

***ANÁLISIS DE LA LEY DE ORDEN PÚBLICO
INTERNACIONAL DEL CÓDIGO DE BUSTAMANTE. SU
RELACIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO EN CUANTO LÍMITE
A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN CHILE***

*ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL PUBLIC ORDER LAW
OF THE BUSTAMANTE CODE AND ITS RELATIONSHIP
WITH PUBLIC ORDER REGARDING THE LIMIT OF THE
APPLICATION OF FOREIGN LAW IN CHILE*

ESTEBAN BUSCH MONTANARES*

RESUMEN

El trabajo analiza la norma de orden público internacional existente en el Código de Derecho Internacional Privado, en cuanto mecanismo de control de orden público vigente en la norma de fuente convencional, y que comparte un origen común con la excepción de orden público internacional recogida de forma limitada en él, y que a su vez es receptada a nivel doctrinal en el sistema de Derecho Internacional Privado de Chile de fuente autónoma, en que se manifiesta como un límite a la aplicación del Derecho extranjero, exponiendo el campo de aplicación de cada una de dichas instituciones, a fin de que ellas puedan articularse funcionalmente.

Palabras Clave: Código de Bustamante, orden *público internacional*, norma de orden público internacional, excepción de orden público internacional, norma de policía.

*Licenciado en Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. Maestrando en Derecho Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires, Argentina. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-7727-9364>. Correo electrónico: eebusch@derecho.ucsc.cl.

Trabajo recibido el 14 de noviembre de 2024 y aceptado para su publicación el 23 de diciembre de 2024.

ABSTRACT

The work analyzes the international public order norm existing in the Code of Private International Law, as a public order control mechanism in force in the conventional source norm, and which shares a common origin with the exception of international public order collected in a form limited in it, and which in turn is accepted at a doctrinal level in the system of Private International Law of Chile from an autonomous source, in which it manifests itself as a limit to the application of foreign Law, exposing the field of application of each one of these institutions, so that they can be functionally articulated.

Keywords: Bustamante Code, international public order, international public order norm, international public order exception, police rule.

INTRODUCCIÓN

El orden público internacional puede ser definido como “el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado”,¹ y constituye un límite a la aplicación de Derecho extranjero, mediante la denominada “excepción de orden público”, que tiene lugar después de aplicada la norma de conflicto, y frente a la solución del caso concreto.

Dicha conceptualización, que entiende al orden público internacional como un “conjunto de principios” con “aspecto negativo” – exclusión del Derecho extranjero aplicable –, alcanzó ya en el siglo pasado un alto consenso entre los países de Derecho continental, razón por la cual es posible apreciarla en diferentes cuerpos normativos: (i) ya de fuente autónoma, como el Código Civil de España de 1889 – por reforma del año 1974 –,² la Ley de Derecho Internacional Privado de Italia del año 1995,³ el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina del

¹ FERNÁNDEZ, José; SÁNCHEZ, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, 3° ed., reimpresión, p. 381.

² Artículo 12. N°3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

³ Artículo 16. Orden público. 1. La ley extranjera no es aplicable si sus efectos son contrarios al orden público.

año 2014,⁴ o la Ley de Derecho Internacional Privado de Uruguay del año 2020;⁵ (ii) ya de fuente convencional, como la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo del año 1976,⁶ o la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales del año 1995;⁷ (iii) ya de fuente comunitaria, como el Reglamento Roma II de la Unión Europea del año 2007.⁸

Es tal el peso dogmático del concepto “orden público internacional” como “conjunto de principios” con “aspecto negativo” que en la actualidad países como Chile, que no cuenta con una norma de fuente autónoma o convencional que lo defina en dichos términos, parecieran haber terminado de receptor a nivel doctrinal la institución con los caracteres señalados, llegando incluso a ser plasmado en el anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado del año 2020, elaborado por la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado en conjunto con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el cual, en el numeral 9 del artículo 4, define orden público internacional como “el conjunto de principios básicos de moralidad y justicia que inspiran el ordenamiento jurídico chileno y que reflejan los valores de la sociedad chilena. Dentro de ellos se encuentran, entre otros, los siguientes: debido proceso; igualdad de trato procesal; procedimiento adversarial; derecho a ser oído en juicio; probidad e independencia judicial y respeto de la cosa juzgada; deber de actuar de buena fe; prohibición de abuso del derecho; prohibición de discriminación arbitraria; protección del interés superior del niño; respeto a la diversidad cultural”, regulando su dimensión negativa en el numeral 1 del artículo 22, el cual señala “En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando resulte

⁴ Artículo 2600. Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

⁵ Artículo 5. (Orden público internacional). Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica.

⁵ Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte.

⁶ Artículo 5°. La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público.

⁷ Artículo 18. El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

⁸ Artículo 26. Orden público del foro. Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

contrario al orden público internacional de Chile”.⁹

Sin embargo, es del caso recordar que esta claridad sobre el particular – al menos respecto de su naturaleza de “conjunto de principios” con “aspecto negativo” – no siempre ha sido tal, y en el pasado, particularmente en el siglo XIX, el tema fue profundamente analizado por diferentes y notables autores, quienes enfocaron la cuestión desde variados prismas, dando lugar a criterios y conceptos que no siempre armonizaron entre sí. En este contexto, destaca el trabajo de Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, quien, en el año 1893, publicó en La Habana un libro titulado “El Orden Público, Estudio de Derecho Internacional Privado” (en adelante obra de 1893), el cual sentó las bases de su doctrina sobre el particular, y tuvo gran impacto a nivel internacional, de momento que las ideas vertidas en él encontraron consagración normativa en el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante anexo a la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana del año 1928 (en adelante e indistintamente “el Código” o “Código de Bustamante”), vigente en Chile y otros 15 Estados¹⁰ y que, a la luz de los planteamientos actuales, resulta altamente disonante, toda vez que el Código parte de un concepto de orden público internacional diferente al actual, puesto que en él subyace la idea, no de “conjunto de principios”, sino que de “conjunto de leyes”, las cuales son exclusivas en el foro respecto de la materia que regulan y excluyentes de todo Derecho extranjero sobre el particular, por lo que les es indiferente el resultado sobre el caso concreto a que este eventualmente pudiere arribar. Y es que el concepto de orden público internacional que pretende el Código conlleva una forma preferente de control del mismo, una que actúa *a priori* frente al Derecho extranjero, relegando el control *a posteriori* del mismo, la excepción de orden público, a una figura limitada.

El desarrollo de la disciplina, de la mano del pluralismo normativo, entregaría a estas dos formas de control del orden público internacional una fisonomía y campo de acción bien determinado, entregando claridad respecto de aquello que, en los tiempos en que se concibió el Código, aún era oscuro.

Por lo anterior, resulta necesario revisitar el Código, a fin de entender cómo estas dos figuras, mal delimitadas en su texto, conviven y se articulan en él, a fin de borrar toda opacidad que sobre el particular pudiere traspasar al sistema de Derecho Internacional Privado de Chile.

⁹ ADIPRI – UNIVERSIDAD DE CHILE – MINISTERIO DE JUSTICIA (Eds.), *Anteproyecto de Código de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Chile, Santiago, 2020, en línea: https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:e23cc3e0-6680-402c-a5a2-0de1bc3fb695/Anteproyecto_de_Ley_de_Derecho_Internacional_Privado.pdf.

¹⁰ El Código de Bustamante se encuentra vigente en Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, y Venezuela.

Lo anterior, de momento que, si bien es cierto que el campo de aplicación directo del Código se ha visto fuertemente restringido en la práctica por la interpretación amplia que se ha sostenido de la reserva formulada al tiempo de su ratificación, y que ha implicado, en palabras de Federico DUNCKER, “sencillamente que en materia de Derecho Internacional Privado las disposiciones de conflicto de nuestra legislación positiva interna se aplican en primer término y de preferencia y que solamente en segundo lugar y después de ellas se aplican las disposiciones del Código de Bustamante”¹¹, dicha reserva no coarta absolutamente su aplicación directa, toda vez que, a lo menos, regirá los casos en que no exista norma de fuente autónoma que excluya a la norma fuente convencional.

Además, igualmente presente se debe tener que parte de la doctrina estima, en base a una serie de fallos de nuestros Tribunales Superiores¹², que el Código constituiría principios determinados de Derecho Internacional, por lo que supliría los vacíos de nuestra ausencia de norma interna en los casos en que el Código no es directamente aplicable¹³.

¹¹ DUNCKER, Federico, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 122. Frente a esta interpretación amplia, se ha señalado también que los alcances de la reserva serían más bien limitados. Es el caso de Fernando ALBÓNICO, quien ha señalado “la reserva con que fue aprobado el Código de Bustamante tampoco jugaría (para restringir la aplicación directa de las normas procesales contenidas en él), ya que ella se refiere a la oposición entre las reglas de conflicto de la legislación chilena y la del citado Código, en caso de producirse un conflicto de leyes entre una ley extranjera, lo que no es en el caso, y una ley chilena.” ALBÓNICO, Fernando, “Algunos aspectos internacionales de la extradición”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1959, T. 56, Vol 1, pp. 122-128. El paréntesis es propio. Este autor también se ha mostrado crítico de la interpretación amplia de la reserva chilena, señalando que “el legislador, en forma expresa, limitó materialmente la reserva de la Convención, haciendo aplicable ésta solo a “*los conflictos que se produzcan entre la Legislación Chilena y alguna extranjera*”. Esta limitación tiene una doble dimensión. Por una parte, la limitación material propiamente tal, y, por la otra, una limitación metodológica que condiciona dicha limitación material... del análisis de la reserva, se puede apreciar que debe entenderse que se extiende únicamente a las normas conflictuales de Derecho aplicable. Solo cuando no exista acuerdo entre las normas del Código y las normas fuente interna de dicha materia, se preferirán estas por sobre aquellas.” BUSCH, Esteban, “De la reserva chilena al Código de Bustamante. Implicancias a su aplicación directa e indirecta en el territorio nacional”, *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 2020, Vol. 8, N°1, pp. 139 – 148.

¹² Corte Suprema, 06 de enero de 1947, *Gaceta de los Tribunales*, año 1947, 1° semestre, p. 265. *Corte de Apelaciones de Santiago*, 13 de julio de 1949, *Gaceta de los Tribunales*, año 1949, 2° semestre, p. 445. Corte Suprema, 07 de agosto de 1950, *Gaceta de los Tribunales*, año 1950, 2° semestre, p. 411.

¹³ Entre quienes sustentan esta posición se encuentra MONSÁLVEZ, para quien “el Código tiene valor de principios de Derecho Internacional y, tal cual lo ha expresado la Corte Suprema, constituye el acervo común de los países de América y en él están contenidos los verdaderos y exponentes Principios de Derecho Internacional”. MONSÁLVEZ, Aldo, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2015, 5ª ed., p. 53. En el mismo sentido DUNCKER, quien señala que el Código constituye “el espíritu general de la legislación en materia de conflicto de leyes”. DUNCKER, cit. (n. 11), p. 145.

En consecuencia, la aplicación directa del Código – aún en la interpretación más restrictiva – y su eventual aplicación indirecta, hacen susceptible al sistema de Derecho Internacional Privado chileno, ya de fuente convencional (convención de La Habana de 1928), ya de fuente autónoma, de las oscuridades que el texto pudiera adolecer, por lo que parece conveniente ayudar a disiparlas.

I. DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y DEL IDEARIO DE SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE

1.1.- Del orden público internacional, breve reseña de su desarrollo y evolución.

Hablar de orden público internacional implica hablar de las restricción, limitaciones o exclusiones al Derecho extranjero en un foro determinado. Si bien el tema que nos convoca no principia con Federico Carlos de SAVIGNY, sí tiene un precedente especialmente relevante en su trabajo, el cual, en el Libro III “Imperio de las Reglas del Derecho sobre las Relaciones Jurídicas” de su obra “Sistema del Derecho Romano Actual”, publicado en el año 1849, después de establecer como regla general el principio de receptación del Derecho extranjero, trata sobre las restricciones a dicho Derecho, señalando al respecto que “...hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados. En presencia de estas leyes debe el juez aplicar exclusivamente el derecho nacional, aun que nuestro principio exigiera la aplicación del derecho extranjero”,¹⁴ agregando que estas leyes son de dos clases: “a) Leyes de una naturaleza positivamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados. b) Instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los Tribunales”.¹⁵

Luego, al tratar las leyes de naturaleza positivamente obligatorias, SAVIGNY nos entrega los elementos para su determinación, al señalar que estas no “están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Leyes de esta especie pueden tener por base un motivo moral; tal es la ley que prohíbe la poligamia. Pueden estar dictadas por motivos de interés general (*publica utilitas*), ya revistan un carácter político, ya de policía ó de economía política; tales son varias

¹⁴ SAVIGNY, Federico, *Sistema del Derecho Romano Actual*. F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, T. VI, p. 142

¹⁵ SAVIGNY, cit. (n. 14), p. 143.

leyes que restringen la adquisición de la propiedad inmueble para los judíos”.¹⁶

En el concepto de SAVIGNY, las denominadas “leyes de naturaleza positivamente obligatorias” son, por una parte, normas jurídicas positivas, dictadas en atención a la moral o en el interés general del Estado, y, por la otra, normas excepcionales, toda vez que ellas obstan al principio de receptación del Derecho extranjero. Luego, la determinación rigurosa y efectiva de dichas normas resulta esencial para el funcionamiento del sistema, lo que, sin embargo, no resulta fácil ni previsible en sus lineamientos, de momento que estas leyes encontrarán su fundamento en conceptos amplios como son la moral y el interés general.

Un siguiente hito en esta materia se da con Pascual MANCINI, quien, en un artículo publicado en el año 1874, sostuvo – según señala SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE – “que el hombre fuera de su patria puede reclamar á las soberanías extranjeras, en su calidad de hombre y en virtud del principio de nacionalidad, que reconozca y respete su derecho privado nacional; pero el poder soberano de cada país extranjero, por su parte, debe prohibir en los límites del territorio toda infracción del derecho público ó del orden público del país, tal como los ha regulado la voluntad nacional”.¹⁷ En MANCINI se encuentra ya presente el concepto del “orden público” – que no es empleado por SAVIGNY – como forma de tratar unitariamente este límite a la aplicación del Derecho extranjero.

En el año 1873 se funda el Instituto de Derecho Internacional, del cual MANCINI es miembro fundador y primer presidente. En la sesión de Génova del año 1874, cuyas conclusiones se encuentran contenidas en el anuario del año 1877, se plasmaron las ideas del referido autor, al señarse, en sus conclusiones generales en materia de Derecho Internacional Privado, que el reconocimiento y respeto de los derechos civiles y personalidad jurídica de los extranjeros por parte de todos los Estados debe ser considerado como un deber de justicia internacional, agregando “Este deber sólo deja de existir si los derechos del extranjero y la aplicación de leyes extranjeras son incompatibles con las instituciones políticas del territorio regido por la otra soberanía, o con el orden público allí reconocido”.¹⁸

Las conclusiones del Instituto de Derecho Internacional expresan el “aspecto negativo” del orden público internacional, es decir, su condición de límite a la aplicación del Derecho extranjero, que, en relación al caso concreto, lo excluye solo cuando éste pugna con aquel, y que en las conclusiones antes señaladas se expresa con la fórmula “si los derechos del extranjero y la aplicación de leyes

¹⁶ SAVIGNY, cit. (n. 14), p. 144.

¹⁷ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio, *El Orden Público. Estudios de Derecho Internacional Privado*, Imprenta y papelería “La Universal” de Ruíz y hermano, La Habana, 1893, p. 26 y 27.

¹⁸ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (Eds.), *Institut de Droit International. Annuaire. 1877*, T.I. (Reimpresión), Schmidt Periodicals GMBH, Berlin, 1994, p. 124. Traducción libre.

extranjeras son incompatibles... con el orden público...”.

Por su parte, el contenido del orden público, en cuanto conjunto de principios, empieza a perfilarse, y puede apreciarse ya con nitidez en el trabajo de diferentes autores, como Carlos BROCHER, quien, en su obra *Cours de droit international privé* del año 1882, señala que este está integrado, entre otros, por los “principios superiores de la sociedad”¹⁹.

Entonces, en la víspera del siglo XX, la concepción del orden público internacional “como conjunto de principios” con “aspecto negativo”, difundido por el Instituto de Derecho Internacional, y desarrollada por múltiples autores, se encontraba ya bien avanzada. Sin embargo, a la par de esta posición doctrinaria, se desarrolló otra, la cual estimaba que el orden público internacional no podía ser un conjunto genérico de principios, sino que debía de traducirse en normas positivas determinadas y específicas, a fin de delimitar el campo de acción del Juez, y, por esa vía, prevenir arbitrariedades.

Esta segunda posición implica que el orden público internacional no es un “conjunto de principios”, sino que un “conjunto de leyes”, de disposiciones jurídicas, cuyo contenido se debe preferir siempre sobre el Derecho extranjero, el cual queda de antemano excluido, puesto que dan lugar a la aplicación del propio derecho en el supuesto regulado.

Aunque parezca evidente, es necesario señalar que entender el orden público internacional como un conjunto de leyes conlleva aceptar la existencia de las leyes, de las normas positivas, que le dan contenido – las normas de orden público internacional –, y, bajo este razonamiento, la labor de los cultivadores del Derecho Internacional Privado consistiría a este respecto en determinar con la mayor precisión cuáles son las normas específicas que lo integran.

Señala Diego GUZMÁN que entre los autores que han pretendido la determinación de las normas que constituyen el orden público internacional se encuentran “entre otros, Fiore, Pillet, Catellani, Veloso Chávez y Bustamante”.²⁰

En atención a esta última posición doctrinal, en la Conferencia de la Haya de 1894, donde se propuso la elaboración de Convenios de Derecho Internacional Privado en materia de sucesiones, se intentó establecer un catálogo de normas de orden público internacional que mitigaran la aplicación del Derecho extranjero, lo

¹⁹ En sus palabras “Los mismos elementos se encuentran generalmente en la base del orden público: desarrollo y seguridad del Estado, principios superiores de la sociedad, reglas impuestas imperativamente por la moral o la religión”. BROCHER, Carlos, *Course de droit international privé*, Imprimerie J.-G.-P. Fick, Genève, 1882, p. 109. Traducción libre.

²⁰ GUZMÁN, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 1997, p. 373.

que no prosperó.²¹

Algo similar ocurrió en la sesión de París del Instituto de Derecho Internacional del año 1910, en la que, abordando la cuestión del orden público internacional, se propuso una enumeración de las normas que lo integran, lo cual tampoco prosperó.²²

Autores como MACHADO, LEWAD, NIBOYET, BARTIN y AUBRY, según indica GUZMÁN, criticaron en su oportunidad a esta posición, señalando que “es prácticamente imposible y sin utilidad alguna pretender hacer una enumeración taxativa de las leyes de orden público, ya que este concepto se manifiesta esencialmente mutable, variable, tanto en el espacio como en el tiempo; las leyes de orden público guardan, pues, relación con el lugar donde se aplican y con el momento de su aplicación”.²³

En definitiva, esta segunda posición, la de orden público como “conjunto de leyes”, no superó los análisis de la dogmática, ni las exigencias de la práctica, y terminó por ser superada durante el siglo XX, en la medida que se consolidaba la idea de orden público como “conjunto de principios”.

1.2.- Del orden público internacional en el ideario de Sánchez de Bustamante

Sin embargo, es posible señalar que, a finales del siglo XIX, la cuestión del orden público internacional estaba lejos de alcanzar un consenso y se encontraba enrevesada por las diferentes posiciones doctrinales levantadas hasta el momento. El propio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, al principiar su obra de 1893 daba cuenta de ello, señalando: “Por desgracia, el internacional privado está aún en período constituyente y no hay materia más confusa, ni menos meditada, ni tan discutida en nuestra ciencia como el orden público internacional... De poco acá se nota el deseo de poner esta cuestión en claro, y se multiplican los estudios á ella referentes.

²¹ “los países representados en la Conferencia no aceptaron esta enumeración, de modo que en la Segunda Conferencia, en 1900, Holanda propuso otro método, inspirado en la idea fundamental de que no existe un orden público común a varios Estados... En las conferencias de 1925 y de 1928 surgió un cuarto proyecto, en cuyo artículo 3º se dice, simplemente, que la ley nacional del difunto es aplicable, a no ser que manifiestamente sea incompatible con los principios de orden público. Se renuncia, pues, a todo intento enumerativo.” GUZMÁN, cit. (n. 20), p. 376 y 377.

²² “Fiore y Weiss propusieron una enumeración internacional de los casos de orden público, pero el Instituto, al estudiar el problema más detenidamente, se convenció de que era imposible enumerarlos por la vía del acuerdo internacional, a causa, precisamente, de tener cada país su propio orden público... La sesión de 1910 del Instituto de Derecho Internacional hubo de reconocer de manera oficial, tal como había sucedido en la Conferencia de La Haya, la imposibilidad de enumerar internacionalmente los casos de orden público, estando el problema esencialmente determinado por el Derecho nacional.” GUZMÁN, cit. (n. 20), p. 377 y 378.

²³ GUZMÁN, cit. (n. 20), p. 374.

Quizás el nuestro venga, á despecho de los propósitos que lo inspiran, á aumentar la confusión”.²⁴

Partiendo de una posición crítica respecto a la doctrina plasmada por el Instituto de Derecho Internacional, que mira al orden público internacional como un “conjunto de principio” y no como “conjunto de leyes”, privilegia la determinación de dichas normas sobre la conceptualización genérica de la institución, centrando su análisis “en la norma de orden público” y no “en el orden público internacional”, el cual pareciera no pasar en su pensamiento de una mera reunión o colección de normas de orden público internacional.

Para este autor, lo relevante en esta materia es fijar la extensión del orden público, su alcance, de la manera más detallada posible, lo que se traduce en la determinación de las leyes que tendrían este carácter. Como indicara en la obra de 1893, “para que la competencia legislativa del Estado se ejercite en sus límites naturales, es indispensable que la noción del orden público se fije con absoluta precisión y no alcance más ni menos de lo que legítimamente le corresponda. Si resulta un concepto vago é indeciso, se presta de suyo á la arbitrariedad, y arbitrariedad é injusticia suelen ser dos nombres de una misma cosa en el terreno del derecho.”²⁵

Para este autor “son leyes de orden público internacional, todas las que tienen por objeto el Estado y forman su derecho, hasta el punto de que infringiéndolas ó dejando de aplicarlas se lesiona la soberanía y se destruyen sus fundamentos cardinales; ó lo que es lo mismo, toda la legislación propia del Estado, en cuanto existe, se conserva, se desenvuelve y se organiza”.²⁶ Ahora, para la determinación de las normas de orden público internacional – objetivo primordial para él en esta materia –, SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE distingue cuatro supuestos diferentes, sintetizados claramente por Jürgen SAMTLEBEN: “En cuanto a la relación de las personas con las leyes [Bustamante] distingue...: 1) el nacional en su país: para él se dividen las leyes internas en derecho imperativo y supletorio; 2) el extranjero en ese mismo país: el derecho interno es para él o imperativo o supletorio o inaplicable (esto por ser aplicable solo a los nacionales); 3) el nacional en país extranjero: el derecho de su patria es para él, o inaplicable (territorial), o imperativo (personal), o supletorio; 4) el extranjero en país extranjero: el derecho interno es para él inaplicable, o supletorio (de libre discusión), o imperativo (p. ej. en relación con ciertas leyes atinentes a la seguridad del Estado)”.²⁷

²⁴ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 11.

²⁵ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 11.

²⁶ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 282.

²⁷ SAMTLEBEN, Jürgen, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 205-206. Los corchetes son propios.

Es en atención a estos supuestos que SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE estima que pueden reducirse todas las leyes de un Estado a tres clases: a) leyes de orden privado, las cuales “tienen carácter supletorio y obligan sólo en los límites consentidos por la voluntad de las partes”;²⁸ b) leyes de orden público interno, las cuales “se imponen á los nacionales hasta el extremo de quedarles prohibida su renuncia, y que, por su naturaleza ó por su objeto, no deben aplicarse á los extranjeros”;²⁹ y c) leyes de orden público internacional, las cuales “coinciden con el último grupo en sobreponerse á la voluntad individual, pero se diferencia en que alcanza igualmente a los nacionales y á los extranjeros”.³⁰

Para este autor, las normas de orden público internacional tienen los caracteres de a) Imperativas, ya que ninguna persona –nacional o extranjera– que se encuentre en su hipótesis puede eludir sus efectos, b) Locales, en cuanto a su origen, pertenecen a un Estado determinado; y c) Legales, en cuanto a su fuente; y, por la otra, no tienen el carácter de normas excepcionales, ni son propiamente territoriales, toda vez que si bien alcanzan dentro del país que las dicta a todas las personas, nacionales o extranjeras, a todas las cosas, y a todas las relaciones jurídicas, algunas pueden, igualmente, tener efecto extraterritorial.³¹

Respecto de los efectos del orden público internacional, SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE estima que la aplicación de estas normas: a) Excluye a la voluntad individual, toda vez que en la esfera propia del Estado, el derecho del individuo sucumbe ante el derecho de aquel, no teniendo eficacia las actuaciones efectuadas en contravención a estas normas; y b) Excluye a la aplicación del Derecho extranjero, toda vez que el Estado aplica directamente su norma de orden público internacional, sin dar espacio de aplicación al Derecho extranjero.³²

Finalmente, la obra de 1893 dedica extensos pasajes a una labor particularmente relevante para el autor, esto es, la determinación precisa de las leyes de orden público internacional, pudiendo señalarse, a modo de resumen, que estas están dadas por: “1° todo el derecho internacional privado; 2° parte del político, del administrativo y del penal y todo el de los procedimientos judiciales; 3° las leyes civiles y mercantiles de carácter esencialmente moral ó económico; y 4° las leyes civiles de carácter esencialmente político o jurídico”.³³

Entonces, en el concepto de este autor, las normas de orden público internacional son normas positivas, imperativas, localistas, que excluyen toda

²⁸ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 76

²⁹ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 78.

³⁰ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 79.

³¹ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 99 a 121.

³² SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 123 a 151.

³³ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 283.

aplicación del Derecho extranjero determinado por la norma de conflicto, sometiendo a su gobierno las hipótesis en ellas contenidas, razón por la cual el juez debe aplicarlas directamente, y, todas ellas, en su conjunto, darían lugar al orden público internacional de un Estado.

II. DEL CONTROL DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL CÓDIGO DE BUSTAMANTE

2.1. Reglamentación del orden público internacional en el Código.

La doctrina de SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE sobre el orden público internacional, como se dijera, encontró consagración positiva en el Código de Derecho Internacional Privado anexo a la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana del año 1928, lo cual queda de manifiesto en el artículo 3° del Código, que establece la señalada clasificación tripartita, en los siguientes términos: “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 las tres clases siguientes:

1. 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.

2. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.

3. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado”.³⁴

Luego, y en consecuencia con sus postulados, el Código se dedica de manera importante a regular una serie de casos que deben estimarse como normas de orden público internacional en los Estados parte, destinando una nada despreciable

³⁴ Como anota SAMTLEBEN, “La relación entre las tres clases de leyes está determinada por la idea de la delimitación de la competencia legislativa. El pensamiento de Bustamante sobre este punto puede ser resumido en las cuatro tesis siguientes: a) el diferente campo de aplicación de las leyes se explica por la división de éstas en tres clases; b) la esfera de aplicación de las distintas leyes queda fijada mediante la distribución de éstas en una de las tres clases; c) esta división de las leyes, utilizada de igual modo para el derecho interno y el extranjero, conduce a una delimitación multilateral de la competencia legislativa; d) a cada cuestión no se aplica, por eso, son un solo derecho, que es el del respectivo legislador competente. Sin embargo, como pasa a verse, ninguna de estas tesis resiste un examen crítico.” SAMTLEBEN, cit. (n. 27), p. 229 Y 230.

cantidad de disposiciones a ello.³⁵

Para entender cómo opera el control de orden público internacional que pretende el Código, se planteará el siguiente ejemplo. Supóngase que en Chile se pide la posesión efectiva de una sucesión testamentaria regida directamente por el Código de Bustamante, como sería el caso de una persona de nacionalidad chilena con bienes en el país y en Perú, estando el último domicilio del causante en Panamá. En principio, la norma de conflicto que determina el derecho aplicable en la fuente convencional es el artículo 144 del Código, el cual establece que la sucesión se debería regir por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que estos se encuentren, luego, dicha ley personal, atendido lo dispuesto en el artículo 7 del Código, será la adoptada por cada Estado, en este caso, será la determinada por Chile en su Derecho interno³⁶. Ahora, si se adopta la interpretación amplia de la reserva, el artículo 144 del Código deberá ser excluido de antemano— por lo que su factor de conexión no será considerado —y en su lugar se deberá aplicar directamente el factor de conexión dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, el cual establece que la sucesión se rige por la Ley del último domicilio del causante. Luego, si el testamento fue otorgado por mandatario, la validez de dicho testamento debería efectuarse en atención a la ley aplicable, sin embargo, en virtud del artículo 148 del Código —no excluido por ninguna norma de fuente interna—, tenemos que “son de orden público internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal, y las que lo declaran acto personalísimo”, en consecuencia, para el Juez chileno, el artículo 1004 del Código Civil, que prescribe que “la facultad de testar es indelegable”, pasa a ser una norma de orden público internacional, y, por tanto, deberá sancionar la validez del referido testamento por dicha norma, sin atender a la solución a que pudiere arribar la ley aplicable, siendo indiferente para el Juez que dicha solución sea la misma u otra distinta. Entonces, la norma de Derecho de fondo del foro, constituida por el tratado como norma de orden público internacional, se impone y excluye toda aplicación del Derecho extranjero.

Y es que bajo el sistema del Código de Bustamante el orden público internacional se pretende controlar principalmente mediante el establecimiento

³⁵ Véanse en el Código los artículos 4, 5, 8, 51, 59, 61, 68, 72, 76, 78, 90, 91, 117, 120, 129, 136, 138, 145, 148, 149, 150, 153, 160, 175, 179, 188, 190, 192, 193, 194, 197, 202, 212, 243, 246, 254, 257, 272, 283, y 284.

³⁶ La determinación del Estatuto Personal en Chile ha sido una materia tradicionalmente controvertida, habiéndose desarrollado una pluralidad de posiciones respecto del particular, existiendo autores que entienden que en nuestro país rige un Estatuto Personal determinado por el factor “domicilio”, mientras que otros sostienen que este se encuentra determinado por el factor “nacionalidad”. A estas posiciones hay que agregar quienes entienden que dicho Estatuto está determinado por el factor “habitación”, y quienes señalan que en Chile no existe un verdadero Estatuto Personal.

convencional de leyes de orden público internacional, que dan lugar a un catálogo uniforme de estas normas, comunes a todos los Estados parte, y que, por las materias tratadas, y el detalle de las mismas, aspira a dar una protección integral a las bases institucionales de cada Estado, sin tener que recurrir a una excepción general de orden público cuyo aplicación no se puede determinar de antemano, y que, por lo mismo, no se contempla.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el Código si presenta normas especiales de excepción de orden público internacional, para determinados casos, y que implican una renuncia –probablemente inadvertida para su autor– del concepto de orden público que intentó posicionar. Este punto requiere una explicación adicional.

En el Código de Bustamante existen varias disposiciones que manifiestan el aspecto negativo del orden público, cuya consagración resultó ineludible para su redactor, tales como el artículo 40³⁷, 41³⁸, o 53³⁹, que son especiales ya en relación con la materia que tratan – de momento que se refiere exclusivamente al reconocimiento del matrimonio, celebración del matrimonio religioso, reconocimiento de divorcio –, ya en relación al control de orden público que efectúan, el cual se limita a las disposiciones en ellas señaladas. Ahora, entre las normas que consagran excepciones especiales de orden público en el texto merece especial atención la dispuesta en el artículo 8º, que señala: “Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tiene plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional.” Esta excepción, bien es especial en cuanto se refiere a los derechos adquiridos, resulta general en relación al control de orden público que efectúa, puesto que este se extiende a cualquier regla de orden público internacional, y, dado que éste es unitario en el sistema, se está refiriendo, necesariamente, a la

³⁷ Artículo 40. “Los Estados contratantes no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en cualquiera de ellos, por sus nacionales o por extranjeros, que contraríe sus disposiciones relativas a la necesidad de la disolución de un matrimonio anterior, a los grados de consanguinidad o afinidad respecto de los cuales exista impedimento absoluto, a la prohibición de casarse establecida respecto a los culpables de adulterio en cuya virtud se haya disuelto el matrimonio de uno de ellos y a la misma prohibición respecto al responsable de atentado a la vida de uno de los cónyuges para casarse con el sobreviviente, o a cualquiera otra causa de nulidad insubsanable”.

³⁸ Artículo 41. “Se tendrá en todas partes como válido en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado en la que establezcan como eficaz las leyes del país en que se efectúe. Sin embargo, los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin observar esa forma.”

³⁹ Artículo 53. “Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causa que no admita su derecho personal.”

totalidad del orden público internacional del respectivo Estado.

Luego, el orden público a que se refiere la disposición no puede ser entendido simplemente como mero conjunto de leyes, como agrupación de normas positivas individuales, sino que está mirado como una unidad cuya protección se busca, un bloque que inevitablemente se integrará no solo las leyes de orden público, sino que también los principios que dichas normas pretenden cautelar, toda vez que la disposición en comento busca amparar las “reglas” que de él derivan, su finalidad, y no solo mero texto positivo.

Esto implica que en el sistema del Código va implícito el reconocimiento de la insuficiencia del mecanismo de control de orden público pretendido, ya que en su esmero de determinar, lo más detalladamente posible, las normas que integran el orden público internacional, no pudo dejar de consagrar una disposiciones que protegiera este orden como unidad, como un todo, abriendo el análisis originalmente centrado en la norma positiva al bloque, al conjunto unitario, el cual, *per se*, no excluye los principios subyacentes en las disposiciones que le dan cuerpo, sino que, por el contrario, lo requiere para una protección integral y eficaz.

Por lo anterior, es el mismo Código el que entrega las bases para la superación del concepto de orden público internacional como mero “conjunto de leyes”.

2.2.- Método normativo de las leyes de orden público internacional. Aspecto positivo del orden público internacional.

¿De qué tipo de norma hablamos cuando nos referimos a una norma de orden público internacional? SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE no entrega mayores luces sobre el particular, limitándose a referirse a ellas como expresión de un principio de Derecho Internacional Privado.⁴⁰

La falta de precisión sobre este tema no debe sorprender, toda vez que la totalidad de la obra jurídica de este autor se desarrolló de manera previa al pluralismo normativo y metodológico que hoy se aprecia en la disciplina.

Por lo anterior, son autores posteriores los que han venido en resolver este punto. A este respecto se debe tener presente que no sería sino hasta el trabajo de

⁴⁰ “La generalidad de los escritores está de acuerdo en estimar la doctrina del orden público como parte del sistema general del derecho internacional privad... pero el acuerdo desaparece cuando se trata de saber el lugar que corresponde al orden público entre los principios generales de esta ciencia. Para unos, la comprendía toda, y nunca cede su preeminencia por motivos de justicia, sino por razones de cortesía, benevolencia ó interés. Para otros, comparte el imperio con uno ó varios principios generales, sin que haya entre ellos preferencia alguna. Y para los restantes, regula ciertas relaciones jurídicas de orden internacional, a título de excepción, á fin de evitar en nombre del interés ó el derecho del Estado, la aplicación de las leyes exigidas por la naturaleza de dichas relaciones.” SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, cit. (n. 17), p. 21.

Phocion Francescakis, a mediados del siglo XX, que se advertiría con claridad la existencia de normas de aplicación inmediata del foro o normas de policía, pese a lo preceptuado en la norma de conflicto, y que son distintas de las normas de conflicto unilateral.

Estas normas, señala María Elsa UZAL, “pueden identificarse con problemas de orden público, pero que no se agotan allí y tiene cabida en ellas la tutela de intereses de diversa índole que el Estado está especialmente abocado a tutelar”⁴¹

Ahora, ellas resultan, en no pocos casos, ser una expresión del orden público internacional de un Estado determinado, en un momento determinado, de ahí que José Carlos FERNÁNDEZ y Sixto SÁNCHEZ, señalen que “en su aspecto positivo, el orden público se confunde con las que hemos denominado normas materiales imperativas [normas de policía]. Es utilizado, junto a otros argumentos (seguridad nacional, economía nacional, etc.), como fundamento del empleo de normas sustantivas nacionales a una situación de tráfico privado externo. Son las llamadas normas de orden público, en el sentido de normas de Derecho interno de aplicación necesaria, cualquiera que sean los elementos extranjeros que pudieran existir en el supuesto a regular”.⁴²

Al decir de UZAL este tipo de norma “*autoelige* para resolver el caso iusprivatista multinacional descrito en el tipo legal, *el derecho nacional del propio sistema al que pertenece* y, a la vez, *autolimita, exclusivamente*, la aplicabilidad de ese derecho nacional al aspecto del caso multinacional descrito o captado en el tipo de la norma”.⁴³

Dicho de otra forma, la norma de policía es una norma imperativa, local, y positiva, que excluye la aplicación del Derecho extranjero determinado por la norma de conflicto, imponiendo la solución del foro, y que usualmente está asociada a problemas de orden público internacional, resultando entonces una expresión normativa del mismo, pero no se confunde con él.

Así las cosas, atendido el objeto, características, y efectos de las llamadas leyes o normas de derecho público internacional concebidas por SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, parece claro que estas se corresponden con las hoy denominadas normas de policía, y, por tanto, son una expresión normativa del orden público internacional imperante de un Estado al tiempo de su dictación.

Luego, está bien resuelto que dicho aspecto positivo del orden público internacional no excluye o afecta la existencia de la dimensión negativa del mismo. Es decir, de este en cuanto limitación a la aplicación del Derecho extranjero

⁴¹ UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Thompson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2016, Ed. digital, p. 14.

⁴² FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ, cit. (n. 1), p. 381. Los corchetes son propios.

⁴³ UZAL, María Elsa, cit. (n. 41), p. 45.

determinado por la norma de conflicto, que *opera a posteriori*. Sobre este punto se volverá al tratar de la excepción de orden público internacional en el sistema de Derecho Internacional Privado de Chile.

III. DE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CHILE.

3.1.- Del orden público internacional como “conjunto de normas” al orden público internacional como “conjunto de principios”.

En un comienzo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, influenciados por el Código, tendieron a la definición del orden público internacional como un conjunto de disposiciones, es decir, como un conjunto de leyes positivas.

Así, en el año 1943, Federico DUNCKER y Fernando VARAS señalaban que “el orden público interno comprende las leyes que se refieren al Derecho Público y las que, refiriéndose a instituciones del Derecho Privado, no pueden ser menoscabada ni derogadas por la voluntad de las partes. Podríamos decir que dentro de esta idea genérica, queda involucrada otra más restringida llamada orden público internacional... en general, podemos decir, que las leyes de orden público internacional son todas aquellas que rechazan a toda disposición extranjera que ataque o vulnere ya alguna institución fundamental de la organización política o social de un pueblo, ya su moral o buenas costumbres”.⁴⁴

En los apuntes de clases de Eduardo HAMILTON, quien fuera profesor de la Universidad Católica de Chile durante la primera mitad del siglo XX, se puede leer: “el orden público es sinónimo de orden social, y comprende todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interés superior de la colectividad o de la moral social”,⁴⁵ la cual es una reproducción de la definición de Manuel FOIGNET.⁴⁶

En la obra de DUNCKER, del año 1950, se mantiene la concepción de orden público como conjunto de disposiciones o normas, e, incluso, pareciera subsistir en la obra de Mario RAMÍREZ del año 2009.⁴⁷

⁴⁴ DUNCKER, Federico; VARAS, Fernando, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Santiago, 1943, T. I, p. 138 y 139.

⁴⁵ HAMILTON, Eduardo, *Apuntes de Derecho Internacional Privado*, parte general, Impresiones Girardi 1194, s/f, p. 88.

⁴⁶ FOIGNET, citado en DUNCKER, cit. (n. 11), p. 413.

⁴⁷ RAMÍREZ, Mario, *Derecho Internacional Privado*, LegalPublishing, Santiago, 2009, 2ª ed., p. 123 a 127.

La jurisprudencia por su parte también recogió este concepto, al resolver sobre una solicitud de reconocimiento de sentencia extranjera en el año 1964, la Corte Suprema señaló que: “...es un principio de universal aplicación en el campo de las relaciones internacionales, que no es posible dar cumplimiento a los fallos que contravengan el orden público del país en que se quiere ejecutarlas, es decir, que vulnere ese concepto doctrinario que comprende a un conjunto de disposiciones establecidas por el legislador en resguardo de los intereses superiores de la colectividad o de la moral social”.⁴⁸

Ahora, esta conceptualización es errada, por las razones expuestas precedentemente, y dicho error ya ha sido acusado en nuestro medio por los autores Carlos y Gabriel VILLARROEL BARRIENTOS, quienes han indicado que “si se considera al orden público como un conjunto de normas y no de principios, resulta inútil distinguir el orden público de la norma de policía. En realidad, el concepto de norma de policía surge si se acepta que el orden público constituye un conjunto de principios por lo que debe aplicarse a posteriori y no a priori”.⁴⁹

Sin embargo, la consolidación del concepto de “orden público internacional” como “conjunto de principios” termina por imponerse en nuestra plaza, y se expresa en trabajos académicos como el de MONSÁLVEZ⁵⁰ o el de los autores VILLARROEL BARRIENTOS,⁵¹ siendo recogido en ese sentido por la jurisprudencia, aunque también en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras, donde se establece que se efectúa dicho control al analizar si el contenido de la sentencia extranjera “CONTRAVIENE LA LEGALIDAD FUNDAMENTAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO”.⁵²

⁴⁸ Corte Suprema, 29 de mayo de 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1964, T. LXI, sec. 1^a, pp. 129-134.

⁴⁹ VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, 2^a ed., p. 135.

⁵⁰ “...podemos definir el orden público como un conjunto de reglas jurídicas y principios vinculados a la organización interna del Estado, destinando a preservar los derechos esenciales y las instituciones fundamentales existentes en él, y proteger los intereses generales y la moral social de las personas que habitan en un territorio determinado.” MONSÁLVEZ, cit. (n. 13), p. 96

⁵¹ “El orden público es una excepción a la aplicación del derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto, en consideración a que la ley material extranjera atenta contra los principios de la *lex fori* por ser contraria al derecho natural, a la convicción común de la sociedad o a la política legislativa del Estado.” VILLARROEL BARRIENTOS, cit. (n. 49), p. 134.

⁵² Al respecto, la Corte Suprema, en sentencia de 11 de diciembre de 2024, Rol (civil) n° 26.804-2024, sobre exequátur: “TERCERO: Que el examen de esas exigencias permite concluir que se trata de constatar si en el procedimiento que condujo a la dictación del fallo se cumplió con unos presupuestos elementales de administración de justicia y si su contenido contraviene la legalidad fundamental de nuestro ordenamiento, sin revisar el contenido substancial de la controversia ni la justicia o injusticia intrínseca contenida en la resolución, es decir, sin erigirse el tribunal requerido en una instancia de revisión de lo allí resuelto.”

3.2.- Excepción general de orden público internacional.

La procedencia de la excepción general de orden público internacional en la norma convencional en comento es una cuestión oscura, y ello podría dar lugar a controversias en el sistema de fuente autónoma, considerando que, para algunos autores el Código cumple una función de integración en este sistema, a falta de norma positiva en él, al estimarse principios determinados de Derecho Internacional.⁵³

En la norma de fuente convencional, esta cuestión no ha sido resuelta por nuestros tribunales, y la doctrina pareciera no haber terminado de tomar posición. SAMTLEBEN, partiendo de la base de los mecanismos de control de orden público internacional existentes en el tratado (normas de orden público internacional y cláusulas especiales de excepción), señala que estos mecanismos se opondrían “a que se extienda más el ámbito de este último mediante una cláusula general”, pero, reglón seguido, agrega de “otro lado, no se puede desconocer que en su tendencia general el Tratado quiere tener muy en cuenta las concepciones jurídicas de los distintos Estados partes. Así, ya durante las discusiones preliminares, se formó la opinión de que con independencia de las reglas del Tratado, todo Estado podía hacer cumplir las normas que según él pertenecían al ‘orden público internacional’”,⁵⁴ con lo que no pareciera haber en el autor ninguna conclusión definitiva.

Ahora, considerando lo expuesto, y entendiendo que en el Código subyace una regulación que reconoce la existencia del orden público internacional como bloque, como unidad, y que ella da lugar a una excepción especial de orden público, puede afirmarse que el concepto no es ajeno a la fuente convencional, sino que, en él, este se manifiesta de manera limitada, ¿pero ello implica la renuncia de los Estados parte a ejercer el control de orden público sobre las consecuencias que deriven del Derecho extranjero determinado por la norma de conflicto?

Para responder la pregunta, se debe tener presente que, por una parte, el mecanismo preferentemente utilizado por el Código – establecimiento convencional de normas de policía –, si bien implica un firme control *a priori* del orden público, que reduce las posibilidades de resultados lesivos a los principios fundamentales del Ordenamiento, no obsta a que, una vez determinado el Derecho aplicable por la norma de conflicto, pueda igualmente producirse un resultado que atente contra este. De hecho, este riesgo está reconocido en la hipótesis del artículo 8º, toda vez que prevé que los derechos adquiridos en un Estado parte al alero del Código

⁵³ “El Código tiene valor de principios de Derecho Internacional y, tal cual lo ha expresado la Corte Suprema, constituye el acervo común de los países de América y en él están contenidos los verdaderos y exponentes Principios de Derecho Internacional.” MONSÁLVEZ, cit. (n. 13), p. 53.

⁵⁴ SAMTLEBEN, cit. (n. 27), p. 272 Y 273.

(que puede implicar la adquisición en virtud de la aplicación del Derecho del foro o la aplicación de un Derecho extranjero), y que deben ser reconocidos por los demás Estados parte, pueden llegar producir efectos lesivos para el orden público internacional de estos últimos. Luego, si en dicho caso el Tratado estima admisible la excepción de orden público, no se ve razón para entender que este excluye la hipótesis de un derecho que se adquiriera en el foro por aplicación de un Derecho extranjero. Es decir, no es razonable que se permita ejercer la excepción de orden público cuando el derecho subjetivo se adquiriera fuera del foro y no cuando el mismo derecho subjetivo se adquiriera, en virtud del mismo Derecho extranjero, en el mismo foro. Esta sola posibilidad abre la puerta a la excepción general, toda vez que dicho control se debe ejercer, justamente, por esa vía.

Lo anterior lleva a concluir que, en base al artículo 8° – que abre la puerta a un control de orden público internacional como bloque –, es admisible con el Código la existencia de un control general de orden público internacional por vía de excepción, lo cual resulta, además, necesario y conveniente para el correcto funcionamiento del mismo, siendo un refuerzo para el mecanismo de control preferente dispuesto en la norma convencional.

Ahora, en relación a nuestra fuente autónoma, el legislador no ha dotado aún a nuestro Ordenamiento de una disposición que consagre la excepción de orden público internacional, sin embargo, ello no ha sido impedimento para su admisión a nivel doctrinal, toda vez que se entiende como una consecuencia ineludible del principio de receptación del Derecho extranjero, ya que el Estado que aplica un Derecho que no le es propio tiene el deber de velar por que los principios de su propia institucionalidad no se vean afectados por dicha aplicación, y, en consecuencia, su aplicación en nuestro medio encuentra su fuente en los principios generales que inspiran el Ordenamiento, más precisamente, en los principios de Derecho Internacional.

Luego, y como se había señalado antes, parte de la doctrina entiende que el Código expresa principios determinados de Derecho Internacional, y, considerando la inspiración que dicha norma tiene en esta materia, y la opacidad que sobre el particular presenta, podría arribarse a la equivocada conclusión de que nuestro Ordenamiento admita limitadamente dicha excepción, lo que no acontece. El principio de receptación del Derecho extranjero, que tiene como contra partida el control del orden público, prima en esta materia, y su respeto es base del sistema.

En efecto, resulta pacífico en nuestra doctrina que la excepción de orden público internacional tiene cabida como institución general, no limitada a determinadas materias, conviviendo con las normas de policía dispuestas por el legislador, operando cada una en sus ámbitos de aplicación.

IV. CONCLUSIONES

El Código de Bustamante se enfoca en la construcción un control de orden público internacional principalmente por la vía de la determinación convencional de las llamadas normas de orden público internacional, creando un catálogo común a todos los Estados parte, con la finalidad de fijar así, de manera detallada, la extensión de este límite *a priori* al Derecho extranjero.

Desde esta perspectiva, el objeto de estudio es la “norma de orden público internacional” – y no el orden público internacional en sí –, las cuales expresan los principios fundamentales del Ordenamiento de un Estado, y tienen los caracteres de imperativas, locales y positivas, correspondiéndose con las hoy llamadas normas de policía.

Ahora, y no obstante la detallada labor a que se entrega el redactor, no pudo evitar el Código contemplar mecanismos de control *a posteriori* del orden público internacional, entiendo ahora este no como conjunto de normas individuales, sino que como unidad “el orden público internacional”.

Y es que, el hecho de que el Código reconozca la existencia del orden público internacional como bloque, como unidad, aún cuando fuere solo como límite a los efectos o consecuencias de los derechos adquiridos al alero de un Derecho extranjero, implica una renuncia tácita a la pretensión de construir un orden público equivalente a mero “conjunto de leyes de orden público”, toda vez que dicho bloque funge como garante no solo de la norma positiva, sino que de la finalidad que le inspira, de los principios que subyacen en ella.

Por lo anterior, la regulación especial del Código no excluye la posibilidad de una cláusula general de orden público internacional, por el contrario, le sirve de fundamento, toda vez que implica el reconocimiento de la necesidad de un control *a posteriori*, que cautele los principios fundamentales del Ordenamiento del foro, más que preceptos positivos derivados de dichos principios.

No existiendo en nuestro medio sentencia que se haya pronunciado sobre el particular, resulta pertinente afirmar la procedencia en la norma convencional de la excepción general de orden público, toda vez que ello implica dotar al sistema de una herramienta efectiva de control de los principios fundamentales de su Ordenamiento.

Lo anterior, parece especialmente relevante si se considera – como lo hace parte de la doctrina – al Código una expresión de principios determinados de Derecho Internacional, ya que, por esa vía, ha alcanzado una aplicación indirecta en los casos en que nuestro sistema de fuente autónoma no cuente con norma aplicable al caso *ius privatista* multinacional específico de que se trate, lo que podría generar, en caso de rechazarse la opción de la admisión de la excepción general de orden público en la fuente convencional, que se levantara un manto de opacidad sobre la procedencia de esta institución en nuestro sistema de fuente

autónoma, aunque debería bastar para disiparla apelar al principio de receptación del Derecho extranjero, el cual implica esta limitación, y es un principio fundamental del Derecho Internacional Privado, que debería prevalecer sobre la pretendida aplicación indirecta del Código.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Doctrina

- ALBÓNICO, Fernando, “Algunos aspectos internacionales de la extradición”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia, y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, 1959, Vol. 56, Tomo 1, pp. 122–128.
- BROCHER, Carlos, *Course de droit international privé*, Imprimerie J.-G.-P. Fick, Genève, 1882.
- BUSCH, Esteban, “De la reserva chilena al Código de Bustamante. Implicancias a su aplicación directa e indirecta en el territorio nacional”, *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 2020, Vol. 8, N°1, pp. 139 – 148.
- CANELO, Carola, *Derecho Procesal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020.
- CARRILLO, Juan Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Tecnos, Madrid, 1983, 3ª ed.
- DUNCKER, Federico, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956.
- DUNCKER, Federico; VARAS, Fernando, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Santiago, 1943, T. I.
- FERNANDEZ, José; SÁNCHEZ, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, 3º ed., reimpresión.
- GARCIMARTÍN, Francisco, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, 3ª ed.
- GUZMÁN, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 1997.
- HAMILTON, Eduardo, *Apuntes de Derecho Internacional Privado. Parte general*, Impresiones Girardi 1194.
- MONSÁLVEZ, Aldo, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2015, 5ª ed.
- PICAND, Eduardo, *Derecho Internacional Privado. Leyes, Tratados y Jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.
- RAMÍREZ, Mario, *Derecho Internacional Privado*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009, 2ª ed.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio, *El Orden Público. Estudios de Derecho Internacional Privado*, Imprenta y papelería “La Universal” de Ruíz y hermano, La Habana, 1893.
- SAMTLEBEN, Jürgen, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.
- SAVIGNY, Federico, *Sistema del Derecho Romano Actual*. F. Góngora y Compañía Editores,

Madrid, 1879, T. VI.

UZAL, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters - La Ley, Libro digital, Buenos Aires.

VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, 2ª ed.

b) Legislación.

Código Civil de España, 1889.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014.

Código de Derecho Internacional Privado de Chile, 1934.

Ley de Derecho Internacional Privado de Italia, 1995.

Ley N°19.920 de Derecho Internacional Privado de Uruguay, 2020.

Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo, 1976.

Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, 1995.

Reglamento Roma II de la Unión Europea, 2007.

c) Jurisprudencia.

Corte Suprema, 6 de enero de 1947, *Gaceta de los Tribunales*, 1947, 1º sem., p. 265.

Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de julio de 1949, *Gaceta de los Tribunales*, 1949, 2º sem., p. 445.

Corte Suprema, 7 de agosto de 1950, *Gaceta de los Tribunales*, 1950, 2º sem., p. 411.

Corte Suprema, 29 de mayo de 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1964, T. LXI, sec. 1ª, pp. 129-134.

Corte Suprema, 11 de diciembre de 2024, Rol (civil) n° 26.804-2024.

d) Otros documentos

ADIPRI – UNIVERSIDAD DE CHILE – MINISTERIO DE JUSTICIA (Eds.), *Anteproyecto de Código de Derecho Internacional Privado*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2020, disponible en línea: https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:e23cc3e0-6680-402c-a5a2-0de1bc3fb695/Anteproyecto_de_Ley_de_Derecho_Internacional_Privado.pdf.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (Ed.), *Institut de Droit International. Annuaire*. 1877, Tomo I. (Reimpresión), Schmidt Periodicals GmbH, Berlin, 1994, disponible en línea: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/04/1877-vol_1_Sessions-de-Gen%C3%A8ve-1874-et-de-La-Haye-1875.pdf.



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.