2001, *Sonatrach Petroleum Co v. Ferrell International Ltd*: “Where the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement to arbitration contains no separate express choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract”.

²²⁴ Sentencia de la High Court de Singapur, 19 de junio de 2014, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*.

las facultades de los tribunales de control y supervigilancia competentes para determinar una disputa jurisdiccional en relación con la validez del acuerdo de arbitraje.

- Razonabilidad y expectativas legítimas: contratantes racionales comúnmente tendrán la intención de que los laudos sean vinculantes y exigibles, por lo que su atención con respecto a la validez de sus acuerdos de arbitraje debe centrarse en la ley de la sede, y no en la ley del contrato principal.²²⁵
- Remedios del foro: un acuerdo de arbitraje normalmente tendrá una conexión más cercana y real con el lugar donde las partes hayan elegido arbitrar que con el lugar de la ley del contrato subyacente. La elección de la sede determina la elección de los recursos contra el laudo, incluida la facultad de los tribunales para determinar la jurisdicción del tribunal arbitral. En el caso *C v. D*, el tribunal concluyó que una vez que quedó claro que Inglaterra era la sede del arbitraje y que la ley inglesa era, por lo tanto, la *lex arbitri* del arbitraje, debe seguirse que las partes solo contemplaban como posibles recursos en contra del laudo final los permitidos por la ley inglesa y no recursos permitidos por otras leyes u ordenamientos jurídicos.²²⁶ Si la decisión arbitral debe ser definitiva y vinculante (principio de presunción de validez del laudo), el acuerdo de arbitraje debe regirse necesariamente por la ley de la sede del arbitraje.

G. SUMISIÓN TÁCITA AL ARBITRAJE

Renuncia al derecho de objetar (artículo 4 LACI): “Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de esta ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar”.

Es posible que el acuerdo de arbitraje presente vicios que impidan considerar que el tribunal arbitral es competente para conocer de la controversia. La excepción de incompetencia o de litispendencia, al ser de previo y especial pronunciamiento, solo pueden ser invocadas al comienzo de las actuaciones arbitrales. Si las partes no alegan la excepción oportunamente, se entiende que se someten tácitamente a la competencia del tribunal arbitral. La sumisión tácita al arbitraje es una manifestación de la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*).

H. SUGERENCIAS EN LA NEGOCIACIÓN DE UN ACUERDO ARBITRAL

- Acuerdo debe manifestar claramente la intención de las partes de resolver un conflicto única y definitivamente por vía del arbitraje.
- Determinación del objeto del acuerdo: debe determinarse si se desea recurrir al arbitraje para resolver cualquier controversia que se suscite en el marco de la relación contractual, o tan solo resolver, por ejemplo, ciertos conflictos relacionados con el incumplimiento contractual. La jurisprudencia chilena ha aceptado acuerdos arbitrales en que no se expresa detalladamente cada una de las materias que se someten a arbitraje, esto es, fórmulas genéricas de atribución de competencia.²²⁷ Empero, una cláusula muy genérica o una que contemple detalles excesivos, adelantándose a los requerimientos específicos para el diseño del procedimiento, pueden sufrir el riesgo de ser patológicas.²²⁸
- Determinación de la sede del arbitraje.

²²⁵ Sentencia de la High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 28 de julio de 1999, *XL Insurance Ltd v. Owens Corning*.

²²⁶ Sentencia de la Court of Appeal of England and Wales, Civil division, 5 de diciembre de 2007, *C v. D*, párrafo 26: “Once it was clear that England was the seat of the arbitration and that English law was, therefore, the curial law of the arbitration, it must follow that the parties intended only attacks which were permissible by English law and not attacks permitted by other laws, including those permitted either by the proper law of the underlying insurance contract or by the proper law of the arbitration agreement, if different”.

²²⁷ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, “Ley chilena de arbitraje comercial internacional: análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 2 (2015), p. 525.

²²⁸ Un acuerdo mal redactado o patológico no producirá los efectos positivo y negativo, y el prestigio de los abogados se verá potentemente erosionado. Los centros de arbitraje tienen cláusulas tipo que evitan que se materialice ese riesgo.

- Determinación del número de árbitros: se recomienda estipularlo *ex ante* y no en el comparendo de bases o de fijación de bases del procedimiento del arbitraje. Si no se estipula, serán tres árbitros, lo que resulta mucho más caro que establecer uno solo.
- Determinación del idioma: puede pactarse uno o más idiomas.
- Determinación del derecho aplicable a la controversia.
- Determinación del derecho aplicable al acuerdo arbitral.
- Determinación de la clase del arbitraje: *ad hoc* o institucional.
- Determinación del reglamento aplicable, en su caso.

I. EXTENSIBILIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL A TERCEROS APARENTES²²⁹

Como principio general, el acuerdo arbitral solo alcanza en sus efectos a quienes sean partes, expresa y voluntariamente, de la relación contractual. Por ello, nadie puede ser llevado a arbitraje si no ha manifestado libremente su voluntad en dicho sentido.

Existen, no obstante, ciertas situaciones en las que surge la necesidad de hacer extensivos los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido formalmente parte en el mismo por no comparecer a su suscripción, pero que deben ser alcanzados por los mismos efectos en virtud de su vinculación material en la relación substantiva que es objeto del arbitraje. Aparecen en tensión los intereses de la naturaleza consensual del arbitraje con la maximización de la efectividad práctica del laudo mediante la inclusión de personas relacionadas al litigio, con el objetivo de evitar sentencias contradictorias o ineficaces.

La determinación sobre si el acuerdo arbitral es o no extensible a terceros aparentes es una cuestión que cae bajo el examen del tribunal arbitral a la luz del principio *Kompetenz-Kompetenz*. La verificación de los supuestos fácticos que lo hacen admisible es de carga probatoria de quien lo alegue.

Hipótesis de extensión de los efectos del acuerdo arbitral en el arbitraje comercial internacional:

- Consentimiento implícito:
 - Teoría de los actos propios y doctrina del *estoppel*: en relación a la conclusión o desenvolvimiento del contrato principal, una de las partes actuó de manera que la parte contraria, de buena fe, pudo entender que el tercero deseaba incorporarse o aceptar el contrato principal, así como el acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, el tercero ha dado cumplimiento de algunos de los deberes emanados del contrato o ha disfrutado de los derechos que genera.
 - Teoría del grupo de empresas: el acuerdo arbitral suscrito por una compañía vincula a las entidades integrantes del mismo grupo de empresas, a pesar de tener una personalidad jurídica diferente y no haber suscrito el acuerdo arbitral. Esto puede ocurrir porque (i) han tenido algún grado de participación en el contrato afectado por la cláusula, v.gr. papel activo en las negociaciones objeto de la controversia; o porque, (ii) si bien en su conjunto representan una realidad económica única y singular, las entidades relacionadas han sido representadas efectiva o implícitamente, manifestando consentimiento implícito de ser parte de la relación contractual.
- Prescendencia de la personalidad jurídica y el levantamiento del velo corporativo: un tercero se encuentra obligado por un acuerdo de arbitraje cuando hay evidencia de que la entidad que es parte en el acuerdo está siendo usada como un instrumento o fachada con el fin de evitar u ocultar la responsabilidad del primero. Por

²²⁹ Véase MERUANE OSORIO, Dione, *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional*, Santiago, El Jurista, 2018; LABBÉ AROCCA, Juan Pablo, “La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el arbitraje comercial internacional: análisis de algunas teorías”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 25, N° 2, 2018.

ejemplo, sociedades se fusionan, discutiéndose si la sociedad absorbida que era parte de un acuerdo transfiere la obligación de sometimiento a la sociedad absorbente.

- Sucesión: una de las partes fallece, discutiéndose si se transmite a los herederos la obligación de sometimiento al acuerdo arbitral.

X. TRIBUNAL ARBITRAL

En la generalidad de los aspectos que dicen relación con la instalación y composición del tribunal arbitral, la regulación se hace en conformidad con lo que las partes establezcan y, si las partes nada dicen ni se remiten a un reglamento de arbitraje, se aplica la ley de arbitraje comercial internacional.

A. ÁRBITROS

El derecho interno caracteriza a los árbitros como jueces (artículo 222 COT). El legislador pretende transmitir que los árbitros ejercen jurisdicción y administran justicia, pero no son jueces. En ninguna legislación comparada se caracteriza a los árbitros como jueces. Un árbitro administra “*justicia entre los iguales*”, al nombrarse a un ciudadano que no está revestido de potestades públicas. Esta posibilidad se reconoce precisamente respecto de derechos disponibles y de carácter patrimonial. Si se puede disponer libremente de los derechos cuya renuncia no esté prohibida, también debe entenderse posible que las controversias que se susciten a propósito de dichos derechos se sometan a la decisión de un árbitro. Las materias de carácter indisponible e irrenunciable pertenece siempre a la justicia ordinaria.²³⁰

B. NÚMERO DE ÁRBITROS

Número de árbitros (artículo 10 LACI):

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.²³¹
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

C. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS

Nombramiento de los árbitros (artículo 11 LACI):

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 4) y 5) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
- 3) A falta de tal acuerdo:
 - a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.
 - b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.
- 4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes:
 - a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o
 - b) Las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o
 - c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones

²³⁰ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, 6ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014.

²³¹ Si las partes estipulan que el número de árbitros será cien, el acuerdo arbitral puede considerarse como patológico por inejecutable.

correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

- 5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los numerales 3) o 4) de este artículo al Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Nombramiento de un árbitro sustituto (artículo 15 LACI): “Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 o 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir”.

D. RECUSACIONES

Las recusaciones se regulan por la autonomía de la voluntad. En general, las partes se remiten a un reglamento. Si no se remite a un reglamento, a la luz del principio *Kompetenz-Kompetenz*, es el propio árbitro el que resuelve de las recusaciones, sea un tribunal unipersonal o colegiado. Las partes pueden alegar amistosamente la recusación del árbitro, como ocurre en la regulación procesal chilena.

Las Directrices IBA sobre Conflictos de intereses en Arbitraje Internacional de 2014 definen extensamente los distintos motivos de implicancias y recusaciones, delimitando meticulosamente los supuestos que importarían una afectación o un riesgo de afectación de la imparcialidad e independencia del árbitro.

Motivos de recusación (artículo 12 LACI):

- 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.
- 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Fundamentos:

- Falta de independencia: todos los árbitros son recusables por ambas partes.
- Falta de imparcialidad: todos los árbitros son recusables por ambas partes.
- Falta de idoneidad: supone la falta de posesión de cualificaciones convenidas por las partes. Estas pueden recusar al árbitro que hayan designado y al que los árbitros eligen de común acuerdo, pero no pueden recusar al árbitro elegido por la otra parte salvo situaciones excepcionalmente graves. Si se permitiese recusar al árbitro de la contraparte por falta de idoneidad, el procedimiento se desvirtuaría. Si una de las partes designa a un árbitro inmaculado que sea de su confianza, pero luego repara en que dicho árbitro ha trabajado para la contraparte o ha aceptado sobornos, la parte podrá invocar la recusación en contra del mismo árbitro que designó.

Recusación de mala fe: el tribunal arbitral deberá interpretar razonablemente el reglamento o, en su defecto, la ley de arbitraje comercial internacional para definir las consecuencias de recusar maliciosamente.

Procedimiento de recusación (artículo 13 LACI):

- 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 3) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el numeral 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.
- 3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del numeral 2) de este artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

Recursos: si la recusación es rechazada por el árbitro, podrá la parte posteriormente interponer el recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones respectiva alegando que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado (i) al acuerdo de las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de la LACI de la que las partes no pudieran apartarse, v.gr. igualdad de armas; o, (ii) a falta de dicho acuerdo, que no se ha ajustado a la LACI (artículo 34 N° 2 letra a) literal iv) LACI).

E. CESACIÓN DEL MANDATO DEL ÁRBITRO

Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones (artículo 14 LACI):

- 1) Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.
- 2) Si, conforme a lo dispuesto en este artículo o en el numeral 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en este artículo o en el numeral 2) del artículo 12.

F. FACULTAD DE IMPERIO

Al igual que el arbitraje doméstico, el tribunal arbitral tiene facultad de imperio restringida. Es principio compartido en toda jurisdicción que la *ejecución forzada* es facultad reservada a los Estados al ser por definición los monopolios del uso legítimo de la fuerza (WEBER). La autotutela está prohibida, y solo se permite como excepción en ciertas hipótesis jurídicas.

1. Especies de ejercicio del poder de imperio

Ahora bien, del hecho que el forzamiento en la ejecución sea un poder monolítico de los Estados no implica que el cumplimiento no pueda obtenerse por otros medios. Entidades privadas, como instituciones y tribunales arbitrales, pueden ejercer imperio a través de otros impulsos:

- Autoridad: la orden es voluntariamente cumplida por el mayor estatus que el destinatario reconoce respecto de quien ordena, cualquiera sea la razón que funda la asimetría, v.gr. (i) prestigio; (ii) temor reverencial; (iii) admiración; (iv) respeto; (v) gratitud; (vi) presión de colegas; (vii) tradición, entre otros.

- Ejecución autónoma: no es necesaria la colaboración del destinatario de la orden para que se produzcan sus efectos (laudos declarativos).
- Amenaza de sanciones: puede tratarse de sanciones no-coercitivas como (i) amonestaciones; (ii) inclusión en listas negras; (iii) exclusión de la comunidad social; o (iv) sanciones pecuniarias.

2. Titulares del poder de imperio

Para algunos autores, el poder de imperio o de ejecución es compartido por los distintos intervinientes del arbitraje comercial internacional como resultado de la relación entre la autonomía de la voluntad y el o los derechos potencialmente aplicables. En consecuencia, no sería solamente los tribunales ordinarios los titulares del poder de imperio. Podría igualmente entenderse que, de modo limitado, los tribunales arbitrales y las instituciones arbitrales detentan poder de imperio.

Ampliación o limitación convencional del poder de imperio: es posible que las partes, mediante el ejercicio de su autonomía de la voluntad, tengan el interés de modificar el alcance del poder de imperio de los tribunales arbitrales, las instituciones e inclusive los tribunales ordinarios de justicia.

- Ampliación: como la ejecución forzada es atribución privativa de los tribunales estatales, las órdenes o decisiones de los tribunales arbitrales e instituciones pueden ser resistidas si no respetan el derecho del foro, ya sea porque supone una afectación (i) de la jurisdicción exclusiva en ciertos temas; o (ii) del orden público procedimental, v.gr. medidas cautelares excesivamente gravosas,²³² *anti-suit injunctions*.
- Limitación: la limitación del poder de imperio de los tribunales estatales no puede lograrse a partir del mero ejercicio de la autonomía de la voluntad. En otras palabras, la soberanía no puede confinarse por la voluntad. No obstante, las partes pueden limitar sus derechos a acudir ante los tribunales nacionales. Precisamente en ello consiste el efecto negativo del acuerdo arbitral.
 - Renuncias: pueden las partes intentar (i) renunciar a su derecho a reclamar medidas cautelares; (ii) renunciar al poder de exigir la ejecución del laudo final en un determinado ordenamiento jurídico.²³³ No obstante, estas renuncias no serán reconocidas como válidas por el tribunal estatal si implican una vulneración al (i) acceso a la justicia; o (ii) al principio de contradicción.
 - Reglas institucionales: algunos reglamentos de arbitraje establecen que (i) las decisiones de la institución en relación a las impugnaciones o recusaciones de los árbitros son finales y vinculantes; y que (ii) los laudos finales no surtirán efectos sino desde el momento en que son aprobados por la institución arbitral. Nuevamente, la validez de dichas limitaciones dependerá de la decisión del tribunal estatal de ejecución a la luz de garantías procedimentales mínimas.

3. Regulación de la facultad de imperio de los tribunales arbitrales en la ley procedimental chilena

- Prueba testimonial (artículo 633 CPC): “No podrá el árbitro compeler a ningún testigo a que concurra a declarar ante él. Solo podrá tomar las declaraciones de los que voluntariamente se presten a darlas en esta forma. Cuando alguno se niegue a declarar, se pedirá por conducto del árbitro al tribunal ordinario correspondiente que practique la diligencia, acompañándole los antecedentes necesarios para este objeto”.
- Ejecución de resoluciones (artículo 635 CPC):

²³² Existen incluso sistemas jurídicos que disponen que las medidas cautelares solo pueden ser ordenadas por los tribunales estatales, v.gr. China, Argentina, Italia.

²³³ Dado que existe ordenamientos jurídicos que ejecutan el laudo arbitral aun cuando este haya sido anulado en la sede del arbitraje, es posible que las partes estén interesadas en renunciar al derecho de ejecutar el laudo en estos ordenamientos, v.gr. Francia. No obstante, dicha renuncia no solo genera potenciales problemas de ponderación con el debido proceso, sino también podría ser un mecanismo fraudulento de una de las partes para no cumplir con el laudo, movilizándolo todos sus activos a los ordenamientos en los que la ejecución se renuncia.

- Sentencia definitiva: (i) se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por que fue nombrado; o (ii) al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento.²³⁴⁻²³⁵
- Otra clase de resoluciones: corresponde al árbitro ordenar su ejecución.
- Procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte del compromiso: debe ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto, v.gr. medidas precautorias.

4. Poder de imperio de tribunales estatales

- Sobre las partes:
 - Ejecución del acuerdo arbitral.
 - Protección de la jurisdicción del foro.
 - Producción de prueba: documentos, testigos, peritos.
 - Medidas cautelares.
 - Anulación del laudo arbitral.
 - Exequátur de las órdenes del tribunal arbitral.
 - Ejecución de laudos arbitrales domésticos y extranjeros.
 - Ejecución de órdenes del tribunal arbitral.
- Sobre terceras partes: en casos de producción de prueba.
- Sobre tribunales arbitrales:
 - Nombramiento de árbitros (artículo 11 N° 3 y 4 LACI).
 - Procedimiento de recusación (artículo 13 N° 3 LACI).
 - Cesación del mandato del árbitro (artículo 14 LACI).
 - Protección de la jurisdicción del foro: el tribunal estatal puede ordenar una *anti-suit injunction* y, si bien los destinatarios son las partes, la orden indirectamente afecta al tribunal arbitral e impide que conozca del asunto.
- Sobre tribunales ordinarios extranjeros, indirectamente: si el tribunal de un Estado prevé en el asunto sometido a un acuerdo de arbitraje ineficaz, desde un punto de vista internacionalista, cualquier otro tribunal extranjero no puede conocer del mismo asunto. De iniciarse un segundo proceso, debería oponerse la excepción de litispendencia internacional.

Medios de ejercicio:

- Resoluciones.
- *Anti-suit injunctions*.
- Sanciones criminales: en caso de que el destinatario no cumpla con lo ordenado (delito de desacato).

5. Poder de imperio de tribunales arbitrales

- Sobre las partes:
 - Ejecución del acuerdo arbitral.
 - Organización del procedimiento: estructura, calendario, preclusión.
 - Producción de prueba.
 - Medidas cautelares.

²³⁴ El tribunal no puede negarse de ejecutar el laudo arbitral, ya que el hecho de tener un poder de imperio restringido no equivale a concluir que no está revestido legalmente de la competencia para ejercer la función jurisdiccional.

²³⁵ Si la sentencia ejecutoriada o que causa ejecutoria no es cumplida voluntariamente por las partes, se deberá seguir ante tribunal ordinario el procedimiento ejecutivo correspondiente, que puede ser incidental o un juicio ejecutivo.

- Protección de la integridad del procedimiento: está implícito en las funciones del tribunal arbitral la facultad de salvaguardar el proceso de conductas que las partes o los abogados puedan adoptar en función de dilatar u obstruir el arbitraje. Aplicaciones:
 - Conflictos de interés.
 - Presión indebida, intimidación o fuerza sobre testigos.
 - Infracciones a la confidencialidad.
 - Conductas ilícitas.
 - Estrategias dilatorias en infracción de (i) reglas procedimentales; (ii) principios de eficiencia y expedición; y (iii) normas éticas profesionales.
 - Riesgos derivados de la insolvencia de una de las partes (principio de protección de la parte más débil).
- Resolución del asunto: sea mediante la orden de cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer.
- Sobre los tribunales estatales, indirectamente: los tribunales arbitrales pueden ordenar una *anti-suit injunction* para que las partes no litiguen ante los tribunales estatales.
- Sobre otros tribunales arbitrales, indirectamente: situación de *lis pendens arbitralis*.

Medios de ejercicio:

- Sanciones impuestas por el propio tribunal arbitral: (i) amonestaciones; (ii) censuras; (iii) resoluciones “*cease and desist*”; (iv) exclusión de prueba obtenida ilícitamente; (v) exclusión de abogado; (vi) denuncia de mala conducta del abogado a la asociación profesional; (vii) suspensión o terminación del procedimiento; (viii) asignación de las costas procesales del arbitraje; (ix) generación de obligación indemnizatoria por litigación abusiva.
- Acuerdos contractuales: los tribunales arbitrales pueden ejecutar *conventional seizures* estipuladas por las partes, esto es, montos depositados en custodia con el tribunal arbitral como garantía de obligaciones de pago, v.gr. daños y perjuicios por incumplimiento de acuerdos de arbitraje.
- Resoluciones del tribunal arbitral: su ejecución requerirá de la asistencia de los tribunales estatales por regla general.
- *Anti-suit injunctions*.
- *Astreintes*: sanciones valuadas en dinero contra el deudor que demora el cumplimiento de una obligación de hacer ordenada por el laudo arbitral y que son requeridas a razón de una suma de dinero por cada día, cada semana o cada mes en que un deudor retarda el cumplimiento de la obligación.

6. Poder de imperio de instituciones arbitrales

- Sobre las partes:
 - Colección anticipada de los costos del arbitraje.
 - Decisiones *prima facie* en relación a la existencia, validez o ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje y de la consolidación del tribunal arbitral.
 - Confirmación de árbitros.
 - Determinación de los costos del arbitraje.
- Sobre el tribunal arbitral:
 - Remoción de árbitros.
 - Determinación, asignación y reducción de los honorarios de los árbitros.
 - Aprobación del borrador del laudo.
 - Consolidación del proceso si la institución administra arbitrajes con una relación de conexión.

XI. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal (artículo 8 LACI):

- 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.²³⁶
- 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el numeral 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia (artículo 16 LACI):

- 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.
- 2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación.²³⁷ Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.
- 3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el numeral 2) de este artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

A. ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA EN RELACIÓN CON LA DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL (*GATEAWAY PROBLEM*)²³⁸

La relativa uniformidad alcanzada por la ley modelo CNUDMI sufre ciertas fracturas al demostrar que la jurisprudencia y literatura comparada tienen distintas interpretaciones de los principios *Kompetenz-Kompetenz* y de la separabilidad del acuerdo de arbitraje. La características y particularidades de cada ordenamiento jurídico implican una variación importante en la manera en que se distribuye la competencia entre los tribunales arbitrales y ordinarios.

La celebración de un acuerdo arbitral tiene por efecto principal la sustracción de la competencia de los tribunales nacionales para conocer de todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concediéndola exclusivamente al tribunal arbitral. De este modo, a tenor de lo establecido en los artículos 5 y 6 LACI, los tribunales domésticos no pueden intervenir en el arbitraje salvo para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión, o en caso de que las partes renuncien a someterse a arbitraje.

²³⁶ Si comprueba ello, y el laudo es pronunciado, puede impugnarse su validez mediante el recurso de nulidad (artículo 34 N° 2 letra a) literal i) LACI).

²³⁷ Si se omite reclamar la incompetencia en esta oportunidad, no puede luego sustentarse la incompetencia vía nulidad. La alegación de incompetencia requiere “preparación” como aplicación de la teoría de los actos propios.

²³⁸ BERMANN, George, “The gateway problem in international commercial arbitration”, en *Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1 (2012).

Si en vista del principio *Kompetenz-Kompetenz* el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje (artículo 16 LACI), pareciera *prima facie* que no podrían existir procedimientos paralelos si el asunto ha sido sometido a arbitraje. Todo paralelismo procesal parte del presupuesto de que existen dos foros igualmente competentes para conocer del asunto, en circunstancias que la celebración del acuerdo arbitral confiere competencia privativa o exclusiva al tribunal arbitral, tanto en el fondo del asunto como en la jurisdicción. En otras palabras, el ordenamiento jurídico reconoce la asignación exclusiva de competencia al tribunal arbitral, de haberse celebrado un acuerdo de arbitraje.

No obstante, dicha apariencia debe ser desvelada, ya que la experiencia internacional revela que en más de una ocasión dos tribunales se han considerado simultáneamente competentes para conocer de una controversia tanto (i) entre procedimientos seguidos ante un tribunal ordinario nacional o extranjero y otro arbitral; (ii) como también entre procedimientos seguidos ante dos tribunales arbitrales distintos.²³⁹⁻²⁴⁰

1. Factores que afectan la aplicación uniforme del principio *Kompetenz-Kompetenz* respecto de la jurisdicción del tribunal arbitral

- Diferentes derechos que regulan la existencia, validez y efectos del acuerdo de arbitraje:
 - Validez formal: la regla uniforme del artículo II N° 1 CNY es la exigencia mínima de formalidad, sin perjuicio de que el artículo VII CNY permite que los ordenamientos jurídicos nacionales establezcan condiciones menos exigentes (regla “*gold-plating*”).
 - Validez material: en relación al derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, puede aplicar la (i) *lex contractus*; (ii) la ley elegida para el contrato principal; (iii) *lex arbitri*; o (iv) *lex fori* en caso de intervención del tribunal ordinario.
- Diferentes derechos que regulan la capacidad de las partes: existe una regla de conflicto semi-uniforme en el artículo V N° 1 letra a) CNY, al imponer una caracterización separada respecto de la capacidad de las partes para ejecutar el acuerdo de arbitraje y las disputas contractuales. Es semi-uniforme en tanto los Estados contratantes son libres de determinar las normas de conflicto en materia de capacidad, particularmente por su connotación de orden público.
- Manera de alegación del problema de jurisdicción:
 - Como excepción: puede alegarse la excepción de incompetencia o de litispendencia. Solo tendrá efectos en relación con los procedimientos paralelos.
 - Como defensa: la declaración de incompetencia supone la extinción de la pretensión, v.gr. inexistencia del contrato y el acuerdo de arbitraje.
- Momento de alegación del problema de jurisdicción: la excepción que deba interponerse dependerá del tribunal y de la dimensión temporal del procedimiento, esto es, si el arbitraje ha comenzado, se encuentra pendiente o terminado.
- Causales de excepción de incompetencia: pueden variar dependiendo del ordenamiento jurídico.
- Instrumentalidad del problema de jurisdicción: la solución puede cambiar dependiendo de si el problema jurisdiccional nace de (i) la ejecución del acuerdo de las partes a iniciar el arbitraje; (ii) la protección de la jurisdicción estatal; o (iii) la salvaguarda del derecho fundamental al acceso a la justicia.
- Regulación de la *lex fori* del problema de jurisdicción:

²³⁹ NOVÝ, Zdeněk, “Lis pendens between international investment tribunals and national courts”, en *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, Vol. 8 (2017), p. 539.

²⁴⁰ Pueden igualmente generarse paralelismos entre procedimientos iniciados ante tribunales ordinarios de distintas naciones, y a la luz de la compleja red de tratados internacionales de inversión suscritas y vigentes en Chile, podría también configurarse hipótesis de litispendencia entre tribunales nacionales o arbitrales y tribunales supranacionales de inversión creados por dichos tratados. El análisis de estos casos se excluye para los efectos de este curso.

- Obligación de remisión (artículo III N° 3 CNY): el efecto de la remisión puede suponer (i) la suspensión del procedimiento; o (ii) su terminación.
 - Examen de la existencia de un acuerdo arbitral válido y/o ejecutable: puede realizarse (i) con un análisis *prima facie*; (ii) luego de la sustanciación del juicio completo; o (iii) estableciendo un estándar de prueba más alto o bajo que la regla general.
 - Carga de la prueba: puede ser asignada de un modo diferente dependiendo de las circunstancias.
 - *Forum non conveniens*: dota de discrecionalidad al tribunal para declinar su jurisdicción.
- Efectos de la preclusión de defensas jurisdiccionales según la *lex arbitri*.
 - Efectos de las defensas jurisdiccionales en relación al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

2. Soluciones relativas al problema de la asignación competencial de los tribunales involucrados²⁴¹

2.1. Procesos paralelos entre un tribunal estatal y otro arbitral

Existen dos posibles secuencias de eventos que tienen por resultado la promoción de procedimientos paralelos entre un tribunal estatal y otro arbitral: (i) el demandante inicia el arbitraje y consiguientemente el demandado comienza un segundo proceso ante un tribunal estatal;²⁴² o contrariamente, (ii) una de las partes presenta su demanda ante un tribunal estatal, y en consecuencia la contraparte comienza el arbitraje invocando el acuerdo arbitral celebrado.²⁴³

En ambos escenarios, y aun a pesar del acuerdo arbitral, el tribunal estatal será competente para al menos admitir a tramitación la demanda. En efecto, el tribunal conferirá traslado a la demanda presentada, y en el término de emplazamiento podrá el demandado invocar la excepción de incompetencia o de litispendencia, aduciendo el arbitraje pendiente para solicitar que el tribunal se abstenga de conocer el asunto. Aún más: si el demandado no invoca la excepción, el tribunal seguirá conociendo de la controversia, lo que puede en definitiva importar decisiones contradictorias si ambos procesos terminan por sentencia.

Evidentemente, lo que ordinariamente ocurrirá es que la excepción será alegada. No obstante, no es pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia la manera en que el tribunal nacional debe proceder de cara al principio *Kompetenz-Kompetenz*.²⁴⁴

Frente a ello, se han identificado tres posibles vías.²⁴⁵ En primer lugar, el tribunal estatal puede considerarse como el principal titular del ejercicio de la jurisdicción, por tanto, posicionándose por sobre el arbitraje como método alternativo de solución de controversias, razón por la que debe conferírsele prioridad a la justicia ordinaria en la resolución del asunto, aun a pesar de la existencia y validez del acuerdo arbitral. Por cierto, esta interpretación no se concilia con la práctica ni tampoco con el espíritu de la legislación de arbitraje. En segundo lugar, el tribunal estatal puede considerar que tanto él mismo como el tribunal arbitral son equivalentemente competentes para conocer de la controversia, no estando por tanto el tribunal nacional inhibido para decidir sobre la competencia del tribunal arbitral. En tercer lugar, el tribunal estatal puede estimar que el tribunal arbitral tiene preferencia para conocer del asunto tanto en el fondo como en la competencia, quedándole por tanto prohibido decidir sobre la jurisdicción del tribunal arbitral. A continuación, se analizan las dos últimas interpretaciones.

²⁴¹ PALAVECINO MUÑOZ, Franco (2021), *ob. cit.*, pp. 86-92.

²⁴² Algunos autores estiman que a la sazón podría el tribunal arbitral dictar una *anti-suit injunction* con el objeto de advertir a otro tribunal que una de las partes procura iniciar fraudulentamente un nuevo proceso, y para de este modo impedir que se provea traslado a la demanda en el segundo proceso. THOMAS, Kym, “*Issues of Lis pendens and Kompetenz-Kompetenz in international commercial arbitration*”, LLM Research Paper International Arbitration (Laws N° 521), Faculty of Law, Victoria University of Wellington, 2009, p. 33.

²⁴³ International Law Association, *Final Report in Lis Pendens and Arbitration*, Conference of Toronto, 2006, p. 16.

²⁴⁴ FORSTÉN, Denise, *ob. cit.*, pp. 34-36; THOMAS, Kym, *ob. cit.*, pp. 28-29.

²⁴⁵ International Law Association, *ob. cit.*, p. 16.

2.1.1. Equivalencia entre tribunales (*Kompetenz-Kompetenz* positivo)

El citado artículo 16 LACI consagra el efecto positivo del principio *Kompetenz-Kompetenz*,²⁴⁶ según el cual se reconoce la competencia del tribunal arbitral para dirimir toda impugnación relativa a su propia competencia. El efecto positivo se hace factible a través de la obligación del tribunal estatal de remitir a las partes al arbitraje si éstas han celebrado un acuerdo arbitral válido,²⁴⁷ debiendo declinar su competencia o suspender entre tanto el proceso seguido ante él (artículo 8 N° 1 LACI y artículo II N° 3 CNY). De la obligación de remisión se puede inferir el efecto negativo del mencionado principio, según el cual el tribunal estatal se encuentra impedido de decidir sobre la competencia del tribunal arbitral.²⁴⁸ Si el efecto positivo se dirige al tribunal arbitral, el destinatario del efecto negativo del mencionado principio es, en cambio, el tribunal estatal.

No obstante, la jurisprudencia de algunos Estados revela que el tribunal estatal no estaría absolutamente inhibido para decidir sobre la competencia del tribunal arbitral,²⁴⁹ en atención a que las frases finales de los artículos 8 N° 1 LACI y II N° 3 CNY preceptúan que el deber de remisión cesa si el tribunal estatal comprueba que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Así también ocurriría si verifica que no existe acuerdo arbitral, o si comprueba que la materia es de aquellas que el legislador califica de arbitraje prohibido. Por último, en caso de que uno de los litigantes sostenga que el objeto del proceso iniciado sobrepasa los límites del acuerdo, o bien, trata sobre un asunto no sometido a arbitraje, los tribunales nacionales podrían conocer sobre el alcance, ámbito o amplitud del acuerdo arbitral, y decidir la controversia si consideran que es ajena al acuerdo.

El problema de esta interpretación es que, precisamente, no ofrece remedio y posibilita que se produzcan procedimientos paralelos y eventuales decisiones contradictorias. Esto se debe a que distintas personas pueden llegar a conclusiones diferentes frente a mismos hechos y argumentos, sobre todo frente a preguntas complejas como las que se promueven en los arbitrajes. No existe una misma mirada, por ejemplo, con relación a la distinción entre nulidad y anulabilidad del acuerdo arbitral, cuándo un acuerdo es o no ejecutable, cuándo su objeto es susceptible de arbitraje, cuál es el derecho aplicable al acuerdo, etcétera.²⁵⁰ En consecuencia, si por un lado el tribunal arbitral considera que el acuerdo es válido, y por el otro el juez estima que no lo es, un problema primeramente de incompetencia o de litispendencia transmutará luego en uno de cosa juzgada.

Además, podrían producirse soluciones divergentes dependiendo de la tradición legal al existir distintas aproximaciones a la existencia de procedimientos paralelos en el *common law* y en el derecho continental. En el caso de un tribunal anglosajón, la determinación del tribunal que en definitiva resuelva el conflicto resultaría incierta a la luz de la gran cantidad de factores a sopesar en aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. En el caso de un tribunal continental, una de las partes podría frustrar el inicio del arbitraje al entablar anticipadamente su demanda ante el tribunal estatal, quien se considerará competente para conocer la controversia al ser el primer tribunal que previene en el asunto (regla *first-in-time*).

El paralelismo no se generaría si la iniciación de un proceso ante un tribunal estatal tuviese por efecto la paralización automática del arbitraje, una suerte de litispendencia *ipso jure*. No obstante, el artículo 8 N° 2 LACI claramente establece que, si se ha entablado una acción ante un tribunal estatal, *se podrá*, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal estatal. De esta norma se desprende el interés de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva del demandante, posibilitando que su pretensión sea conocida y juzgada sin demora, y sin ser afectado por las tácticas dilatorias de su contraparte. Como la redacción

²⁴⁶ FOLLONIER-AYALA, Alejandro, “Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, Vol. 2, N° 2 (2014), p. 155.

²⁴⁷ La obligación de remisión (*favor kompetenz*) es una de las manifestaciones del principio *pro arbitri*.

²⁴⁸ FOLLONIER-AYALA, Alejandro, *ob. cit.*, p. 163.

²⁴⁹ FORSTÉN, Denice, *ob. cit.*, p. 35.

²⁵⁰ International Law Association, *ob. cit.*, p. 18.

de la norma está hecha en términos facultativos, el tribunal arbitral es también libre de suspender el arbitraje si lo estima conveniente, salvo estipulación en contrario de las partes (artículo 19 LACI). De entenderse equivalentemente competentes el tribunal estatal y arbitral, pareciera que la manera de reducir o evitar los riesgos de los procesos paralelos puede depender en gran parte en la decisión del tribunal arbitral de paralizar o no el arbitraje.

2.1.2. Preferencia al tribunal arbitral (*Kompetenz-Kompetenz* negativo)

Una solución más rigurosamente apegada al cumplimiento del principio *Kompetenz-Kompetenz* consiste en que el tribunal estatal, omitiendo todo examen preliminar sobre la validez, eficacia o ámbito de aplicación del acuerdo arbitral, remita siempre la pregunta sobre la competencia al tribunal arbitral mismo. En otras palabras, esta lectura supondría una aceptación completa de la regla de prioridad del arbitraje, extendiéndose en su totalidad el efecto negativo del principio.²⁵¹⁻²⁵² De este modo, se evitaría la configuración de procedimientos paralelos, y se evitaría la erosión de la elección de la contraparte de haberse sometido al arbitraje, observándose el adagio *pacta sunt servanda*.

La desventaja de esta solución es que, si el demandado tuviese una legítima objeción sobre la jurisdicción del tribunal arbitral, tendría que esperar que el laudo fuere dictado para alegar la validez del laudo a través de la interposición del recurso de nulidad (artículo 34 LACI) o mediante su oposición a la solicitud de ejecución (artículo 36 LACI). En cambio, si el tribunal estatal y arbitral fueren equivalentemente competentes para conocer de la validez del acuerdo arbitral, el demandado tendría una oportunidad procesal adicional para efectuar su objeción sobre la jurisdicción del tribunal arbitral, evitando soportar los importantes gastos que conlleva la tramitación de un proceso arbitral completo.

2.1.3. Situación en Chile

Tratándose de un arbitraje comercial internacional cuya sede se ubica en Chile, podría sostenerse que en nuestro país se sigue la interpretación según la cual tanto el tribunal estatal como el arbitral son competentes para decidir sobre la competencia del tribunal arbitral.²⁵³ Los artículos II N° 3 CNY y 8 N° 1 LACI autorizan la intervención de los tribunales estatales en los casos que estimen que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o inaplicable.

Cabe destacar que aun antes de la promulgación de la LACI, la inexistencia de una norma en el derecho chileno que reconociera el efecto negativo en toda su amplitud no fue ni ha sido obstáculo para que la jurisprudencia haya adoptado un razonamiento *pro arbitri* respecto de arbitrajes domésticos.²⁵⁴ Los tribunales ordinarios chilenos han tendido a omitir todo tipo de pronunciamiento sobre las materias objeto del acuerdo de arbitraje doméstico al acoger la *excepción de arbitraje* oportunamente alegada por alguno de los litigantes, entendida como “el derecho de una de las partes de solicitar

²⁵¹ Cabe destacar que el efecto negativo configura una regla de prioridad que debe ser entendida en el sentido cronológico y no jerárquico, siendo preferente la decisión del tribunal arbitral solo respecto del tribunal al que se le ha encomendado las funciones de asistencia y supervisión por la LACI. Por cierto, la decisión sobre la competencia del tribunal arbitral podrá ser revisada por un tribunal estatal en sede de nulidad o ejecución del laudo.

²⁵² Un ejemplo de esta interpretación puede observarse en el artículo 17 inciso 4° de la ley panameña: “El juez o tribunal ante quien se presente una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que deba resolverse mediante arbitraje inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma que ha sido convenido por ellas y de conformidad con lo previsto en la presente Ley”. En Francia, el artículo 1458 del Nuevo Código de Procedimiento Civil establece: “If a dispute pending before an arbitral tribunal on the basis of an arbitration agreement is brought before a State court, it shall declare itself incompetent. If the dispute is not yet before an arbitral tribunal, the State court shall also declare itself incompetent, unless the arbitration agreement is manifestly null and void. In neither case may the State court declare itself incompetent at its own motion”.

²⁵³ En la experiencia comparada, las leyes de arbitraje comercial internacional recuperan elementos de cada una de las interpretaciones del principio *Kompetenz-Kompetenz*. El derecho francés se acerca más a la interpretación negativa, los derechos que adoptaron la ley modelo se aproximan más a la interpretación positiva. El derecho estadounidense paradigmáticamente considera que los tribunales ordinarios son competentes para resolver el problema de la competencia del tribunal arbitral en la medida que la jurisdicción sea desafiada porque una de las partes no tenía intención alguna de conferir poder al tribunal arbitral.

²⁵⁴ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2015), *ob. cit.*, pp. 533-534.

al juez estatal el remitir la causa al tribunal arbitral, cuando una de las partes acude a la justicia ordinaria”.²⁵⁵⁻²⁵⁶ En dicho sentido, la Corte de Apelaciones de Chillán estimó que, con ocasión de la celebración de un acuerdo arbitral, “los contratantes acuerdan que el modo de resolver ciertos asuntos entre ellas sea el juicio arbitral, renunciando, así, tácitamente, a someter esos negocios a los tribunales ordinarios. Esto importa una derogación de las jurisdicciones comunes respecto de los objetos comprendidos en la cláusula”.²⁵⁷

No obstante, no es pacífico que la línea jurisprudencial seguida respecto de los arbitrajes domésticos sea extensible analógicamente al arbitraje comercial internacional. En un fallo reciente, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que las alegaciones de inexistencia o nulidad del acuerdo de arbitraje “pueden ser promovidas ante el juez ordinario, por consideraciones de debido proceso –imparcialidad del tribunal, derecho a una defensa jurídica eficaz y derecho a la tutela judicial efectiva–, sin perjuicio de que los árbitros designados o los que deban nombrarse puedan igualmente avocarse al conocimiento y resolución de esos asuntos si así lo requiere quien inste por tales declaraciones”.²⁵⁸

Frente a una jurisprudencia todavía no uniforme, el reconocimiento del favor competencial hacia el tribunal arbitral es quizá la solución que equilibra en mejor medida los intereses y riesgos que emergen en procesos paralelos entre un tribunal estatal y arbitral. La remisión al arbitraje debería tener lugar incluso si el tribunal estatal tuviere dudas sobre la validez, eficacia o ámbito de aplicación del acuerdo arbitral, ya que solo de este modo se acaba con el paralelismo y no se frustra la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje. De seguirse esta interpretación, el hecho que una de las partes no cuente con una oportunidad procesal adicional no es una dificultad insuperable. De ser clara la incompetencia del tribunal arbitral, el litigante puede simplemente no participar en el arbitraje para evitar costes económicos innecesarios y objetar la competencia mediante la interposición del recurso de nulidad o por oposición a la ejecución del laudo. De no ser clara la falta de jurisdicción, puede que el problema de los costes no sea satisfactoriamente resuelto, pero se eliminaría al menos el peligro de afectación de la seguridad jurídica.

2.2. Procesos paralelos entre dos tribunales arbitrales

Es posible que se verifiquen procedimientos paralelos entre dos tribunales arbitrales cuando, a pesar de que un asunto determinado esté sometido a la decisión de un tribunal arbitral, uno de los litigantes se dirija ante un panel arbitral distinto que el señalado en el acuerdo, por ejemplo, por desagradarle la integración del tribunal arbitral (litispendencia en sentido estricto). Puede también ocurrir que un segundo tribunal sea constituido por un mismo acuerdo arbitral y bajo las mismas reglas de arbitraje, pero se le solicita al nuevo tribunal que decida una controversia distinta pero relacionada con la primera; o que las partes hayan suscrito más de un acuerdo arbitral, pero que se refieran a contratos cuyas materias se juxtapongan, de modo que lo resuelto en un arbitraje pudiera resultar incompatible con lo resuelto en otro por su conexión de identidad (caso de pretensiones relacionadas). En fin, puede suceder que las partes hayan suscrito un acuerdo arbitral cuyas reglas procedimentales aplicables son modificadas, generándose en consecuencia diferentes formulaciones respecto del mismo acuerdo arbitral.

Los arbitrajes paralelos pueden significar costos económicos muy elevados. La omisión en la alegación de la excepción de incompetencia o de la litispendencia por parte de uno de los tribunales arbitrales supondría que dos juicios arbitrales fuesen enteramente tramitados. Además, si ambos tribunales se consideran a sí mismos competentes para resolver la misma controversia sin la eventual intervención de un tribunal estatal decidiendo sobre su jurisdicción, el laudo arbitral que finalmente resultare reconocido sería el primero cuya ejecución se solicitare. Se presentan riesgos graves de

²⁵⁵ FOLLONIER-AYALA, Alejandro, *ob. cit.*, p. 170.

²⁵⁶ La excepción de arbitraje o compromiso comprende tanto la excepción de litispendencia como la de incompetencia del tribunal, teniendo lugar esta última en aquellos casos en que una de las partes se dirigiere ante un tribunal estatal a pesar de la existencia de un acuerdo arbitral, y sin que se hubiere iniciado el arbitraje con anterioridad o posterioridad a la presentación de la demanda.

²⁵⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 17 de agosto de 2012, *Casanueva Reyes Lizado del C. con Gavilán Villaroel*, Rol N° 236-2012, considerando sexto.

²⁵⁸ Sentencia del 14° Juzgado Civil de Santiago, 6 de mayo de 2010, *Fastpack S.A. con Bureau Veritas Chile S.A.*, Rol N° 36.961-2009, considerando séptimo.

afectación de la seguridad jurídica, en tanto la decisión del asunto fundamentalmente dependería de la velocidad en que un arbitraje se tramite comparativamente con otro.

B. ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA EN RELACIÓN CON LOS MÉRITOS DE LA DISPUTA

En principio, el acuerdo arbitral confiere al tribunal arbitral el poder para decidir sobre la totalidad del fondo del asunto, impidiendo que cualquier otro tribunal se pronuncie sobre este. La regla general es que el mandato al tribunal arbitral incluye las incidencias, cuestiones accesorias y preliminares sustantivas.

Factores que afectan la aplicación uniforme de la separabilidad y del principio *Kompetenz-Kompetenz* en cuanto el fondo:

- Jurisdicción exclusiva: puede que uno o más de los ordenamientos jurídicos que actual o potencialmente se relacionen con el arbitraje comercial internacional establezcan que los tribunales ordinarios tienen jurisdicción exclusiva a la luz de las características particulares que revisten determinadas cuestiones, v.gr. aspectos penales relacionados con la disputa.
- Necesidad de cooperación entre el arbitraje y los tribunales ordinarios: el propio tribunal arbitral solicita la intervención de los tribunales nacionales para la resolución de cuestiones accesorias pero determinantes en el proceso, v.gr. declaración testimonial y pericial, medidas cautelares, validez del instrumento, entre otros.
- Compensación (*set-off*): si bien el acuerdo arbitral no contempla potenciales créditos o deudas que las partes tengan entre sí, es posible que la competencia del tribunal arbitral se extienda a la excepción perentoria de la compensación si la ley aplicable así lo permite.

C. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1. Oportunidad de alegación de excepción de incompetencia ante tribunal arbitral

Artículo 16 N° 2 LACI. “La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora”.

2. Oportunidad de resolución de la excepción por el tribunal arbitral

Tal y como ocurre con las recusaciones o la designación de árbitros, el árbitro puede resolver la excepción de incompetencia (i) como cuestión previa; o (ii) en un laudo sobre el fondo (artículo 16 N° 3 LACI). Es discutible la razonabilidad de resolver la excepción en el laudo definitivo y no inmediatamente, ya que el prestigio del árbitro se ve fuertemente comprometido si éste acoge la incompetencia en el laudo definitivo. Si existen argumentos sólidos para acoger la excepción de incompetencia, no resulta para nada razonable que el árbitro lo acoja en el laudo definitivo.

3. Examen de procedencia del arbitraje

La LACI omite pronunciarse sobre la manera en que el tribunal arbitral debe examinar la procedencia del arbitraje. Una interpretación lógica permite inferir que el árbitro deberá tomar en consideración los criterios de (i) la ley designada por las partes para aplicarse al acuerdo de arbitraje; o (ii) en su defecto, por la ley de la sede del arbitraje, tomando en consideración las normas de conflicto que reglen las distintas materias a las que se refiera las causales de excepción de incompetencia, v.gr. norma de conflicto sobre recusaciones, sobre la nulidad, sobre la inexistencia, etcétera.

4. Rechazo de la excepción por el tribunal arbitral

En caso de que se rechace la excepción por el árbitro, considerándose competente para conocer de la controversia, la parte que pide la incompetencia puede dirigirse al Presidente de la Corte de Apelaciones, produciéndose un paralelismo entre el tribunal arbitral y nacional (artículo 16 N° 3 LACI). Esta solución está inspirada en el principio de economía

procesal, procurando evitar los gastos de la tramitación de un arbitraje completo al poder determinarse *ex ante* por el tribunal nacional si el tribunal arbitral es o no competente.

Si el litigante se dirige ante el Presidente de la Corte de Apelaciones dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión de rechazo de la excepción de incompetencia, será el Presidente quien en una segunda oportunidad decida sobre la competencia del tribunal arbitral (artículo 16 N° 3 LACI).

Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo, sin suspenderse. No obstante, si el Presidente considera que el tribunal arbitral es incompetente, el laudo arbitral que pronuncie no podrá ejecutarse, pudiendo impugnarse su validez a través del recurso de nulidad (artículo 34 N° 2 letra a) literales i), iii) y iv) LACI) y denegarse la ejecución del laudo (artículo 36 N° 1 letra 1) literales i), iii) y iv) LACI).

5. Causales de excepción de incompetencia

- Materia inarbitrable según la *lex fori* (artículo 1 N° 5 LACI).
- Materia del arbitraje sobrepasa los límites del acuerdo arbitral (artículo 34 N° 2 letra a) literales ii) y iii) LACI).
- Designación defectuosa de árbitros.
- Inexistencia del acuerdo arbitral.
- Nulidad, ineficacia y ejecución imposible del acuerdo arbitral:
 - Nulidad: para alegar que el acuerdo arbitral es defectuoso, debe argumentarse la infracción de alguno de los requisitos generales de validez de los actos jurídicos, toda vez que los acuerdos arbitrales son siempre actos jurídicos. Por ejemplo, la falta de capacidad de las partes supone la nulidad del acuerdo de arbitraje.
 - Ineficacia: acuerdo arbitral se ha extinguido, es decir, habiendo sido válido y eficaz, ha devenido en inoperante como consecuencia de (i) haberse dictado el laudo; (ii) renuncia expresa o tácita de las partes; (iii) revocación; (iv) caducidad; (v) incumplimiento del plazo para dictar sentencia; (vi) novación, siempre que la misma opere exclusivamente sobre el arbitraje pactado, lo que equivale a una renuncia del mismo; (vii) extinción tanto de la controversia como de la relación jurídica de la que éste deriva; y, en suma, (viii) por todas las formas habituales de extinción de las obligaciones contractuales en la medida que éstas afecten y sean de aplicación al convenio arbitral.²⁵⁹

D. EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL²⁶⁰

La excepción de litispendencia no es necesariamente el único mecanismo para hacer frente a los riesgos suscitados por los paralelismos procesales.²⁶¹ Situaciones exactamente iguales pueden ser resueltas de modos diametralmente distintas dependiendo del acervo jurídico y cultural de los árbitros y las partes, como también de la institución arbitral en concreto a la que las partes hayan entregado la administración del arbitraje en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Tratándose de arbitrajes seguidos ante tribunales arbitrales influidos por la tradición del derecho continental, la excepción de litispendencia es el mecanismo más comúnmente utilizado.

1. Fundamento de la litispendencia

El objetivo de la excepción de litispendencia es siempre el mismo: el tribunal debe resolver si se abstiene de conocer, suspende o termina su conocimiento debido a que uno de los litigantes aduce la existencia de un proceso paralelo con

²⁵⁹ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, “Comprensión del principio competencia-competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15 (2010), p. 187.

²⁶⁰ PALAVECINO MUÑOZ, Franco (2021), *ob. cit.*, pp. 93-96.

²⁶¹ Véase Capítulo II, Competencia Judicial Internacional, Título VII, Paralelismos procesales.

el cual guarda una relación de identidad, o contrariamente, se declara competente para iniciar o seguir tramitando el juicio, al considerar que no existe respecto del otro proceso dicha relación.

Si bien en principio la litispendencia solo procede respecto de procesos que presentan entre sí una relación de identidad, es decir, respecto de casos clasificados como de *litispendencia en sentido estricto* o de *verdadera litispendencia*, se ha señalado que frente a relaciones de conexión, esto es, casos de *pretensiones relacionadas*, sería igualmente aconsejable admitir la excepción en función de la eficiencia y la coherencia y, especialmente, en aquellos casos en que la acumulación de autos no es posible.²⁶² Por cierto, si entre un arbitraje comercial internacional y un proceso seguido ante la justicia ordinaria existiere una relación de conexión, la litispendencia es la principal institución que permitiría a los tribunales resguardar la unidad y continencia de los procesos y evitar así el riesgo de decisiones irreconciliables. No obstante, debe advertirse que el interés por resguardar la economía procesal y la cosa juzgada se encuentran en tensión con la tutela efectiva y el acceso a la justicia. El tribunal tiene el deber de tramitar el asunto sin demoras injustificadas o innecesarias, como también las partes tienen el derecho a que sus pretensiones sean decididas. No es por tanto sencillo adoptar una postura que favorezca la suspensión del proceso en todas y cada una de las hipótesis de procesos paralelos.

La regla que sirve para determinar qué tribunal debe inhibirse para conocer del asunto es la regla del procedimiento primeramente iniciado (*first-in-time rule*). Esta regla ha sido criticada como rígida y mecánica al omitir un análisis de los diversos elementos que justifican que un proceso sea seguido ante uno u otro tribunal, quedando determinada la competencia y tramitación solo por “quien llegue primero a los tribunales”.²⁶³ Así, quien demande primero puede obtener ventajas del foro en el que demande, o impedir que la contraparte obtenga beneficios que deriven de la sustanciación del juicio en otro foro. El *common law*, en cambio, utiliza la doctrina del *forum non conveniens* para determinar en qué foro resulta más apropiado continuar el proceso luego de escrutar y equilibrar intereses tanto privados como públicos. En tal sentido, los tribunales detentan una mayor flexibilidad que aquellos que aplicaren la doctrina de la litispendencia, al poder discrecionalmente determinar cuál de los tribunales implicados debe resolver el conflicto, siendo el orden de inicio de los procesos paralelos solo uno de los varios factores que deben considerarse para tomar la decisión.

2. Recomendaciones a tribunales arbitrales en casos de litispendencia

El artículo 8 N° 2 LACI detalla que si se ha entablado una acción ante un tribunal estatal y se ha alegado la nulidad, ineficacia o inejecutabilidad del acuerdo arbitral –pudiendo igualmente agregarse la inexistencia del acuerdo de arbitraje–, el tribunal arbitral “podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal [estatal]”. La misma solución es replicada en la oración final del artículo 16 N° 3 LACI al establecer que “mientras esté pendiente [la excepción de incompetencia del tribunal arbitral ante el Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones], el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”. Estas normas confieren gran laxitud al tribunal arbitral para acoger o no la excepción de litispendencia. Es decir, para decidir si suspender o no las actuaciones arbitrales.

Frente a supuestos de litispendencia entre tribunales nacionales y arbitrales, o entre dos tribunales arbitrales, las recomendaciones del Informe de la ILA entrega algunas luces sobre cómo deberían proceder los tribunales arbitrales.²⁶⁴

2.1. Comprobación de la competencia *prima facie* del tribunal arbitral

En su primera recomendación, el Informe sugiere lo siguiente: un tribunal arbitral que se considera a sí mismo *prima facie* competente de conformidad con el acuerdo de arbitraje debe, de acuerdo con el principio *Kompetenz-Kompetenz*,

²⁶² International Law Association, *ob. cit.*, p. 4.

²⁶³ BRAND, Ronald; JABLONSKI, Scott, *Forum non conveniens – History, Global Practice, and Future under The Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 121.

²⁶⁴ International Law Association, *ob. cit.*, pp. 24-26.

proceder con el arbitraje y determinar su propia jurisdicción, independientemente de cualquier otro procedimiento paralelo ante un tribunal nacional u otro tribunal arbitral en el que las partes y una o más de las cuestiones sean las mismas o sustancialmente las mismas que las existentes en el arbitraje del que conoce. Habiendo determinado que tiene jurisdicción, el tribunal arbitral debe proceder con el arbitraje, sujeto no obstante a una eventual interposición del recurso de nulidad del laudo arbitral que resulte exitosa.

No obstante, y a pesar de que en los hechos puedan existir muchas razones que justifiquen la continuación del arbitraje, debe advertirse que siempre subsiste cierto nivel de incertidumbre y peligro de dictarse decisiones contradictorias mientras el paralelismo no sea resuelto. El Informe tampoco especifica cuáles son los factores que deben estar presentes para que el tribunal arbitral pueda considerarse a sí mismo *prima facie* competente.

2.2. Imposibilidad de comprobación de la competencia *prima facie* del tribunal arbitral

La segunda recomendación previene que, en cualquier otra circunstancia, si una de las partes ha solicitado que el tribunal arbitral decline su jurisdicción o suspenda el arbitraje sobre la base que existen procedimientos paralelos, los árbitros deben examinar si resulta conveniente aplicar la doctrina de la litispendencia, es decir, suspender el arbitraje en aras de evitar decisiones contradictorias, evitar la duplicación de costos y proteger a las partes de tácticas opresivas.

Las recomendaciones siguientes del Informe procuran orientar a los árbitros en la decisión de cuándo resulta apropiado suspender el arbitraje.

2.2.1. Paralelismo entre el arbitraje y un proceso seguido ante el tribunal estatal de la sede

La tercera recomendación aconseja que, si el arbitraje se desarrolla paralelamente con relación a un proceso seguido ante el tribunal estatal de la sede del arbitraje, el tribunal arbitral debería actuar en concordancia con la ley de la sede. En consecuencia, si dicha ley ordena al tribunal estatal que resuelva la pregunta sobre la validez, eficacia o ámbito de aplicación del acuerdo arbitral, entonces el tribunal arbitral debería declinar su jurisdicción o suspender el arbitraje hasta que el asunto sea resuelto por el tribunal estatal. El tribunal arbitral debe tener particularmente en consideración la posibilidad de anulación del laudo arbitral en el evento de conflicto entre el laudo y la sentencia del tribunal de la sede. Si en cambio la ley de la sede ordena al tribunal estatal remitir a las partes al arbitraje omitiendo la pregunta sobre la validez, eficacia o ámbito de aplicación del acuerdo (efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*), el tribunal arbitral debe resolver el asunto sin contratiempos.

2.2.2. Paralelismo entre el arbitraje y un proceso seguido ante un tribunal estatal extranjero

La cuarta recomendación propone que, si el arbitraje se desarrolla paralelamente con relación a un proceso seguido ante un tribunal de un país distinto de la sede del arbitraje, el tribunal arbitral debe continuar con el arbitraje independientemente de las actuaciones judiciales del tribunal extranjero, salvo que las partes hayan renunciado a la tramitación del arbitraje, o bien, existan circunstancias excepcionales que justifiquen la suspensión. Esta sugerencia reproduce la primera recomendación y se encuentra en concordancia con el artículo 8 N° 2 LACI, infiriéndose que el problema que procura evitar es la táctica dilatoria que una de las partes emplea al iniciar un proceso en el extranjero, sobre todo si no tiene vinculación alguna con el asunto que es objeto del arbitraje.²⁶⁵ Comoquiera que sea, si la jurisdicción del tribunal arbitral está seriamente en disputa ante el foro extranjero, resultaría más prudente que el panel

²⁶⁵ Esta es la hipótesis en la que el Comité estuvo más interesado en ofrecer guía, inspirándose en el caso *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colon Container Terminal S.A.* para la redacción del Informe. En dicho caso, la empresa panameña “Colon” contrató a la empresa española “Fomento” para la construcción de un terminal portuario en Panamá. El contrato contenía una cláusula de arbitraje que establecía que, en caso de suscitarse una controversia entre las partes, se seguiría el arbitraje en Ginebra, Suiza, ante la CCI. Cuando se produjo la controversia, Fomento interpuso su demanda en contra de Colon en Panamá desconociendo el acuerdo de arbitraje celebrado, mientras que Colon comenzó el arbitraje en Ginebra.

arbitral espere a que el tribunal estatal decida sobre la competencia, porque de lo contrario el arbitraje causaría en vano gastos excesivos.²⁶⁶

2.2.3. Paralelismos entre dos tribunales arbitrales

La quinta recomendación plantea que, tratándose de paralelismos verificados entre dos tribunales arbitrales, si entre ellos existe una situación de litispendencia en sentido estricto, el tribunal arbitral debería declinar su competencia o suspender el arbitraje. En dicho caso, el tribunal arbitral es libre de paralizarlo en su totalidad o parcialmente, y en las condiciones y duración que considere oportuna, siempre que la ley aplicable no se lo impida. Para tomar dicha determinación, el tribunal arbitral debe examinar si los asuntos respecto de los cuales tiene competencia son los mismos asuntos que el tribunal del proceso paralelo tiene jurisdicción para resolver. Además, debe procurar que no se sigan perjuicios materiales de quien se oponga a la suspensión o declinación debido a (i) la insuficiencia de la reparación disponible en los procesos paralelos; (ii) una infracción a las exigencias de un debido proceso en los procesos paralelos; (iii) el riesgo a la anulación, oposición al reconocimiento o inejecución del laudo arbitral que ha sido o puede ser dictada en los procesos paralelos; o (iv) alguna otra razón imperiosa. El Informe no adoptó la *first-in-time rule*, otorgando por consiguiente amplia discreción a ambos tribunales arbitrales en la decisión de paralización de las actuaciones arbitrales. Empero, de ello no se sigue que el segundo tribunal no deba especial deferencia al primer arbitraje que usualmente estará en una etapa más avanzada de tramitación. Si no se sugiere de modo genérico que el segundo tribunal sea el que suspenda las actuaciones, es simplemente para facilitar la coordinación entre los tribunales arbitrales.

Finalmente, la sexta recomendación sugiere que, si se tratare de procedimientos paralelos entre dos tribunales arbitrales en los que no se observe una relación de identidad, sino solo una de conexión o de pretensiones relacionadas, debería quedar a discreción del tribunal arbitral dar lugar a la solicitud de una de las partes de suspender temporalmente el arbitraje. En caso de paralizar, el tribunal puede establecer las condiciones que considere oportunas y extender sus efectos hasta el resultado, o el resultado parcial o provisional de cualquier otro tipo de procedimiento paralelo (ya sea judicial, arbitral o supranacional), o de cualquier otro mecanismo de solución de controversias. Empero, la decisión de suspensión solo es posible en la medida que (i) la ley aplicable no se lo impida; (ii) en tanto el resultado de los demás procedimientos es relevante para el resultado del arbitraje; y (iii) siempre que no se sigan perjuicios materiales de quien se oponga a la suspensión.

XII. JUICIO ARBITRAL Y SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

El arbitraje comercial internacional se compone de dos dimensiones:

- Dimensión sustantiva: celebración del acuerdo arbitral, produciendo sus efectos positivos y negativos.
- Dimensión adjetiva: tramitación del juicio arbitral.

A. IGUALDAD DE ARMAS

Trato equitativo de las partes (artículo 18 LACI): “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

Se trata de una norma imperativa que debe aplicarse en todo arbitraje, aun a pesar de la aplicación simultánea de un reglamento y de la autonomía de la voluntad de las partes.

B. PROCEDIMIENTO Y REGLAS DE TRAMITACIÓN

Determinación del procedimiento (artículo 19 LACI):

²⁶⁶ THOMAS, Kym, *ob. cit.*, p. 33.

- 1) Con sujeción a las disposiciones de esta ley,²⁶⁷ las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.
- 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.²⁶⁸ Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Reglas de tramitación y tipos de arbitraje:

- Arbitraje institucional: las partes se someterán al reglamento arbitral de la institución que administra el arbitraje.
- Arbitraje *ad hoc*: deberá convenirse directamente con el árbitro todas las reglas procedimentales, debiendo ser una a una discutidas por las partes para determinar la forma del procedimiento; o bien, pueden igualmente remitirse a un reglamento de arbitraje, aun cuando la institución no intervenga en la sustanciación del juicio.

Comparendo de bases o de fijación de bases del procedimiento del arbitraje: en los arbitrajes se hace una primera audiencia, anterior a la presentación de la demanda, que no mantiene relación con la aplicación o no del reglamento. Esta audiencia tiene como objeto fijar las cuestiones esenciales del procedimiento, esto es, las etapas procesales, plazos, notificaciones, demanda, contestación, prueba, incidentes, etcétera. Tiene como objeto *hacer el traje* del procedimiento. Si en el acuerdo arbitral no se pacta el reglamento, las partes pueden pactar con posterioridad la sumisión al reglamento. En la práctica, la contraparte será reacia a someterse a un procedimiento con reglas distintas. De ahí la importancia de que se pacte con anterioridad las normas del procedimiento.

Lex arbitri: las partes deben elegir expresamente el derecho procedimental que regirá el procedimiento arbitral. En silencio de las partes, la normativa que rige el procedimiento es la de la sede, esto es, la ley de los tribunales ordinarios que asisten al arbitraje (*lex arbitri*). Por ello, si las partes nada dicen, y estando la sede del arbitraje en Chile, aplican las normas procedimentales del derecho chileno, es decir, la ley de arbitraje comercial internacional.²⁶⁹

Dirección del procedimiento por el árbitro: el arbitraje comercial internacional presenta importantes similitudes con el juicio arbitral seguido ante un árbitro arbitrador. Si las partes nada dicen sobre la naturaleza de la tramitación, naturalmente será el árbitro quien decida sobre las reglas de tramitación, desenvolviéndose libremente. Por ejemplo, si las partes no convienen si se aceptan videoconferencias o no, el árbitro dentro de su discreción puede autorizarlas o negarlas. Su limitación está dada por el respeto de las garantías de un debido proceso, esto es, el debido emplazamiento de las partes, la agregación de instrumentos, el trato equitativo de las partes (artículo 18 LACI).

C. LUGAR DEL ARBITRAJE

Lugar del arbitraje (artículo 20 LACI):

- 1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

²⁶⁷ La infracción de las normas imperativas de la *lex arbitrii* puede posteriormente impugnarse mediante el recurso de nulidad (artículo 34 N° 2 letra b) literal iv) LACI).

²⁶⁸ Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. “A falta de acuerdo expreso entre las Partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”.

²⁶⁹ El Reglamento de la CCI establece que a falta de elección de la *lex arbitri*, debe aplicar el Reglamento Institucional. Supletoriamente, aplicaría la ley procesal designada por las partes y, por último, se aplicarían las normas imperativas del país sede del arbitraje (artículo 15 del Reglamento).

Para que tenga aplicación la ley, la sede del arbitraje siempre debe estar ubicada en Chile. Luego, el lugar del arbitraje puede tener lugar en Chile, en el extranjero, o en ambos lugares simultáneamente. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral tomará en cuenta todas las circunstancias del caso para determinar el lugar del arbitraje, esto es, dónde se han realizado la mayoría de los actos, la conveniencia de las partes, la ubicación de la prueba, etcétera.

D. INICIO DEL ARBITRAJE

Iniciación de las actuaciones arbitrales (artículo 21 LACI): “Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje”.

E. IDIOMA

Idioma (artículo 22 LACI):

- 1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.
- 2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

F. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

Demanda y contestación (artículo 23 LACI):

- 1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los planteamientos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.
- 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

G. ORALIDAD O ESCRITURACIÓN

Audiencias y actuaciones por escrito (artículo 24 LACI):

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.
- 2) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.²⁷⁰
- 3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo, deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

²⁷⁰ La falta de notificación puede posteriormente impugnarse mediante el recurso de nulidad (artículo 34 N° 2 letra b) literales ii) y iv) LACI).

H. REBELDÍA

Rebeldía de una de las partes (artículo 25 LACI): “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente:

- a) El demandante no presente su demanda con arreglo al numeral 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones.
- b) El demandado no presente su contestación con arreglo al numeral 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante.²⁷¹
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga”.

I. DILIGENCIAS PROBATORIAS

1. Prueba testimonial

El árbitro podrá tomar las declaraciones voluntarias de los testigos, pero no podrá compelerlos a comparecer. Puede, en cambio, pedir auxilio para su realización mediante un exhorto a los tribunales nacionales que resulten competentes por aplicación de las normas generales de competencia (artículo 27 LACI).

2. Prueba pericial

Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral (artículo 26 LACI):

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral:
 - a) Podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral.
 - b) Podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.
- 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

J. MEDIDAS CAUTELARES Y PRECAUTORIAS²⁷²

Pueden decretarse, pero podrá conocerlos los tribunales arbitrales y el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva. La limitación en materia de arbitraje radica en el imperio de las decisiones. Los árbitros no pueden dar orden directa a la fuerza pública, de modo que las citaciones compulsivas y apremios solo pueden hacerse exigibles con la intervención de los tribunales nacionales (artículo 9 LACI).

Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares (artículo 17 LACI): “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

K. TÉRMINO DEL JUICIO ARBITRAL

Terminación de las actuaciones (artículo 32 LACI):

²⁷¹ De igual modo que en el CPC, la rebeldía en contestar se considera una contestación ficta de la demanda en la que se tienen por negados generalmente las pretensiones y alegaciones de hecho del demandante, debido a que este asume la totalidad de la carga de la prueba.

²⁷² La ley modelo CNUDMI con las modificaciones introducidas en el 2006 presenta importantes innovaciones en la regulación de las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional.

- 1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el numeral 2) de este artículo.
- 2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:
 - a) El demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio.
 - b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
 - c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.
- 3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el numeral 4) del artículo 34.

Transacción (artículo 30 LACI):

- 1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.
- 2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

XIII. DERECHO APLICABLE AL FONDO

Normas aplicables al fondo del litigio (artículo 28 LACI):

- 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las *normas de derecho* elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
- 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
- 3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
- 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

A. CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE LEY

1. Rechazo del reenvío en la contratación internacional

Los árbitros tienen que resolver la controversia usando las normas de derecho que las partes hayan elegido a través de la cláusula de elección de ley. La aplicación de las normas de derecho se hace excluyendo la aplicación de las normas de conflicto. Los árbitros no tienen discreción de distinguir entre normas de conflicto, materiales e imperativas en materia de contratación internacional, como sí podría ocurrir en otros supuestos de hecho (sucesión, bienes, etcétera). Si las partes eligen un derecho, debe aplicarse las normas materiales de ese derecho.

La última parte del numeral 1) del artículo 28 LACI es la regla que ha servido para argumentar el rechazo del reenvío en el arbitraje comercial internacional y en el ordenamiento jurídico chileno: “Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”.

2. Expresión “normas de derecho”

La expresión *normas de derecho* no es equivalente a la expresión *ley*. Dicha expresión reconoce la posibilidad de integrar leyes estatales, cláusulas tipo como los INCOTERMS, como también manifestaciones del derecho anacional o transnacional²⁷³ como la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho, el *Second Restatement of Contracts*, los Principios UNIDROIT, los PECL, la CISG, entre otros. Así se desprende de la propia nota explicativa de la ley modelo CNUDMI.

3. Problemas conflictuales

La elección de ley resuelve la mayoría de los problemas en cuanto al derecho aplicable al fondo de la controversia. No obstante, existen ciertos problemas conflictuales que se invocan en el arbitraje aun a pesar de la elección:²⁷⁴

- Alcance del objeto del litigio: puede que la elección de ley no se refiera a todas las materias en disputa. Preguntas conflictuales pueden existir fuera de los límites de la elección de ley.
- Orden público: existen ciertas áreas en que la elección de ley está restringida o prohibida por consideraciones de orden público. Estas normas estatales se imponen aun sobre la elección de ley. En la generalidad de los sistemas jurídicos las normas de capacidad de las partes no pueden ser modificadas.
- Elección del sistema conflictual: en ocasiones puede ocurrir que las partes no han elegido un derecho sustantivo determinado, sino la reglamentación conflictual de un Estado. Esta es una situación más bien extraña que requiere mención explícita en dicho sentido, pero la jurisprudencia la ha reconocido.
- Validez de la cláusula de elección de ley: puede que la redacción de la cláusula de elección de ley sea poco clara, o puede incluso interpretarse que la cláusula es nula o fraudulenta. En estos casos, se requiere utilizar el método conflictual para determinar las normas sustantivas que permitan examinar la validez de la cláusula y de la elección.
- Insuficiencia de las soluciones normativas del derecho elegido: puede ocurrir que las partes elijan un instrumento internacional o la *lex mercatoria* para regular su relación jurídica, pero requieran todavía la identificación de un derecho estatal aplicable para suplir los vacíos.
- Conflicto de distintas cláusulas de elección de ley: el método conflictual puede utilizarse para resolver la controversia en cuanto a la ley aplicable a la forma de la cláusula de elección de ley, si ambas partes afirman la validez y efectividad de la aplicación de leyes distintas por diferentes cláusulas de elecciones de ley.

B. FUNCIONES DE LA LEX MERCATORIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Sea que falle con cláusula de elección de ley, sin ella, o conforme a la equidad, el tribunal arbitral no puede desconocer las estipulaciones y debe tomar en consideración los usos comerciales aplicables al caso (artículo 28 N° 4 LACI). Por ejemplo, en un caso de incumplimiento de compraventa internacional de mercaderías, el árbitro tiene la obligación de tomar en consideración los INCOTERMS 2020, aun si las partes no han hecho aplicable uno de ellos.

Las partes de los contratos internacionales son libres de elegir la ley aplicable al fondo de la controversia. El derecho de las partes a identificar por sí mismas la ley aplicable y la obligación de los árbitros de respetar esa elección es uno

²⁷³ No debe confundirse derecho anacional con derecho transnacional. El derecho transnacional es el conjunto de todas las reglas de derecho comercial con independencia de su fuente, incluyendo convenciones internacionales como la CISG, instrumentos internacionales de armonización como los Principios UNIDROIT, los principios europeos de Derecho Contractual, los principios de la Haya sobre contratos comerciales internacionales, las cláusulas tipo como los INCOTERMS, y también usos comerciales o costumbre comercial como los usos uniformes y prácticas de los créditos documentarios (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP)), que son propiamente reglas consuetudinarias que aplican en la práctica bancaria internacional. El derecho anacional está conformado por normas cuyo proceso de formación no depende de los sistemas jurídicos nacionales, teniendo en consecuencia carácter universal y autónomo. La mejor candidata para constituir el derecho anacional es la *lex mercatoria*, entendida como usos y costumbre comercial espontáneamente formada por la comunidad comercial internacional. PALAVECINO MUÑOZ, Franco, “*Sobre la existencia de un sistema jurídico anacional: un análisis de la lex mercatoria como derecho anacional y del arbitraje comercial internacional como sistema transnacional de administración de justicia*”, Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2022.

²⁷⁴ HAYWARD, Benjamin, *Conflict of laws and arbitral discretion. The closest connection test*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 15-18.

de los principios que mayor acogida recibe en el arbitraje comercial internacional. También se acepta comúnmente que los árbitros derivan su poder completamente del acuerdo de arbitraje y que debe basar sus decisiones en la voluntad común de las partes, incluso en lo que respecta a la ley aplicable. De este modo, si las partes eligen el derecho de un determinado Estado, el tribunal arbitral está obligado a observar irrestrictamente las disposiciones de ese ordenamiento. Si las partes eligen un conjunto de normas anacionales como los Principios UNIDROIT, la *lex mercatoria* desempeña la función de integrar el contrato o relación jurídica.

No obstante, si bien en principio las partes son libres de elegir la ley aplicable al fondo de la controversia, la doctrina y la práctica del arbitraje también revelan una amplia variedad de opiniones sobre el alcance y la naturaleza de la obligación de un árbitro de resolver una controversia en estricta conformidad con la legislación nacional elegida por las partes.

Dada la naturaleza transnacional del arbitraje comercial internacional, los árbitros son libres de considerar fuentes consuetudinarias además de las reglas elegidas para regir el contrato. En la resolución del asunto, los árbitros podrían interpretar la conducta de las partes, su contrato e intentar arribar a la solución más adecuada a la luz de las reglas de la *lex mercatoria*. Este argumento encuentra apoyo en el artículo 28 N° 4 LACI y en reglamentos de instituciones arbitrales que autorizan expresamente a los árbitros a considerar los *usos comerciales* y, a veces, las *prácticas internacionales* en su toma de decisiones.

Algunos comentaristas incluso han sugerido que el tribunal arbitral puede restar importancia al derecho elegido en favor de resultados comercialmente razonables e “internacionalmente justos”, acudiendo a la *lex mercatoria* para dichos efectos y reemplazando en parte o totalmente el derecho elegido. Esta posición, no obstante, es jurídicamente difícil de justificar, ya que implicaría desconocer la autonomía manifestada por las partes.

Finalmente, algunos tribunales arbitrales han recurrido a un método híbrido, mezclando los conceptos de derecho interno, usos comerciales, principios generales del derecho y *lex mercatoria* en una especie de guiso interpretativo, llegando a lo que consideran un resultado comercialmente razonable sin identificar con precisión qué principios legales los llevaron allí.

Independientemente de la extensión del mandato contenido en el artículo 28 N° 4 LACI, el desacuerdo con respecto al contenido y definiciones del pretendido derecho anacional impide que el recurso interpretativo a la *lex mercatoria* pueda desplegarse con total aceptación. La utilidad práctica del estatuto tiende a disminuir por generar a los tribunales arbitrales más complicación que orientación al momento de resolver.

C. EQUIDAD Y PRUDENCIA

Las partes pueden igualmente otorgar al árbitro internacional la facultad de poder resolver conforme a la equidad y prudencia (*ex aequo et bono*) y/o como amigable componedor, de manera similar a lo que ocurre en el derecho interno con la figura del árbitro arbitrador. Dicha facultad debe ser conferida expresamente.

Es una variación del arbitraje comercial, en el que las partes acuerdan expresamente que las normas de derecho no obligan al árbitro, siendo libre de hacer efectivas las consideraciones generales de equidad y *fair-play*. El acuerdo *ex aequo et bono* confiere a los árbitros la libertad de no aplicar la ley y tomar decisiones puramente equitativas.

1. Interpretación de *ex aequo et bono* y amigable componedor

La noción de *ex aequo et bono* tiene una larga historia que se remonta a los juristas romanos.²⁷⁵ POMPONIO postulaba que por la ley de la naturaleza es justo que nadie se vuelva más rico por la pérdida y perjuicio de otro (*jure naturae aequum*

²⁷⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations: Roman Foundations of the Civil Tradition*, Cape Town, Juta & Co, 1990, p. 853.

est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores). PAPINIAN escribió que la condición *ex aequo et bono*, basada en la idea de lo que es bueno y justo, se ha convertido en el medio de reclamar lo que sea la pertenencia que se encuentra en manos de otro en ausencia de una buena causa (*haec conditio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*).

Los redactores de la Ley Modelo CNUDMI consideraron *ex aequo et bono* y *amigable componedor* como conceptos intercambiables, entendidos como consideraciones generales de justicia y equidad.

Diferencias entre *ex aequo et bono* y *amigable componedor*: la literatura y jurisprudencia se ha inclinado por entender que cualquier intento de distinguir *ex aequo et bono* de un *amigable componedor* es artificial.²⁷⁶ De todos modos, ha habido esfuerzos por esbozar la diferenciación.

- *Ex aequo et bono*:²⁷⁷ envuelve un cierto estándar legal y moral o una esfera más elevada de justicia, por lo que *ex aequo et bono* provee a los árbitros con mayor libertad que la noción *amigable componedor* para decidir disputas basadas en su noción de justicia.
- *Amigable componedor*:²⁷⁸ establece límites a la luz de las soluciones normativas contenidas en las diferentes fuentes del derecho. En cambio, decidir *ex aequo et bono* implica poder fallar sin tomar en consideración las fuentes. No obstante, la jurisprudencia de modo uniforme ha sostenido que decidir *ex aequo et bono* no releva a los árbitros de su deber de fundamentación del laudo arbitral.

2. Ventajas y desventajas de su aplicación

- Ventajas:
 - Complejidad de la relación jurídica de las partes: resolver *ex aequo et bono* puede ser conveniente respecto de relaciones complejas y de larga duración.
 - Áreas emergentes del Derecho: resolver *ex aequo et bono* puede ser conveniente en áreas en que la ley no está desarrollada o es inadecuada para resolver disputas complejas, v.gr. contratación electrónica o por internet, propiedad intelectual.
 - Uso de instituciones no recogidas en el ordenamiento jurídico: los eventos imprevisibles pueden disturbar el equilibrio económico-jurídico querido por las partes. Este sistema de resolución puede recoger los postulados de la teoría de la imprevisión.
 - Soluciones flexibles y paliativos a insuficiencias: (i) proteger a una parte cuyo consentimiento puede haber sido imperfecto pero no totalmente viciado; (ii) penalizar la conducta de una parte que, aunque no sea negligente, parezca descuidada, o que, aunque no en mala fe, parece demasiado inflexible o formalista; (iii) dar efecto a una condición que se encuentra enteramente dentro del control de una de las partes; (iv) aceptar libremente circunstancias que suspendan o interrumpan la prescripción o incluso rechazar las excepciones a la prescripción cuando dicha prescripción se adquiriera por ley; (v) extender indemnización por pérdidas indirectas o imprevistas; (vi) tener en cuenta los esfuerzos que podrían haberse realizado por una parte cuando la ley aplicable solo reconoce parcialmente la obligación de minimizar la pérdida, y viceversa; (vii) reconocer una limitación de responsabilidad incluso cuando la acción redhibitoria no reconocería tal limitación; (viii) aceptar una excusa de imposibilidad de ejecución de la prestación como un caso de fuerza mayor incluso si no cumple las condiciones requeridas; (ix) revisar la tasa de interés de demora estipulada en un contrato.
- Desventajas:

²⁷⁶ Caso CCI N° 7986, citado en KIFFER, Laurence, “Amiable Composition and ICC Arbitration”, en *International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 18 (1), No. 51 (2007), p. 53.

²⁷⁷ YU, Hong-Lin, “Amiable Composition - A Learning Curve”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 17 (1), No. 79 (2000), p. 82.

²⁷⁸ BĚLOHLÁVEK, Alexander, “Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur”, en *CYArb - Czech (č) Central European*, *Yearbook of Arbitration: Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives)*, Vol. 8 (2013), p. 26.

- Abuso de la discreción por los árbitros: si las partes dan a los árbitros el poder de decidir *ex aequo et bono*, ello podría impulsar a que decidan de acuerdo con sus nociones subjetivas y personales de equidad. Lo anterior podría conllevar a la creación de nuevas obligaciones no acordadas por las partes. No obstante, decidir *ex aequo et bono* no releva a los árbitros de su deber de fundamentación del laudo arbitral.
- Impredictibilidad de los resultados: en el Derecho Internacional Privado, la cláusula de elección de la ley aplicable tiene por objetivo conferir absoluta certeza a las partes respecto de los potenciales resultados de la controversia que se suscite. El método conflictual, por otro lado, procura establecer certeza jurídica en relación al derecho aplicable a controversias con elementos transfronterizos. Este era el objetivo pensado por SAVIGNY. Que los árbitros puedan decidir *ex aequo et bono* podría impedir a las partes que anticipen y predigan el resultado posible de un arbitraje comercial internacional porque su naturaleza y alcance sería incierto. En todo caso, la impredictibilidad de la equidad debe sopesarse con los términos legales y contractuales, ya que es posible que el derecho de otro modo aplicable no entregue soluciones predecibles. Por cierto, el recurso a la equidad tiene por propósito fundamental dotar de contenido los vacíos o lagunas jurídicas.

3. Equidad y problemas conflictuales

HAYWARD considera que puede surgir la necesidad de utilizar metodologías conflictuales incluso en los casos en que las partes manifiesten su voluntad de resolver la disputa *ex aequo et bono*.²⁷⁹

- Posibilidad de impugnación: el recurso a la equidad y prudencia solo es una excepción limitada del sometimiento a la ley, ya que una decisión que sobrepase los límites del acuerdo o que no se refiera a la controversia objeto del acuerdo de arbitraje puede ser impugnada por vicio de *ultra petita* (artículo 34 N° 2 letra a) literales ii) y iii) LACI).
- Relevancia de las leyes en la decisión: decidir como *amiable compositeur* no supone la inaplicación de la ley. Puede que la intención de las partes sea que la ley (i) sirva de guía al tribunal para la decisión del asunto; (ii) sirva de fundamento de la decisión basada en la equidad y prudencia del tribunal; (iii) sea aplicada, sin perjuicio de la posibilidad del tribunal arbitral de temperar su rigor si su aplicación conduce a una solución injusta; o (iv) sea necesariamente aplicada, toda vez que la equidad y prudencia lo ordenan. En todas estas hipótesis, cabe determinar qué ley es la que el tribunal arbitral debe considerar para decidir *ex aequo et bono*.

D. OMISIÓN EN LA ELECCIÓN DE LEY Y APLICACIÓN DEL MÉTODO CONFLICTUAL

Considerándose que el ejercicio de la autonomía de la voluntad es una opción más que una obligación,²⁸⁰ puede ocurrir que las partes no han elegido el derecho. La evidencia empírica muestra que aproximadamente 16,76% de los casos sometidos a arbitraje en la CCI desde 1990 hasta el 2015 enfrentaron problemas conflictuales.²⁸¹ De no haberse elegido la ley aplicable, serán los árbitros quienes elegirán las normas de conflicto que estimen pertinentes para efectos de la resolución del conflicto.

Por otro lado, la intención de las partes de que la controversia se autogobierne por el contrato celebrado en su totalidad es ilusoria. Un contrato no puede desprenderse de todo ordenamiento jurídico, por muy detallado que sea. Si bien la autonomía de las partes es soberana, resulta prácticamente imposible que los contratantes prevean todas las posibles dimensiones de la controversia sujetas a arbitraje, de modo que estos vacíos deben ser necesariamente suplidos por soluciones normativas encontradas en potenciales sistemas aplicables.

²⁷⁹ HAYWARD, Benjamin, *ob. cit.*, pp. 27-29.

²⁸⁰ Idem, p. 15.

²⁸¹ Idem, pp. 19-25.

1. Problemas jurídicos afectados por la resolución de problemas conflictuales en el arbitraje

1.1. Determinación de los derechos y obligaciones de las partes

La elección del sistema conflictual por el tribunal arbitral puede cambiar dramáticamente los derechos y obligaciones de las partes y, por cierto, sus posibilidades de éxito en el arbitraje comercial internacional. Existen preocupaciones conflictuales aun cuando exista un *conflicto falso*, esto es, aquella situación en la que las leyes potencialmente aplicables producen el mismo resultado. Para poder determinar que existe un conflicto falso es necesario que el tribunal arbitral primero indague las leyes susceptibles de ser aplicadas, lo que consecuentemente aumenta los costes de transacción.

Cuando existe propiamente la posibilidad de que se produzcan soluciones distintas a la luz de los distintos ordenamientos jurídicos relacionados con la controversia, la regulación de la relación jurídica resulta incierta para las partes. La elección del método conflictual aplicable por el tribunal arbitral consiste precisamente en el esfuerzo por dotar de seguridad jurídica a la relación jurídica al enviar la solución de la controversia al derecho de un determinado Estado, determinando en consecuencia los derechos y obligaciones de las partes.

Categorías afectadas por la elección de la norma de conflicto aplicable (catálogo no taxativo):

- Formación del consentimiento.
- Alcance del deber de negociar y ejecutar las obligaciones de buena fe.
- Remedios contractuales procedentes frente al evento de incumplimiento.
- Previsibilidad de los daños.
- Indemnización de daños punitivos.
- Excusas de fuerza mayor, imprevisión (*hardship*) o frustración.
- Consecuencias del cohecho y la corrupción conectada al contrato internacional.
- Monto del interés moratorio.
- Reglas de interpretación del contrato.

1.2. Ejecución de las obligaciones contraídas

El derecho aplicable determina la manera en que las obligaciones deben ser cumplidas por las partes. Si estas han omitido designarlo, el tribunal arbitral lo suplirá mediante la metodología conflictual. No obstante, desde un punto de vista teórico, esta solución no es ideal. Ello supone concluir que no existe una ley aplicable a la relación jurídica desde la negociación y durante todo el tiempo de ejecución del contrato, debiendo determinarse con ocasión del inicio del arbitraje. La ley aplicable, entonces, regula la ejecución del contrato de modo retrospectivo y no prospectivo, lo que es contrario a la noción misma del contrato como un instrumento de distribución de riesgos.

1.3. Habilidad de las partes de presentar, defender un caso y exigencias del debido proceso

El derecho aplicable a la controversia también tiene repercusiones en el debido proceso, en tanto los escritos a presentar en el arbitraje y sus fundamentos de hecho y de derecho son elaborados teniéndose en consideración un sistema legal determinado, de modo que las pretensiones y defensas se alteran si el derecho aplicable cambia. Si no existen mecanismos que permitan determinar el derecho aplicable, puede considerarse que el arbitraje infringe el derecho a la acción y las exigencias de un debido proceso, pudiendo consecuentemente anularse el laudo que se emita mediante la interposición del recurso de nulidad o la oposición a la ejecución.

Comparecencia en el arbitraje: los problemas conflictuales en el arbitraje pueden también tener una importante influencia en el ejercicio del derecho de representación de las partes. La elección de abogados es un elemento inherente al debido proceso, y el representante escogido y la estrategia puede variar dependiendo del derecho en definitiva aplicable. Si el derecho aplicable es el chileno, naturalmente las partes estarán interesadas en contratar asesoría de uno o más abogados chilenos.

Momento en que el tribunal arbitral debe determinar el derecho aplicable: para efectos de honrar las exigencias del debido proceso, pareciera conveniente que el tribunal determine el derecho aplicable lo antes posible. La incertidumbre y falta de seguridad jurídica solo puede ser superada en la medida en que el problema conflictual sea tratado con diligencia. Mientras más tarde la decisión, mayor será la incerteza jurídica, mayor potencial de que aumenten los costes de transacción y en consecuencia mayor cuidado deberá tener el tribunal al momento de resolver la controversia.²⁸²

- Antes de iniciar el juicio arbitral: el tribunal debería dar a las partes una oportunidad para manifestar preliminarmente su opinión sobre el derecho aplicable, como también manifestar lo que estimen pertinente frente al derecho que haya sido elegido por el tribunal para gobernar el asunto. Por otro lado, el tribunal debería fomentar en todo momento que las partes alcancen un acuerdo post-contractual en el derecho aplicable.
- Durante la tramitación: la jurisprudencia arbitral revela que el problema de la determinación del derecho aplicable ha sido a veces resuelto mediante la dictación de un laudo provisional o parcial por el tribunal arbitral, teniendo efectos de cosa juzgada durante las siguientes etapas del arbitraje.
- En el laudo: han existido tribunales que han considerado que el problema de la determinación del derecho aplicable debe ser tratado en el propio laudo, estimando que no existen riesgos de afectación del debido proceso por falta de determinación y, por el contrario, discutir el problema solo favorece a que el procedimiento se prolongue y aumenten los costos.

Carga de la prueba: el *onus probandi* puede variar de un ordenamiento jurídico a otro y, por tanto, el estándar que debe superarse, la naturaleza, calidad y cantidad de la prueba necesaria para poder formar la convicción del tribunal arbitral son cuestiones que dependen del derecho aplicable al fondo del asunto.

1.4. Acuerdos autocompositivos bilaterales

Las transacciones, conciliaciones, avenimientos y mediaciones son comunes en el arbitraje. Muchas veces, antes de la dictación del laudo, las partes consienten en terminar las actuaciones arbitrales mediante un acuerdo autocompositivo bilateral que resuelva la controversia, reduciendo los gastos y permitiendo la administración de riesgos. Dicho esto, la falta de determinación del derecho aplicable es un obstáculo significativo para que las partes estén apropiadamente informadas sobre los potenciales resultados del arbitraje. Las debilidades y ventajas estratégicas de cada litigante no pueden ser adecuadamente identificadas si el problema conflictual no es resuelto.

La elección de ley por las partes y las determinaciones conflictuales del tribunal arbitral aumentan las posibilidades de que las partes lleguen a un acuerdo, ya que una vez conocido el derecho que resuelve la controversia, las partes pueden anticipar los probables resultados del arbitraje. Luego, los litigantes estarían en una mejor posición para poder evaluar las propuestas autocompositivas que presenten o reciban durante el curso de las negociaciones.

2. Regulación del conflicto de leyes en el arbitraje comercial internacional

La postura clásica de la enseñanza del Derecho Internacional Privado indica que las normas de conflicto son reglas que confieren certeza y conveniencia a los actores privados que mantienen relaciones jurídicas internacionales. La predictibilidad y la seguridad jurídica son los fundamentos de la disciplina, toda vez que el método conflictual reconoce la existencia de un mundo multijurisdiccional que entrega diversas soluciones a un mismo supuesto de hecho, permitiendo localizar la relación jurídica en algún determinado ordenamiento jurídico. Las bases del análisis del conflicto de leyes en el arbitraje comercial internacional se encuentran en la intención y expectativas de las partes de que su relación jurídica tiene solución a pesar de no haber elegido una ley aplicable, o haberlo hecho imperfectamente. Así, la elección de la norma de conflicto por el tribunal arbitral permite satisfacer dichas expectativas.

²⁸² Idem, p. 38: “The later the decision, the greater the uncertainty, and the greater care required [in adjudicating the case] (with there also being a greater potential for wasted transaction costs)”.

2.1. Envío indirecto

Se refiere a las reglas de Derecho Internacional Privado que exige que los árbitros apliquen normas de conflicto que permiten la identificación del derecho aplicable al fondo.

2.1.1. Envío indirecto puro

Una regla de envío indirecto puro exige a los árbitros aplicar la norma de conflicto, pero sin identificar la regla en particular que debe aplicarse ni su fuente. El único requerimiento es que la regla sea *apropiada* o *aplicable*. En la práctica de la CCI, los árbitros deberían aplicar normas de conflicto que tienen alguna relación lógica entre las partes y la controversia.

Precisamente, el artículo 28 N° 2 LACI establece que “si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

No obstante, hay quienes sostienen que la solución de la LACI exhibe un mayúsculo grado de artificialidad. El tribunal arbitral debe aplicar *la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*. Por ende, debe primero determinar qué normas de conflicto regulan la controversia para que con su aplicación se envíe o localice la regulación de la relación jurídica al derecho sustantivo que resulte pertinente para resolverla. Se ha llegado a considerar que el artículo 28 N° 2 LACI es en realidad un error cometido durante la redacción de la Ley Modelo por la CNUDMI, cuando el método material todavía no estaba fuertemente desarrollado.²⁸³ Se utilizó la nomenclatura clásica del método conflictual, generando una solución artificiosa y de difícil aplicación.

De este modo, el derecho sustantivo aplicable a la controversia será (i) el de la legislación cuyas normas de conflictos han sido aplicadas; o bien, (ii) la legislación de un país completamente distinto. Es pertinente efectuar un test objetivo que revele cuál hubiera sido la intención razonable y expectativas de las partes en relación al derecho aplicable, a la luz de todas las circunstancias que rodean la negociación de los contratos, los términos contractuales y los usos mercantiles aplicables al caso.

Puede ocurrir que los árbitros procuren anticipar qué derecho material será el que en definitiva regule la controversia por el envío que realice la norma de conflicto escogida. Así, por ejemplo, si entre tres normas de conflicto la aplicación de solo una de ellas conduce al envío de la solución al derecho suizo, y los árbitros estiman que dicho derecho es el apropiado para resolver la controversia, los árbitros podrán escoger esa norma de conflicto. No existiría ningún problema si estas tres normas de conflicto tienen alguna relación con el contrato internacional, pudiendo justificar la aplicación o inaplicación de cualquiera de ellas. El problema surge cuando la aplicación de la norma de conflicto que lleva al derecho material querido no tiene conexión alguna con la controversia o alguna de las partes.

Piénsese en el arbitraje seguido con sede en Santiago entre partes chilenas, suizas y argentinas. La norma de conflicto chilena envía la regulación de la relación jurídica al derecho argentino, la norma de conflicto argentina la envía al derecho argentino, y la norma de conflicto suiza la envía al derecho chileno. En este escenario, los árbitros no tienen disponible una norma de conflicto que envíe la solución al derecho suizo. Si en cambio quisieren aplicar la norma de conflicto alemana que envía la solución al derecho material suizo, no podrían justificar la aplicación de la norma alemana si la controversia no tiene ningún tipo de relación con Alemania.

No obstante, pareciera que aplicar una norma de conflicto que no tiene relación alguna con la controversia no acarrea sanción. Se discute si la total desconexión en las normas de conflicto elegidas por los árbitros autoriza a la interposición del recurso de nulidad, en atención a su carácter taxativo que no reconoce expresamente dicha situación como causal.

²⁸³ Sin embargo, este segundo numeral tampoco fue arreglado en la modificación de la Ley Modelo CNUDMI del año 2006.

Comoquiera que sea, la aceptación de la aplicación de una norma de conflicto con el único propósito de enviar la regulación del asunto al derecho sustantivo previamente querido por el tribunal arbitral equivale a admitir la manipulación de los factores de conexión y de los sistemas conflictuales. Sería cercano a aceptar el fraude a la ley por parte de los tribunales arbitrales. La solución del artículo 28 N° 2 LACI es una fórmula incómoda y artificial que ha tendido al abandono en las últimas décadas.

2.1.2. Envío indirecto restringido

Las normas de conflicto que importan un envío indirecto restringido exigen a los árbitros aplicar una norma de conflicto específica. Un ejemplo es el artículo 187 N° 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado suizo de 1987, que establece que, en caso de ausencia de elección de ley, “el tribunal arbitral debe decidir el caso de acuerdo a las reglas de derecho con la relación más estrecha al caso”.²⁸⁴ Los árbitros no aplican las normas de conflicto generales del país sede del arbitraje, sino que aplican una norma de conflicto específicamente diseñada para el arbitraje internacional.

2.2. Envío directo

Se refiere a las reglas de Derecho Internacional Privado que exige que los árbitros apliquen directamente el derecho que resuelva la controversia, sin tener que aplicar anteriormente una norma de conflicto. Los árbitros, sin embargo, pueden discrecionalmente aplicar normas de conflicto para la determinación del derecho de fondo si lo estiman conveniente.

2.2.1. Envío directo puro

Este método prescinde de la fórmula savigniana de la localización de las relaciones jurídicas, sin otra exigencia para los árbitros que el derecho aplicable al fondo sea apropiado o aplicable a la controversia.

El artículo 1496 del Nuevo Código Procesal Civil francés establece que, en ausencia de elección de ley, “el árbitro debe resolver la disputa en concordancia con las reglas de derecho que considere apropiado”. Misma solución se encuentra en el artículo 21 N° 1 del Reglamento de la CCI, dotando de este modo al tribunal arbitral de la libertad necesaria para la determinación del derecho aplicable.

Esta solución es la más utilizada en la práctica del arbitraje comercial internacional y del Derecho Internacional Privado contemporáneo.

2.2.2. Envío directo restringido

Los árbitros pueden prescindir del método conflictual, pero deben tomar en consideración factores objetivos para la determinación del derecho de fondo aplicable a la controversia. El artículo 3 del Reglamento de la Cámara de Arbitraje de Milán establece que, en ausencia de elección de ley, “el tribunal arbitral debe aplicar las reglas que considere apropiadas, tomando en consideración (i) la naturaleza de la relación; (ii) las cualidades de las partes; y (iii) cualquier otra circunstancia relevante”. La subjetividad del árbitro en la determinación del derecho, en consecuencia, detenta menor flexibilidad en comparación con el envío directo puro.

3. Métodos de resolución de problemas conflictuales

Aun cuando el tribunal arbitral tenga facultades para decidir directamente el derecho de fondo que regule la disputa, en cualquier hipótesis de omisión de elección del derecho aplicable el tribunal arbitral debe “pensar o reflexionar en clave conflictual”. Toda elección de ley, sea del legislador nacional o de tratados internacionales, sea del árbitro, tiene un razonamiento en su trasfondo. Es necesaria la transparencia en cuanto a la (i) elección de un determinado método; y a la (ii) elección de un derecho como consecuencia de un determinado método.

²⁸⁴ Traducción propia.

El fracaso de dar razones puede traducirse en resolver desautorizadamente la disputa *ex aequo et bono*. Lo anterior constituye abuso de poder, apareciendo el riesgo de anulación o resistencia a la ejecución del laudo de arbitraje.²⁸⁵

3.1. Aproximación territorialista

Históricamente, esta es la primera de las aproximaciones adoptadas por los tribunales arbitrales. En caso de omisión de ley, el árbitro debe aplicar las normas de conflicto del foro, es decir, de la sede del arbitraje. El arbitraje es solo un método de solución alternativo a la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la aplicación del derecho nacional es insoslayable. Por otro lado, como la elección de la sede suele ser entendida como una elección indirecta de la *lex arbitri* aplicable, se ha interpretado igualmente que conlleva una elección indirecta de la metodología conflictual aplicable.

3.2. Normas de conflicto *ad hoc* de la *lex arbitri*

El derecho nacional juega un papel importante en la regulación del arbitraje a través del concepto de la ley del arbitraje (*lex arbitri*). Si existiera normas de conflicto *ad hoc* en la propia *lex arbitri*, el árbitro está obligado a aplicarlas. A pesar de que ha habido un largo debate sobre la deslocalización del arbitraje como método de solución de controversias, no existe gran apoyo a la idea de que el arbitraje está completamente desvinculado del derecho estatal.

3.3. Reglamentos de arbitraje

Los reglamentos funcionan como una suerte de cubierta de la *lex arbitri* al regular los conflictos de leyes. Los reglamentos elegidos por las partes son aplicados excluyendo las normas de la *lex arbitri*, salvo las reglas de orden público. Existe una preferencia en su aplicación respecto de las reglas de naturaleza dispositiva. En consecuencia, una elección de reglamento puede ser considerada como una elección indirecta de derecho aplicable al fondo.

3.4. Tratados internacionales

- CNY: la Convención no trata el problema sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia. BORN diría que este silencio supone que los árbitros tienen amplia autoridad en relación a los conflictos de leyes y en la aplicación del derecho sustantivo, toda vez que ambos se excluyen del tenor del artículo V CNY para resistirse al reconocimiento y ejecución.²⁸⁶ Dentro de las causales para oposición a la ejecución, no hay mención al derecho aplicado por el panel arbitral para decidir la controversia. Ello implicaría aceptar que los errores en la determinación del derecho aplicable no podrían ser impugnados mediante el recurso de nulidad o de oposición a la ejecución. El tribunal de ejecución, por tanto, debe reconocer el laudo arbitral aun si el árbitro aplica erróneamente un determinado derecho o legislación. Lo mismo ocurre si el árbitro elige unas y no otras normas de conflicto para efectos de determinar el derecho aplicable, o utiliza la *lex mercatoria*.
- Convención de Roma: ha tenido aplicación al arbitraje para determinar el derecho aplicable.
- Convención de la Haya de 1955 y de 1986.

3.5. Tronco común de los Derechos Internacionales Privados potencialmente aplicables

La elección de la sede no supone automáticamente la aplicación del derecho conflictual de dicho país. Esta es una interpretación que ha caído en desuso en atención que (i) la conexión entre la sede del arbitraje y el arbitraje es temporal y tenue; (ii) la fuente del poder del tribunal arbitral es la autonomía de la voluntad, por mucho que simultáneamente la autonomía privada sea reconocida por el derecho positivo de la sede; (iii) ha habido una tendencia de escapar de la aplicación de las normas conflictuales de la *lex arbitri*. En vez de una aproximación formalista o legalista, una actitud

²⁸⁵ En el derecho de las inversiones internacionales, en múltiples ocasiones tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) han anulado el laudo final debido a la falta de explicitación de las razones por las que un derecho fue en definitiva aplicado, sea nacional, sea internacional. Para ello, han invocado las causales de (i) exceso de poder (artículo 52 letra b) Convención CIADI); y (ii) fracaso del laudo de expresar las razones en las que está basada (artículo 52 letra e) Convención CIADI).

²⁸⁶ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3ª edición, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021.

funcional y pragmática se prefiere y prevalece en la medida que el tribunal arbitral aplica una *regla de conflicto* que sea apropiada y sensible a las particularidades del caso.

Dada la conexión potencial del arbitraje comercial internacional con más de un ordenamiento jurídico, tribunales arbitrales han entendido que es necesario efectuar una examinación comparativa de los Derechos Internacionales Privados de aquellos países que potencialmente juegan un rol en la disputa. La norma de conflicto en definitiva aplicable debe ser una solución intermedia, ecléctica o sintética que considere las distintas normas.

3.6. Principios generales del Derecho Internacional Privado

A diferencia de la aproximación comparativa, el tribunal arbitral puede prescindir no solo de la aplicación de las normas conflictuales de los derechos potencialmente involucrados en la disputa, sino que de todo sistema conflictual. Así, la regla de conflicto que aplique puede ser el resultado de los principios generales del Derecho Internacional Privado comunes a las naciones civilizadas, desarrollados por la práctica del arbitraje comercial internacional.

3.7. Derecho con el vínculo más estrecho a la disputa

El tribunal arbitral puede considerar que la norma de conflicto más adecuada es la que envía la regulación de la disputa al derecho con un vínculo más estrecho. El artículo 187 N° 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado suizo de 1987 recoge esta aproximación. De no existir tal norma de conflicto en la *lex arbitri*, el tribunal arbitral puede utilizar la metodología del Derecho Internacional Privado para concluir que el razonamiento conflictual más adecuado es aquel que utiliza el factor de conexión del vínculo más estrecho.

3.8. Reglas anacionales (*lex mercatoria*)

- Criterio objetivo: el tribunal arbitral puede considerar que la afiliación de las partes en una comunidad internacional de comerciantes determinada sirve como factor de conexión para hacer aplicable la *lex mercatoria*, entendida como reglas de conducta que dicha comunidad desarrolla espontáneamente.
- Criterio subjetivo (*elección negativa de ley*): en un contrato internacional con rasgos de haber sido cuidadosamente elaborado y que permite apreciar el carácter no del todo espontáneo del acuerdo, si no se regula la ley aplicable, dicho silencio debe entenderse simplemente como la falta de consenso en el particular. La *elección negativa de ley* (*negative choice of law*) supone, en estos casos, entender que las partes han expresa o tácitamente descartado el recurso a toda legislación nacional, ya que su aplicación supondría una defraudación de las expectativas de al menos una de las partes.²⁸⁷ En este contexto, la elección negativa de la ley debería presumirse, y de no ser revertida dicha presunción, el árbitro estará obligado a recurrir a la *lex mercatoria* o los principios generales del derecho. Esta solución se ha criticado por su insuficiencia teórica, ya que del hecho de que las partes implícitamente hayan manifestado su intención de que no se aplique el derecho nacional de cualquiera de ellas no se colige la circunstancia de que la *lex mercatoria* resulte ser un derecho apropiado para reglar la controversia.

E. APLICACIÓN DEL DERECHO ELEGIDO O APLICABLE²⁸⁸

El adagio *iura novit curia* de aplicación indiscutida en la jurisdicción ordinaria no puede fácilmente extenderse al mandato del tribunal arbitral. El derecho aplicable a la controversia, haya sido elegido o determinado a través de las normas de conflicto, puede ser un cuerpo normativo completamente desconocido por el tribunal arbitral. Consiguientemente, nacen en el arbitraje comercial internacional las mismas preocupaciones y desafíos que se enfrentan los jueces de las jurisdicciones ordinarias, a saber, la naturaleza jurídica del derecho elegido o aplicable, la calificación, prueba del derecho, entre otros.

²⁸⁷ Por ejemplo, si bajo la ley de una de las partes, su pretensión es imprescriptible, y bajo la ley de la demandada, la pretensión prescribe en cuatro años, la aplicación de una u otra ley nacional importaría la defraudación de las expectativas de una y el favorecimiento ilegítimo de la otra.

²⁸⁸ Véase Capítulo III, Determinación del Derecho Aplicable, Subcapítulo I, Parte General.

Límites a la aplicación del derecho elegido o aplicable: en aras de evitar una potencial anulación del laudo, el tribunal arbitral puede considerar necesario tener en cuenta las normas de orden público de los Estados en los que probablemente se perseguirá la ejecución del laudo arbitral. Para ello, debe evitarse la combinación de la noción de normas de aplicación inmediata, *mandatory rules* o *lois de police*, por un lado; con la noción de orden público, por el otro.

XIV. LAUDO ARBITRAL

A. DECISIÓN CON PLURALIDAD DE ÁRBITROS

Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro (artículo 29 LACI): “En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal”.

B. FORMA Y CONTENIDO

Forma y contenido del laudo (artículo 31 LACI):

- 1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.
- 2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.
- 3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.
- 4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el numeral 1) de este artículo.

C. CORRECCIÓN E INTERPRETACIÓN

Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional (artículo 33 LACI):

- 1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:
 - a) Cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar.
 - b) Si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.
- 2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en la letra a) del numeral 1) de este artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.
- 3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.
- 4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los numerales 1) o 3) de este artículo.
- 5) Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

D. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

- Recurso de nulidad: el artículo 34 LACI establece como único medio de impugnación la petición de nulidad.

- Plazo (artículo 34 N° 3 LACI): “La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral”.
- Facultades de suspensión (artículo 34 N° 4 LACI): “El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.
- Vista del recurso (artículo 34 N° 5 LACI): “Las Cortes de Apelaciones colocarán las peticiones de nulidad de inmediato en tabla y gozarán de preferencia para su vista y fallo”.
- Características:
 - Acción o recurso: no es propiamente un recurso, sino una acción que procura la invalidación del laudo por haberse infringido las garantías más básicas que deben observarse en el arbitraje.
 - Recurso que emana de las facultades jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia.
 - Recurso extraordinario: solo procede en contra de laudos arbitrales. Son muy pocos los casos en que se ha acogido la nulidad en Chile.²⁸⁹
 - Tribunal competente: se interpone directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva.
 - Recurso de nulidad: tiene por objeto la invalidación del laudo.
 - Derecho estricto: solo procede por las causales taxativas previstas en la ley.
 - No constituye instancia: al solicitarse la ejecución del laudo e impetrarse la nulidad, no se configura una instancia revisora, al nunca verse el fondo.
- Otros recursos: no existe ni recurso de queja²⁹⁰ ni casación en los arbitrajes comerciales internacionales, debido a la existencia del recurso de nulidad y al principio de intervención mínima del Estado.²⁹¹
- Acción de corrección (artículo 33 N° 1 letra a) LACI): es una especie de solicitud de aclaración, rectificación o enmienda, pero no es un recurso.
- Recurso de interpretación (artículo 33 N° 1 letra b) LACI): tiene por objeto que el árbitro ofrezca una interpretación sobre algún punto o parte concreta del laudo.
- Recursos convencionales: en el comparendo de bases, las partes pueden mediante su autonomía de la voluntad establecer la procedencia de recursos de reposición durante la tramitación del arbitraje. Las partes pueden incluso introducir la procedencia de un recurso de apelación ante un panel arbitral de segunda instancia respecto de las resoluciones que se vayan dictando durante la sustanciación del recurso.

La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral (artículo 34 LACI):²⁹²

- 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) de este artículo.
- 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:
 - a) La parte que interpone la petición pruebe:
 - i. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o

²⁸⁹ Se acude a la jurisprudencia y doctrina comparada para completar esta materia.

²⁹⁰ Solo a través de la queja disciplinaria, y no vía recurso de queja, puede cuestionarse el comportamiento de los árbitros en arbitrajes comerciales internacionales.

²⁹¹ La jurisprudencia ha sido unánime en rechazar recursos de queja y de casación en contra de laudos arbitrales. Esto es consecuencia de la adopción del sistema dualista y no monista en el ordenamiento jurídico chileno. Sentencia de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 2019, Rol No. 613-2019.

²⁹² El artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional reproduce la literalidad de esta norma.

- ii. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o
 - iii. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas, o
 - iv. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o
- b) El tribunal compruebe:
- i. Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o
 - ii. Que el laudo es contrario al orden público de Chile.

1. Causales petición de parte de recurso de nulidad²⁹³

- Defectos del laudo relacionados con el incumplimiento de la voluntad de las partes en materia procesal:
 - Incapacidad:
 - Persona natural: las normas de capacidad son de orden público. Si no hay capacidad, nunca se produjeron los efectos negativo y positivo del acuerdo arbitral.
 - Persona jurídica: debe existir facultades expresas del representante de actuar por las normas internas de la empresa. Si el Estado suscribe un acuerdo arbitral, pero ha sufrido un defecto en el procedimiento de suscripción, por ejemplo, no autorizado por el Presidente de la República, no visada por el Ministro de Hacienda, existiendo una objeción de la Contraloría General de la República (D.L. N° 2.349), entonces el acuerdo arbitral es ineficaz.
 - Invalidez del acuerdo arbitral: debe distinguirse entre el contrato internacional y el acuerdo arbitral. A la luz de la separabilidad del acuerdo arbitral y el principio *Kompetenz-Kompetenz*, no podría impugnarse la decisión sobre el fondo de la controversia, pero puede anularse el laudo si un tribunal nacional ha considerado que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inejecutable (artículo 8 LACI), y por tanto el tribunal nacional concluye que el tribunal arbitral es incompetente para conocer de la controversia (artículo 16 N° 3 LACI). No hay consenso respecto del derecho que gobierna el acuerdo de arbitraje en caso de que las partes no lo hayan elegido expresamente.
 - Controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje y decisiones más allá del alcance del acuerdo del arbitraje (*ultra petita*): se ha interpretado que son los árbitros quienes deciden principalmente sobre el alcance del acuerdo, mostrando la jurisprudencia chilena gran deferencia a la decisión del tribunal arbitral. La competencia del tribunal arbitral está delimitada por el acuerdo, por lo que la parte del laudo que se pronuncie sobre una materia no comprendida en el acuerdo puede ser anulada por incompetencia del tribunal.
 - Defecto en la composición del tribunal arbitral: se han aducido como justificaciones de esta causal (i) la inexistencia de la entidad de nombramiento de los árbitros; (ii) la organización defectuosa del tribunal arbitral, siendo juzgada la controversia por un solo árbitro y no tres; (iii) la falta de las cualificaciones esperadas de los árbitros; (iv) recusación rechazada por el tribunal arbitral pero acogida por el Presidente de la Corte de Apelaciones (artículo 16 N° 3 LACI).
 - Defecto en el procedimiento arbitral: incumplimiento de las normas procedimentales del reglamento o las específicas estipuladas por las partes en el comparendo de bases. Si se fija que el idioma del

²⁹³ Guardan cierta similitud con las causales del recurso de casación en la forma.

arbitraje será inglés, y todas las partes, inclusive los árbitros, hablan español, puede no obstante solicitarse la nulidad si el juicio se tramita en español.

- Infracción al debido proceso:²⁹⁴ procede la nulidad por infracción de las normas procesales mínimas que supongan un impedimento grave al derecho de defensa de una de las partes. Se incluyen en esta causal los casos en que hayan sido violadas las normas procesales de carácter imperativo del país donde se dictó el laudo. Si las violaciones alegadas no están sustancialmente conectadas con el procedimiento y, más importantemente, son contradictorias con conductas anteriores del recurrente (*venire contra factum proprium non valet*), el recurso debe rechazarse.
 - Falta de emplazamiento: procede el recurso si no ha sido debidamente notificada (i) la designación de un árbitro; o (ii) las actuaciones arbitrales.
 - Imposibilidad de hacer valer el derecho de defensa: procede el recurso si (i) no se permitió a la parte impugnar la autenticidad de un instrumento presentado durante el juicio; (ii) se hizo admisible un documento en un idioma no autorizado en el acta del comparendo de bases.
 - Motivos rechazados: se han rechazado recursos de nulidad en la que se ha aducido esta causal por (i) dificultades económicas; (ii) imposibilidad de defenderse en el extranjero; (iii) barreras de lenguaje; (iv) falta de conformidad con los estándares constitucionales chilenos del debido proceso; (v) falta de participación o rebeldía en el juicio arbitral; (vi) notificación defectuosa y participación activa durante el procedimiento.²⁹⁵

2. Causales de oficio de recurso de nulidad

- Inarbitrabilidad: asunto no es susceptible por ser conocida por árbitros por la normativa nacional. Por ejemplo, de Policía Local, materias criminales.²⁹⁶
- Infracción al orden público: esta causal se funda en la infracción del orden público internacional, mas no en el orden público nacional.²⁹⁷ Debe existir una violación severa de los principios fundamentales del derecho sustantivo y procedimental chileno. En el *common law*, se dice que debe existir infracción claramente injuriosa (*clearly injurious*) o totalmente ofensiva (*wholly offensive*) de las más básicas nociones de moralidad y justicia (*most basic notions of morality and justice*). Se ha rechazado la ejecución de un laudo debido a que la controversia ya estaba siendo conocida por tribunales chilenos.²⁹⁸
 - Orden público internacional adjetivo: dentro de su contenido está comprendido (i) el respeto del debido proceso; (ii) igualdad de armas; (iii) principio de contradicción; (iv) imparcialidad del tribunal; (v) inadmisibilidad del fraude; y (vi) de la corrupción del tribunal arbitral.
 - Orden público internacional sustantivo: dentro de su contenido está comprendida (i) la inadmisibilidad de la indemnización de daños punitivos; (ii) prohibición de provecho del propio dolo, entre otros.

XV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y *FORUM & LAW SHOPPING*

El arbitraje comercial internacional opera al margen de la jurisdicción estatal, teniendo los tribunales ordinarios un rol de asistencia y supervisión respecto del arbitraje. Cabe entonces preguntarse si existe *forum shopping* si las partes se someten una controversia a arbitraje comercial internacional. Puede considerarse que efectivamente hay espacio para el *forum shopping*, ya que la elección de las partes de acceder al arbitraje está casi siempre acompañada de la elección de

²⁹⁴ La causal de la infracción al debido proceso es el argumento más invocado por los deudores de laudos arbitrales.

²⁹⁵ Esta causal se relaciona con la renuncia al derecho de objetar (artículo 4 LACI), ya que, si una de las partes no fue notificada o fue notificada defectuosa o tardíamente, pero luego participa activamente en el arbitraje, su comportamiento puede ser considerado por la Corte respectiva como impeditivo de la interposición del recurso de nulidad al no existir perjuicio.

²⁹⁶ Muchas veces los arbitrajes se encuentran con aristas penales.

²⁹⁷ Véase *supra* Capítulo III, Determinación del derecho aplicable, Subcapítulo primero, Parte general, Título III, Métodos de reglamentación en el Derecho Internacional Privado, Literal C, Método imperativo.

²⁹⁸ Sentencia de la Corte Suprema, 18 de octubre de 1999, *Transpacific Steamship vs. Euroamérica compañía de Seguros Generales*, Legal Publishing ID. No. 16.313.

la sede del arbitraje. La elección de la sede está motivada por razones de conveniencia y eficiencia, ya que las partes preferirán un país que presente una regulación *pro-arbitri* y cuya judicatura actúe amistosa y colaborativamente con los arbitrajes comerciales internacionales.

1. Motivos de las partes para optar por *forum & law shopping*

- *Forum shopping*: la motivación principal es la consecución de predictibilidad y certeza jurídica.
 - *Ex ante*: en las negociaciones, las partes discuten minuciosamente en qué Estado se ubicará la sede dadas las consecuencias jurídicas que la elección acarrea; principalmente, la *lex arbitri* y los tribunales ordinarios que asistirán al arbitraje. Diferentes países tienen diferente desarrollo. La eficiencia de los tribunales ordinarios, arbitrales y las instituciones arbitrales son distintas. Las soluciones normativas de la *lex arbitri* de cada país es diversa en relación a aspectos tan esenciales como la determinación de (i) la existencia, validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje; (ii) la arbitrabilidad de la disputa; (iii) la extensión de los efectos del acuerdo de arbitraje a terceros no signatarios, etcétera. Mediante la elección de la sede del arbitraje, las partes intentan reducir la complejidad de la disputa que eventualmente surja en la relación jurídica, y predeterminan el lugar en el que el arbitraje será conducido y asistido, además del derecho aplicable al procedimiento (*lex arbitri*) a falta de otra estipulación más específica. La elección de la sede supone automáticamente la exclusión de otros tribunales estatales para asistir al arbitraje, salvo exhortos excepcionales.
 - *Ex post*: una vez que la disputa surge, en caso de que las partes no hayan negociado anteriormente el foro, pueden estar interesadas en celebrar un acuerdo arbitral para evitar potenciales procesos paralelos y decisiones contradictorias.
- *Law shopping*: el Derecho Internacional Privado moderno está caracterizado por la competencia reguladora,²⁹⁹ particularmente en asuntos con una connotación pública reducida.
 - *Ex ante*: los derechos de distintos países y la *lex mercatoria* tienen distintas soluciones sustantivas en cuestiones que pueden resultar determinantes en la solución de la controversia, v.gr. prescripción, garantías, regulación de la renuncia a derechos. La elección siempre tenderá a beneficiar más a una parte, dependiendo del momento en que surja la controversia y las particularidades del caso. Adicionalmente, la elección de un derecho nacional implica la aplicación de las normas materiales de ese país, pero gran parte de la literatura considera que la opción igualmente supone la aplicación de las normas imperativas. Antes de elegir el derecho de fondo aplicable a la controversia, en operaciones económicas medianas y de gran tamaño, las compañías buscan asesoría jurídica en todas las implicancias que podría importar la remisión a uno u otro cuerpo normativo.
 - *Ex post*: una vez que la disputa surge, cada parte quiere obtener resultados específicos.
 - Acción torpedo (*torpedo action*): si las partes no han elegido anteriormente el derecho aplicable, puede que cualquiera de ellas intente una “acción torpedo” (*torpedo action*) en el foro de su preferencia para asegurar la aplicación de un derecho determinado. Esta acción implicaría simultáneamente *forum shopping* y *law shopping* y, si bien podría ser sancionada la táctica por contrariar la buena fe, no es seguro que el tribunal tomará tal determinación.³⁰⁰
 - Existencia de acuerdo de arbitraje sin haberse determinado el derecho aplicable: si las partes no han elegido el derecho, pero han celebrado un acuerdo arbitral, tenderán a presentar argumentos y defensas en el arbitraje que apunten a la aplicación de un determinado cuerpo normativo que proteja sus intereses. Pueden argüir que existe voluntad tácita en la elección,

²⁹⁹ Véase *supra* Capítulo III, Determinación del derecho aplicable, Subcapítulo primero, Parte general, Título IV, La aplicación del derecho extranjero, Literal C, Límites a la aplicación del derecho extranjero.

³⁰⁰ La aplicación de la CISG también puede ser derrotada si una de las partes comienza el procedimiento en un país que no haya ratificado la convención y las partes no la han hecho aplicable. Si una de las partes inicia el proceso en Gran Bretaña, y la norma de conflicto inglesa hace aplicable el derecho sustantivo inglés, podría de este modo evitarse la aplicación de la CISG.

o pueden dar razones para orientar la elección de la norma de conflicto (envío indirecto) o del derecho de fondo (envío directo) que el tribunal arbitral deba hacer, dependiendo de la disposición de la *lex arbitri* o del reglamento aplicable, en su caso.

2. Evaluación del *forum & law shopping*

- Visión clásica (inspiración savigniana): el *forum & law shopping* son opciones ilegítimas, ya que defraudan el principio que considera que los derechos de todos los Estados están en situación de igualdad en cuanto a su potencial aplicación.
- Doctrina estadounidense: el *forum & law shopping* es legítimo dependiendo del resultado. En la “carrera hasta la cima” o hacia arriba (*race to the top*), el *shopping* conduce a la aplicación de un derecho moderno y que protege adecuadamente los intereses de las partes. En la “carrera hasta el fondo” o hacia abajo (*race to the bottom*), el *shopping* conduce a la aplicación de un derecho que desprotege a las partes. Se critica esta solución en tanto (i) no todos los Estados están inmersos en la competencia reguladora; y (ii) la misma regla puede considerarse que “está en la cima o en el fondo” dependiendo del punto de vista asumido.
- Visión contemporánea: la evaluación no puede ser hecha en abstracto, sino que debe atender necesariamente a las circunstancias particulares del caso. El *shopping* es una herramienta útil y en cierto modo inevitable a la luz de la globalización económica, pero su uso abusivo debe ser limitado y sancionado.

3. *Forum & law shopping*, arbitraje comercial internacional y regulación pública

Existen ciertas áreas de los negocios internacionales que comportan un mayor contenido de regulación pública. En cualquier estadio del arbitraje comercial internacional, es posible que aparezcan intereses estatales que colisionen con la autonomía privada de las partes, que afecten el proceso y que tengan implicancias para su resolución. Particularmente, puede mencionarse (i) disputas corporativas; (ii) disputas del mercado financiero; y (iii) procedimientos de insolvencia (reorganización y liquidación).

Dependiendo del sistema jurídico, es posible que se opte al *forum & law shopping* si la regulación de estos sectores lo permite. El derecho europeo, por cierto, autoriza que las partes puedan elegir el foro, el derecho aplicable y que accedan al arbitraje con ciertos límites y condiciones. El derecho comunitario envía la decisión sobre el acceso al arbitraje a un Estado determinado, quien será quien en definitiva lo autorice o deniegue.

3.1. Derecho corporativo

El derecho corporativo (*lex societatis*) regula la manera en que las personas jurídicas se organizan. Son una especie de *lex specialis* del derecho de las obligaciones. Las personas jurídicas detentan privilegios importantes que surgen desde la incorporación, y es por estos privilegios que la legislación igualmente se preocupa de ponderar los intereses de la persona y sus miembros (*shareholders*) con los de terceros relacionados u otros involucrados en la actividad de la compañía (*stakeholders*), v.gr. acciones de responsabilidad en contra de los directores, validez de los acuerdos tomados por la junta de accionistas, ejercicio de derechos que emanan de acuerdos *ultra vires*, entre otros.

Interés regulatorio estatal: diferentes estados regulan de modo distinto el ejercicio de la jurisdicción respecto de disputas corporativas teniendo en cuenta (i) la protección de los intereses de terceros; (ii) la interpretación adecuada de la *lex societatis*; y (iii) la regulación del mercado.

Alternativas de resolución de disputas corporativas: muchas legislaciones contienen reglas especiales de resolución de controversias.

- Exclusión del arbitraje: las disputas corporativas solo pueden ser conocidas y decididas por los tribunales de justicia. Para ello, puede el legislador optar por una norma de competencia judicial internacional que confiere

jurisdicción exclusiva a los tribunales ordinarios, o puede optar por una norma material que excluye la arbitrabilidad de las controversias corporativas.

- Reconocimiento de acceso al arbitraje: las disputas corporativas pueden o deben ser resueltas por tribunales arbitrales. Por cierto, la LSA chilena establece que las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación, se resolverán a través de arbitraje (artículos 4 N° 10 y 125 LSA). No obstante, no queda claro si la LSA se refiere a arbitrajes domésticos o internacionales.
 - Reconocimiento incondicional: las disputas corporativas pueden ser resueltas mediante arbitraje sin establecer ningún tipo de limitación.
 - Reconocimiento condicional: el acceso a arbitraje depende del cumplimiento de ciertas condiciones.
 - Sede del arbitraje: algunos sistemas exigen que el arbitraje tenga por sede el del país de constitución o incorporación de la persona jurídica, de modo que se permita la revisión del laudo final por los tribunales estatales.
 - Modalidades especiales de constitución del tribunal arbitral.
 - Publicación: otros sistemas exigen que la demanda de arbitraje sea publicada, porque de lo contrario terceros interesados (*stakeholders*) o acreedores de la persona jurídica no se enterarían de la existencia del proceso.
 - Intervención de terceros: es necesaria la inclusión de los accionistas (*shareholders*) y terceros interesados (*stakeholders*) en función de evitar decisiones contradictorias, multiplicación de procedimientos, propender a la economía procesal, la transparencia, acceso a la justicia arbitral, entre otros.

3.2. Derecho financiero

Los Estados regulan los mercados financieros a la luz de múltiples aspectos públicos, que incluso potencialmente colisionan: (i) estabilidad del sistema macroeconómico; (ii) potenciamiento de ciertas características del mercado para atraer capitales extranjeros; (iii) protección de accionistas débiles; (iv) regulación del mercado del control corporativo.

Participantes del mercado: los participantes concurren a la regulación del mercado (i) implementando mercados privados de instrumentos financieros; (ii) adhiriendo a las reglas del mercado para acceder a este; (iii) determinando los contenidos de las ofertas de compra y de venta.

Factores transfronterizos de los mercados financieros:

- Movimiento libre de capitales.
- Tecnología de la información.
- Existencia de elección de foro y de derecho en los instrumentos financieros.

Resolución de disputas financieras:

- Posibilidades de promoción de disputas:
 - Disputas entre participantes del mercado.
 - Disputas entre un participante del mercado y el regulador del mercado.
 - Disputas corporativas de compañías con una obligación legal de registro público.
 - Disputas entre partes de una oferta pública de venta.
- Alternativas: desde un punto de vista comparativo, no existen actualmente respuestas concluyentes respecto de la posibilidad de que las partes accedan a arbitraje respecto de disputas financieras.

3.3. Derecho concursal

Desde un punto de vista tradicional, el derecho concursal se caracteriza por revestir una gruesa connotación pública.

Interés regulatorio estatal: el derecho de la insolvencia procura salvaguardar los intereses de los acreedores y de terceros, afectando inclusive “la ley del contrato” y por ende los intereses privados en virtud de encontrar una solución que satisfaga en la medida de lo posible a todos los participantes.

Alternativas de resolución de disputas corporativas:

- Exclusión del arbitraje:
 - Inarbitrabilidad: es posible que el derecho excluya el derecho concursal como materia susceptible de someterse a arbitraje.
 - Efectos de declaración de insolvencia: la resolución de liquidación o declaración de insolvencia puede producir la terminación o suspensión del juicio arbitral.
 - Acción pauliana: debe determinarse si es posible y, bajo qué condiciones, el acuerdo arbitral y/o el laudo final pueden declararse ineficaces.
- Reconocimiento de acceso al arbitraje: muchos derechos concursales permiten que las partes implementen mecanismos que procuren la solución de la disputa antes de que el liquidador y/o el tribunal ordinario prevean en el asunto. La autonomía privada tiene, en consecuencia, reconocimiento en estos sistemas jurídicos. Existen otras materias de interés público cuyas disputas son susceptibles de someter a arbitraje, como cuestiones relacionadas a la libre competencia y al derecho de propiedad intelectual. El derecho concursal es otro de los sectores que permiten arbitrajes. Sin embargo, los procedimientos de insolvencia implican un mayor grado de exigencia en la coordinación entre los órganos jurisdiccionales a la luz de los bienes públicos involucrados. Es necesaria una interpretación de la *lex concursus* y la *lex arbitri* que permita la consecución de los objetivos de ambos procesos. De aceptarse la procedencia del arbitraje en disputas concursales, surge la necesidad de despejar distintas interrogantes:
 - Validez de los acuerdos arbitrales celebrados luego de la declaración de insolvencia.
 - Determinación de la legitimación procesal del deudor y del liquidador en el arbitraje.
 - Efectos de la declaración de insolvencia: (i) continuación; o (ii) suspensión temporal.
 - Efectos del laudo arbitral sobre el procedimiento de insolvencia.
 - Efectos de las resoluciones del procedimiento de insolvencia sobre el arbitraje.
 - Momento de ejecución del laudo de arbitraje: antes, durante o después de la finalización del procedimiento de insolvencia.

3.4. El arbitraje comercial internacional como espacio virtuoso para el *forum & law shopping*

Es posible que una compañía se haya incorporado en Francia, se haya registrado en el Registro de Valores de São Paulo y en el Registro de Luxemburgo y tenga su establecimiento o centro de los intereses principales de la compañía en Italia, lugar en el que también se inicia un procedimiento de liquidación.

En casos complejos de Derecho Internacional Privado, el arbitraje comercial internacional puede presentarse como un espacio idóneo para hacer valer la pretensión de una o ambas partes.

Modelo para un arbitraje comercial internacional sensible a la regulación pública: el derecho de la Unión Europea anticipa un posible modelo que puede servir de inspiración a otros Estados.

- Armonización: para efectos de no afectar la soberanía y el orden público de un Estado, es recomendable promover la consecución de (i) mínima armonización en soluciones y principios sustantivos; y paralelamente (ii) máxima armonización de las normas y principios conflictuales.
- Regímenes especiales: si un asunto está protegido por un estatuto especial dada su connotación pública, es el sistema jurídico al que se le envía la aplicación de la norma de competencia judicial internacional el que debe determinar si es posible el *forum & law shopping* y el acceso al arbitraje. De armonizarse las normas de

competencia judicial internacional en una región o en todos los sistemas jurídicos, el sistema jurídico apto para determinar la arbitrabilidad de la materia sería solo uno.

- Principio *pro arbitri*: la CNY implica la existencia de una presunción de arbitrabilidad de toda disputa, salvo que se demuestre un interés estatal que pueda ser infringido por la remisión a arbitraje.
- Deferencia del tribunal arbitral a la regulación pública: determinado el tribunal competente para decidir sobre un asunto de interés público, si la *lex fori* permite acceder a arbitraje, el tribunal arbitral debe siempre tener en consideración las normas imperativas y los bienes jurídicos tutelados por dicho Estado durante la conducción del arbitraje y la resolución del asunto. En caso de fracasar en la cooperación con el Estado competente, se estaría comprometiendo el fundamento mismo del sistema del arbitraje internacional, cuya operación descansa inexorablemente en la discreción de los Estados. No son sino los Estados quienes (i) promulgan leyes de arbitraje comercial internacional; y (ii) ratifican tratados internacionales de arbitraje como la CNY.

CAPÍTULO CUARTO – EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE ACTOS Y DECISIONES EXTRANJERAS (TERCER PILAR)

En el tercer pilar del Derecho Internacional Privado, debe constatarse que lo que ha hecho la parte respectiva es optar por el foro extranjero (a diferencia del primer pilar, en donde escoge el foro chileno). La pregunta que surge es si el acto, documento, decisión o laudo extranjero se puede hacer valer en el territorio nacional. Un requisito que se repite en todos los sistemas de reconocimiento es que la decisión no violente el orden público chileno.

Una manera de evitar las decisiones contradictorias de los tribunales y autoridades de diferentes jurisdicciones que se ocupan del mismo asunto es mediante la observancia de una regla estricta de reconocimiento: cuando una relación o situación jurídica ha sido objeto de un certificado, orden, sentencia o cualquier otro acto público en una jurisdicción A, una autoridad estatal o un tribunal en la jurisdicción B que se ocupe del mismo asunto no se ocupará del fondo, sino que simplemente reconocerá en consecuencia el documento emitido en A y la relación o situación jurídica que surja o se certifique en él.³⁰¹

El sistema general de reconocimiento de sentencias extranjeras está consagrado en la regulación del exequátur que gobierna en el CPC. Existe igualmente una regulación especial de las sentencias extranjeras de divorcio y de nulidad matrimonial (artículo 83 LMC) y del reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros (artículos 35 y 36 LACI). El sistema de reconocimiento de documentos está regulado en la legislación procesal, teniendo en cualquier caso la Convención de la Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros papel protagónico en dicho aspecto.

I. DISTINCIÓN ENTRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Las sentencias son emanaciones del ejercicio de la función jurisdiccional, teniendo validez y eficacia limitada al territorio del Estado en que se pronuncian. Sin embargo, la doctrina, jurisprudencia y legislaciones están contestes en el hecho de que los fallos pueden ejecutarse y reconocerse en Estados distintos de aquellos de donde provienen para efectos de evitar fraudes.

Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras:

- Reconocimiento: acto por el cual un Estado otorga en su territorio a una resolución judicial extranjera los efectos procesales que le atribuye el derecho del Estado cuyos tribunales dictaron dicha resolución, a saber, (i) efectos declarativos; (ii) valor probatorio; y/o (iii) cosa juzgada. Pueden ser reconocidas sentencias constitutivas, meramente declarativas y de condena, siendo el reconocimiento para estas últimas requisito para su posterior ejecución.
- Ejecución: acto por el cual un Estado dota en su territorio, a una resolución extranjera, de fuerza ejecutiva. No procede aplicar la ejecución de las sentencias constitutivas o meramente declarativas pronunciadas por tribunales extranjeros, sino que solo pueden ejecutarse las sentencias de condena.

II. EXEQUÁTUR

El exequátur es el principal procedimiento en el tercer pilar. Funciona sobre la base que se ha elegido un foro extranjero y se pretende ejecutar la sentencia en Chile, anticipándose que no se reconocerá en el caso de que la sentencia se haya pronunciado en violación de la competencia de jueces chilenos. En otras palabras, si los tribunales chilenos tenían competencia para conocer el caso, no se podrá reconocer la sentencia.

³⁰¹ BASEDOW, Jürgen, *ob. cit.*, p. 48.

Exequátur: acto jurídico procesal, emanado y conocido por la Corte Suprema en sala, por el cual se autoriza a cumplir una sentencia ejecutoriada pronunciada en el extranjero, de cumplirse con los requisitos formales mínimos. No constituye instancia, no pudiendo la Corte Suprema revisar el mérito del proceso.

Procedimiento de exequátur: procedimiento civil contradictorio o de tramitación voluntaria que pretende dar efectos en Chile las sentencias extranjeras o los laudos arbitrales. No es un procedimiento que pueda analizar el mérito del mismo. Es un juicio de reconocimiento que realiza la Corte Suprema al analizar requisitos meramente formales, autorizando o visando la ejecución de sentencias extranjeras en nuestro país.

Regulación chilena del exequátur: bastante huérfana de normas, donde la mitad de la regulación ya no es útil. El juicio de reconocimiento es bastante arcaico. Que sea un juicio de reconocimiento significa que dota de fuerza de ejecutiva a las sentencias extranjeras.

Eliminación del exequátur: el Proyecto de Código Procesal Civil intenta eliminar el exequátur, intentando imitar el sistema que existe actualmente en la Unión Europea y que ha demostrado otorgar seguridad al tráfico de sentencias y decisiones en el ámbito comunitario. Bajo este sistema, una sentencia dictada en Alemania vale lo mismo que en España, de modo que puede procederse directamente a su ejecución en los tribunales españoles sin necesidad de tramitar el exequátur. Empero, el derecho de la Unión Europea todavía consagra el exequátur a propósito de jurisdicciones de Estados no miembros. PICAND considera un error eliminar de forma absoluta el exequátur.

A. SISTEMAS DE RECONOCIMIENTO

El CPC determina normas de competencia, de forma y de fondo. La Corte Suprema en Sala resuelve las solicitudes de exequátur. No es una instancia, toda vez que la Corte Suprema no puede examinar el fondo del asunto. El tribunal chileno no puede cambiar el mérito del procedimiento. Lo que hace la Corte es *nacionalizar* la sentencia extranjera de forma que se reconozca como propia del sistema chileno.

Sistema en cascada: el sistema chileno de exequátur es un sistema en cascada. Para que la Corte Suprema pueda resolver y conocer las reglas que aplicarán al procedimiento de exequátur, deberá avocarse a tres reglas o sistemas distintos que operarán de manera supletoria en caso de que la anterior fracase. En otras palabras, si el primer escalón no es suficiente, se pasará a la aplicación del segundo. Si el segundo también resulta ser insuficiente, se aplicará el tercer escalón.

1. Sistema convencional

El CPC establece que primero deberá examinarse si existen tratados internacionales que regule la materia, utilizándose las normas del tratado en su caso. Así, lo primero que debe determinar la Corte Suprema es el país del cual emana la sentencia y averiguar si existe o no tratado internacional con dicho Estado y si se encuentra o no ratificado por ambos países. Si la sentencia extranjera, por ejemplo, emana de Argentina, existe un tratado internacional de MERCOSUR que regula el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que la Corte Suprema chilena deberá aplicar al procedimiento de exequátur.

Tratados internacionales que regulan el exequátur:

- Convención de Nueva York de 1956 sobre obtención internacional de alimentos: no ha tenido aplicación en Chile.
- Convención de Nueva York 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.
- Convención de Panamá de 1976 sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Convención de MERCOSUR de 2009 sobre Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurídica Internacional en materia civil, comercial, laboral y administrativa.
- Código de Derecho Internacional Privado (Libro IV, Título Décimo).

2. Sistema de reciprocidad

Presenta tanto una dimensión positiva como una negativa, lo que supone una solución aún más estéril que la anterior.

- Dimensión positiva (artículo 243 CPC): se debe examinar si el Estado extranjero ha dotado de eficacia a las sentencias pronunciadas por tribunales chilenos. Si ha dado su cumplimiento, entonces las resoluciones que emanen de los tribunales extranjeros tienen el mismo efecto que el que se le otorgue por dicha Nación a las resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos.
- Dimensión negativa (artículo 244 CPC): la reciprocidad también tiene una dimensión negativa, que implica examinar si este Estado extranjero ha rechazado o aceptado solicitudes de eficacia de sentencias que proceden de Chile. Si no se les ha dado cumplimiento a ellas, las resoluciones extranjeras no tienen fuerza en Chile.

Tipo de reciprocidad requerida:

- Reciprocidad legal: la fundada y protegida por la ley.
- Reciprocidad de hecho: tratamiento que la jurisprudencia extranjera da a las sentencias nacionales.
- Posición ecléctica: como el legislador chileno no distingue el sistema preferido, comprende tanto la reciprocidad legal como la de hecho (criterio jurisprudencial).

El sistema de reciprocidad es una solución que está en desuso dada su dificultad probatoria. La jurisprudencia ha estimado que es quien alega la reciprocidad quien debe probarla. Este escalón es, en la práctica, letra muerta.

3. Sistema de regularidad internacional

La regularidad internacional da lugar o rechaza un exequátur cuando no procedan los primeros dos escalones. En el sistema chileno, es la regla general.

Artículo 245 CPC. “En los casos en que no puedan aplicarse las reglas anteriores, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si hubieren sido dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:”

- 1° Que no contenga nada contrario a las leyes de la República, pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio.
- 2° Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional.
- 3° Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción.
- 4° Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

3.1. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República

Debe interpretarse como una aplicación del orden público internacional. La sentencia no puede tener soluciones contrarias a las bases sustantivas del sistema chileno. La doctrina ha criticado que el primer numeral solo incluya referencia a la contravención de las leyes sustantivas, excluyendo las adjetivas o procedimentales. El respeto del debido proceso puede considerarse como una base sustantiva del procedimiento, pero puede igualmente considerarse como un principio procesal. La interpretación equívoca del debido proceso puede llevar a que un tribunal admita el reconocimiento de una decisión obtenida en el extranjero con graves infracciones del principio de contradicción o del derecho de defensa. Una lectura más acertada es estimar que si se pretende ejecutar un fallo en territorio nacional, no se considerará los aspectos formales del procedimiento. Por ejemplo, si el plazo para contestar la demanda en la ley procesal extranjera es más corto que el plazo chileno, la sentencia podrá de todos modos reconocerse. El primer numeral invita siempre a un análisis de fondo.

Rechazo del exequátur de sentencias extranjeras que decretan el embargo sobre bienes situados en Chile: el artículo 16 inciso 1° CC consagra una norma de conflicto unilateral que, según cierta jurisprudencia de la Corte Suprema, puede

ser igualmente entendida como una norma atributiva de competencia judicial internacional, configurándose en la práctica y por medio de esta interpretación un foro exclusivo en controversias sobre la propiedad y los bienes.³⁰² Mediante un ejercicio analógico, el factor de conexión del artículo 16 CC es utilizado como criterio de competencia, fundamentándose la analogía en el interés general o público del Estado en la regulación de los bienes y en la proximidad del juicio con dicho Estado. Esta tesis es sistemáticamente inconsistente.

- Aplicación del CDIPr: frente a un vacío legal, el tribunal chileno debe determinar si existe tratado internacional que regule la materia antes de aplicar las normas de derecho interno. Como no existen normas de competencia judicial internacional que se refieran al estatuto real en el derecho interno chileno, es necesario observar las soluciones contenidas en el CDIPr, el que distingue entre acciones personales y reales y determina el tribunal competente para conocer de acciones sobre bienes muebles e inmuebles. No es necesario que el tribunal chileno aplique el artículo 16 CC por analogía, ya que el vacío ha sido colmado por el CDIPr.
- Confusión en la aplicación de la norma de conflicto apropiada: la Corte Suprema ha confundido el derecho aplicable a los bienes, por un lado, con el derecho aplicable a los contratos y obligaciones, por el otro. El artículo 16 inciso 1° CC regula aquellos aspectos que guardan relación directa con el bien (*in rem*), no los ámbitos perimetrales (*ad rem*). Así, por ejemplo, si un francés celebra una compraventa de un inmueble situado en Chile en Francia, y teniendo en consideración que el derecho francés no distingue entre modo de adquirir y título, efectivamente el comprador no se hará del dominio del inmueble por la aplicación imperativa del artículo 16 inciso 1° CC ya que la transferencia del dominio es un aspecto que guarda relación directa con el bien. No obstante, el hecho que un inmueble sea embargado no se vincula con el estatuto real, sino con la lógica seguida en la regulación de los actos jurídicos y obligaciones. El embargo se decreta como consecuencia del incumplimiento de una determinada prestación en el contexto de un juicio ejecutivo. El derecho de prenda general de los acreedores (artículo 2465 CC) permite que un tribunal chileno decrete medidas cautelares sobre bienes ubicados en el extranjero. Del mismo modo, bienes chilenos pueden ser embargados por una sentencia extranjera. El artículo 16 inciso 1° CC no aplica al embargo de un bien situado en Chile, porque supondría desconocer la validez de un acto jurídico que produce efectos en Chile.
- Tendencia jurisprudencial reciente: en la última década, la Corte Suprema ha comenzado a aceptar los efectos de las sentencias extranjeras que decretan medidas cautelares y precautorias sobre bienes situados en Chile. Antiguamente, el desconocimiento de las sentencias extranjeras en esta materia era un criterio casi inamovible. La denegación de exequátur era realmente entendido como un escudo protector de los incumplidores.

3.2. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional

La jurisprudencia de la Corte Suprema nunca ha delimitado ni dotado de contenido el segundo numeral. Ciertos fallos han entendido que el artículo 245 N° 2 CPC regula la competencia judicial internacional al asegurar la competencia exclusiva de los tribunales chilenos, de modo que, si los tribunales chilenos eran competentes para conocer del asunto por aplicación de las normas de competencia internas, la sentencia extranjera no puede ser reconocida. Esta interpretación restringiría al máximo el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Una interpretación más recurrente y que permite en mayor medida la aplicación de la institución del exequátur es que, si el asunto debió haber sido conocido por tribunales chilenos y fue no obstante conocido por tribunales extranjeros, la sentencia extranjera se opone a la jurisdicción nacional. No existen criterios claros para definir cuándo los tribunales chilenos *deben* conocer asuntos que hayan sido fallados en el extranjero.

Cualquiera de las dos interpretaciones anteriores implica una consagración positiva del *imperialismo jurisdiccional*. En cierto modo, este principio está también reconocido en la regulación del reconocimiento de sentencias de divorcio y nulidad pronunciadas en el extranjero, al establecerse para ello requisitos exigentes (artículo 83 inciso 3° LMC).

³⁰² VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel (2018), *ob. cit.*, pp. 282-290.

3.3. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción

El tercer numeral implica la exigencia de debido emplazamiento de quien aparezca como condenado en la sentencia. PICAND considera que el tercer numeral hace alusión a la notificación del procedimiento contencioso sustanciado en el extranjero, de modo que, si el condenado nunca fue notificado, y no pudiendo considerarse que ha actuado en rebeldía, es posible que resista la ejecución de la sentencia en Chile. Esta interpretación presenta analogías con la institución de nulidad procesal de todo lo obrado por falta de emplazamiento del derecho procesal chileno (artículo 80 CPC).

Otra interpretación posible es considerar que el tercer numeral se refiere al procedimiento mismo del exequátur ante la Corte Suprema, de modo que no puede reconocerse y ejecutarse la sentencia extranjera si la parte no es válidamente notificada del trámite del exequátur.

En el caso de la rebeldía debe realizarse un examen casuístico. El error en la notificación puede disfrazarse de rebeldía de la contraparte. Ello podría vulnerar el debido proceso, dejando al condenado en situación de indefensión. No obstante, si el condenado ha asumido voluntariamente la rebeldía durante el procedimiento en el Estado extranjero, no existen impedimentos para realizar el trámite de exequátur en Chile.

3.4. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas

Si la sentencia extranjera produce efectos de cosa juzgada de conformidad con el derecho procesal del país de origen, es posible solicitar su reconocimiento en Chile.

Sentencias que causan ejecutoria: la doctrina mayoritaria considera que la sentencia debe producir efectos de cosa juzgada y, por tanto, no es posible reconocer sentencias o decisiones extranjeras que no estén firmes o ejecutoriadas. Situación especial presenta el tratado internacional MERCOSUR, que permite la ejecución de sentencias que causan ejecutoria. Si la sentencia proviene de uno de los países miembros, no es necesario aplicar el sistema de regularidad internacional al operar el primer escalón.

B. PROCEDIMIENTO DE EXEQUÁTUR

– Negocios contenciosos:

- Solicitud o “*demanda de exequátur*” frente a la Corte Suprema (artículo 247 CPC). Requisitos:
 - Requisitos comunes a todo escrito.
 - Constitución válida de patrocinio y poder.
 - Acompañamiento de copia legalizada o apostillada del fallo que se trata de ejecutar, considerándose la sentencia un instrumento público.
 - Acompañamiento de traducción, en caso de ser necesario.
- Providencia que recae en la solicitud (artículo 248 CPC): la Corte Suprema conferirá traslado, debiendo notificarse personalmente a la parte contra la cual se pide la ejecución. Si el demandado no se encuentra en Chile, sino en el extranjero, teniendo no obstante todos sus bienes en Chile, será notificada a través de un exhorto. Si este es el caso, en la demanda debe acompañarse como otrosí la autorización del exhorto del exequátur. Para estos efectos, se abre un cuaderno separado bajo otro rol para notificar a la persona en el extranjero a través de un exhorto internacional.
- Contestación (artículo 248 CPC): la parte notificada tendrá para exponer lo que estime conveniente un término igual al de emplazamiento para contestar demandas. Con la contestación de la parte o en su rebeldía, y con previa audiencia del fiscal judicial, el tribunal declarará si debe o no darse cumplimiento a la resolución.

- Etapa probatoria (artículo 250 CPC): si el tribunal lo estima necesario, podrá abrir un término de prueba antes de resolver en la forma y por el tiempo que el CPC establece para los incidentes. Vencido el término probatorio, el tribunal debe fallar.
- Etapa de sentencia: la sentencia que resuelve el exequátur es inapelable, y pueden ser condenatorias, declarativas o constitutivas.
- Negocios no contenciosos (artículo 249 CPC): no cabe dar traslado, por no existir contraparte, resolviendo el tribunal con solo la audiencia del fiscal judicial. Procede un término probatorio, si el tribunal lo estima conveniente.
- Sentencias o laudos arbitrales (artículo 246 CPC): se hará constar su autenticidad y eficacia por un trámite adicional (*double exequátur*), a saber, por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo. Norma obsoleta, por la promulgación de la LACI y por la aplicación de CNY.

C. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL EXEQUÁTUR

- Generación de título ejecutivo: con el reconocimiento de una resolución extranjera, se podrá generar un título o fundamento de una ejecución posterior.
- Generación excepción de cosa juzgada.
- Generación de efectos documentales y registrales: la concesión del exequátur permite que la sentencia sea invocada como medio de prueba.
- Ejecución del fallo (artículo 251 CPC): “Mandada cumplir una resolución pronunciada en país extranjero, se pedirá su ejecución al tribunal a quien habría correspondido conocer del negocio en primera o única instancia, si el juicio se hubiera promovido en Chile”. Procedimiento a seguir:
 - Procedimiento consagrado en el tratado internacional respectivo que otorga valor al fallo extranjero.
 - Procedimiento que corresponda de acuerdo a las reglas generales de la legislación chilena: con la sentencia homologada, la parte interesada puede dirigirse al juez civil correspondiente, prosiguiéndose un juicio ejecutivo.

Sentencias constitutivas y meramente declarativas: en estos casos, se tendrá por terminado el trámite de exequátur con la autorización y homologación de la Corte Suprema. Se trataría de una ejecución impropia.

III. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN MATERIA DE MATRIMONIO

La LMC se ha encargado de regular el reconocimiento y ejecución de sentencias de divorcio y nulidad. Sin embargo, ha dejado fuera otras materias relacionadas con el matrimonio.

Artículo 83 LMC. “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción.

Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil.

En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno.

Tampoco se reconocerá valor a las sentencias obtenidas en fraude a la ley. Se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur”.

Requisitos para el reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio y nulidad: la jurisprudencia ha extendido y dotado de contenido estos requisitos.

- Procedimiento no específico: la LMC reconoce plena validez en Chile a las sentencias de divorcio decretadas en el extranjero, para lo cual, y durante el proceso de exequátur, deberán utilizarse las normas generales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (artículos 242-251 CPC). Es decir, deberá determinarse qué sistema de reconocimiento aplica, procediendo a la averiguación sobre (i) la existencia de tratados internacionales con el Estado del cual proviene la sentencia;³⁰³ (ii) la reciprocidad; o (iii) la regularidad internacional.
- Sentencia de naturaleza judicial y no administrativa: el autor del proyecto de LMC estimó pertinente incorporar este requisito con el objeto de privar de valor en Chile a la figura de la “repudiación”³⁰⁴ y, en general, a las disoluciones decretadas exclusivamente por autoridades religiosas. En consecuencia, sólo cabe pedir el exequátur de sentencias extranjeras de divorcio, pronunciadas por tribunales jurisdiccionales estatales. Este requisito permite que se otorguen mayores garantías de seguridad tanto entre cónyuges como para terceros, principalmente en relación a los hijos. Por ejemplo, Uruguay y China declaran divorcios vía órganos administrativos, y en Noruega los divorcios pueden ser pronunciados por el alcalde.
- Sentencia extranjera no debe oponerse al orden público chileno: hasta la promulgación de la Ley N° 21.400, este requisito podía ser utilizado para oponerse al reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio que disolvía matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo.
- Que no exista fraude a la ley chilena (artículo 83 inciso 4° LMC):
 - Fraude a la jurisdicción: la hipótesis regulada en la ley consiste más en un “fraude a la jurisdicción” que a la ley chilena.
 - Presunción de mala fe: el legislador chileno ha utilizado una fórmula especial basada en una presunción de derecho de la mala fe para fijar cuándo estamos en presencia de fraude a la ley chilena.
 - Fundamento: con la presunción de mala fe, el legislador chileno busca impedir que los cónyuges, sin importar su nacionalidad o el lugar de celebración del matrimonio, concurren a un tribunal extranjero para que decrete el divorcio y de esa manera eludan los plazos de cese de convivencia exigidos por la ley chilena y que son necesarios para pedir el divorcio ante los tribunales chilenos.
 - Hipótesis de fraude a la ley: para evitar la configuración del fraude, es recomendable que los cónyuges acompañen en ambos casos un documento que dé cuenta del momento de cese de convivencia.
 - Mutuo acuerdo en cese de la convivencia: los cónyuges han tenido domicilio en Chile durante *cualquiera* de los 3 años anteriores a la sentencia extranjera que declara el divorcio, cuando *ambos cónyuges* están de acuerdo en que su convivencia ya había terminado durante al menos ese tiempo.
 - Discordia en cese de la convivencia: los cónyuges han tenido domicilio en Chile durante *cualquiera* de los últimos 5 años anteriores a la sentencia extranjera que declara el divorcio, cuando *cualquiera de los cónyuges* no está de acuerdo respecto del plazo en que terminó la convivencia de ellos.

³⁰³ El único tratado internacional suscrito y ratificado por Chile en estas materias es el CDIPr.

³⁰⁴ La figura del repudio coexiste en los sistemas jurídicos musulmanes junto al divorcio, pero a diferencia de esta última, aquél consiste en un privilegio del cónyuge varón que ni el juez ni la esposa pueden controvertir. Esta voluntad unilateral en la terminación del matrimonio es lo que produce rechazo en la cultura occidental; incluso, el *badith* lo califica como el acto lícito más detestable que puede ejercer un musulmán. Dentro de los países musulmanes, sólo Turquía y Túnez han abolido esta especial forma de terminación del matrimonio. En Argelia, el acto de repudio se ha judicializado, debiendo ser aprobado por el juez para que sea válido, aun cuando éste no pueda cuestionar los motivos del repudio. En Marruecos existe pendiente un proyecto de reforma que busca sustituir el repudio por el divorcio judicial (2003). En términos generales, es posible advertir la existencia de dos clases de repudio: (i) el repudio clásico, en el cual el marido, a propuesta del Corán, debe reflexionar antes de solicitarlo; y (ii) el repudio *Khol*, pronunciado por el marido a petición de su mujer. GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, Cristina, “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, en CALVO CARAVACA, A.; CASTELLANOS RUIZ, E. (coords.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 411.

- Críticas a la regulación del fraude a la ley:
 - Inconsistencia sistémica: la ley fuerza a los cónyuges a interponer la acción ante los tribunales chilenos, independiente de la real vinculación que puedan tener con el Estado y los tribunales extranjeros a los que acuden, y les fija plazos en los que no deben haber estado domiciliados en Chile. Estos plazos son mucho mayores a los fijados para el cese de convivencia (1 y 3 años, respectivamente) requeridos para pedir el divorcio en Chile, lo cual es contradictorio y muestra una alta inconsistencia jurídica que sólo puede ser corregida a través de una modificación de la norma.
 - Técnica legislativa deficiente: el artículo 83 LMC regula de forma contraintuitiva y oscura lo que se entenderá por fraude a la ley. La diferencia de las hipótesis de fraude descansa en el acuerdo o la discrepancia de los cónyuges en la fecha del cese de convivencia, que es un hecho fácilmente manipulable a beneficio o detrimento de los cónyuges.

IV. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO

A. TRAMITACIÓN

Se utiliza un criterio automático. No es necesario aplicar las normas del CPC, solo debiéndose presentar el laudo a los tribunales civiles como documento, acompañándose y apostillándose en su caso. No obstante, existe una tendencia jurisprudencial que aplica las normas del CPC, (i) haciendo aplicable el procedimiento de exequátur; y (ii) exigiendo el *doble exequátur*, esto es, requiriendo un trámite adicional ante los tribunales de la sede del arbitraje.

En la práctica, la diferencia dramática entre el exequátur y el reconocimiento y ejecución de un laudo de arbitraje es la rapidez en la tramitación.

1. Procedimiento de exequátur

La Corte Suprema, a pesar de que la LACI prima por criterio de especialidad sobre el artículo 246 CPC, ha exigido en algunas ocasiones que el laudo arbitral sea tramitado conforme al procedimiento del exequátur para efectos de reconocer y ejecutar laudos arbitrales extranjeros. El razonamiento consistiría en entender que si bien el reconocimiento y ejecución se gobierna por tratados internacionales (artículo 242 CPC), para la ejecución del laudo debe seguirse los procedimientos que establezca la ley chilena en cuanto no aparecen modificados por dichos tratados.

Artículo III CNY. “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, *no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas*, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales”

Contrariamente a lo sostenido por la Corte Suprema, podría considerarse que la exigencia de tramitarse el procedimiento de exequátur es, precisamente, una imposición de condiciones más rigurosas u onerosas comparativamente con respecto al reconocimiento y ejecución de laudos domésticos.³⁰⁵

2. Doble exequátur

Artículo 246 CPC. “Las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo”.

³⁰⁵ PALOMINOS ARAVENA, Orlando, “Analysis of chilean case law on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, N° 2 (2018), p. 384.

Dicha regla es una norma obsoleta: “No es posible ni razonable exigir que un tribunal ordinario del Estado en donde se ha llevado a cabo el arbitraje “*visé*” el laudo arbitral extranjero, pues ello equivaldría a someterlo a un doble procedimiento de verificación: (i) primero, en el Estado del cual proviene el laudo; (ii) luego, en el Estado de ejecución, lo que no se condice con el espíritu de la Ley N° 19.971 y de la Convención de Nueva York de 1958, que parten de la base que los laudos arbitrales son obligatorios desde que se dictan y, por tanto, siempre son ejecutables, a menos que la parte demandada pruebe alguna de las causales taxativas previstas en la Ley o en la Convención”.³⁰⁶ Para arribar a esta conclusión, se discute si (i) se aplica directamente la LACI; o (ii) si aplica la CNY por ser un tratado internacional, reglamentando el reconocimiento y ejecución de laudos por el “primer escalón” del sistema en cascada (artículo 242 CPC).³⁰⁷

B. REQUISITOS DE PRESENTACIÓN

Reconocimiento y ejecución (artículo 35 LACI):

- 1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.
- 2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.

C. OPOSICIÓN

La CNY inspira la circulación de valores jurídicos diversos a través de distintas jurisdicciones. No obstante, la convención igualmente reconoce la posibilidad de resistir a la circulación de valores que afectan los valores o intereses fundamentales del foro en el que se intente la ejecución del laudo. Estos valores emanan de la Constitución del foro, pero también se ha afirmado que derivan de reglas de Derecho Internacional Público, sean reglas de (i) *ius cogens*,³⁰⁸ (ii) costumbre internacional; o (iii) principios generales reconocidos por las naciones civilizadas (artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Dado el inmenso tráfico comercial, se ha estimado que es incluso posible invocar reglas o principios de orden público internacional elaborados espontáneamente por la comunidad comercial internacional, una suerte de reglas imperativas de *lex mercatoria*. Esta sería una nueva manera de entender el orden público internacional, ya no como una especie de dispositivo de limitación de aplicación del derecho extranjero, sino como propiamente reglas originadas en el escenario internacional, v.gr. prohibición y lucha contra la corrupción.

Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución (artículo 36 LACI): son casi idénticas que las causales de nulidad, agregándose una referida a la falta de vinculatoriedad del laudo por (i) la falta de oportunidad en la ejecución; (ii) la anulación del laudo; o (iii) la suspensión del laudo.

- 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:
 - a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:
 - i. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes

³⁰⁶ PICAND ALBÓNICO, Eduardo, “El exequátur en Chile. Eficacia de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 340-344.

³⁰⁷ Idem, p. 383.

³⁰⁸ Es discutible si las normas de *ius cogens* pueden desempeñar un papel en los negocios internacionales.

- lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo, o
- ii. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o
 - iii. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o
 - iv. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, o
 - v. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo,³⁰⁹ o
- b) Cuando el tribunal compruebe:
- i. Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o
 - ii. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile.
- 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) de este artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

D. CAUSALES “NO ESCRITAS” PARA RECHAZAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

La Corte Suprema no solo ha exigido la realización del trámite del *exequátur* (lo que puede interpretarse como una contravención al artículo III CNY), sino que, además, ha introducido causales distintas que las señaladas en la LACI.

- Falta de “jurisdicción personal”: se ha rechazado el reconocimiento de un laudo si no existe conexión entre el laudo y Chile. Antes que un tribunal pueda ejercer jurisdicción sobre una de las partes, la noción de jurisdicción personal implica como necesario que dicha parte tenga un mínimo de contactos con el foro del tribunal. No sería posible, de este modo, decidir sobre partes que no son habitantes de Chile.³¹⁰ Críticas: (i) a los tribunales chilenos corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan (artículo 5 COT); (ii) las causales de rechazo solo son las enumeradas en el artículo 36 LACI y en el artículo V CNY; (iii) admitir la falta de jurisdicción personal como motivo de rechazo a la ejecución podría convertir a Chile en un “paraíso de laudos inejecutables”; (iv) afectaría la neutralidad de los tribunales chilenos.
- Ineficacia del laudo: se ha rechazado reconocimientos de laudos arbitrales por infringirse el *doble exequátur*,³¹¹ esto es, por no hacerse constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo. Críticas: (i) la exigencia del

³⁰⁹ Causal más polémica, en tanto ha habido casos en que se han reconocido en un Estado laudos anulados en otro Estado, basándose (i) en el lenguaje permisivo de la Convención de Nueva York, que utiliza la voz “*podrá ser denegado*” (artículo V N° 2 CNY); y (ii) en la posibilidad de invocar las normas de derecho interno por las partes que les resulten más favorables (artículo VII CNY).

³¹⁰ En *EDF International S.A. v. Endesa et al*, se consideró que la existencia de activos en Chile por la empresa demandante domiciliada en París no constituía razón suficiente para pedir la ejecución del laudo en contra de los demandados ENDESA y YPF, domiciliados en Madrid y Buenos Aires respectivamente. Véase Sentencia de la Corte Suprema, 8 de septiembre de 2011, *EDF International S.A. v. Endesa et al*, Microjuris ID No. MJJ29225.

³¹¹ Cuando se ha rechazado el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero por infracción al artículo 246 CPC, la Corte Suprema ha indicado otras razones adicionales para dichos efectos. A pesar del mérito de las razones adicionales, no puede obviarse el incorrecto razonamiento jurisprudencial. La Corte Suprema ha reconocido explícitamente que el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales depende únicamente de la LACI y, por tanto, no puede tener cabida la aplicación del artículo 246 CPC.

double exequatur se encuentra derogada por la CNY, la Convención de Panamá y la LACI; (ii) exigirlo es contrario al principio de presunción de validez del laudo arbitral; (iii) exigirlo es contrario al alcance del artículo V CNY y 36 LACI que establecen taxativamente las causales de oposición al reconocimiento.

- Excepciones dilatorias: se han rechazado uniformemente las excepciones dilatorias intentadas en el trámite del exequátur. Esta defensa no está recogida en la regulación chilena del exequátur, en la CNY ni tampoco en la LACI.

E. TENDENCIA JURISPRUDENCIAL

La Corte Suprema ha concedido uniformemente la autorización para ejecutar laudos arbitrales extranjeros, siguiendo una aproximación *pro-arbitri* y *pro-enforcement* que es consistente con la tendencia histórica de Chile de facilitar los arbitrajes comerciales internacionales. Asimismo, la Corte Suprema ha materializado correctamente los objetivos de la CNY, toda vez que se han rechazado peticiones de revisión de los méritos del laudo y solicitudes de rechazo que contradicen la conducta anterior de las partes, reconociendo la taxatividad de las causales de oposición, y construyendo una noción de orden público acorde a la práctica internacional.

V. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS

El principio de reconocimiento no aplica únicamente a sentencias o laudos extranjeros. El principio de reconocimiento tiene igualmente una importante función cuando se trata del efecto de los actos emitidos por las autoridades administrativas y ministros de fe extranjeros.

Requisitos para que el documento público otorgado en el extranjero tenga valor en Chile:

- Forma ajustada a la legislación del país en el cual se extendió el instrumento (*lex locus regit actum*).
- Acreditación de la autenticidad del mismo a través del cumplimiento de los trámites para la homologación:³¹²
 - o Apostilla o legalización: no debe confundirse la apostilla o legalización con la certificación. Certificar implica que el secretario del tribunal ponga el timbre del Archivo Judicial en un documento.
 - o Traducción (artículo 347 CPC): “Los instrumentos extendidos en lengua extranjera se mandarán traducir por el perito que el tribunal designe, a costa del que los presente, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas en la sentencia. Si al tiempo de acompañarse se agrega su traducción, valdrá ésta; salvo que la parte contraria exija, dentro de seis días, que sea revisada por un perito, procediéndose en tal caso como lo dispone el inciso anterior”.
 - o Protocolización (artículo 420 N° 5 COT): necesario para todo instrumento otorgado en el extranjero.

Instrumentos otorgados ante cónsules: de acuerdo al reglamento consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, estos tienen la facultad de ser ministros de fe, pudiendo otorgar instrumentos públicos sin cumplir los trámites señalados. Empero, la firma del cónsul debe ser verificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

1. Apostilla

La apostilla consiste en una certificación única que permite legalizar documentos públicos para que sean válidos tanto en Chile como en el extranjero. La Convención de la Haya del año 1961 establece la creación de la apostilla, que consiste únicamente de un timbre y una pegatina. Actualmente se usa la apostilla electrónica o E-Apostilla.

Chile se hace parte de la Convención de la Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros el año 2016. Antiguamente, para lograr la autenticación del documento, se debía efectuar una *cadena de legalización de documentos*. Con la suscripción de la Convención, actualmente solo es necesaria la realización de un trámite único.

³¹² Los instrumentos privados no se convierten en públicos por su apostilla o legalización.

Requisitos: para que la apostilla sea otorgada deben seguirse los reglamentos particulares de cada país. En la experiencia comparada, es normalmente el cónsul o uno de sus subordinados quien autoriza el documento apostillado. En Chile se utiliza la E-Apostilla y, por tanto, es un trámite que puede realizarse directamente por internet.

Omisión del trámite de legalización por apostilla (artículo 345 bis CPC): “Los instrumentos públicos otorgados en un Estado Parte de la Convención de la Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, no deberán ser sometidos al procedimiento de legalización, si respecto de éstos se ha otorgado apostillas por la autoridad designada por el Estado de que dimana dicho instrumento”.

2. Legalización

Trámite mediante el cual se establece la autenticidad del documento otorgado en el extranjero mediante la comprobación de que (i) en los documentos conste el carácter de públicos; y (ii) que conste la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, ambas circunstancias atestiguadas o verificadas por atestado, es decir, el testimonio prestado por altas autoridades, y otorgado por alguno de los funcionarios establecidos en el artículo 345 CPC.

Formas de realizarse (artículo 345 inciso 2º CPC): la autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios se comprobará en Chile por alguno de los medios siguientes.

- Directamente en el momento de otorgarse el instrumento: la legalización se verifica mediante el atestado de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede, y cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- En caso de no existir representación diplomática entre ambos países: la legalización se verifica mediante el atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país de procedencia del instrumento, a falta de funcionario chileno, certificándose en este caso la firma por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del país a que pertenezca el agente o del Ministro Diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en ambos casos.
- A posteriori una vez que el documento se encuentra en Chile: la legalización se verifica mediante el atestado de un agente diplomático extranjero acreditado en Chile por el gobierno del país de procedencia del instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. El proceso se compone de dos actuaciones: (i) acreditación de la firma del funcionario extranjero por parte de un agente diplomático o consular; y (ii) acreditación de la firma de dicho diplomático por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

CAPÍTULO QUINTO – COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (CUARTO PILAR)

I. EXHORTOS INTERNACIONALES³¹³

A. ASPECTOS GENERALES

Durante un juicio ordinario, especial o arbitral, es posible que el tribunal o las partes requieran la cooperación jurídica de autoridades extranjeras con el objeto de que se practiquen determinados actos procesales o diligencias en su territorio, se reciban pruebas o se emitan informes acerca del contenido y vigencia del derecho extranjero³¹⁴ que las partes han pactado para resolver la controversia.

El acto jurídico a través del cual un juez ordinario o un árbitro requieren cooperación jurídica internacional a un Estado extranjero para la realización de diligencias en su territorio se denomina exhorto internacional o carta rogatoria. El supuesto básico de un exhorto internacional es la existencia de un proceso en donde alguno de sus actos debe realizarse en el extranjero. El exhorto internacional permite dar curso progresivo al proceso a través de la ejecución de ciertas diligencias que deben ejecutarse en el extranjero y que el tribunal no puede ejecutar por sí mismo, permitiéndole de esa manera contar con elementos relevantes para la resolución del asunto.

Clasificación de los exhortos internacionales:

- Activos: el exhorto es activo desde la perspectiva de la autoridad que requiere ejecución de una diligencia en el extranjero.
- Pasivos: el exhorto es pasivo desde la perspectiva de la autoridad a la cual se solicita la ejecución de una diligencia en su territorio.

Los exhortos internacionales son una clara muestra de la necesaria relación de colaboración y cooperación mutua que debe existir entre los distintos órganos jurisdiccionales en el desarrollo de sus funciones. No son órdenes que formulen los jueces o árbitros a las autoridades extranjeras, pues no existe ningún vínculo de subordinación entre unos y otros, sino solicitudes de cooperación internacional para la práctica de diligencias dentro de su territorio. Esto explica que su ejecución, salvo la existencia de tratados internacionales en donde el Estado se haya comprometido expresamente a cumplir estas peticiones, no sea obligatoria, pues responde únicamente a un acto de amistosa cooperación entre autoridades basado en el principio de reciprocidad.

Por ejemplo, a través de un exhorto o carta rogatoria, (i) un tribunal podría solicitar a las autoridades judiciales españolas que notifiquen a una de las partes que se encuentra domiciliada en Madrid una determinada resolución que ha dictado; (ii) de igual forma, en un arbitraje comercial internacional con sede en Chile, el recurrente de nulidad podría solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva que formule un exhorto internacional para notificar al representante legal de la recurrida que se encuentra en los Estados Unidos de América, la interposición del recurso de nulidad interpuesto en contra del laudo arbitral; (iii) incluso más, el tribunal, a petición de alguna de las partes, podría exhortar a un juez mexicano con el objeto de que éste tome declaración a un testigo o perito o bien decrete medidas cautelares sobre bienes situados en su territorio y que sean de propiedad del demandado.

Las autoridades del Estado requerido normalmente cumplirán en tiempo y forma el requerimiento de asistencia internacional que formule el tribunal, salvo que motivos fundados justifiquen lo contrario, lo que podría ocurrir cuando (i) las diligencias requeridas perturben la competencia judicial internacional de sus autoridades; (ii) no cumplan los requisitos formales mínimos que debe contener un exhorto internacional; o (iii) de cualquier manera la ejecución de la solicitud vulnere gravemente el orden público del Estado requerido.

³¹³ PICAND ALBÓNICO, Eduardo, “Los exhortos internacionales en el juicio arbitral”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014.

³¹⁴ Véase la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero de 1979.

B. REGULACIÓN DE LOS EXHORTOS INTERNACIONALES

1. Derecho chileno

Artículo 76 CPC. “Cuando hayan de practicarse actuaciones en país extranjero, se dirigirá la comunicación respectiva al funcionario que deba intervenir, por conducto de la Corte Suprema, la cual la enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste a su vez le dé curso en la forma que esté determinada por los tratados vigentes o por *las reglas generales adoptadas por el Gobierno*.”

En la comunicación se expresará el nombre de la persona o personas a quienes la parte interesada apodere para practicar las diligencias solicitadas, o se indicará que puede hacerlo la persona que lo presente o cualquiera otra.

Por este mismo conducto y en la misma forma se recibirán las comunicaciones de los tribunales extranjeros para practicar diligencias en Chile”.

Alcance del artículo 76 CPC: norma general plenamente aplicable a toda clase de procedimientos, cualquiera sea su naturaleza, al encontrarse consagrado en el Libro I referido a “Disposiciones Comunes a Todos Procedimiento”, Título VII “De las Actuaciones Judiciales”. La jurisprudencia de la Corte Suprema muestra que este procedimiento ha sido utilizado sin inconvenientes en los juicios arbitrales, no sólo por árbitros de derecho, sino también por arbitradores y árbitros mixtos.

“Reglas generales adoptadas por el gobierno”: el artículo 76 CPC dispone que la tramitación de los exhortos internacionales se ajustará, a falta de tratados internacionales, a las “reglas generales adoptadas por el Gobierno”. PICAND considera que esta referencia es diversa a la remisión a los principios generales de Derecho Internacional al que aluden otras normas del ordenamiento jurídico chileno a falta de tratados internacionales, como ocurre en (i) la extradición pasiva (artículo 449 letra b) CPP); (ii) domicilio político (artículo 60 CC), supuestos en los que la Corte Suprema ha fallado que deben aplicarse los preceptos generales que inspiran los tratados bilaterales y multilaterales suscritos y ratificados por Chile. La expresión utilizada en el artículo 76 CPC es tremendamente desafortunada, ya que la noción de gobierno se relaciona con la división ejecutiva y administrativa de un Estado. PICAND estima que la expresión “reglas generales adoptadas por el Gobierno” debe interpretarse como una referencia directa a las reglas generales contenidas en la ley procesal chilena, o sea, en los principios generales que regulan los exhortos internos en el ordenamiento jurídico chileno (artículos 71-75 CPC).

2. Tratados internacionales

Los requisitos de forma y fondo de los exhortos internacionales, así como las diligencias que pueden requerirse y las causales que pueden oponer los Estados para denegar la solicitud de asistencia, se encuentran reglamentados en diversos tratados internacionales bilaterales y multilaterales suscritos y ratificados por Chile. A continuación se analizan los principales textos convencionales que reglamentan esta materia.

2.1. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975 (“CIECR”)

La CIECR es aplicable plenamente a todo tipo de juicio, por cuanto nuestro país, al momento de ratificar la Convención y conforme lo dispuesto en el artículo 16 CIECR, formuló la siguiente Declaración: “Que se extienden las normas de la misma a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial”.

Autoridad competente: el 5 de mayo de 1987, Chile designó al Ministerio de Relaciones Exteriores como autoridad central para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias a los efectos provistos en la CIECR.

Objeto de los exhortos internacionales (artículo 2 CIECR): se aplicará a los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención, y que tengan por objeto cualquiera de los siguientes.

- a) Realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero;
- b) Recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

Objeto excluido (artículo 3 CIECR): la Convención no se aplica a ningún exhorto o carta rogatoria referente a actos procesales distintos de los mencionados precedentemente; en especial, a los actos que impliquen ejecución coactiva.

2.2. Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, suscrito en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (“Protocolo Adicional”)

El artículo 1 del Protocolo Adicional dispone que el instrumento se aplicará exclusivamente a aquellas actuaciones procesales enunciadas en el artículo 2 letra a) CIECR, las cuales se entenderán, para los solos efectos de este Protocolo, como la comunicación de actos o hechos de orden procesal o solicitudes de información por órganos jurisdiccionales de un Estado Parte a los de otro, cuando dichas actuaciones sean el objeto de un exhorto o carta rogatoria transmitida por la autoridad central del Estado requirente a la autoridad central del Estado requerido.

Autoridad competente: a la fecha, nuestro país aún no designa autoridad central para este Protocolo Adicional.

2.3. Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975 (“CIRPE”)

La CIRPE es aplicable a todo tipo de procedimiento, por cuanto nuestro país, al momento de ratificar la Convención, formuló la siguiente Declaración: “Que se extienden las normas de la misma a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias, que se refieran a la recepción u obtención de pruebas en materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial”.

Requisitos para el cumplimiento de los exhortos (artículo 2 CIRPE): los exhortos o cartas rogatorias emanados de procedimientos jurisdiccionales en materia civil o comercial, que tuvieren como objeto la recepción u obtención de pruebas o informes, dirigidos por autoridades jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención a las de otro de ellos, serán cumplidos en sus términos en caso de cumplirse con los siguientes requisitos.

- Orden público: la diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohíban.
- Disposición de medios: el interesado pone a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios que fueren necesarios para el diligenciamiento de la prueba solicitada.

Autoridad competente: nuestro país designó como Autoridad Central para esta Convención a la “Dirección Jurídica” del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

Obtención de pruebas (artículo 11 CIRPE): la Convención no prevé la intervención de los “particulares” en la recepción u obtención de pruebas, a diferencia de lo establecido en el artículo 2 letra b) CIECR.

2.4. Código de Derecho Internacional Privado

Los exhortos o comisiones rogatorias se encuentran reglamentados en el Título Quinto (artículos 388-393 CDIPr), normas aplicables al derecho chileno a la luz del vacío normativo en la materia.

Artículo 388 CDIPr. “Toda diligencia judicial que un Estado contratante necesite practicar en otro, se efectuará mediante exhorto o comisión rogatoria cursados por la vía diplomática. Sin embargo, los Estados contratantes podrán pactar o aceptar entre sí en materia civil o criminal cualquier otra forma de transmisión”.

Competencia:

- Decisión sobre competencia del tribunal exhortante (artículo 389 CDIPr): “Al juez exhortante corresponde decidir respecto a su competencia y a la legalidad y oportunidad del acto o prueba, sin perjuicio de la jurisdicción del juez exhortado”.
- Decisión sobre competencia del tribunal exhortado (artículo 390 CDIPr): “El juez exhortado resolverá sobre su propia competente *ratione materiae* para el acto que se le encarga”.

Derecho aplicable (artículo 391 CDIPr): “El que reciba el exhorto o comisión rogatoria debe ajustarse en cuanto a su objeto a la ley del comitente y en cuanto a la forma de cumplirlo a la suya propia”.

Lenguaje del exhorto (artículo 392 CDIPr): “El exhorto será redactado en la lengua del Estado exhortante y será acompañado de una traducción hecha en la lengua del Estado exhortado, debidamente certificada por intérprete juramentado”.

Representación en las diligencias exhortadas (artículo 393 CDIPr): “Los interesados en la ejecución de los exhortos y cartas rogatorias de naturaleza privada deberán constituir apoderados, siendo de su cuenta los gastos que estos apoderados y las diligencias ocasionen”.

C. REQUISITOS PARA LA EJECUCIÓN DE EXHORTOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales antes aludidos establecen la obligación a los Estados miembros de cumplir los exhortos o cartas rogatorias en la medida que reúnan los siguientes requisitos mínimos:

- Legalización: el exhorto o carta rogatoria debe encontrarse legalizado, salvo que sea transmitido por medio de la Autoridad Central designada por el respectivo Estado Parte o lo haya remitido directamente un tribunal de zona fronteriza.
- Traducción: el exhorto o carta rogatoria y la documentación anexa deben remitirse debidamente traducidos al idioma oficial del Estado requerido.
- Documentos que deben adjuntarse al exhorto:
 - CIECR:
 - Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada.
 - Información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar, y las advertencias que le hiciere dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad.
 - En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente.
 - Protocolo Adicional:
 - Copia de la demanda o de la petición con la cual se inicia el procedimiento en el que se libra el exhorto o carta rogatoria, así como su traducción al idioma del Estado Parte requerido.
 - Copia no traducida de los documentos que se hayan adjuntado a la demanda o petición.
 - Copia no traducida de las resoluciones jurisdiccionales que ordenen el libramiento del exhorto o carta rogatoria.

- Un formulario elaborado según el texto B del Anexo a este Protocolo,³¹⁵ que contenga la información esencial para la persona o la autoridad a quien deban ser entregados o transmitidos los documentos.
- Un formulario elaborado según el texto C del Anexo a este Protocolo en el que la autoridad central deberá certificar si se cumplió o no el exhorto o carta rogatoria.
- Una copia del exhorto o carta rogatoria acompañada del Formulario B, así como de las copias de que tratan los literales a), b) y c) de este artículo, se entregará a la persona notificada o se transmitirá a la autoridad a la que se dirija la solicitud. Una de las copias del exhorto o carta rogatoria con sus anexos quedará en poder del Estado requerido; y el original no traducido, así como el certificado de cumplimiento con sus respectivos anexos, serán devueltos a la autoridad central requirente por los conductos adecuados.
- Autenticación de los documentos: el Protocolo Adicional señala que las copias se considerarán autenticadas, a los efectos del artículo 8 letra a) CIECR, cuando tengan el sello del órgano jurisdiccional que libre el exhorto o carta rogatoria.

Menciones especiales que deben contener los exhortos o cartas rogatorias en que se solicite la recepción u obtención de pruebas o informes en el extranjero (artículo 4° CIRPE):

- Indicación clara y precisa acerca del objeto de la prueba solicitada.
- Copia de los escritos y resoluciones que funden y motiven el exhorto o carta rogatoria, así como los interrogatorios y documentos que fueran necesarios para su cumplimiento.
- Nombre y dirección tanto de las partes como de los testigos, peritos y demás personas intervinientes y los datos indispensables para la recepción u obtención de la prueba.
- Informe resumido del proceso y de los hechos materia del mismo en cuanto fuere necesario para la recepción u obtención de la prueba.
- Descripción clara y precisa de los requisitos o procedimientos especiales que el órgano jurisdiccional requirente solicitare en relación con la recepción u obtención de la prueba, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 párrafo primero y en el artículo 6 CIRPE.

Elaboración del exhorto internacional (artículo 3 Protocolo Adicional): los exhortos o cartas rogatorias se elaborarán en formularios impresos en los idiomas de los Estados requirente y requerido. Particularmente, el formulario A.

D. DILIGENCIAS O PRUEBAS QUE PUEDEN REQUERIRSE

El texto del artículo 76 CPC no individualiza ni describe qué clase de actuaciones o diligencias pueden realizarse o qué resoluciones son susceptibles de cumplimiento mediante un exhorto internacional, pues solo regula los sujetos que intervienen y al procedimiento aplicable. En cambio, los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes, en general, permiten la ejecución de toda clase de diligencias internacionales y obtención de medios de pruebas, sometiendo su práctica a la ley del Estado requerido.

- CIECR:
 - La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero (artículo 2 CIECR).
 - La recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto (artículo 2° CIECR).
- CIRPE:
 - Recepción y obtención de pruebas (artículo 2 CIRPE).
 - Recepción y obtención de informes (artículo 2 CIRPE).

³¹⁵ Para los formularios véase PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2014), *ob. cit.*

Discusión sobre la admisibilidad del exhorto de diligencias probatorias que impliquen medidas coercitivas: se discute si es procedente aceptar el exhorto de diligencias que supongan, por ejemplo, la conducción forzada de un testigo a declarar ante un tribunal o la imposición de multas. La jurisprudencia de la Corte Suprema es vacilante en orden a dar lugar a las solicitudes que implican actos de ejecución coactiva.³¹⁶

- Inadmisibilidad: no es procedente la solicitud, ya que implicaría que una autoridad extranjera vulnere los derechos esenciales de las personas que se encuentran dentro del territorio del Estado requerido.
- Admisibilidad: PICAND considera que las medidas coercitivas deben ser ejercidas por el tribunal exhortado, puesto que el requerimiento sólo se “solicita” conforme la ley del Estado requirente, pero siempre se “cumplirá” conforme la ley del Estado donde se ejecutará el acto de apremio o coerción, cuyas autoridades jamás darán lugar a la actuación si su propia ley no lo permite. En consecuencia, limitar apriorísticamente esta clase de diligencias no se ajusta a los principios generales que inspiran la cooperación jurídica internacional, debiendo estar siempre abierta la posibilidad de ejecutar cualquier clase de diligencia de trámite o que permita la producción de prueba, pues el control previo de constitucionalidad y legalidad de la medida lo hará siempre el Estado requerido conforme su propia ley. Por lo demás, el artículo 3° inciso 3° CIRPE dispone expresamente que “(...) en el cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias los órganos jurisdiccionales del Estado requerido podrán utilizar los medios de apremio previstos por sus propias leyes (...)”, lo que despeja cualquier duda sobre el particular.

Admisibilidad del exhorto de medidas cautelares:

- Inadmisibilidad: no es procedente la solicitud por riesgo de afectación de derechos fundamentales.
- Admisibilidad: los artículos 1 N° 2, 9 y 11 LACI permiten expresamente a los árbitros decretar medidas cautelares en un arbitraje comercial internacional. El carácter provisorio y anticipado de tutela de derechos que envuelven las medidas cautelares se encuentra íntimamente ligado con la efectividad de las sentencias, de manera que la tardanza en el pronunciamiento de la decisión jurisdiccional justifica el empleo de medidas provisionales que aseguren su resultado.

Utilización de videoconferencia internacional para rendir prueba testimonial o pericial desde el extranjero: el Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica admite todos los medios de prueba obtenidos lícitamente, incluso la posibilidad de producirlos por medio de videoconferencia internacional. El uso de videoconferencia no es un medio de prueba especial, sino que una especial forma de rendir el medio de prueba, permitiendo que testigos o peritos que puedan encontrarse en el extranjero presten declaración en el procedimiento que se lleva a cabo en Chile. El uso de la videoconferencia internacional no exime la necesidad de formular el exhorto internacional que deberá remitirse previamente al extranjero con el objeto de requerir la práctica de la prueba testimonial o pericial de que se trate.

E. TRAMITACIÓN DEL EXHORTO INTERNACIONAL EN CHILE

El artículo 76 CPC dispone que el tribunal requirente debe enviar el exhorto por conducto de la Corte Suprema a la autoridad que deba participar en la diligencia, la que a su vez remitirá la solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile con el objeto de que “le dé curso” en la forma que establezcan los tratados o las normas generales.

Si bien la redacción de la norma entrega una competencia bastante residual a la Corte Suprema, estando solo encargada de “conducir el pedido”, la práctica muestra que el rol que cumple es bastante más relevante al mencionado en la ley. La Corte Suprema realiza un profundo examen de forma y fondo de la solicitud mediante un mecanismo uniforme y regular, solicitando incluso la opinión técnica de la Fiscalía Judicial, la que no está obligada a realizar dicho trámite.

³¹⁶ Exhortos internacionales, Rol N° 5383-2010, 2675-2010 y 2054-2010.

Procedimiento:

- Revisión de formalidades: cuando la Corte Suprema recibe un exhorto internacional de un tribunal chileno, sea ordinario, especial o arbitral, el Presidente de la Corte Suprema revisará que no existan defectos formales del requerimiento. Si no existen defectos, se continúa a la siguiente etapa.
- Vista de la causa de la Fiscalía Judicial: cumpliéndose las formalidades, el Presidente de la Corte Suprema ordena la vista de la Fiscalía Judicial para que emita una opinión técnica sobre su procedencia.
- Evacuación informe de la Fiscalía Judicial:
 - Informe positivo: evacuado el Informe Fiscal, si éste no observa la falta de algún aspecto formal, el Presidente dicta una resolución ordenando que el asunto se vea en cuenta por la Sala respectiva de nuestro máximo tribunal.
 - Informe negativo: el Presidente dicta normalmente la resolución “*bágase como lo solicita la Fiscalía Judicial*”, ordenando la devolución de los antecedentes al exhortante para que éste subsane el defecto detectado. Corregida la deficiencia, nuevamente ingresará el exhorto a la Corte Suprema y se ordenará que el Fiscal Judicial informe nuevamente.
- Vista de la causa (en cuenta): cumplidos los trámites anteriores, corresponderá a una Sala de Corte Suprema conocer sobre la procedencia de la solicitud. La Sala dependerá de la materia de que trate el exhorto internacional. Posibilidades:
 - Existencia de defectos formales: ordenará que se devuelva al tribunal exhortante para su corrección.
 - Existencia de defectos de fondo o improcedencia de la solicitud: examinando el fondo de ella, procederá a su rechazo, decretando la devolución de los antecedentes al exhortado.
 - Inexistencia de defectos formales o de fondo: si no advierte defecto formal o de fondo sobre la solicitud, le dará curso, remitiendo directamente los antecedentes al tribunal nacional exhortado.

F. EJECUCIÓN DE LAS DILIGENCIAS EN EL ESTADO REQUERIDO

Los exhortos o cartas rogatorias se tramitan de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido. Sin embargo, a solicitud del órgano jurisdiccional requirente, podrá otorgarse al exhorto o carta rogatoria una tramitación especial, o aceptarse la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no fuera contrario a la legislación del Estado requerido.

Registro y remisión del cumplimiento de diligencia exhortada (artículo 4 Protocolo Adicional): una vez cumplido el exhorto o carta rogatoria, el órgano u órganos jurisdiccionales que lo hayan diligenciado, dejarán constancia de su cumplimiento del modo previsto en su ley interna, y lo remitirá a su autoridad central con los documentos pertinentes. La autoridad central del Estado Parte requerido certificará el cumplimiento del exhorto o carta rogatoria a la autoridad central del Estado Parte requirente según el Formulario C del Anexo, el que no necesitará legalización. Asimismo, la autoridad central requerida enviará la correspondiente documentación a la requirente para que ésta la remita junto con el exhorto o carta rogatoria al órgano jurisdiccional que haya librado este último.

Competencia del tribunal exhortado:

- Competencia para conocer de la diligencia exhortada: el órgano jurisdiccional requerido tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada. Esto debe entenderse sin perjuicio que, conforme lo dispuesto en el artículo 13 CIECR, los funcionarios consulares o agentes diplomáticos de los Estados Partes puedan dar cumplimiento a las diligencias en el Estado en donde se encuentren acreditados, siempre que ello no se oponga a las leyes del mismo.
- Declaración de incompetencia de tribunal exhortado: si el órgano jurisdiccional requerido se declara incompetente para proceder a la tramitación del exhorto o carta rogatoria, transmitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad judicial competente de su Estado.

Rechazo de ejecución del exhorto internacional por el Estado requerido:

- Orden público: el Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario al orden público.
- Recepción de pruebas previas al procedimiento (artículo 9 CIRPE): el órgano jurisdiccional requerido podrá rehusar, conforme al artículo 20 inciso primero, el cumplimiento del exhorto o carta rogatoria cuando tenga por objeto la recepción u obtención de pruebas previas a procedimiento judicial o cuando se trate del procedimiento conocido en los países del *common law* bajo el nombre de *pretrial discovery of documents*.

Costos y gastos que implica ejecutar la diligencia en el extranjero: en el trámite y cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias, las costas y demás gastos correrán por cuenta de los interesados. Será facultativo del Estado requerido dar trámite al exhorto o carta rogatoria que carezca de indicación acerca del interesado que resultare responsable de los gastos y costas cuando se causaren. En los exhortos podrá indicarse la identidad del apoderado del interesado para los fines legales. El beneficio de pobreza se regula por las leyes del Estado requerido.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo I, 5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando, *El Derecho Internacional Privado ante la jurisprudencia chilena*, Santiago, Nascimento, 1943.
- ANDERSON, Torbjörn, “Parallel and Conflicting Enforcement of Law”, en ANDERSON, T. (ed), *Parallel and Conflicting Enforcement of Law*, Leiden, Norstedts Juridik, 2005.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, 6ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- BASEDOW, Jürgen, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 360, La Haya, 2015.
- BERGER, Klaus, “The new law merchant and the global market place – A 21st Century view of transnational commercial law”, en BERGER, K. (ed), *The practice of transnational law*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, disponible en: https://www.trans-lex.org/2/_/a-21st-century-view-of-transnational-commercial-law/#head_4
- BERMANN, George, “The gateway problem in international commercial arbitration”, en *Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1 (2012).
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3ª edición, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2021.
- BRAND, Ronald; JABLONSKI, Scott, *Forum non conveniens – History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRAND, Ronald; JABLONSKI, Scott, *Forum non conveniens – History, Global Practice, and Future under The Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “La norma de conflicto del siglo XXI” en: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.; SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; VIRGÓS SORIANO, M.; AMORES CONRADI, M.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.; ÁLVAREZ RUBIO, J. (coords.), *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, 2005.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, 17ª edición, Granada, Comares, 2017.
- CAREY TAGLE, Jorge; FERNÁNDEZ RUÍZ, Gonzalo, “Los costos en el arbitraje”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- CARNELUTTI, Francesco, “Teoría general del Derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955.
- CARVAJAL CORTÉS, Arturo, *El juez y el Derecho extranjero*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966.
- CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo, “Arbitraje comercial internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- CUNIBERTI, Gilles, “Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement”, en *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21 (2006).
- DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- DOUGLAS, Zachary, “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”, en *British Yearbook of International Law*, No. 74 (2003).
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado actual*, Buenos Aires, Zavalía, 2015.
- DUNCKER BIGGS, Federico, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967.

- ESPLUGUES MOTA, Carlos; IGLESIAS BUHIGUES, José Luis, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- FAWCETT, James, *Declining Jurisdiction in Private International Law, Report to the XIV Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, 1994*, Oxford: Oxford University Press, 1995.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Extranjería: principios de derecho internacional general”, en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, No. 11 (1999).
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; BOUZA VIDAL, Núria; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José; GALLANT, Estelle; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago; QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana; FARNÓS AMORÓS, Esther; VINAIXA MIQUEL, Mònica; FONT I SEGURA, Albert; FITCHEN, Jonathan, “El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la doctora Núria Bouza Vial”, en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, Barcelona, No. 2 (2017).
- FOLLINIER-AYALA, Alejandro, “Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, Vol. 2, No. 2 (2014).
- FOLLONIER-AYALA, Alejandro, “Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, Vol. 2, N° 2 (2014).
- FORSTÉN, Denice, *Parallel Proceedings and the Doctrine of Lis Pendens in International Commercial Arbitration. A comparative study between the common law and civil law traditions*, Master’s Thesis in Procedural Law (Arbitration), Faculty of Law, Uppsala Universitet, 2015.
- FOUCHARD, Philippe, “La loi-type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international”, en *Journal du Droit International Clunet* (1987).
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Parte General, 2ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004.
- GOLDMAN, Berthold, *Lex Mercatoria*, en *Forum Internationale on Commercial Law and Arbitration*, Vol. 3, Kluwer, Deventer, 1983.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado – Derecho de la tolerancia*, 5ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. *Derecho Internacional Privado. Parte General*, México, Nostra, 2010.
- GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016 [1997].
- HAY, Peter; BORCHES, Patrick; SYMEONIDES, Symeon, *Conflict of Laws*, 5ª edición, Saint Paul, West Academic Publishing, 2010.
- HAYWARD, Benjamin, *Conflict of laws and arbitral discretion. The closest connection test*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- HOBÉR, Kaj, “Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration”, en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, La Haya, Vol. 336, 2014.
- HOBÉR, Kaj, “Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration”, *Recueil des cours de la Académie de droit international de la Haye*/, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 366, La Haya, 2014.
- JEQUIER, Eduardo, “*Curso de Derecho Comercial. Tomo P*”. 2ª edición. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2017.
- JERNIGAN, Finity, “Forum Non Conveniens: Whose Convenience and Justice?”, en *Texas Law Review*, Vol. 86, No. 5 (2008).
- JUENGER, Friedrich, “General course on Private International Law”, en *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, La Haya, Vol. 193, 1983.

- KADENS, Emily, “The Myth of the Customary Law Merchant”, en *Texas Law Review*, Vol. 90, No. 1153 (2012).
- KARTUVOV, Mikhail, “Advantages and disadvantages of International Commercial Arbitration in comparison to litigation and other means of dispute resolution”, en *Evropský politický a právní diskurz*, Vol. 2, No. 3 (2015).
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Vernengo, R. (trad.), México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, [1960] 1982.
- LABBÉ AROCCA, Juan Pablo, “La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el arbitraje comercial internacional: análisis de algunas teorías”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 25, N° 2, 2018.
- LARA AGUADO, Ángeles, “Impacto del reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 28 (2014).
- LEÓN HURTADO, Avelino, *La causa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983 [1962].
- LYLON PUELMA, Alberto, *Personas jurídicas*, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile, 1985.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, *La litispendencia*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999.
- MATURANA MIQUEL, Cristián, *Relación entre la litispendencia, la acumulación de autos y la cosa juzgada*, Memoria para optar para el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1982.
- MCLACHLAN, Campbell, “Lis pendens in International Litigation”, en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, La Haya, Vol. 336, 2009.
- MERUANE OSORIO, Dione, *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional*, Santiago, El Jurista, 2018.
- MERUANE OSORIO, Dione, *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional*, Santiago, El Jurista, 2018.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI, Madrid, Tecnos, 1984 [1748].
- MORALES, Marcelo, “Fusión internacional de sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico chileno”, Tesis doctoral bajo la dirección del Profesor Dr. don Mauricio HARTWIG-JACOB, LL.M., para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2014.
- MOSQUERA RUÍZ, Mario; MATURANA MIQUEL, Cristián, *Los recursos procesales*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- NAVARRETE BARRUETO, Jaime, *El reenvío en Derecho Internacional Privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- NEUHAUS, Paul, “Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache”, en *RechtsZ*, Vol. 15 (1949).
- NEWMAN, Lawrence; NELSON, Nancy, “Forum Non-Conveniens, Comity, Antisuit Injunctions and Parallel Proceedings”, en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 90 (1996).
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006.
- NOVÝ, Zdeněk, “Lis pendens between international investment tribunals and national courts”, en *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, Vol. 8 (2017).
- ORREGO VICUÑA, Francisco, “Lis Pendens Arbitralis” en CREMADES, B.; LEW, J., *Parallel State and Arbitral Proceedings in International Arbitration*, París, International Chamber of Commerce Publishing, 2005.
- PALAVECINO MUÑOZ, Franco, “Consideraciones para la configuración de una norma de conflicto moderna de derecho corporativo”, en *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, Año VIII, No. 8, 2022.
- PALAVECINO MUÑOZ, Franco, “La litis pendencia en el arbitraje comercial internacional”, en *Cuadernos de Estudios Internacionales*, Publicación del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, No. 2 (2021).

- PALAVECINO MUÑOZ, Franco, “Sobre la existencia de un sistema jurídico anacional: la *lex mercatoria* como derecho anacional y un análisis sobre el arbitraje comercial internacional como sistema trasnacional de administración de justicia”, Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2022.
- PALOMINOS ARAVENA, Orlando, “Analysis of chilean case law on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, N° 2 (2018).
- PAULSSON, Jan, *Denial of justice in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- PAUWELYN, Joost; SALLES, Luiz Eduardo, “Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions”, en *Cornell International Law Journal*, Vol. 42, No. 1 (2009).
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo, “Los exhortos internacionales en el juicio arbitral”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo, *Derecho Internacional Privado chileno. Leyes, tratados y jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2018.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo; COULON BAUER, Sebastián, “Algunas reflexiones sobre la “internacionalidad pactada” en la Ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “El matrimonio en el sistema chileno de Derecho Internacional Privado”, ponencia presentada en el seno del Seminario *El Derecho Internacional Privado en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: balance de una década*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2007.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “Inmunidad de jurisdicción”, en *Oficio Fiscalía Nacional* No. 0658/2014, 2014.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “La sucesión por causa de muerte en el sistema chileno de Derecho Internacional Privado”, en *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 9, No. 17 (2020).
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo, “El exequátur en Chile. Eficacia de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- PUGA VIAL, Juan Esteban, “Mercantilidad y el arbitraje comercial internacional”, en PICAND, E. (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- PUGA VIAL, Juan Esteban, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020.
- RABEL, Ernst, *The Conflict of laws. A comparative study II*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1960.
- RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, *Derecho Internacional Privado*, Santiago, LegalPublishing, 2009.
- RAMMELOO, Stephan, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- RIED UNDURRAGA, Ignacio, “Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLV (2015).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de derecho procesal*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- SAMTLEBEN, Jürgen. “El principio de la territorialidad en América Latina” en *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika. Beiträge aus internationaler und regionaler Perspektive*, traducción por Luis Fernández de la Gándara, Aachen, Shaker Verlag, 2010.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Estado Democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 10 (2011).
- SANTOS BELANDRO, Rubén, *Derecho civil internacional y de familia*, 2ª edición, Montevideo, AEU, 2013.
- SCHERNER Karl-Otto, *Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision?*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, Vol. 118 (2001).
- SCHMITTHOFF, Clive, “The Unification of the Law of International Trade”, en *Journal of Business Law*, Vol. 105 (1968).

- SHANY, Yuval, *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- STORY, Joseph, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, 2ª edición, Boston, Billiard, Gray and Company, 1841.
- THOMAS, Kym, “Issues of *Lis pendens* and *Kompetenz-Kompetenz* in international commercial arbitration”, LLM Research Paper International Arbitration (Laws N° 521), Faculty of Law, Victoria University of Wellington, 2009.
- TRAKMAN, Leon, “The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage”, en *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 12, No. 2 (1980).
- TRAKMAN, Leon, “The law merchant: the evolution of commercial law”, en *The International Lawyer*, Vol. 21, No. 2 (1987).
- UZAL PUIG, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2016.
- VAN LOON, Hans, “The Global Horizon of Private International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 380, La Haya, 2015.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, “Comprensión del principio competencia-competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15 (2010).
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, “Ley chilena de arbitraje comercial internacional: análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 2 (2015).
- VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, 5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel, “Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales”, en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 17, No. 2 (1990).
- VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel, “La aplicación del Derecho extranjero en Chile después del Tratado con Uruguay”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 18, N° 1 (1991).
- VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018.
- VOLCKART Oliver; MANGELS, Antje, “Are the roots of the modern *lex mercatoria* really medieval?”, en *Southern Economic Journal*, Vol. 65, No. 3 (1999).
- VON SAVIGNY, Friedrich Karl, “System des heutigen römischen Rechts”, MESÍA, J.; POLEY, M. (trads.), *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, 1878 [1849].
- WÄCHTER, Karl Georg von. “Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten”, en *Archiv für die civilistische (AcP)*, No. 24 (1841); No. 25 (1842).
- WEINBERG DE ROCA, Inés Mónica, “*Derecho Internacional Privado*”, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2004.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations: Roman Foundations of the Civil Tradition*, Cape Town, Juta & Co, 1990.
- GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, Cristina, “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, en CALVO CARAVACA, A.; CASTELLANOS RUIZ, E. (coords.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004.

2. Literatura institucional

- Organización Mundial del Comercio, *International Trade Statistics 2009*, WTO, Ginebra, 2009.
- Organización Mundial del Comercio, *Report 2010*, WTO, Ginebra, 2010.
- International Law Association, *Final Report in Lis Pendens and Arbitration*, Conference of Toronto, 2006.

3. Jurisprudencia

- Sentencia de la Cour de cassation, civile, Chambre civile 1^{ère}, 6 de abril de 2011, No. 369-09-66-486, Publié au bulletin, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023832074/>.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 17 de agosto de 2012, *Casanueva Reyes Lizado del C. con Gavilán Villaroel*, Rol N° 236-2012.
- Sentencia de la Corte Suprema canadiense, 25 de mayo de 1993, *Amchem Products Incorporated v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 1993 CanLII 124 (SCC), [1993] 1 SCR 897, disponible en: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1993/1993canlii124/1993canlii124.html>
- Sentencia de la Corte Suprema, 10 de marzo de 1947, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).
- Sentencia de la Corte Suprema, 21 de noviembre de 1950, *Holzmann con Gainsborg*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, secc. 2ª.
- Sentencia de la Corte Suprema, 25 de enero de 1999, *Broom y Cía. con Exportadora Frutícola Antumalal*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVI, secc. 1ª.
- Sentencia de la Corte Suprema, 31 de marzo de 2008, Cuarta Sala Especial), Rol No. 16-2008, Revista Fallos del Mes 549, enero a junio de 2008.
- Sentencia del 14° Juzgado Civil de Santiago, 6 de mayo de 2010, *Fastpack S.A. con Bureau Veritas Chile S.A.*, Rol N° 36.961-2009.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3 de febrero de 1993, asunto C-148/91 (*Vereniging Veronica Omroep Organisatie contra Commissariaat voor de Media*), Recopilación de Jurisprudencia 1993, página Rec. I-513.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97 (Centros contra *Erbverns-og Selskabstyrelsen*), Recopilación de Jurisprudencia 1999, página Rec. I-1459.
- Sentencia de fecha 24 de abril de 1959, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, Segunda Parte, Sección Segunda.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 25 de junio de 2020, *Veras con Servicio de Registro Civil e Identificación*, Rol No. 7.774-2019.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2006, *D'Arcy Masius Benton & Bowles Inc. Chile c. Otero, Miguel*, Recurso: 865/2006.
- Sentencia de la Corte Suprema, 21 de junio de 2010, Rol N° 1724-2010.
- Informe de la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, 29 de mayo de 2009, Rol N° 5228-2008.
- Sentencia de la Corte Suprema, 8 de septiembre de 2009, Rol N° 3225-2008.
- Sentencia de la Court of Appeal, Queen's Bench Division, Commercial Court, 16 de mayo de 2012, *SulAmérica Cia Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A.*
- Sentencia de la Corte Suprema inglesa, 9 de octubre de 2020, *Enka v. Chubb*.
- Sentencia de la High Court of Justice, Queen's Bench Division, 4 de octubre de 2001, *Sonatrach Petroleum Co v. Ferrell International Ltd.*
- Sentencia de la High Court de Singapur, 19 de junio de 2014, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*.
- Sentencia de la High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 28 de julio de 1999, *XL Insurance Ltd v. Owens Corning*.
- Sentencia de la Court of Appeal of England and Wales, Civil division, 5 de diciembre de 2007, *C v. D*.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 17 de agosto de 2012, *Casanueva Reyes Lizado del C. con Gavilán Villaroel*, Rol N° 236-2012.
- Sentencia del 14° Juzgado Civil de Santiago, 6 de mayo de 2010, *Fastpack S.A. con Bureau Veritas Chile S.A.*, Rol N° 36.961-2009.
- Sentencia de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 2019, Rol No. 613-2019.
- Sentencia de la Corte Suprema, 18 de octubre de 1999, *Transpacific Steamship vs. Euroamérica compañía de Seguros Generales*, Legal Publishing ID. No. 16.313.

- Sentencia de la Corte Suprema, 8 de septiembre de 2011, *EDF International S.A. v. Endesa et al*, Microjuris ID No. MJJ29225.
- Sentencia del Juzgado de Letras de Puerto Varas, 31 de octubre de 2018, Rol 2261-2017.