

EL CASO MIXTO Y EL JUEZ

NORMA MURILLO WANGNET
Universidad de Chile

No es fácil dar una noción de lo que se entiende por caso mixto fuera de la perspectiva dogmática, y más aún, estrictamente legalista, ya que ésta es una expresión utilizada para referirse a una controversia sometida a un tribunal¹, en la que los hechos (o actos) constitutivos del tipo se han producido o realizado en espacios regulados por ordenamientos legales diferentes, y a la que éste debe dar solución, ajustada también a determinadas leyes.

Los casos mixtos, así conceptualizados, pueden obviamente encontrarse en las hipótesis de las distintas ramas en que se acostumbra sistematizar al Derecho, y los Jueces deben resolverlos utilizando una variedad de métodos, que estarán, a su vez, determinados por las consecuencias jurídicas que se reclaman. Si estas consecuencias consisten en la solución de fondo que contempla para ellos la propia ley del foro¹, que es la situación en que se encuentra la mayoría, el cometido del juez no es diferente del que asume cuando debe pronunciarse sobre un caso en que todos sus hechos constitutivos pueden localizarse en el territorio, correspondiendo exactamente en el supuesto al que las mismas leyes directas o substanciales territoriales atribuyen las consecuencias jurídicas reclamadas, ya que sólo con la aplicación correcta de esas normas va a satisfacer los intereses de las partes y cumplir la ley.

Pero hay, sin embargo, un caso mixto que sí es diferente a los otros, porque reclama como consecuencia jurídica, no la solución que las leyes del ordenamiento territorial del juez contempla para los de su especie, sino que una ley que se encuentra en un ordenamiento jurídico extranjero.

Este es el denominado caso mixto jusprivatista, que difiere de sus congéneres en que es el único cuyos elementos pueden vincular su solución a un ordenamiento jurídico distinto de aquél al que pertenece el órgano jurisdiccional a que se encuentra sometido; el que, en consecuencia, deberá resolverlo con arreglo a normas legales que no sólo no forman parte de su Derecho territorial, sino que, además, van a aplicarse, cuando así corresponda, inhibiéndolo, y produciendo, por lo mismo, efectos diferentes que si se hubiese aplicado este último.

En otras palabras, este caso con elementos extranjeros, llamado jusprivatista, porque ha surgido en una relación de derecho privado (fundamentalmente civil)², no

¹ Referido sólo a tribunales ordinarios nacionales.

² El gran comercio internacional se regula por leyes ad hoc.

es cualquiera que presente una dispersión espacial de sus elementos, sino sólo aquél en el cual esos elementos se encuentran en el tipo legal de normas de derecho privado extrañas al tribunal, y en cuya virtud se reclama a éste que le dé una solución distinta de aquélla que le es conocida o debiera serlo (*iura novit curia*), por cuanto la aplica ordinariamente para supuestos de la misma clase.

Es este caso mixto, precisamente, el que presenta las mayores dificultades al tribunal que debe resolverlo, pues es el único, entre los muchos que pueden entrar en la esfera de su competencia, a través del cual éste dará³ o declarará la aplicación en su territorio de leyes extranjeras.

Esta situación tan especial, desde el punto de vista de la dogmática (ya que no lo es en ningún caso en las perspectivas filosófica y sociológica), es considerado desde sus primeras apariciones en la historia como el objeto principal (si no el único, como pretenden algunos puristas) del derecho internacional privado, que también en esta perspectiva es concebido como la Ciencia del Reparto de Competencias Legislativas Incidentes, que determina de cuál de ellas saldrá la solución de la controversia: todo lo cual pone al juez, como es evidente, ante una situación que le demandará mucho mayor esfuerzo que el que despliega habitualmente en la solución de los casos que, aún conteniendo elementos extranjeros, siempre deberán resolverse con arreglo a la ley del territorio⁴.

Pero no sólo trabajo demanda al juez este caso tan especial. Le exige, y esto sí que no es suficientemente conocido ni comprendido, ni menos aún debidamente apreciado por los legos, un conocimiento profundo del Derecho, más que de las leyes, y una verdadera convicción en cuanto a que su ministerio consiste precisamente en dar la solución más justa posible a la controversia para la que se le ha pedido "decir el Derecho", ya que no otra cosa es la jurisdicción⁵.

Lo dicho anteriormente, que no pasa de ser una generalización dentro del quehacer ordinario de la judicatura, adquiere un significado de la mayor trascendencia cuando de esta especie de casos se trata; toda vez que, si bien es cierto que las situaciones controvertidas cuyo único escenario espacial es el propio territorio -y que, por lo tanto, calzan perfectamente en los contenidos de los supuestos nacionales- pueden sin duda, en su mayoría, resolverse a través del proceso de subsunción que tan bien llegan a realizar los jueces expertos, no ocurre lo mismo con éstos, en que los hechos, substrato de la controversia, vinculan las soluciones del fondo no a la ley interna, sino a una extranjera, que la propia norma indirecta del foro designa como competente y que el juez debe encontrar y aplicar.

Vale decir, el procedimiento aquí es del todo diferente. No basta con configurar debidamente los hechos a través de una adecuada calificación y confrontarlos con las hipótesis de las normas en que las partes han enmarcado la *litis* ni con aquéllas que el tribunal pudiera considerar más pertinentes para contenerla (cuidando por supuesto no pasar los límites de la *ultra petita*), pero dentro del catálogo no siempre positivo, pero sí siempre finito, que el sistema patrio entrega y que el juez conoce. Aquí lo que el sistema nacional entrega y que el juez conoce es sólo la aproximación que realiza la norma indirecta, cuya consecuencia no es la solución del conflicto de intereses sometido, sino la indicación (y también aproximativa) de la ley (extranjera) a la que envía la competencia para resolverlo.

³ Sentencias constitutivas.

⁴ Regulación de la condición jurídica de los extranjeros. Derecho uniforme, etc.

⁵ Que debe realizarse aunque no exista ley que le sirva de soporte. Art. 73 CPE.

Pero este encuentro del juez con la ley competente nunca va a ser el resultado de un proceso puramente técnico, ni que se encuentre reglamentado con validez universal, ni mucho menos aún que se sepa dónde encontrar esas reglas. Por el contrario, ha pasado tiempo desde que los factores de conexión tan cuidadosamente contruidos por los estatutarios, lo mismo que la asignación de materias también efectuada axiomáticamente por estos, ha dejado de ser la conclusión a un juego de premisas simples, pasando a convertirse en un proceso en el que la lógica del raciocinio jurídico se encuentra exigida al extremo y sin o con muy poca ayuda de la dogmática.

Así, este encuentro que es determinante para cumplir la obligación que a los Estados impone la Comunidad Jurídica en que viven⁶: lograr el respeto positivo del Derecho Privado Extranjero⁷, queda prácticamente en su totalidad entregado a los criterios del juez que haya asumido la competencia judicial: con lo que las resultas de la *litis* se tornan doblemente inciertas para las partes, que al alea normal de todo pleito, deben sumar la consideración del marco dogmático, cultural y valórico dentro del que se moverá esta persona a quien le han pedido que los conduzca a ese ámbito único e insustituible en el que confluirá armónicamente el tipo legal y su consecuencia jurídica: en otras palabras, a la Ley en que estos dos componentes de la voluntad del Derecho calcen como anillo al dedo⁸.

Y ante esta empresa sí que los jueces, principalmente los de los sistemas continentales⁹, se encuentran muy solos; pues les falta ese soporte tan básico de las leyes, que deben suplir con una formidable cultura jurídica, y una no menos importante capacidad analítica: ya que el caso mixto jusprivatista los enfrenta, como ningún otro, a un trabajo de creación prácticamente imposible de soslayar, toda vez que, y no obstante los esfuerzos que se realizan, no ha sido posible hasta ahora darle soluciones legalistas-territorialistas que lo satisfagan con justicia. Y, al contrario, cada vez es más evidente que la rigurosidad del método conflictual bien utilizado es prácticamente insuperable.

Pero si a la complejidad original de tal método agregamos todos los aditamentos que los cambios de mentalidad y de circunstancias históricas le han incorporado a esta disciplina del Derecho Internacional Privado en el curso de los siglos¹⁰, tenemos que admitir que esta labor de creación se ha convertido para el juez en una especie de mecanismo de relojería, en que hasta la más mínima falta de sincronización incide en la determinación de la Ley Competente, afectando, por tanto, no sólo a la justicia, sino que hasta a la factibilidad de la solución.

En efecto, prácticamente sólo del juez depende que este camino al encuentro de la Ley Competente se alargue o acorte, según el mecanismo de remisiones entre normas indirectas que utilizará o no, de acuerdo con su posición frente al reenvío; o que pudiere frustrarse definitivamente sí, por ejemplo, considera al derecho extranjero como un hecho y éste no resulta probado en el proceso.

Asimismo, será de su responsabilidad si las soluciones a las cuestiones incidentales que surgieren guardan o no coherencia y son operables con la principal, ya que esto dependerá no sólo del método que utilice para determinarles la ley aplicable,

⁶ Von Savigny.

⁷ Werner Goldschmidt.

⁸ El asiento natural de la relación, a que se refiere von Savigny.

⁹ Principalmente deductivos.

¹⁰ Supresión de tribunales para extranjeros; Prevalencia de la ley escrita emanada de los Parlamentos nacionales; Fundamentos de la extraterritorialidad de las leyes, etc., etc.

sino que además de los criterios respecto de principalidad que sustente en esta materia.

Y suma y sigue, si cree que la pertenencia a alguna de las "ramas" consideradas de "Derecho Público", de la norma extranjera invocada, obsta a su extraterritorialización, a lo menos mediata¹¹; o si considera a las leyes reguladoras de la prueba meramente procedimentales, ya que de ello dependerá si utilizará o no solo las propias.

También es el juez el encargado de determinar el contenido del Orden Público como limitación a la aplicación de un derecho extranjero competente, ya que prácticamente nunca encontrará una tipificación legal de éste; ni menos aún del Derecho Necesario. Lo mismo, el Fraude a la Ley puede producirle algunos problemas, si no respecto de su admisibilidad, de todas maneras en cuanto a su objeto y extensión.

Y si a lo anterior agregamos que la propia sentencia puede ser objeto de análisis, valoración y hasta, incluso, revisión, por órganos administrativos o jurisdiccionales de un Estado distinto, si ella, eventualmente, tuviere que ser ejecutada allí, tenemos apenas un leve esbozo de las reales dificultades que puede ocasionar a los jueces este Caso Mixto Jusprivatista y lo que de ellos exige.

¹¹ E, incluso, inmediata en el caso de sentencias constitutivas.