

LAS PARADOJAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO.

Dra. Elina Mereminskaya *

I. RESUMEN.

La autora aborda una serie de paradojas que afectan al Derecho Internacional Privado como disciplina, tanto a nivel normativo como en el plano teórico. Entre ellas, señala la aplicación del factor de territorialidad puede generar injusticias al impedir dar un trato igual a los casos iguales y un trato desigual a los casos distintos. Lo propio sucede con el reenvío, la forma de solucionar un conflicto de calificaciones o la aplicación del derecho extranjero por parte de los tribunales nacionales, entre otros. Estas paradojas que afectan a la disciplina llevan a la autora a un análisis crítico de la situación de la doctrina nacional así como de la jurisprudencia.

II. TERRITORIALISMO DEL CÓDIGO CIVIL Y LA GLOBALIZACIÓN.

El fundamento del derecho internacional privado chileno en particular y latinoamericano en general ha sido el principio de territorialidad. Dicho principio por primera vez encontró su expresión en el Código Civil de Andrés Bello, cuyo art. 14 consagra la aplicación del derecho chileno a todos los problemas jurídicos que se susciten dentro del país. Al mismo tiempo, el art. 15 del CC contempla la extensión de las leyes patrias al estatuto personal de los chilenos que se hallen en el extranjero y a los contratos por ellos celebrados cuando produzcan sus efectos en Chile. Esta

doble sujeción a la ley chilena se debe a la comprensión de la ley aplicable como expresión de la soberanía estatal. El elemento de conexión combinado refleja la pretensión de imponer la soberanía del Estado en sus dos formas, territorial y personal. Lo anterior plasma la idea de que todo Estado sólo aplica su propio derecho, siempre que se dé alguna relación espacial o personal con el país, sirviendo tal relación al mismo tiempo para fundamentar la jurisdicción de los tribunales¹.

Hoy en día se concibe el derecho internacional privado no como una disciplina llamada a resolver los conflictos de soberanías estatales. Más bien, predomina la visión “privatista” sobre la disciplina, cuyo objeto viene determinado por las relaciones entre los actores que actúan a título particular.² En términos conceptuales, la aplicación de una ley extranjera ni siquiera logra afectar la soberanía estatal, dado que ésta última es una noción propia del actuar político.³ En cambio, el derecho internacional puede facilitar la organización de la vida de las personas, la que muchas veces no se deja enmarcar por las fronteras nacionales de un solo Estado. En la sociedad globalizada contemporánea, las actividades en las distintas esferas de la vida personal, contractual, laboral o artística se llevan a cabo sin tomar en cuenta los límites estatales. En última instancia, se trata de planes de vida de los individuos, los que para su realización plena requieren contar con el apoyo del derecho.⁴ La implementación de actividades transfronterizas probablemente se beneficiaría de la existencia de un derecho global o uniforme.⁵ Pero dado que hasta ahora no ha sido

* Profesora de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Licenciada en Derecho (Universidad Rusa de Emmanuel Kant, Kaliningrado), Magíster y Doctora en Derecho (Universidad de Göttingen, Alemania).

¹ Samtleben, Jürgen, **Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante**, editorial Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 4.

² Sánchez Lorenzo, Sixto y Carlos Fernández Rozas, **Derecho internacional privado**, editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 27.

³ Mereminskaya, Elina y Aldo Mascareño, “La desnacionalización del derecho y la formación de los regímenes globales de gobierno”, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, 2005, Martinic, María Dora y Mauricio Tapia (eds.), editorial LexisNexis, Santiago, pp. 1391-1427.

⁴ Luhmann, Niklas, **El derecho de la sociedad**, editorial Universidad Iberoamericana, México, 2002, pp. 181 y ss.

⁵ La afirmación anterior es particularmente válida en el ámbito comercial, donde la necesidad de operar en dentro de una multitud de legislaciones aplicables no hace

posible alcanzar este resultado a gran escala, recae en el derecho internacional privado la tarea de ofrecer soluciones adecuadas a los problemas de tráfico externo, nivelando la disparidad de soluciones que contemplen legislaciones nacionales y fomentando la seguridad jurídica. En otras palabras, el derecho internacional privado, ayuda a proteger expectativas normativas de las personas que surjan en un entrelace de distintos ordenamientos legales. En cambio, aplicar el factor de conexión territorialidad como solución generalizada a los problemas privados internacionales puede atentar contra el concepto mismo de la justicia, siendo ésta concebida como un trato igual de los casos iguales y un trato desigual de los casos distintos. Con ello, resolver sobre una situación con elementos extranjeros relevantes como si fuera doméstica, produce un resultado injusto, tanto desde la perspectiva del derecho como sistema como desde el punto de vista de los afectados.

Actualmente, el derecho chileno, para lidiar con la diversidad de los problemas de índole internacional, dispone tan sólo de las herramientas del “mini-código” del derecho internacional privado, esto es, de los arts. 14 a 18 del CC. Las falencias que de ello devienen tampoco pueden ser suplidas con el recurso al llamado Código Bustamante. En primer lugar, éste constituye un Tratado internacional que ha sido ratificado por unos pocos países latinoamericanos, y sólo se aplica cuando la relación jurídica involucra a los nacionales de éstos. En segundo lugar, en virtud de las amplias reservas que hizo Chile al ratificar el Código, su ámbito de aplicación es tan sólo marginal. Ello sin perjuicio de que dicha obra en sí no está exenta de contradicciones, lo que obstaculiza aún más su aplicación.⁶ Por último, la participación del país en los esfuerzos globales y regionales de unificación del derecho privado ha sido limitada. De las 34 Convenciones aprobadas por la Conferencia de la Haya para el Derecho Internacional Privado, Chile ha ratificado 2, y de las numerosas convenciones de la OEA, tan sólo 9. En particular, no han sido ratificadas la Convención de Derecho Internacional Privado de 1979 y la Convención de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, las que parcialmente podrían haber llenado los vacíos regulatorios del derecho chileno. A continuación, después de dar reseña de las posturas de la doctrina nacional con respecto al concepto del derecho internacional privado (II), se abordarán las paradojas e

sino encarecer las transacciones. Hadfield, Gillian K., “Privatizing commercial law”, *Regulation*, Vol. 24, Nº 1, 2001, pp. 40-46.

⁶ Samtleben, Jürgen, op.cit., pp. 85 y ss.

insuficiencias de esta disciplina tanto en lo relativo a sus herramientas generales (III), como en relación a las materias específicas que regula (IV). A modo de ejemplo, se estudiará el trato que la doctrina y la legislación chilenas han dado al tema de la nacionalidad de las personas jurídicas (V) para cerrar con algunas conclusiones (VI).

III. EL CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA DOCTRINA CHILENA.

La doctrina nacional ha concebido el objeto de nuestra disciplina de manera diversa. El exponente de un concepto enfocado en las materias a ser abordadas por la rama es el profesor Diego Guzmán. Según él, el derecho internacional privado tiene por objeto “fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros, resolver los conflictos de leyes referentes al nacimiento, a la modificación, la transformación o a la extinción de los derechos, asegurar el respeto de los derechos adquiridos y resolver, por último, los conflictos de jurisdicción que puedan surgir entre Estados independientes o entre Estados competentes de un Estado federal”⁷. Con ello, el derecho internacional privado compartiría varios tópicos con el derecho constitucional o de extranjería. Por otro lado, nos encontramos también con una definición enfocada en el método específico de la disciplina, esto es, el conflictual o atributivo. Así, el profesor Hernán Ríos de Marimón define el derecho internacional privado como “conjunto de normas que tienen por objeto determinar cuál es la legislación aplicable a una relación jurídica con elemento extranjero relevante o bien, en su caso, dirimir los conflictos de leyes que se pudieren producir en torno a ella”⁸. Desde la misma perspectiva concebía la disciplina el profesor Albónico al señalar que es “aquella rama de las ciencias jurídicas que, en los casos en que existan varias legislaciones concurrentes o divergentes aplicables, determina la ley competente para resolver el conflicto y el tribunal llamado a conocer de él”⁹. Esta última definición resulta más satisfactoria dado que incluye dentro del objeto de la disciplina el conflicto de jurisdicciones, cuya resolución en un caso particular, precede a la resolución de un conflicto de leyes. Sin embargo, el

⁷ Guzmán Latorre, Diego, **Tratado de Derecho Internacional Privado**, Editorial Jurídica, Santiago, 2003, 2ª ed., p. 9.

⁸ Ríos de Marimón, Hernán, **Derecho internacional privado**, Colección guías de clases, Nº 33, Universidad Central de Chile, 2004, p. 10.

⁹ Albónico Valenzuela, Fernando, **El derecho internacional privado ante la jurisprudencia chilena**, Memoria de prueba, 1943, p. 3

derecho internacional privado evoluciona de acuerdo con los requerimientos de cada época y en este proceso adopta diversas formas. Actualmente, están surgiendo normas uniformes que se producen tanto gracias a la cooperación interestatal¹⁰, como por la vía espontánea. Por lo tanto es preferible definir el contenido de la disciplina no por la forma que adoptan sus normas, sino por la función que cumplen en la vida jurídica. En otras palabras, el derecho internacional privado abarca también las normas directas o sustantivas¹¹. En este contexto, de mayor utilidad resulta la definición del derecho internacional privado que da cuenta de los propósitos de esta rama de ciencia. Así, según el profesor Mario Ramírez, el derecho internacional privado es la rama del derecho que se preocupa de las relaciones jurídicas entre particulares, cuando éstas contienen elementos jurídicos relevantes¹². El hecho de que dependa del legislador nacional la decisión de cuándo un elemento extranjero es suficientemente relevante como para merecer de una regulación específica, no disminuye el carácter científico del derecho internacional privado, más bien, lo afirma¹³, dando espacio a planteamientos como los que trataremos de desarrollar en el transcurso de este trabajo.

IV. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO.

A falta de una regulación específica, el vocabulario teórico de la disciplina ha sido primordialmente desarrollado por la doctrina nacional. Lo anterior significa que no existe una solución única del ordenamiento jurídico nacional para orientar a la jurisprudencia en la resolución de los casos iusprivatistas. En este contexto, el derecho chileno carece de soluciones a una serie de cuestiones que tradicionalmente se encuentra llamada a resolver nuestra disciplina. En particular, no se define cómo se resuelve el conflicto de calificaciones, esto es, cuando dos legislaciones en juego califican una situación jurídica de manera distinta y, dependiendo de la calificación adoptada, varía la ley nacional aplicable al asunto. El caso más emblemático en que la Corte Suprema tuvo que abordar este problema data del año 186¹⁴.

¹⁰ Véase, en cambio, la opinión de Diego Guzmán Latorre, quien sostiene que el derecho internacional privado es incompatible con el derecho uniforme, op.cit., p. 21.

¹¹ Ramírez Necochea, Mario, **Derecho Internacional Privado**, editorial LexisNexis, Santiago, 2005, p. 8.

¹² Ibid.

¹³ Sánchez Lorenzo, Sixto y Carlos Fernández Rozas, op.cit., pp. 26-28.

¹⁴ *Gaceta de los Tribunales*, Nº 2027,1863, p. 777, citado por Guzmán Latorre, Diego, op.cit., p. 303.

En esa ocasión la Corte acogió la calificación por la *lex fori*, esto es, por la ley chilena. Aunque, en principio, ésta parece ser la solución que se sigue a nivel internacional¹⁵, determinados problemas, como la calificación de una institución desconocida quedan aún sin respuesta¹⁶.

Un vacío más notable se presenta en relación al reenvío, el cual se produce cuando la ley declarada competente por la norma de conflicto nacional, devuelve la competencia o la reenvía a un tercer ordenamiento legal. La pregunta que se plantea al juez consiste en aceptar o rechazar el reenvío que efectúa la norma de conflicto extranjera. Se conoce ampliamente tan sólo una sentencia judicial en que el reenvío fue aceptado, pero que data ya del año 1944¹⁷. Mientras en el derecho comparado, la tendencia es hacia la aceptación del reenvío¹⁸, lo cual permite fomentar la armonía internacional de soluciones, en la doctrina nacional se ha sugerido rechazarlo invocando que esta herramienta técnica crea más inseguridad jurídica en lugar de ayudar a paliarla¹⁹. Ante la diversidad de posturas posibles, se considera indispensable elaborar una regla única que oriente a la práctica judicial.

Un problema particularmente complejo lo constituye la cuestión preliminar, esto es, cuando se requiere determinar si un asunto incidental al problema principal se rige por la regla de conflicto del tribunal o por la regla atributiva de la ley extranjera aplicable a la cuestión principal. La respuesta dependería de si se desea favorecer la armonía interna o la armonía internacional de soluciones. En el ámbito nacional se ha sostenido que “la ley que debe regir la cuestión incidental es la misma que debe regular la cuestión principal, salvo que la ley nacional disponga otra cosa”²⁰. Ahora bien, dado que la ley nacional prácticamente no se pronuncia al respecto, es de suponer que la primera parte de la hipótesis tendría aplicación regular, favoreciendo con ello la armonía interna de soluciones. Sin embargo, hay ciertas situaciones en las cuales adoptar dicha postura equivaldría a

¹⁵ Koch, Harald y Ulrich Magnus, *IPR und Rechtsvergleichung*, editorial Beck, München, 2004, p. 19.

¹⁶ Consúltense el art. 1187 del Código Civil Ruso que, junto con consagrar la calificación por la *lex fori*, regula el tratamiento de la institución desconocida vs. la solución del art. 9 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado que rechaza la aplicación de una institución desconocida.

¹⁷ *Revista Derecho y Jurisprudencia*, XVII, sección 1, p. 325.

¹⁸ Véanse, por ejemplo, el art. 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, el art. 13 de la respectiva ley italiana y el art. 4 de la Ley Alemana de Introducción al Código Civil (EGBGB).

¹⁹ Ríos de Marimón, Hernán, op.cit., p. 112.

²⁰ *Ibid.*, p. 120

desconocer derechos adquiridos de las personas, creando una injusticia material en un caso particular²¹. Por lo tanto, parece necesario desarrollar una norma flexible que permita a los jueces brindar un trato diferenciado a las distintas situaciones que se susciten.

Otro aspecto controvertido de la teoría del derecho internacional privado dice relación con la naturaleza y la aplicación del derecho extranjero por parte de los tribunales nacionales. A diferencia del derecho comparado²², la legislación nacional no explicita si corresponde considerarlo como derecho o como un hecho de la causa, abriéndose con ello un debate entre distintas posturas doctrinarias²³. La jurisprudencia, siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina, se ha referido al derecho extranjero como a derecho. Pero al mismo tiempo, una fracción importante de sentencias invoca el derecho extranjero como un hecho que, para su aplicación, tiene que ser probado²⁴. Por su parte, los profesores Villarroel²⁵ y el profesor Ríos de Marimón²⁶ opinan que la respuesta a esta interrogante para el ordenamiento jurídico chileno, se desprende del Tratado suscrito entre Chile y Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, vigente desde el año 1985. Dicho instrumento internacional se basa en el concepto del jurista argentino Werner Goldschmidt, que previamente había sido recogido por la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado del año 1979. El Tratado refleja la construcción teórica desarrollada por ese autor que considera a la ley extranjera como un hecho fuera de la causa, obligando al juez aplicarla o, 'imitarla' de la misma manera como si la ley extranjera fuera parte constitutiva de su *lex fori*. Por interesante que pueda parecer este planteamiento, resulta difícil extenderlo al sistema chileno en su integridad. Dado que tiene su origen en un Tratado bilateral, constituye únicamente un compromiso específico asumido por Chile en relación al ordenamiento

²¹ Ramírez Necochea, Mario, op.cit., pp. 92-96. Compare con el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última."

²² Véanse, por ejemplo, el art. 14 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Italia y el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

²³ Véase una reseña en Guzmán Latorre, Diego, op.cit., p. 321-330.

²⁴ Ibid., p. 331.

²⁵ Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel Villarroel Barrientos, "La aplicación del Derecho extranjero en Chile después del Tratado con Uruguay," *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. VIII, Nº 1, 1991, pp. 73-100, p. 79.

²⁶ Ríos de Marimón, Hernán, op.cit., pp. 125-126.

jurídico de un país de la región. Por lo tanto, no puede alterar la forma en que, en Chile, se concibe el derecho extranjero, aunque sea ésta poco clara y coherente. Con ello, determinar el modo a tratar el derecho extranjero por parte de los tribunales nacionales sigue siendo una tarea pendiente.

De la respuesta que se da a la pregunta sobre la naturaleza del derecho extranjero, depende, asimismo, la procedencia o no de un recurso de casación por infracción de éste. En la opinión del profesor Ramírez, la solución depende de las distintas fuentes que ordenen la aplicación de la ley extranjera. Dado que el recurso de casación en el fondo procede sólo por infracción de ley nacional, la infracción de ley extranjera sólo será causal indirecta del recurso, cuando su aplicación sea ordenada por una ley, un tratado, un contrato, o por la costumbre, cuando ésta constituye derecho²⁷. En cambio, los profesores Guzmán²⁸ y Ríos de Marimón²⁹ optan por una acogida amplia del recurso de casación por infracción de una ley extranjera, siendo necesario un análisis más profundo del tema con miras a elaborar un precepto que permita unificar la postura de la jurisprudencia nacional.

Dentro del vocabulario teórico de la disciplina, un rol especial lo ocupa el concepto de orden público que permite limitar o excluir la aplicación de una ley extranjera con el fin de evitar un resultado manifiestamente contrario a la *lex fori*. Aunque se trata de un recurso plenamente justificable, considerado uno de los principios fundamentales del derecho internacional privado,³⁰ su empleo excesivamente amplio puede alterar los propósitos de esta rama del derecho. En otras palabras, si todas las normas imperativas del derecho doméstico se equipararan a la noción del orden público operante en el plano internacional, la aplicación del derecho extranjero tendría la misma cabida que la que tienen las convenciones de las partes de una relación doméstica con respecto a las normas dispositivas. Para impedir tal imposición absoluta del derecho doméstico se requiere elaborar una definición más restrictiva del orden público internacional que lo haga distinguirse del orden público interno³¹.

²⁷ Ramírez Necochea, Mario, op.cit., p. 119.

²⁸ Guzmán Latorre, Diego, op.cit., pp. 354 y ss.

²⁹ Ríos de Marimón, Hernán, op.cit., p. 132.

³⁰ Ramírez Necochea, Mario, op.cit., p. 36.

³¹ Mereminskaya, Elina, "Los contratos internacionales e internacionalización de los contratos nacionales", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Vol. 1, 2004, pp. 111-128, pp. 119 y 121.

V. LA INCOMPLETA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO.

Las principales normas de conflicto que permiten determinar la ley que rige al estado de una persona son los art. 14 y 15.1 del CC. El primer precepto acoge el factor de conexión 'territorialidad', por lo cual el estado de las personas que se encuentren en Chile se rige por la ley chilena. El segundo precepto establece que a los chilenos les siguen las leyes patrias relativas a su estado, "no obstante su residencia o domicilio en país extranjero". Interesa destacar cierto desequilibrio que contempla esa solución: Por un lado, desconoce la nacionalidad como factor de conexión para los extranjeros que se encuentran en Chile, pero lo recoge con respecto a los chilenos que se domicilian en el extranjero. Proyectando el art. 14 del CC en el espacio, bilateralizándolo, concluimos que el estado de los extranjeros en el extranjero se rige por la ley territorial. Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, para determinar la ley que rige el estatuto personal, siguen otros factores de conexión tales como nacionalidad o domicilio. En otras palabras, se produciría un reenvío, situación que, como se explicó anteriormente, no se encuentra regulada en Chile. En términos generales, a través de este ejemplo se visualiza una de las principales insuficiencias del derecho internacional privado chileno, esto es, el carácter unilateral de sus normas. En el mundo actual ya no basta con constatar cuándo se aplica la ley nacional³². Más bien, es necesario crear reglas bilaterales que dispongan tanto la competencia de la ley doméstica como de una extranjera, según el contexto espacial en que la situación jurídica ha tenido su centro de gravedad.

En materia de matrimonio, aunque Chile cuenta con una nueva Ley 19.947, ésta deja sin resolver varios aspectos internacionales del mismo³³. Por ejemplo, su art. 80.1 establece que los requisitos de forma de los matrimonios celebrados en el extranjero se rigen por la ley del lugar de su celebración. Sin embargo, no aclara si los requisitos de forma se consideran cumplidos cuando se trata de matrimonios consensuales celebrados legalmente en un país extranjero³⁴. La nueva ley tampoco resuelve el problema del régimen matrimonial de bienes de los chilenos casados en el

³² Compare Audit, Bernard, **Droit International Privé**, editorial Económica, París, 2000, 3ª ed., pp. 91-92.

³³ Las críticas que se señalan apuntan más bien a los problemas de técnica jurídica y de coherencia de regulación. En cambio, no se refieren a los problemas más sustanciales como el no reconocimiento del divorcio administrativo o el concepto del fraude en materia de divorcio. Ver: Ramírez Necochea, Mario, op.cit., p. 163.

³⁴ Ibid., p. 145.

extranjero. Previamente, la doctrina nacional había discutido, si en tal caso prevalece el art. 15.2 del CC, el que somete a los chilenos a las leyes patrias en cuanto a sus relaciones de familia con los compatriotas³⁵ o la norma material que contempla el art. 135.2 del CC³⁶. La primera de las posturas convence más debido al valor que el legislador le ha asignado a la aplicación de la ley nacional que no puede ser invalidada por el mero hecho de que el acto formal de celebración del matrimonio tenga lugar en el extranjero. No obstante, la Ley 19.947 no aborda dicho problema.

Por otro lado, la nueva regulación recurre ampliamente a la expresión de la “ley aplicable a la relación matrimonial”, en particular, el art. 83.1 somete el divorcio a tal ley y el art. 84.1, los efectos del divorcio. El análisis de la discusión parlamentaria del proyecto legislativo, permite percibir que el concepto de “ley aplicable a la relación matrimonial” se refería a la ley del domicilio de los cónyuges, pero esta aclaración fue eliminada durante la discusión en el Senado, creando con ello dificultades de interpretación legal³⁷. Actualmente, la Ley no define el concepto en cuestión. Sin embargo, el art. 81 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”. (Cabría preguntar hasta qué punto esta norma sería tomada en cuenta por un tribunal extranjero en relación al matrimonio de dos nacionales de ese mismo país.) Bilateralizando el art. 81, concluimos que los efectos del matrimonio se rigen por la ley del lugar de su celebración. Ello significaría que los efectos y el divorcio de una pareja casada en Alemania se resolverían, en Chile, por la ley alemana. No obstante, a falta de una indicación precisa, es más probable que se recurra a la regla general del art. 14 del CC. Esto es, que sea la ley chilena la que rija, en Chile, los efectos del matrimonio, el divorcio y sus respectivos efectos, sin importar el país donde el matrimonio fue celebrado.

En materia de la sucesión por causa de muerte, el derecho nacional exhibe preceptos poco armonizados entre sí. Como regla general, se recoge el domicilio del causante como factor de conexión para definir la ley aplicable a la sucesión (art. 955.2 del CC). Sin embargo, queda sin aclarar si el art. 15.2 del CC constituye una excepción a la regla anterior³⁸. Asimismo, son poco satisfactorias las soluciones que se desprenden del art. 998 del CC

³⁵ Guzmán Latorre, Diego, op.cit., pp. 484-488.

³⁶ Ramírez Necochea, Mario, op.cit., p. 154.

³⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil, Boletín N° 1.759-18, pp. 67 y ss.

³⁸ Ríos de Marimón, Hernán, op.cit., p. 81.

relativo a la sucesión abintestato de un extranjero. Dicho precepto no se refiere a una sucesión testada de un extranjero, por lo cual debería suponerse que en tal evento, se regiría por la ley del último domicilio del causante, aunque su cónyuge y parientes fueran chilenos y se tratase de bienes situados en Chile. Las dificultades que produce la interrelación de los artículos 15, 955, 998 del CC y de normas sobre las asignaciones forzosas de los artículos 1167 y 1183 del CC únicamente pueden ser resueltos plantando una nueva solución legal³⁹.

En materia contractual, la legislación nacional no contempla, de manera explícita, la figura del contrato internacional. La doctrina ha invocado los arts. 16 del CC y 113 del C de C a fin de sustentar una conceptualización de este fenómeno⁴⁰ sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad que dichos preceptos supuestamente consagran⁴¹. Hoy en día se entiende que un contrato internacional puede contener dos contratos diferentes: el contrato en cuanto al fondo y el contrato de elección de ley aplicable (electio juris)⁴². Las normas aludidas, en cambio, no permiten pactar dicha elección, admitiendo tan sólo que la autonomía de la voluntad opere en el marco del contrato de fondo⁴³. Asimismo, la mayoría de la doctrina nacional, restringe los alcances de la autonomía de la voluntad en relación a los requisitos de forma de su celebración. Mientras se plantea que el principio locus regit actum tiene que prevalecer siempre⁴⁴, el concepto de contrato electio juris permite someter las formalidades de la celebración del contrato de fondo a la ley designada por las partes, no pudiendo sustraerse de la aplicación de la ley territorial únicamente los actos solemnes⁴⁵. Dada la importancia que el comercio transfronterizo tiene para la economía chilena, parece indispensable crear claridad en la materia, elaborando tanto un concepto legislativo unívoco del contrato internacional, como trazando los límites adecuados a la autonomía de la voluntad que se les otorga a las partes.

En materia del proceso civil internacional, la mayor polémica se suscita por la forma en que la jurisprudencia nacional ha interpretado el art. 16.1

³⁹ Ramírez Necochea, Mario, op.cit., p. 181-183.

⁴⁰ En especial, Maluenda Parraguez, Rodrigo, **Los contratos internacionales en el derecho Chileno**, editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998, p. 23.

⁴¹ Guzmán Latorre, Diego, op.cit., p. 522.

⁴² León Steffens, Avelino, "El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional", *Contratos*, 1991, Barros, Enrique (Coord.), Editorial Jurídica, Santiago, p. 100.

⁴³ Mereminskaya, Elina, "Contratos internacionales", op.cit., p. 113.

⁴⁴ Ramírez Necochea, Mario, op.cit., p. 188; Guzmán Latorre, Diego, op.cit., p. 516.

⁴⁵ Mereminskaya, Elina, "Contratos internacionales", op.cit., p. 120.

del CC. Junto con señalar que este precepto es una norma de orden público, se ha llegado a equipar la aplicación de la ley chilena que éste consagra para regir los bienes situados en Chile, a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Ello ha significado una negación constante de la justicia chilena de reconocer y ejecutar sentencias judiciales extranjeras relativas a bienes situados en el país. Dicha solución ha sido duramente criticada por la doctrina que invoca que los tribunales chilenos se transforman en un “verdadero escudo protector” para los deudores de mala fe, que no desean cumplir con sus obligaciones contractuales⁴⁶. Aunque pareciera que a través de su postura los tribunales nacionales buscan proteger a los demandados chilenos sometidos a litigios en el extranjero, crean antecedentes para que los países extranjeros nieguen el reconocimiento a las sentencias chilenas a falta de reciprocidad⁴⁷. Dado que se trata ya de una actitud duradera de la justicia nacional, se requiere de la intervención del legislador para revertir esta tendencia negativa.

El problema anterior permite visualizar una vez más la necesidad de contar con un concepto operativo de orden público internacional, especialmente, ante la reciente aprobación de una la Ley 19.971 de Arbitraje Comercial Internacional. Dicha Ley recoge la noción de orden público como herramienta de supervisión judicial de las sentencias arbitrales. En particular, podría suscitarse la situación en que un laudo arbitral dictado en Chile recurra a un derecho extranjero, elegido por las partes. Si la justicia nacional llegase a invocar el art. 16.1 del CC como norma de orden público, podría anular tal sentencia, poniendo con ello en jaque el incipiente sistema de arbitraje internacional en el suelo chileno.

Por último, en algunas materias el derecho chileno carece por completo de una solución específica para los casos internacionales, como, por ejemplo, en cuanto a la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual. La creciente movilidad de personas y el peligro de las catástrofes medioambientales que producen sus efectos a través de las fronteras, han llevado al derecho comparado a elaborar soluciones diferenciadas frente al tradicional principio *lex loci delicti*, que sometía la responsabilidad del infractor a la ley del lugar donde se producía el acto⁴⁸. Así, el Reglamento de la Unión Europea sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad

⁴⁶ Ríos de Marimón, Hernán, op.cit., p. 65, Ramírez Necochea, Mario, op.cit., pp. 170 y ss.

⁴⁷ Mereminskaya, Elina, “Los cambios en la jurisprudencia chilena ante los nuevos vínculos comerciales con Estados Unidos y Europa”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, Nº 2, 2004, pp. 173-190, p. 181.

⁴⁸ Koch, Harald y Ulrich Magnus, op.cit., pp. 167 y ss.

Extracontractual, establece como regla general que la ley aplicable sea la ley del país en que se produce el daño, sin importar dónde ocurrieron los hechos que lo causaron. Sin perjuicio de lo anterior, si el infractor y la víctima tienen su residencia habitual en un solo país, será la ley de éste que regirá la responsabilidad extracontractual. Por último, se consagra que podrá ser aplicable la legislación de algún tercer Estado con la que la situación presenta un “vínculo manifiestamente más estrecho”. Tal vínculo puede desprenderse de en una relación preexistente de las partes, como puede ser un contrato estrechamente relacionado con la respectiva obligación extracontractual⁴⁹.

El derecho nacional tampoco contempla normas sobre la ley aplicable a una relación laboral transfronteriza. En primer lugar, no resuelve si en este tipo de contratos las partes gozan de la autonomía de la voluntad. El derecho comparado, junto con dar una respuesta positiva a esta interrogante, establece normas de conflicto que permiten determinar con mayor precisión dentro de qué ordenamiento jurídico se encuentra la sede de un determinado contrato laboral (*lex loci laboris*). Paralelamente, las normas específicas de protección al trabajador deberán reemplazar la ley extranjera competente en el evento de que protejan más eficientemente los intereses del mismo.⁵⁰ Desde otra perspectiva, se sugiere, junto con contemplar la aplicación obligatoria de la *lex fori*, extender su aplicación en forma extraterritorial si ello significase una mayor protección de los nacionales empleados, en el extranjero, por las compañías nacionales⁵¹. Una propuesta semejante tendiente a afirmar la aplicación territorial de la ley nacional y su extensión extracontractual, se ha planteado en el medio nuestro⁵². Al mismo tiempo, merece ser discutida la alternativa de la viabilidad de concebir el derecho laboral como normas de aplicación inmediata. Éstas, tal como fueron consagradas por el Convenio de Roma de la Unión Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, permiten al juez elegir entre las

⁴⁹ Art. 3 del Proyecto del Convenio relativo a la ley aplicable a las relaciones extracontractuales (Roma II), http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2003/com2003_0427es01.pdf

⁵⁰ Koch, Harald y Ulrich Magnus, op.cit., pp. 236 y ss.

⁵¹ Siedel, George, “Legal Complexity in Cross-Border Subsidiary Management”, *Texas International Law Journal*, Vol. 36, 2001, pp. 611-633.

⁵² López Oneto, Marcos, “Pasos hacia un Derecho Internacional Privado del Trabajo Chileno”, http://www.etsa.cl/Contenido/Legal/Doctrina/Doctrina_MarcosLopezOneto.asp

normas imperativas domésticas y las extranjeras, optando por aquellas que brinden mayor protección a los intereses del trabajador afectado⁵³.

Por último, el derecho societario chileno carece de una concepción más elaborada de lo que es la nacionalidad de las personas jurídicas. A continuación, se analizará la normativa legal y el estado de la doctrina nacionales con respecto al tema.

VI. LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES EN EL DERECHO CHILENO.

Actualmente ya no se cuestiona la viabilidad de relacionar la construcción jurídica 'nacionalidad' con las sociedades⁵⁴. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico chileno no existe un modelo claro de atribución de la nacionalidad a las personas jurídicas. Como expresaba ya hace sesenta años el profesor Federico Duncker, determinar la nacionalidad de una persona jurídica resulta importante desde un triple punto de vista: Para resolver un conflicto de leyes, para determinar la condición de la persona jurídica en materias seleccionadas del derecho privado o tributario, y para los efectos del amparo diplomático que el Estado suele prestar a sus nacionales⁵⁵.

En cuanto a la primera función, la nacionalidad de las sociedades no tiene relevancia alguna para el derecho internacional privado chileno, dado que en virtud del art. 14 del CC, es la ley nacional siempre la competente para resolver sobre la capacidad, la forma jurídica de la entidad, o las relaciones entre sus miembros. Por otro lado, también en los países de Europa continental, que usan la nacionalidad como factor de conexión para determinar el estatuto de las personas jurídicas, la implementación práctica de esta regla resulta problemática debido a numerosas limitaciones impuestas por normas imperativas territoriales⁵⁶.

⁵³ Véanse el art. 7 (leyes de policía) y el art. 6 (contrato individual de trabajo) del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁵⁴ Pérez de Arce, Camilo, "Nacionalidad de las sociedades. Apuntes y reflexiones", *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC, 1993, disponible en www.microjuris.com: Habla de una 'polémica transnochada' que 'ni siquiera cabe entre nosotros'.

⁵⁵ Duncker Biggs, Federico, "Nacionalidad de las personas jurídicas", *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLII, 1945, pp. 50-64, p. 50.

⁵⁶ Arjona Colomo, Miguel, **Derecho Internacional Privado. Parte Especial**, Bosch, Barcelona, 1954, p. 389.

Por su parte, el recurso a la protección diplomática ha sido sustituido por la moderna normativa en el ámbito de protección de las inversiones extranjeras. Ésta los faculta a los inversionistas para resolver sus controversias con el Estado receptor de la inversión en forma directa, sin tener que recurrir a la intervención del Estado nacional. Tal como se exploró en otra ocasión, en la actual regulación internacional de las inversiones, se ocupan distintos métodos de determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas. Pero el rol primordial en este contexto pertenece a una combinación de dos factores de conexión, esto es, el lugar de constitución de la sociedad y la nacionalidad de los socios controladores⁵⁷.

No obstante, la nacionalidad de las personas jurídicas resulta relevante para el derecho chileno, principalmente para distinguir entre las personas jurídicas nacionales y extranjeras con el fin de establecer los distintos niveles de goce de los derechos para las primeras a diferencia de las segundas. En este contexto, los comentaristas nacionales han sostenido que a falta de una regulación explícita, procede aplicar el Código de Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante, que 'constituye la ley general en esta materia'⁵⁸. Según éste, la nacionalidad de las fundaciones, corporaciones y asociaciones es la del Estado que las autorice (art. 16 y 17); la nacionalidad de las sociedades civiles mercantiles e industriales será aquella establecida en el contrato social o la del lugar en que habitualmente resida su gerencia o dirección principal (art. 18). Por último, la nacionalidad de las sociedades anónimas se determina por el contrato social y en su caso por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal Junta o Consejo directivo o administrativo (art. 20). En resumen, la nacionalidad de las sociedades se determina por el criterio de la sede social. En general, el recurso al Código de Bustamante debería efectuarse con cautela, ya que éste constituye tan sólo un tratado de aplicación obligatoria con respecto a los países signatarios, y siempre y cuando no se oponga a la ley nacional, según lo expresado por la reserva hecha por Chile en el momento de su ratificación. El Código, asimismo, es considerado fuente de principios del Derecho Internacional que se aplican con respecto a los países

⁵⁷ Mereminskaya, Elina, "La nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional", *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XVIII, 2005, pp. 145-170.

⁵⁸ Dunker Biggs, Federico, op.cit., p. 63; En el mismo sentido Lyon, Alberto, **Personas jurídicas**, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p. 52; Alessandri, Arturo y Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, **Tratado de derecho civil: Partes preliminar y general**, Editorial Jurídica, Santiago, 1998, p. 576.

no signatarios⁵⁹. Sin embargo, sostener que sus normas sobre la nacionalidad de sociedades reflejen dichos principios, significaría olvidarse de que la aprobación del Tratado se llevó a cabo en una atmósfera altamente conflictiva. La mayoría de los miembros de la Conferencia Diplomática justamente rechazaba la postura peculiar de Antonio Sánchez de Bustamante con respecto a los factores de conexión aplicables al estatuto personal⁶⁰.

Sin perjuicio de la potencial acogida de lo dispuesto en el Código de Bustamante con respecto a la nacionalidad de las sociedades, la doctrina chilena parece favorecer el criterio de constitución de la persona jurídica. Ello significa que una persona jurídica constituida en Chile debe ser considerada nacional⁶¹, dado que es el Estado chileno quien a través de su autorización facilita la creación de una nueva entidad⁶². Esta concepción, se diferencia del criterio que circunscribe la nacionalidad de la persona jurídica al lugar en que ésta tiene su sede social, o donde se radican sus órganos de dirección, criterio predominante en los países de Europa continental⁶³. En cambio, el criterio de control societario no parece jugar un papel relevante en la doctrina nacional. Ello es comprensible, dada personalidad jurídica propia de las sociedades, distinta a la de sus socios⁶⁴.

No obstante, se conocen algunas excepciones a esta regla fundamental, establecidas para casos específicos, pudiendo mencionarse en este trabajo

⁵⁹ Ver Ramírez Necochea, Mario, op.cit., p. 28.

⁶⁰ Véase Samtleben, Jürgen, op.cit.

⁶¹ Fernández Villamayor, Angel, **El régimen legal de la sociedad anónima en Chile**, Editorial Jurídica, Santiago, 1977, 2ª Ed., p. 39; Ducci Claro, Carlos, **Derecho Civil, Parte General**, Editorial Jurídica, Santiago, 1988, 3ª Ed., p. 150; Puelma, Alvaro, **Sociedades**, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, 1996, p. 137. La opinión contraria fue defendida por Luis Claro Solar quien acoge la teoría de la sede social, **Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas**, Tomo V, Editorial Jurídica, Santiago, 1979, pp. 468-471.

⁶² Ducci Claro, Carlos, op.cit., pp. 149-150. El criterio de constitución, llamado también de autorización lo encontramos también en el Reglamento sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones del año 1979. Dicho acto establece una distinción entre las entidades que obtuvieron la personalidad en Chile, por un lado, y aquellas que la han obtenido en el extranjero, por otro lado (art. 34).

⁶³ Boguslavskij, Mijail, **Megdunarondnoje chastnoje pravo**, editorial Jurist, Moscú, 2005, p. 74. Este criterio es seguido por Francia, Alemania, Austria, Suiza, Polonia, Estonia y España.

⁶⁴ Consulte De Castro y Bravo, Federico, **La persona jurídica**, editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 179 y ss., 189 y ss., 197 y ss.

tan solo algunos⁶⁵. En una serie de casos, la constitución de la sociedad según las leyes chilenas no es suficiente para considerarla nacional. Más bien, depende de la nacionalidad de los socios que ejercen control sobre la persona jurídica en virtud de participación mayoritaria en su capital. Lo anterior es válido, por ejemplo, para la adquisición de los bienes inmuebles situados en la zona fronteriza, la cual no pueden efectuar las personas jurídicas cuyo capital (40% o más) pertenezca a personas naturales de un país fronterizo o cuyo control efectivo sea ejercido por tales personas. Asimismo, se reconoce que toda persona jurídica chilena –quiere decir, constituida en Chile– puede adquirir las tierras destinadas a actividades agrícolas, pero es exigible que la mayoría de cada clase de sus acciones sea propiedad de personas naturales chilenas o residentes en el país. Por su parte, la nacionalidad de las empresas dedicadas a la pesca, se define por el criterio de participación mayoritaria y de control sobre la administración. Para poder registrar una nave en Chile, las personas jurídicas deben estar constituidas con domicilio principal y sede real y efectiva en Chile, y más del 50% de su capital social deber estar en poder de personas naturales o jurídicas chilenas. Para estos efectos, una persona jurídica que tenga una participación en otra persona jurídica propietaria de una nave, deberá cumplir los requisitos mencionados.

Las excepciones señalada se consagran en las áreas de intereses estratégicos, sea económicos o de seguridad nacional, propios de la sociedad chilena. Resulta manifiesto que dichos intereses exigen pasar por alto la formal separación que existe entre la persona jurídica y sus miembros. En este marco, el concepto de la nacionalidad de las personas jurídicas surge como un concepto funcional. Esto es, la selección de un criterio específico para determinarla, dependerá únicamente de la finalidad que persigue una norma particular. Ninguna de las teorías de atribución de la nacionalidad por sí sola ofrece la respuesta única, más bien, el sistema jurídico debe combinar los factores de conexión para alcanzar las metas propuestas por la regulación. En este contexto, parece cuestionable que, por ejemplo, la Ley 19.884 Sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, en su art. 24, prohíba los aportes de campaña electoral provenientes de personas

⁶⁵ Hoy en día el listado de dichas excepciones puede encontrarse en los llamados Compromisos Específicos que ha asumido Chile a través de los acuerdos comerciales. Estos compromisos contienen las reservas de las partes en cuanto a su derecho de tratar a los nacionales de otra parte de manera menos beneficiosa que la en que trata a los nacionales. Para estos efectos, se determina cuándo una persona jurídica figura como extranjera. En lo siguiente, usamos el ejemplo de la lista de los Compromisos Específicos en materia de Servicios del Acuerdo entre Chile y la Unión Europea, disponible en www.direcon.cl.

naturales o jurídicas extranjeras, sin contemplar la posibilidad de “levantar el velo societario” y mirar quiénes son las personas detrás de las empresas nacionales. Mientras se busca evitar que las entidades extranjeras ejerzan influencia indebida sobre los procesos políticos en Chile, no se logra enfrentar el caso en que el aporte lo efectúe una empresa nacional, pero controlada por una persona extranjera.

Por lo anteriormente expuesto, reflexionar sobre el concepto de la nacionalidad de las sociedades sigue siendo una tarea pendiente tanto para la doctrina como para el legislador nacional.

VII. CONCLUSIONES.

En síntesis, el derecho internacional privado chileno, pasado un siglo y medio de su existencia, todavía se caracteriza por las siguientes paradojas:

- La legislación nacional no ha desarrollado conceptos teóricos de la disciplina, dejando a la jurisprudencia sin herramientas para resolver los problemas generales que se susciten a raíz de los casos internacionales.
- Varias normas vigentes no han sido diseñadas para ofrecer soluciones a una amplia gama de problemas que presenta la práctica jurídica; su interpretación extensiva, en cambio, no siempre permite alcanzar una solución eficiente.
- A falta de las regulaciones explícitas que atiendan a los problemas del tráfico internacional, se estaría a la aplicación de la ley nacional. Sin embargo, la complejidad del mundo globalizado y la exigencia de brindar un trato justa a los problemas iusprivatistas, requieren poder contar con soluciones más diferenciadas que la que contempla el art. 14 de CC.
- La jurisprudencia nacional no ha tomado una postura uniforme con respecto a diversos aspectos del derecho internacional privado (con la lamentable excepción en lo relativo al art. 16.1 CC), por lo cual no parece viable que el impulso para el desarrollo de la disciplina provenga del Poder Judicial.
- La doctrina nacional dedicada a los problemas del derecho internacional privado es de volumen reducido y se encuentra dividida en torno a la mayoría de los tópicos polémicos, sin que pueda entregarse una orientación uniforme a la práctica judicial.

- En algunos ámbitos del derecho privado, no existen soluciones específicas para los problemas de índole internacional.

En estas condiciones, la única forma de dejar atrás estas paradojas poco acertadas y de guiar a la jurisprudencia nacional en su tarea de resolver los problemas del derecho internacional privado, consiste en la elaboración de un nuevo conjunto de normas que permita un tratamiento sistemático de los casos de tráfico internacional. En otras palabras, Chile necesita una Ley de Derecho Internacional Privado.