

LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN  
IBEROAMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA: PARALELISMOS  
DESDE LA DIFERENCIA\*

*THE APPLICATION OF FOREIGN LAW IN IBERO-AMERICA AND  
THE EUROPEAN UNION: PARALLELISMS FROM THE DIFFERENCE*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 14-59*

*“Este mundo es el camino para el otro, que es morada sin pesar, mas cumple tener buen tino para andar esta jornada sin errar. Partimos cuando nascemos andamos cuando bivimos y allegamos al tiempo que fenescemos; así que, cuando morimos, descansamos”. Coplas a la muerte de su padre Jorge Manrique, V, 49-60*

A la memoria imborrable del Prof. José Luis Iglesias Buhigues, maestro y amigo, cuya presencia constante siento, y cuya ausencia no hago más que lamentar.



Carlos  
ESPLUGUES  
MOTA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 14 de octubre de 2020

**ARTÍCULO APROBADO:** 13 de noviembre de 2020

**RESUMEN:** La posible aplicación de un Derecho extranjero constituye el resultado lógico de cualquier modelo de Derecho internacional privado. A pesar de su trascendencia, la cuestión no encuentra una respuesta común en un sistema integrado como el de la UE. En contraste con ello, el análisis de las soluciones alcanzadas en Iberoamérica sobre esta cuestión, amén de atribuir una dimensión novedosa a la situación europea en este ámbito, pone en valor una realidad meritoria que presenta un elevado y muy valioso grado de concierto.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho extranjero; aplicación del Derecho extranjero; prueba del Derecho extranjero; alegación y prueba del Derecho extranjero; codificación internacional; Unión Europea; Latinoamérica.

**ABSTRACT:** *The potential application of a foreign law constitutes the logical outcome of any Private International Law' system. However, and despite its relevance, this issue lacks a common answer in the EU. In contrast to this, the analysis of the solutions drafted in Latin America as regards this issue grants a novel dimension to the European situation on this issue as well as highlights a meritorious reality that shows a high and very relevant degree of harmonization.*

**KEY WORDS:** *Foreign Law; application of foreign Law; proof of foreign Law; ascertainment of the content of foreign Law; international codification; European Union; Latin America.*

**SUMARIO.-** I. UN TEMA LATENTE Y CRECIENTEMENTE RECURRENTE. II. EL PUNTO DE REFERENCIA: LA PROCRASTINACIÓN DE LA ARTICULACIÓN DE UNA RESPUESTA COMÚN A LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS AUTORIDADES JUDICIALES NACIONALES, COMO TALÓN DE AQUILES DEL MODELO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- I. La carencia de una posición común respecto de la naturaleza atribuida al Derecho extranjero, y de una práctica coherente con la posición teórica adoptada.- 2. La alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso, y la ausencia de una posición clara respecto del papel reconocido a las partes en este proceso, con independencia de la naturaleza que le sea atribuida a aquel.- A) Dependencia del carácter imperativo o facultativo de la norma de conflicto.- B) El juego del principio *iura novit curia*.- C) La redefinición de los papeles asignados al juez y a las partes en el proceso de aplicación del Derecho extranjero.- 3. La determinación del contenido del Derecho foráneo y las consecuencias de su falta de prueba.- A) La prueba del Derecho extranjero, y las consecuencias de su ausencia.- B) La revisión de la aplicación o inaplicación del Derecho extranjero por los órganos superiores.- III. ¿EXPLORANDO EL OTRO LADO DEL ESPEJO?: LA SITUACIÓN EXISTENTE EN IBEROAMÉRICA EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LOS JUECES NACIONALES.- I. El proceso de codificación del Derecho internacional privado en Iberoamérica y su impacto en la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales nacionales.- A) Los Protocolos Adicionales de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional privado de 1889 y 1940.- B) El Código de Bustamante de 1928.- C) Las Convenciones de Montevideo sobre normas generales de Derecho internacional privado y sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979.- 2. La proyección en el ámbito estatal de los parámetros recogidos en el plano convencional.- A) La aceptación de la aplicación de oficio del Derecho extranjero por el juez nacional.- B) Algunas soluciones indeterminadas.- C) Exigencia de prueba, y en su caso de alegación, del Derecho extranjero.- IV. EL JUEGO DE LOS ESPEJOS: SIMILITUDES DESDE LA DIVERGENCIA.

## I. UN TEMA LATENTE Y CRECIENTEMENTE RECURRENTE.

La cuestión de la aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales nacionales constituye un tema clásico del Derecho internacional privado, que trasciende su estricta relevancia teórica, convirtiéndose en un factor “crucial”<sup>1</sup> para el funcionamiento de cualquier sistema que pueda diseñarse. El modelo internacional privatista savigniano puede conducir a la aplicación de un Derecho

<sup>1</sup> NISHITANI, Y.: “Preface”, en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. v.

### • Carlos Esplugues Mota

Catedrático de Derecho internacional privado en la Universitat de València (España) desde 1997. Hasta septiembre de 2017 fue también presidente de la Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Igualmente es representante del Reino de España en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI) y ha formado parte de diversas comisiones legislativas en la UE, actuando de forma regular como árbitro y mediador internacional. Es uno de los más destacados especialistas españoles en Derecho Internacional Privado y Derecho Comercial Internacional contando con una obra, traducida al español, inglés, japonés y ruso, que es amplísima en número y materias tratadas. Correo electrónico: carlos.esplugues@uv.es.

foráneo que, con independencia de cuál sea su naturaleza final, tiende en la práctica a encontrarse en una situación de relativa inferioridad respecto del Derecho nacional<sup>2</sup>, suscitando problemas relevantes no sólo en lo referente a su naturaleza sino, también, en relación con su tratamiento procesal.

Sin embargo, y a pesar de la aceptación generalizada de esta trascendencia en el plano comparado, estamos ante uno de esos temas cuya constante -y creciente- manifestación en la práctica diaria contrasta con la ausencia de respuestas elaboradas en múltiples ordenamientos jurídicos. Así como con la insignificancia de las soluciones articuladas hasta el momento en el plano internacional que vienen marcadas generalmente por su antigüedad, limitada ambición geográfica y no siempre amplia aplicación. No deja de resultar significativo en este sentido, la decisión adoptada en marzo de 2015 por parte del *Council on General Affairs and Policy* de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado “to remove from the Agenda of the Hague Conference the topic of accessing the content of foreign law, with the understanding that this issue may be revisited at a later stage”<sup>3</sup>.

Las respuestas ofertadas a la cuestión de la naturaleza atribuida al Derecho extranjero, de su tratamiento procesal y de los medios de verificar su contenido por parte de las autoridades judiciales, y también extrajudiciales, de los diversos Estados, o las potenciales vías de recurso ante la ausencia o incorrecta aplicación del Derecho foráneo, entre otras cuestiones, varían de forma notable de país a país, generando problemas varios en la práctica diaria de los distintos modelos de Derecho internacional privado. Llama así la atención que incluso en espacios jurídicamente armonizados como pueda ser el europeo, en el que interactúan un conjunto de instrumentos dotados de un alto grado de sofisticación, que cubren un número importante de materias, se carece de una respuesta normativa armonizada a esta relevante cuestión, lo que incide negativamente en el funcionamiento del sistema como un todo.

Lejos de atenuarse, además, la relevancia de la cuestión se acrecienta. El constante incremento del número de relaciones jurídico-privadas internacionales, unido a realidades terceras, como las propuestas formuladas en diversos Estados de los Estados Unidos de América del Norte<sup>4</sup>, o a la creciente relevancia de

---

2 CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 254.

3 HCCH, *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (24-26 March 2015)*, disponible en: [https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf) Tanto estos enlaces, como el resto de los utilizados en este artículo, se entienden visitados por última vez el 12.10.2020).

4 Vid. ESPLUGUES, C.: “¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado? El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades”, *InDret Privado. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, pp. 25 y ss.

la cuestión en el plano arbitral<sup>5</sup>, están dotando de un renovado protagonismo a la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales y extrajudiciales nacionales. En este sentido, las recientes reformas de los modelos de Derecho internacional privado de algunos países Iberoamericanos ofrecen una oportunidad idónea para analizar cuál ha sido el tratamiento de esta problemática en el subcontinente, y valorar qué perspectivas de futuro se aprecian en relación con ella. En esta tarea, el examen, breve, de los muy limitados resultados obtenidos en este sector en Europa sirve, a su vez, para contextualizar y, en ocasiones, poner en valor, las respuestas aportadas en Iberoamérica. En este análisis nos focalizaremos en la aplicación del Derecho extranjero por los jueces estatales, dejando de lado el estudio de la realidad extrajudicial.

## II. EL PUNTO DE REFERENCIA: LA PROCRASTINACIÓN DE LA ARTICULACIÓN DE UNA RESPUESTA COMÚN A LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS AUTORIDADES JUDICIALES NACIONALES, COMO TALÓN DE AQUILES DEL MODELO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales estatales ha sido calificada de forma gráfica como la "crux of the conflict of laws"<sup>6</sup>. A pesar de esta relevancia, resulta muy significativo que el largo y fructífero proceso de armonización del Derecho internacional privado desarrollado en el seno de la Unión Europea no haya dado lugar a soluciones comunes en relación con esta cuestión<sup>7</sup>. Que no se hayan elaborado, y que, además, no se vislumbren, tampoco, a corto o medio plazo.

La Unión cuenta con un amplio y sofisticado sistema de Derecho internacional privado destinado a ofrecer a los ciudadanos el máximo nivel de certeza, a la hora de especificar el marco jurídico aplicable a las diversas situaciones privadas con elementos de internacionalidad en que puedan verse envueltos. Este rico y complejo sistema diseñado, en el que se combinan normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, los tres ámbitos clásicos del Derecho internacional privado, carece, sin embargo, de una norma que, de manera sencilla, previsible y, sobre todo,

5 Vid. ESPLUGUES, C.: "The Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities: Any News?", *ZZPInt*, 2019, vol. 24, p. (en prensa).

6 FENTIMAN, R.: *Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, OUP, 1998, p. 1.

7 Con la sola excepción del mandato contenido en el art. 30.1.i) del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.7.2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199, de 31.7.2007, y en la "Declaración de la Comisión sobre el tratamiento de la ley extranjera", anexo al anterior (p. 49), y que refieren, ambos, a la obligación de que se publique cuatro años después de la plena eficacia del Reglamento "un estudio horizontal sobre la aplicación del Derecho extranjero en asuntos civiles y mercantiles por los tribunales de los Estados miembros, teniendo en consideración los objetivos del Programa de La Haya" (p. 49), y sobre su impacto en el funcionamiento del Reglamento. Algo que no ha ocurrido hasta la fecha.

común, permita a las autoridades judiciales determinar el contenido del Derecho convocado por la norma de conflicto europea<sup>8</sup>.

La trascendencia objetiva de la carencia de una respuesta armonizada sobre esta cuestión se ve incrementada por el hecho de que en seno de la Unión coexisten una amplia pluralidad de soluciones en relación con la pluralidad de problemas que genera la determinación del contenido del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto recogida en los distintos instrumentos europeos<sup>9</sup>.

Desde una perspectiva macro, esta situación conduce al debilitamiento global del proceso de armonización del Derecho internacional privado europeo. Y conlleva el correlativo peligro de socavar la efectividad y eficiencia de sus soluciones, sobre todo en el plano del Derecho aplicable<sup>10</sup>. En la medida en que, amén de favorecer el “*forum shopping*”, fomenta el territorialismo y constituye un acicate para la aplicación del Derecho nacional por los tribunales de los distintos Estados de la Unión, perjudicando la armonía en las decisiones alcanzadas por ellos<sup>11</sup>.

A su vez, desde una perspectiva micro, la carencia de una norma común europea sobre la aplicación del Derecho extranjero daña la certeza y previsibilidad de las respuestas ofrecidas por el sistema y, por ende, las expectativas jurídicas -y vitales- de todos los que viven y desarrollan su actividad en el territorio europeo, al suponerles, entre otros efectos, la imposición de respuestas más onerosas y, en todo caso, no siempre previstas por ellos<sup>12</sup>. Como la Comisión Europea reconoce<sup>13</sup>, todo lo anterior se traduce en un aumento de los riesgos jurídicos

- 
- 8 Una situación que recuerda a la descrita en su día por Cavers respecto de los Estados Unidos de América del Norte al señalar que: “while the conduct of business and certain social activities may be embarrassed by a want of uniformity in the laws of the forty-eight states that embarrassment springs primarily from the cost and difficulty of ascertaining accurately the content of those laws and not from the admitted difficulty of predicting their territorial application.” (CAVERS, D.F.: “A Critique of the Choice-of-Law Problem”, *Harv.L.Rev.*, 1933-1934, vol. 47, p. 199).
  - 9 ESPLUGUES, C.: “The Long Road towards a Common Rule on the Application of Foreign Law by Judicial Authorities in Europe”, *ZZPInt*, 2009, vol. 14, pp. 202-204.
  - 10 Vid. ESPLUGUES MOTA, C.: “La imperfección de la perfección: la ausencia de reglas comunes sobre aplicación del derecho extranjero por los jueces, como talón de Aquiles del proceso europeo de armonización del derecho internacional privado”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (editado por BLASCO GASCÓ, F., CLEMENTE MEORO, M., ORDUÑA MORENO, J. et al.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, vol. I, p. 977 y ss.
  - 11 JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: “Application of Foreign Law in Swedish Courts – Recent Developments”, en AA.VV., *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives Essays in Honour of Lennart Palsson* (editado por MELANDER, G.), Dordrecht, Brill / Nijhoff, 1997, p. 98; JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: “Foreign Law in National Courts a Comparative Perspective”, *Recueil des Cours*, 2003, vol. 204, p. 218.
  - 12 Al respecto, AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “The Urgent Need for Harmonisation of the Application of Foreign Laws by National Authorities in Europe”, *IJPL*, vol. 3, núm. 1, 2013, pp. 106-110.
  - 13 Vid. EUROPEAN COMMISSION: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and the Committee of the Regions. A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions in the Single Market*, Brussels 11.10.2011 COM (2011) 636 final, p. 2 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0636:FIN:EN:PDF>) y EUROPEAN COMMISSION: *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Common European Sales Law*, Brussels 11.10.2011

asociados a los litigios con elementos de extranjería, amén de en un incremento, tanto del coste, como de la duración de éstos<sup>14</sup>.

### I. La carencia de una posición común respecto de la naturaleza atribuida al Derecho extranjero, y de una práctica coherente con la posición teórica adoptada.

Históricamente, el Derecho extranjero se ha visto atribuido distintos tratamientos ante los tribunales estatales. Fundamentalmente, su aproximación como un mero hecho se ha combinado con la aceptación de su condición jurídica: es un Derecho, extranjero, pero Derecho a la postre, y debe ser tratado como tal por los tribunales nacionales que lo aplican al amparo de sus normas de Derecho internacional privado<sup>15</sup>. Esta posición dual se ve reproducida en los distintos países de la Unión Europea. Así, un análisis de las soluciones mantenidas en ellos pone de manifiesto como:

l) La mayoría de los Estados de la Unión atribuyen una naturaleza jurídica al Derecho extranjero cuando éste es abordado o valorado por sus tribunales<sup>16</sup>. Sin embargo, y a partir de la aceptación de esta condición, los diversos países europeos presentan notables diferencias, tanto en lo relativo a la fundamentación normativa de esta premisa, como en relación con la claridad y amplitud del reconocimiento de la naturaleza jurídica del Derecho foráneo. En algunas ocasiones, la condición jurídica atribuida tiene una base legal más o menos explícita<sup>17</sup>, con independencia de las mayores o menores críticas que esta opción reciba<sup>18</sup>. En otros casos, por el

---

COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD), p. 3 (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=C.O.M:2011:0635:FIN:en:PDF>).

14 FENTIMAN, R.: *Foreign Law*, p. 283.

15 Considérese, NISHITANI, Y.: "Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? General Report", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 17-20. Un análisis de los argumentos a favor y en contra se encuentran en HARTLEY, T.C.: "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", *ICLQ*, 1996, pp. 272-274; JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: "Foreign Law", cit., pp. 228-229 y p. 264 y ss.

16 Al respecto, ESPLUGUES, C.: "General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe (Project JLS/CJ/2007-1/03)", en AA.VV., *Application of Foreign Law*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, p. 10; GEEROMS, S.: *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, OUP, 2004, p. 42 y ss.

17 Tal sería el caso, por ejemplo, de Austria, Bélgica, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Portugal, República Checa y, hasta cierto punto, Bulgaria y Rumania. Considérese en este sentido, ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., p. 11.

18 Así, por ejemplo, en países como Bélgica o Italia, esta opción se encuentra sometida a presión (Vid. ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., pp. 11-12). En relación específicamente con Italia, nótese, QUEIROLO, I. (coord.): "Italy", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, pp. 239-242. También, BOSCHIERO, N. y UBERTAZZI, B., "Italy: Proof and Information about Foreign Law in Italy", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 260-263. Respecto de Bélgica, nótese, TRAESE, M.: "Belgium", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, pp. 129-130 y WAUTELET, P.: "Belgium: Foreign Law in Belgian Courts – From Theory to Practice", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 69-70.

contrario, esta naturaleza se imputa, a través de vías diversas, sin que exista base normativa expresa alguna<sup>19</sup>.

2) En contraste con lo anterior, en otros países de la Unión, la minoría, el Derecho foráneo se ve atribuida una condición fáctica. Se trata, generalmente, de naciones vinculadas a la tradición jurídica británica como Malta<sup>20</sup>, Chipre<sup>21</sup> o Irlanda<sup>22</sup>. Aunque también España<sup>23</sup> y Luxemburgo<sup>24</sup>, ambos de base continental, siguen en Europa esta posición, cada uno de ellos por razones varias.

La realidad, empero, es mucho más compleja que la teoría, y la diferenciación entre estos dos grandes grupos de países se encuentra plena de matizaciones y excepciones en el panorama jurídico europeo; restándole valor, y atribuyéndole un carácter altamente aleatorio.

1) En primer lugar, la realidad práctica manifiesta que, junto a la doble alternativa manejada -naturaleza jurídica y naturaleza fáctica del Derecho extranjero- existe un reducido número de Estados que le atribuyen una condición híbrida. Se conforma, así, una especie de *tertium genuus* que no siempre es claramente definido, y que resulta dependiente de factores diversos como pueda ser el de la posible revisión de la aplicación del Derecho extranjero por parte de un órgano judicial superior<sup>25</sup>.

2) Junto a ello, en segundo lugar, el panorama jurídico europeo muy pocas veces, prácticamente nunca, refleja una proyección lineal en la práctica diaria de cualquiera de las distintas posiciones teóricas mantenidas en relación con la naturaleza del Derecho foráneo. Ningún Estado miembro de la Unión parece aceptar de forma plena las consecuencias derivadas del apoyo a una naturaleza jurídica, fáctica o híbrida, del Derecho extranjero<sup>26</sup>.

Al contrario, se observan importantes incoherencias en la proyección de ésta en la realidad práctica vinculadas, por ejemplo, a la naturaleza facultativa o imperativa atribuida a las normas de conflicto. En muchos casos, además, estas

19 En tal sentido, Alemania, Francia, los Países Escandinavos o Polonia. Vid. ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., p. 13).

20 Vid. SCIBERRAS, T. y BORG, K.A.: "Malta", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, p. 266.

21 Al respecto, EMILIANIDES, A.C.: "Cyprus", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, pp. 161-162.

22 BINCHY, W.: *Irish Conflicts of Law*, Dublin, Butterworth, 1988, p. 104 y ss.

23 Vid. AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: "Spain: The Application of Foreign Laws in Spain – Critical Analysis of the Legal Novelty of 2015", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 331-332.

24 C.App., 22.12.1916, *Pasicrise Lux.* 10.14; Tr.Arr. Luxembourg, 5.11.1997, n. 3/97. Vid. CUNIBERTI, G. y RUEDA, I.: "Luxembourg", en AA.VV.: *Application of Foreign Law*, cit., p. 256.

25 Así ocurre, por ejemplo, en Letonia, Lituania y, hasta cierto punto, en los Países Bajos. Vid. ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., pp. 16-17.

26 HARTLEY, T.C.: "Pleading and Proof", cit., p. 271.

incoherencias no dejan de ser manifestaciones de temores, prejuicios e, incluso, tentaciones, de los distintos órganos jurisdiccionales<sup>27</sup>. En ocasiones exacerbados por el papel relevante atribuido a la normativa procesal de cada Estado en ámbitos tales como la alegación y prueba del Derecho extranjero, la determinación de su contenido, la aplicación del principio *iura novit curia* en relación con el Derecho extranjero en el proceso, o el juego del sistema de recursos en los casos en que éste debe ser aplicado, a los que seguidamente nos referiremos.

## 2. La alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso, y la ausencia de una posición clara respecto del papel reconocido a las partes en este proceso, con independencia de la naturaleza que le sea atribuida a aquel.

Como punto de partida, la naturaleza atribuida al Derecho extranjero marca de forma clara el papel jugado por las partes, y por los tribunales, en lo relativo a la alegación y prueba de aquel en el marco de un proceso<sup>28</sup>.

En los lugares en que el Derecho extranjero se ve dotado de una condición jurídica, deberían ser los tribunales, en detrimento de las partes, quienes se vean atribuidos un papel plenamente activo y de liderazgo respecto de su aplicación, y de la verificación de su vigencia y contenido. Las cuestiones de derecho deben ser consideradas por el tribunal *ex officio*, y se entienden subordinadas al principio *iura novit curia*, resultando su aplicación sometida al control por parte de los tribunales superiores. Correlativamente con este papel activo reconocido al juez, las partes no deberían verse compelidas a alegar o probar el Derecho foráneo y su contenido, esperándose de ellas una posición totalmente pasiva al respecto.

En claro contraste con lo anterior, cuando el Derecho extranjero se ve tratado como un mero hecho, son las partes las que se verían otorgadas una posición activa, y casi exclusiva, en lo referente a su alegación y prueba de su contenido y vigencia. Siendo los tribunales, consecuentemente, los que pasan a adoptar una posición meramente pasiva al respecto<sup>29</sup>. Las cuestiones fácticas exceden las atribuciones del juez, y deben ser alegadas y probadas por las partes en consonancia con el principio de libre disposición sobre el que se articulan los diversos procesos civiles europeos. Los hechos quedan sujetos a la evidencia aportada por las partes al juez, y resultan vinculantes para los tribunales superiores<sup>30</sup>. Sin esta información, el juez no puede, ni saber que existe un Derecho distinto del nacional susceptible de ser

27 JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: "Application of Foreign", cit., pp. 79-80.

28 Vid. LALANI, Sh.: "Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, pp. 75-112; GEEROMS, S.: *Foreign Law*, cit., p. 15 y ss.

29 HAUSMAN, R.: "Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis", *The European Legal Forum*, 1-2008, p. 1-2; HARTLEY, T.C.: "Pleading and Proof", cit., pp. 271-272.

30 HAUSMAN, R.: "Pleading and Proof", cit., p. 1-2.

aplicado, ni determinar –*sua sponte*– su contenido, debiendo, consecuentemente, esperar a que alguna de las partes alegue su eventual aplicación<sup>31</sup>.

La práctica, no obstante, difiere notablemente de estos rígidos parámetros teóricos. Como seguidamente veremos, la dependencia, en última instancia, del papel atribuido a las partes y al juez del carácter facultativo o imperativo concedido a la norma de conflicto (A), se combina con una aplicación del principio *iura novit curia* respecto del Derecho extranjero que, en la mayoría de los Estados miembros de la Unión, resulta en demasiadas ocasiones más teórica que real (B). Ello, unido a otros factores de índole diverso, conducen a que la actuación de los tribunales y de las partes en el proceso de alegación y prueba de Derecho foráneo se aleje notablemente de los papeles que les son idealmente asignados en las distintas aproximaciones teóricas existentes (C).

#### **A) Dependencia del carácter imperativo o facultativo de la norma de conflicto.**

En línea con lo apuntado con anterioridad, gran parte de los países que apoyan la condición jurídica del Derecho extranjero reconocen de forma expresa el papel de liderazgo jugado por el juez a la hora de determinar su aplicación, y fijar su vigencia y contenido. Y, correlativamente, la ausencia de un papel activo asignado a las partes en esta tarea<sup>32</sup>. El propio Instituto de Derecho Internacional en su Resolución sobre *Equality of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law*, aprobada en su sesión de Santiago de Compostela, de 1989, recomendaba a los Estados, en cuanto lo permitan sus normas procesales, que al poner en práctica las normas de conflicto, y atendida su naturaleza bilateral que permite referir la situación al Derecho nacional o al extranjero, “require their competent authorities to raise ex officio the question of the application of the choice of law rule” y cuando sea aplicable “apply ex officio the foreign law determined by it”<sup>33</sup>.

Sin embargo, en muchas ocasiones la delimitación exacta de estos papeles asignados al juez y a las partes resultan dependientes, en última instancia, del carácter imperativo o facultativo atribuido a las normas de conflicto<sup>34</sup>. Así, en aquellos supuestos en que éstas cuentan con una naturaleza imperativa, las partes devienen más pasivas al ser los tribunales quienes se ven impelidos a aplicar ex officio el Derecho convocado por la oportuna norma de conflicto<sup>35</sup>. Mientras

31 Por su parte, aquellos países que proceden a conceder una naturaleza híbrida al Derecho extranjero mantienen ciertas diferencias entre sí en relación con el papel jugado por el juez y las partes en relación con el Derecho extranjero. Vid. al respecto, ESPLUGUES, C.: “General Report”, cit., pp. 28-29.

32 Este sería el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, Rumania o la República Checa. Vid. en tal sentido, ESPLUGUES, C.: “General Report”, cit., pp. 22-25.

33 II.a), [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989\\_comp\\_02\\_en.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_02_en.pdf).

34 JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: “Foreign Law”, cit., p. 243.

35 BASEDOW, J.: *The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law*, Max Planck Private Law Research Paper, núm. 14/17, p. 86.

que, por el contrario, cuando la norma de conflicto se ve asignada una condición facultativa, y con independencia de la naturaleza jurídica que le sea atribuida al Derecho extranjero, las partes se ven requeridas a alegar la aplicación de éste al tribunal, y a probarle su contenido, con vistas a que el órgano judicial proceda a su toma en consideración: la situación existente en Francia<sup>36</sup> o en los países escandinavos<sup>37</sup> constituirían buenos ejemplos de ello.

### **B) El juego del principio *iura novit curia*.**

Por su parte, y respecto de la aceptación y efectividad del juego del principio *iura novit curia* en relación con el Derecho extranjero, llama la atención las diferencias existentes en los distintos Estados de la Unión Europea que atribuyen naturaleza jurídica al Derecho foráneo. En este sentido, en la práctica, sólo un número reducido de países -cuatro<sup>38</sup>- reconocen de forma plena la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, y los efectos derivados de tal aceptación: entre ellos, el de su conocimiento y aplicación automática por la autoridad judicial. Por contra, la mayoría de los sistemas jurídicos europeos asumen la imposibilidad del juez nacional de conocer el Derecho de todos los países del mundo y, en consecuencia, entienden que el juego del principio *iura novit curia* queda limitado exclusivamente al Derecho interno<sup>39</sup>. Lo que, como veremos seguidamente, conlleva el correlativo reconocimiento a las partes de un papel a la hora de averiguar el contenido y vigencia del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto.

### **C) La redefinición de los papeles asignados al juez y a las partes en el proceso de aplicación del Derecho extranjero.**

La dependencia del carácter imperativo o facultativo de la norma de conflicto, y el rechazo del juego del principio *iura novit curia* en relación con el Derecho extranjero en la mayoría de los países que apoyan la condición jurídica de aquel, entre otros factores, presentan un impacto directo en la concreción de los papeles asignados a las partes y al juez en el proceso de la alegación y prueba del contenido del Derecho foráneo; hasta el punto de redefinirlos.

36 C.Cass. (Civ.), 11.10.1998, *Rebouh* & C.Cass. (Civ.), 18.10.1988, *Schule*, ambas en *J.D.I.*, 1989, 349. Vid., HAUSMAN, R.: "Pleading and Proof", cit., p. 1-4; SOLENIK, D.: *L'application de la loi étrangère par les juges du fond anglais et français : réflexions pour une approche convergente dans l'espace européen*, Paris, Le Manuscrit, 2006, p. 198 y ss.; MELIN, F.: *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 137.

37 JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: "Foreign Law", cit., p. 277-280; ERVO, L. et al, "Scandinavian Countries", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESÍAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, p. 329; HARTLEY, T.C.: "Pleading and Proof", cit., pp. 289-290.

38 En concreto, Bélgica, Eslovenia, Hungría y Portugal. Vid. al respecto, ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., pp. 32-33.

39 Vid. ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., pp. 33-36.

Con independencia de la posición teórica de base mantenida en relación con la naturaleza del Derecho foráneo –jurídica, fáctica o, incluso, híbrida-, la conjunción de todos estos elementos se traduce en que ni las partes ni el juez cuentan con una posición plenamente pasiva o activa en relación con la alegación y prueba de su vigencia y contenido. Antes, al contrario, ambos acaban compartiendo una actitud proactiva en la determinación de su contenido, con vistas a su aplicación. El propio Instituto de Derecho Internacional, en su mencionada Resolución de 1989 sobre *Equality of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law* no duda en resaltar esta idea de colaboración entre el juez y las partes, al afirmar que resulta recomendable que las autoridades judiciales, a través de los medios disponibles de acuerdo con su Derecho procesal, “should be able to take the necessary initiatives to ascertain the content of foreign law as applied in the foreign country, in particular by seeking the assistance of the parties.”<sup>40</sup>

El análisis de la práctica europea refleja que la intensidad y amplitud de la actuación de unos y otros, y el grado de obligatoriedad que acompaña a ésta, varía de forma notable a lo largo del continente europeo. Y, de hecho, en muchas ocasiones se carece de soluciones jurídicas claras<sup>41</sup>, lo que afecta negativamente a la seguridad jurídica y a la previsibilidad.

En todo caso, el papel suplementario eventualmente atribuido a las partes en el proceso de verificación del contenido del Derecho extranjero implica para éstas costes adicionales, planteando la cuestión del acceso a la asistencia jurídica gratuita de acuerdo con el artículo 47<sup>42</sup> de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>43</sup>. Una posibilidad que se aborda con un planteamiento restrictivo cuando las partes tienen la obligación de probar al juez la vigencia y el contenido del Derecho extranjero aplicable al fondo del litigio. Y que, se dice, sin que exista una respuesta clara y unívoca al respecto en Europa, que se aproxima de una manera más flexible cuando es el juez quien solicita auxilio al respecto a las partes<sup>44</sup>.

---

40 II.b).

41 Vid. ESPLUGUES, C.: “General Report”, cit., pp. 39-45; MÉLIN, F.: *La connaissance*, cit., p. 82 y ss.

42 Art. 47 – Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

43 DO C 364 de 18.12.2000. Significativamente, la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27.1.2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (DO L 26 de 31.1.2003) mantiene silencio en relación con este punto.

44 Al respecto, ESPLUGUES, C.: “General Report”, cit., pp. 57-59.

### 3. La determinación del contenido del Derecho foráneo y las consecuencias de su falta de prueba.

Los distintos sistemas jurídicos europeos coinciden en la exigencia de probar de forma válida y suficiente el contenido del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto, como requisito ineludible para su aplicación por el juez. Una aplicación que, además, deberá intentar realizarse en los mismos términos en que lo haría el operador jurídico del país de origen<sup>45</sup>.

Por su propia naturaleza, ésta es una cuestión que debe decidir el juez con base en la información reunida. En este sentido, el Derecho extranjero sólo será aplicado si el tribunal considera que ha alcanzado un conocimiento suficiente de su contenido e interpretación en el país de origen. Una operación puramente subjetiva que deberá determinarse caso a caso<sup>46</sup>. Una vez más, la posibilidad de revisión de la no aplicación, o incorrecta aplicación, del Derecho extranjero encuentra diversas soluciones en los distintos países de la Unión.

#### A) La prueba del Derecho extranjero, y las consecuencias de su ausencia.

La realidad europea manifiesta, tanto la presencia de una exigencia común en cuanto a la necesidad de determinar el contenido del Derecho foráneo con el objeto de proceder a su aplicación en los mismos términos en que sería aplicado por los tribunales del Estado que lo promulgó. Como la existencia de diferentes estándares de prueba en el continente.

La convivencia en Europa de culturas jurídicas variadas, unido a la pervivencia de criterios diversos a la hora de determinar el contenido del Derecho extranjeros, o la presencia de posibles plazos establecidos por el juez para desarrollar este objetivo, juegan en contra de la existencia de una práctica uniforme en este ámbito, y pueden conducir a soluciones imprevisibles e inequitativas, minando, como resultado final, el proceso de armonización del Derecho internacional privado europeo<sup>47</sup>.

45 En consonancia con la naturaleza misma de la norma de conflicto. Vid. ESPLUGUES MOTA, C., "La determinación del derecho aplicable a las situaciones jurídico privadas internacionales: aspectos generales", en AA.VV., *Derecho internacional privado* (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J.L. y PALAO, G.), Valencia, Tirant lo Blanch, 14ª ed., 2020, pp. 230-231.

46 Nótese en relación con este punto, MARKESINIS, B. y FEDTKE, J.: *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 241 y ss. De hecho, los medios utilizados por los tribunales y las partes con vistas a determinar el contenido del Derecho extranjero son, quizás, y con independencia de la naturaleza finalmente atribuida a éste, uno de los pocos aspectos en los que, aun perviviendo diferencias, se constata la presencia de una cierta armonía, que no uniformidad, en Europa. Vid., ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., pp. 48-55.

47 Como ocurre en Austria (§4 (2) IPRG); Bélgica (art. 15.2.II CPIL); Eslovaquia (art. 53 PILA); Estonia (§4 (4) PILA) o la República Checa (art. 53 PILA).

Significativamente, tampoco existe una respuesta común para aquellos supuestos en que los jueces europeos consideran que el Derecho extranjero no ha sido suficientemente probado y no puede, por lo tanto, ser aplicado. Ciertamente, con más o menos amplitud, y con fundamentaciones diversas, los distintos Estados Miembro aceptan que en estos casos deberá procederse a aplicar la *lex fori*<sup>48</sup>.

A la vez, sin embargo, se tiende a pensar en esta posibilidad como un *último recurso*. Como una respuesta aportada, únicamente, cuando hayan sido realizados todos los posibles esfuerzos para determinar el contenido del Derecho extranjero, y sin que pueda entenderse como suponiendo un incentivo para la aplicación del Derecho nacional<sup>49</sup>; Francia<sup>50</sup> o Eslovenia<sup>51</sup> constituirían buenos ejemplos de ello.

Como decimos, la aplicación del Derecho del foro en lugar del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto se presenta como la regla más habitual en Europa. Mas su aceptación, y puesta en práctica, parecería ser realizada con cierta prevención por parte de los tribunales en cuanto supone, de alguna manera, un fracaso del sistema conflictual. En este sentido, la realidad europea muestra el diseño de algunas respuestas alternativas, o complementarias, en algunos países del continente<sup>52</sup>. Se observan, de esta suerte, referencias a “any other relevant choice-of-law rule” (Italia)<sup>53</sup>, a “whichever law would be competent in the alternative” (Portugal)<sup>54</sup> o a la aplicación del contenido “probable” del Derecho foráneo (Alemania<sup>55</sup> y Suecia<sup>56</sup>). Así como al recurso al Derecho Sueco, si esto se entiende como aceptable y equitativo (Suecia)<sup>57</sup>; a la aplicación de otras normas del propio Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto (Bulgaria<sup>58</sup>); a la referencia a la ley de un tercer país que tenga una mayor vinculación más íntima

48 Considerése al respecto, ESPLUGUES, C.: “The Long Road”, cit., p. 219; ESPLUGUES, C.: “General Report”, cit., pp. 70-72.

49 BASEDOW, J.: *The Application*, cit., p. 96.

50 JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: “Foreign Law”, cit., pp. 292; CARNELOUP, S.: “The Evolving Balance Between the Judge and the Parties in France”, en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. 173.

51 KNEZ, R. y ROSIC, V.: “Slovenia”, en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, p. 347.

52 Considerése, MÉLIN, F.: *La connaissance*, cit., p. 247 y ss.

53 Art. 14(2) PILA. Vid. MENGOZZI, P.: *La riforma del diritto internazionale private italiano. La legge 31 maggio 1995 n. 218*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2ª ed., 1997, pp. 65-67.

54 Art. 23(2) CC. Al respecto, MOURA RAMOS, R.M.: “Proof of and Information about Foreign Law”, *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, 2014, vol. 90-1, pp. 437-438.

55 BGH, 23.12.1981, IVb ZR 643/80, NJW 1982, 1215. Vid. GEEROMS, S.: *Foreign Law*, cit., p. 211.

56 ERVO, L. et al: “Scandinavian Countries”, cit., p. 71.

57 ERVO, L. et al: “Scandinavian Countries”, cit., p. 71.

58 NATOV, N.: “Bulgaria”, en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, pp. 151-152.

con la disputa (República Checa<sup>59</sup>, Alemania<sup>60</sup> o Eslovaquia<sup>61</sup>) o, sin más, al recurso a los principios de Derecho aceptados internacionalmente (Países Bajos<sup>62</sup>).

En un pequeño grupo de países, la ausencia de prueba del Derecho extranjero ha conducido, incluso, a la desestimación de la pretensión en ciertos casos: España<sup>63</sup> o Suecia<sup>64</sup> constituyen buenos ejemplos de ellos.

### **B) La revisión de la aplicación o inaplicación del Derecho extranjero por los órganos superiores.**

La posibilidad de revisión por un órgano superior de la eventual sentencia dictada, con base en la inaplicación de la norma de conflicto o del derecho convocado por ésta, o a la aplicación incorrecta de éste es vista en Europa<sup>65</sup> como una opción imprescindible para garantizar los derechos de las partes, amén de para asegurar el correcto funcionamiento del modelo de Derecho internacional privado de la UE asegurando, por ende, un grado suficiente de seguridad y certeza jurídica en su territorio<sup>66</sup>.

La aceptación unánime de este principio, sin embargo, viene acompañada de la presencia de múltiples diferencias en cuanto a los específicos motivos en que fundamentar el recurso, así como en relación con la amplitud de éste. Diferencias que se hacen patentes, igualmente, en lo relativo a los recursos disponible o a los tribunales competentes para conocer de éstos. A ello se une, además, el hecho de que, en algunos casos, no se prevé de forma explícita por el legislador la posibilidad de que la aplicación del Derecho extranjero por parte del órgano inferior sea revisada por el superior<sup>67</sup>.

- 
- 59 PAUKNEROVA, M. y BRODEC, J.: "Czech Republic", en AA.VV., *Application of Foreign*, pp. 179-180, nota a pie 36.
- 60 BACH, I. y GRUBER, U.P.: "Austria and Germany", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, pp. 109-110.
- 61 PAUKNEROVA, M. y BRODEC, J.: AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, p. 179-180, nota a pie 36.
- 62 VAN DEN EECKHOUT, V.: "The Netherlands", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011, pp. 383-384.
- 63 IGLESIAS, J.L., ESPLUGUES, C., PALAO, G. et al., "Spain", en AA.VV., *Application of Foreign*, cit., pp. 363-364.
- 64 Con relación a la situación existente hasta 1973, vid JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: "Foreign Law", cit., p. 326; MAUNSBACH, U.: "Sweden: Proof of and Information About Foreign Law in Civil and Commercial Matters – Swedish Perspective", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. 357.
- 65 En línea, por ejemplo, con lo que señala el IDI en su mencionada Resolución de 1989 sobre *Equality of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law*: II.... "c) It is recommended that the application of foreign law shall allow for the granting of remedies similar to those available when the law of the forum is applied."
- 66 Vid. ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., pp. 75.
- 67 Al respecto, ESPLUGUES, C.: "General Report", cit., pp. 75-78.

### III. ¿EXPLORANDO EL OTRO LADO DEL ESPEJO?: LA SITUACIÓN EXISTENTE EN IBEROAMÉRICA EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LOS JUECES NACIONALES.

La situación existente en la Unión Europea en relación con la aplicación del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto por el juez nacional adquiere una dimensión adicional si la abordamos desde el estudio de las soluciones presentes en otros ámbitos geográficos, en los que el nivel de integración jurídica y de armonización del Derecho internacional privado no ha alcanzado los niveles de amplitud y sofisticación del modelo europeo. La realidad iberoamericana resulta, en este sentido, especialmente interesante al reproducir en su seno el debate sobre la naturaleza jurídica o fáctica del Derecho extranjero, con variantes y matizaciones propias<sup>68</sup>, y sobre su tratamiento procesal, así como las dudas -fundadas- sobre su correlación con la práctica.

#### I. El proceso de codificación del Derecho internacional privado en Iberoamérica y su impacto en la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales nacionales.

El fructífero proceso de codificación del Derecho internacional privado iberoamericano<sup>69</sup> permite contar hoy con algunos textos convencionales que, con distintos orígenes y elaborados en momentos diversos, abordan la problemática de la aplicación del Derecho extranjero por parte del juez nacional. Hablamos, en concreto, del Código de Derecho internacional privado, hecho en La Habana el 20 de febrero de 1928 -el Código de Bustamante<sup>70</sup>-, de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979<sup>71</sup> y de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8

68 Así, por ejemplo, en torno al debate en torno a la diferenciación entre aplicación del "Derecho extranjero" y de las "leyes extranjeras", vid. BALTAR, L. y SCOTTI, L.B.: "La aplicación del Derecho extranjero, la cláusula de excepción y el reenvío en el Derecho internacional privado argentino: un trinomio pragmático", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 36, 2018, pp. 9-10.

69 Una aproximación general se encuentra en PEREZNIETO CASTRO, L.: "Notas sobre el Derecho internacional privado en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 144, 2015, pp. 1064-1069. Igualmente, vid. FERNÁNDEZ ARROYO, D.: *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina. (Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas)*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 86 y ss. (disponible en: <https://eprints.ucm.es/53495/>).

70 Y que a fecha de 2020 vincula, con múltiples reservas depositadas, a Bahamas, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela (vid. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-31\\_Codigo\\_Bustamante\\_firmas.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamante_firmas.asp)).

71 A fecha de septiembre de 2020, el Convenio vincula a Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (vid. <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>).

de mayo de 1979<sup>72</sup>. A ellas deben unirse, a su vez, los Protocolos Adicionales de los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado de 1889 y de 1940<sup>73</sup>.

Significativamente, todos estos textos coinciden en el mantenimiento, de base, de una posición favorable a la aplicación *ex officio* del Derecho convocado por la norma de conflicto abrazando, por lo tanto, la naturaleza jurídica del Derecho extranjero. Esta premisa, compartida por una doctrina que de forma mayoritaria la ha apoyado<sup>74</sup>, se ve, sin embargo, afectada por algunas matizaciones, vinculadas en gran medida a su tratamiento procesal, que vienen recogidas en los propios textos concluidos.

#### **A) Los Protocolos Adicionales de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional privado de 1889 y 1940.**

Los Protocolos adicionales de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional privado de 1889 y 1940 explicitan en sus respectivos artículos 1, la aplicación de las leyes de los Estados contratantes<sup>75</sup>, “en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata”. Y, en línea con lo que dos años después, en 1891, señalará el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Hamburgo, al afirmar en su Declaración sobre *Moyens à proposer aux gouvernements en vue d’assurer la preuve des lois étrangères devant les tribunaux*, que “dans l’état actuel de la science du droit et des rapports internationaux, et en présence du plus grand nombre de lois élaborées dans les pays civilisés, la preuve des lois étrangères ne peut être une question de fait abandonnée à l’initiative des parties”<sup>76</sup>, el artículo 2 de ambos Protocolos adicionales explicita que dicho Derecho será aplicado “de oficio por el juez de la causa”. Sin que, sin embargo, ello impida a las partes “alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada” ante el juez<sup>77</sup>.

72 A fecha de septiembre de 2020, el Convenio vincula a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (vid. <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-43.html>).

73 El Protocolo vincula, a fecha de septiembre de 2020, a Argentina y Paraguay (vid. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-18.html>).

74 VID. TELLECHEA BERGMAN, E.: “Aplicación e información del derecho extranjero a nivel interamericano y especialmente uruguayo”, en AA.VV.: *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt* (dirigido por FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. y MORENO RODRIGUEZ, J.A.), CEDEP / ASADIP, Asunción, 2010, pp. 273-275.

75 Entendiendo esta expresión en el sentido de Derecho aplicable. Al respecto, TELLECHEA BERGMAN, E.: “Aplicación e información”, cit., p. 273.

76 IDI, IV. *Moyens à proposer aux gouvernements en vue d’assurer la preuve des lois étrangères devant les tribunaux* ([https://www.idi-iiil.org/en/sessions/hamburg-1891/?post\\_type=publication](https://www.idi-iiil.org/en/sessions/hamburg-1891/?post_type=publication)).

77 Los arts. 6 del Protocolo adicional de 1889, y 5 del de 1940, por su parte, establecieron la obligación de los Estados de transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos Estados debido a la inexistencia en la época de órganos especializados encargados de transmitir tal información. Un compromiso que no gozó de virtualidad en la práctica. Al respecto, TELLECHEA BERGMAN, E.: “Aplicación e información”, cit., p. 273.

En todo caso, y tal como apuntan los respectivos artículos 4 de ambos Protocolos, las normas de Derecho de los distintos Estados parte "jamás serán aplicadas" por los tribunales del resto de Estados "contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso"<sup>78</sup>.

Ambos Protocolos inciden, en sus respectivos artículos 3, en la condición jurídica del Derecho extranjero, afirmando que todos los recursos acordados por las leyes de procedimiento del lugar del juicio son igualmente admitidos respecto de las resoluciones judiciales que se decidan aplicando las leyes de cualesquiera de los otros Estados parte en el Convenio<sup>79</sup>.

### **B) El Código de Bustamante de 1928.**

También el Código Bustamante de 1928 afirma la aplicación imperativa del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto por parte de los tribunales nacionales. El artículo 408 del texto compele a los jueces y tribunales de los Estados contratantes a aplicar "de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere".

En todo caso, en línea con lo que señalan los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940, y con independencia de la obligación que acompaña al juez nacional de aplicar de oficio el Derecho del resto de Estados contratantes, el Código reconoce la capacidad de las partes de invocarle a aquel la aplicación del Derecho foráneo. El artículo 409, en este sentido, declara que la "parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada."

La lectura conjunta de los artículos 408 y 409 del Código parece poner de manifiesto una visión acorde con la aceptación de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero: el juez viene vinculado al principio *iura novit curia* y aplica el Derecho extranjero de oficio. Las partes, en todo caso, si lo estiman oportuno, pueden

---

78 A pesar de mantenerse una clara posición favorable a la condición jurídica del Derecho extranjero, en cuanto sea el Derecho de un Estado parte en los Convenios de Derecho internacional privado de Montevideo en sus dos versiones de 1889 y 1940, el art. 5 del Protocolo de 1940, que no aparece recogido en el de 1889, parece sembrar ciertas dudas al respecto. El precepto prohíbe a las partes modificar la "ley aplicable según los respectivos tratados... salvo en la medida en que lo autorice dicha ley. El Perú, país no vinculado por el Protocolo, procedió en el momento de su firma a depositar una reserva, afirmando que el art. 5 es entendido en el sentido de que la voluntad de las partes no puede variar las reglas que sobre competencia legislativa o judicial establecen los Tratados de Montevideo.

79 La virtualidad de estos Protocolos es muy limitada. En el caso concreto del de 1940, Perú, país no vinculado por el Protocolo, procedió en el momento de su firma a depositar una reserva afirmando reproducidas respecto de la materia que cubren los arts. 1 y 2 del Protocolo las reservas realizadas en su día respecto del Tratado de Derecho Civil Internacional.

desarrollar una actuación de apoyo que, sin embargo, no oculta el predominio del operador jurídico<sup>80</sup>.

En línea con ello el artículo 410 del Código articula mecanismos para la averiguación de su conocimiento. En tal sentido, el precepto afirma que a “falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable”. Información que, de acuerdo con el artículo 411 del Código, deben suministrar los Estados contratantes a la mayor brevedad posible<sup>81</sup>.

En todo caso, la aplicación del Derecho extranjero realizada por el juez nacional queda sometida al sistema de recursos existente en el país. El artículo 412 declara, así, que en todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá éste “interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional.”<sup>82</sup>

### ***C) Las Convenciones de Montevideo sobre normas generales de Derecho internacional privado y sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979.***

El Convenio de Montevideo sobre normas generales de Derecho internacional privado de 1979 ratifica la línea argumental recogida en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Derecho internacional privado de Montevideo, de 1889 y 1940, y en el Código de Bustamante de 1928.

La Convención de Montevideo sobre normas generales de Derecho internacional privado de 1979 recoge en su artículo 2 el mandato de la aplicación *ex officio* del Derecho extranjero -entendido éste en un sentido amplio<sup>83</sup>- convocado por la norma de conflicto por parte de los jueces y autoridades de los Estados parte. Añadiendo, en aparente desarrollo de la reconocida “teoría del uso jurídico”<sup>84</sup>, que éstos quedan “obligados a aplicar el derecho extranjero tal como

80 Al respecto, DELGADO BARRETO, C., DELGADO MENÉNDEZ, M.A., CANDELA SÁNCHEZ, C. et al.: *Introducción al Derecho internacional privado. Tomo III. Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales*, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 77.

81 Vid. TELLECHEA BERGMAN, E.: “Aplicación e información”, cit., p. 274.

82 A dicho recurso le serán de aplicación, de acuerdo con el mandato del art. 413 del Código, las reglas establecidas en los mencionados arts. 408 a 411 del propio Código, aunque el juez o tribunal inferior haya ya hecho uso de ellas.

83 TELLECHEA BERGMAN, E.: “Aplicación e información”, cit., p. 278.

84 GOLDSCHMIDT, W.: *Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 137; SCOTTI, L.B.: “Werner Goldschmidt: el gran Maestro del Derecho Internacional Privado del Siglo XX”, en AA.VV.: *La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires hacia su Bicentenario* (coord. por ORTIZ, T. y SCOTTI, L.), Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de

lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable”<sup>85</sup>. Aunque no se hace una mención explícita a la expresión “*ex officio*”, la doctrina entiende que el precepto consagra “de forma indubitada su aplicación preceptiva”<sup>86</sup>.

Esta aplicación de oficio, empero, viene de nuevo combinada, tal como hacían los Protocolos y el Código de Bustamante, con el reconocimiento a las partes de un cierto papel en el proceso tanto de alegación como de prueba del Derecho foráneo al juez del caso, al añadir el mencionado artículo 2, *in fine*, la expresión “sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”. Estas contarán, además, al amparo del artículo 4 del texto convencional, con acceso a todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados Parte convocada por la oportuna norma de conflicto<sup>87</sup>.

El mandato de aplicar de oficio el Derecho extranjero, no obstante, viene limitado por la propia Convención en tres supuestos, dos de ellos facultativos y otro imperativo:

1) En primer lugar, el artículo 3 prevé que cuando la ley de un Estado Parte presente instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación que no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste “podrá negarse” a aplicar dicha ley, “siempre que no cuenta con instituciones o procedimientos análogos”.

2) Junto a ello, en segundo lugar, y de acuerdo con el tener del artículo 5 de la Convención, la ley extranjera “podrá no ser aplicada” en el territorio del Estado Parte “que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”<sup>88</sup>.

---

Publicaciones, 2019, pp. 65-67; DE MAEKELT, T.B.: *Teoría General del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 258-259; FERNÁNDEZ ARROYO, D.: “El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo”, *Derecho internacional privado y Derecho de la integración. Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDP, 2013, p. 22, nota 17.

- 85 Al respect, FERNÁNDEZ ARROYO, D. y ALL, P.M.: “Argentina: The Changing Character of Foreign Law in Argentinian Legal System”, en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. 457. El art. 2 de la Convención ha sido objeto de una reserva depositada por México en el sentido de que el mencionado precepto crea una obligación de aplicación *ex officio*, “únicamente cuando ante el juez o autoridad se ha comprobado la existencia del derecho extranjero o sus términos son conocidos para ellos de alguna otra manera.” (vid. <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>).
- 86 TELLECHEA BERGMAN, E.: “Aplicación e información”, cit., pp. 276 - 278. Aunque no implicaría el reconocimiento del principio *iura novit curia*, al respecto, ARELLANO GARCÍA, C.: “Nuevas normas sobre aplicación del Derecho extranjero”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991, pp. 84-85.
- 87 En todo caso, incluso cuando son varios los Derechos extranjeros susceptibles de aplicación a los diversos aspectos de una concreta situación jurídica, el Convenio hace votos de aplicación armónica, “procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones” e intentando resolver las posibles dificultades derivadas de su aplicación simultánea teniendo en cuenta, tal como precisa el art. 9 del Convenio, “las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.
- 88 En relación con el significado atribuido al orden público, la República Oriental del Uruguay realizó en el momento de firmar el Convenio una Declaración señalando que éste constituye un instituto jurídico

3) Por último, y tal como precisa el artículo 6 de manera taxativa “No se aplicará como derecho extranjero” el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosemente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte, correspondiendo a las autoridades competentes del Estado determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas<sup>89</sup>.

Por su parte, la Convención de Montevideo sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero constituye el complemento lógico al texto anterior, estableciendo normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Parte del Convenio para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos<sup>90</sup>.

## 2. La proyección en el ámbito estatal de los parámetros recogidos en el plano convencional.

El análisis de las diversas soluciones articuladas en el marco del proceso de codificación regional del Derecho internacional privado en Iberoamérica manifiesta la presencia de, al menos, tres ideas compartidas por todos los textos diseñados, con mayor o menor nivel de claridad, amplitud y radicalidad: (1) en primer lugar, el Derecho extranjero es Derecho y, como tal, se conoce por el juez nacional y se aplica *ex officio* por éste, siendo esta aplicación o inaplicación susceptible de revisión por las instancias judiciales superiores. (2) En segundo lugar, y con referencia a su tratamiento procesal, el papel protagonista atribuido al juez no impide a las partes mantener una posición cooperativa, reconociéndoseles la capacidad de proceder a su alegación y prueba ante la autoridad judicial competente. (3) Por último, en tercer lugar, el Derecho extranjero no será aplicado en ciertos casos, por ejemplo, cuando resulte contrario al orden público del juez, sin que generalmente se apunte<sup>91</sup>, correlativamente, que ley será aplicable en su lugar.

Al valorar su plasmación en el plano estatal, el análisis de las distintas soluciones nacionales refleja distintos grados de aceptación de estos principios. Ciertos países los admiten de forma plena, mientras que otros incorporan posiciones menos claras o carentes de elaboración. A su vez, algunos otros Estados, los menos, asumen con

---

singular no identificable, necesariamente, con el orden público interno de cada Estado. Y afirmando que el precepto “comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Parte para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica” (vid. <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>).

89 La República Oriental del Uruguay formuló una reserva a la aplicación del precepto (vid. <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>).

90 Nótese que algunos Estados parte en el Convenio lo son, igualmente, del Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/97, Cap. VII, “Información del Derecho Extranjero”, arts. 28 a 30.

91 Con algunas excepciones, como la fijada en el art. 2049 Cc peruano o en el art. 86.II de la Ley sobre Derecho internacional privado de la República Dominicana.

fundamentaciones diversas, la condición fáctica del Derecho extranjero, exigiendo a las partes la prueba de su contenido y vigencia al juez.

**A) La aceptación de la aplicación de oficio del Derecho extranjero por el juez nacional.**

Los parámetros mencionados se encuentran reproducidos de partida en un amplio número de legislaciones iberoamericanas, tanto antiguas como más recientes, con independencia del grado de articulación de sus respuestas. En ellas se reconoce la obligación del juez foráneo de aplicar el Derecho extranjero, tal como lo haría “su par extranjero, “sin muletas adicionales”, pero sin desconocer las dificultades que esto supone”<sup>92</sup>.

Con respecto a las más antiguas, el supuesto de Venezuela resulta sintomático. La Ley de Derecho internacional privado, de 1998, atribuye de forma expresa la condición jurídica al derecho extranjero<sup>93</sup>, y señala de forma taxativa en su artículo 60 que, el “Derecho extranjero será aplicado de oficio”. El principio *iura novita curia* vincula al juez venezolano tanto respecto del derecho nacional como del extranjero<sup>94</sup>. Las partes se ven, eso sí, reconocido el derecho a “aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable y los Tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo”<sup>95</sup>.

El Derecho extranjero, además, en consonancia con el tenor del artículo 2 de la Ley, “se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”.

Esta exigencia de aplicación *ex officio* se resalta por el artículo 61 de la Ley al afirmar que los “recursos establecidos por la ley serán procedentes cualquiera que fuere el ordenamiento jurídico que se hubiere debido aplicar en la decisión contra la cual se interponen”<sup>96</sup>.

92 DE MAEKELT, T.B.: *Teoría General*, cit., p. 259.

93 PÉREZ PACHECO, Y.: “Aportes de la Ley de Derecho internacional privado venezolano a la codificación *ius internalprivatista*”, *Ars Boni et Aequi*, año 10, núm. 2, 2014, p. 70; DE MAEKELT, T.B.: “Ley de Derecho Internacional Privado venezolano. Comentarios generales”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, núm. 117, 2000, p. 154.

94 HERNÁNDEZ BRETÓN, E. y MADRID MARTÍNEZ, C.: “Venezuela: Finding Foreign Law in Venezuela. General Overview”, en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, p. 490.

95 Incorporando, igualmente, ciertas excepciones a la aplicación del Derecho extranjero en sus arts. 8, relativo al orden público internacional; 9, sobre instituciones desconocidas ó 10, relativo a la prevalencia de las normas imperativas venezolanas, dotando al juez de cierta flexibilidad a la hora de aplicarlo, al respecto, PÉREZ PACHECO, Y.: “Aportes de la Ley”, cit., pp. 70-71.

96 Sobre las soluciones recogidas vid., entre otros muchos, DE MAEKELT, T.B.: *Teoría General*, cit., pp. 275-279; AA.VV.: *Ley de Derecho internacional privado comentada* (coordinada por DE MAEKELT, T.B., ESIS VILLARDEL, I. y RESENDE, C.), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. I, p. 195 (“Artículo 2”) y T. II, p. 1225

En esta misma línea se manifiesta el Título X del Código Civil peruano, de 1984, al explicitar su artículo 2051 que “El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio”<sup>97</sup>, tanto por los jueces como por el resto de las autoridades peruanas competentes<sup>98</sup>. Debiendo, además, ser éste interpretado, tal como explícitamente exige el artículo 2055 Cc, “de acuerdo al sistema al que pertenezcan.”

Esta exigencia de aplicación de oficio se acompaña del reconocimiento a los jueces, en el artículo 2053 Cc, de su derecho a solicitar, de oficio o a pedido de parte, “al Poder Ejecutivo que, por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido.” En todo caso, añade el artículo 2052 Cc que las “partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido”. Pudiendo el juez “rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos.”

La radicalidad de esta solución no se vería afectada por el equívoco tenor del artículo 190, inciso 4, del Código Procesal Civil peruano<sup>99</sup>. Como señala la doctrina, este precepto debe ser interpretado atendiendo el mandato de los artículos 2051 a 2053 del Código civil, lo que conduce a entender que “la norma extranjera se aplica en su condición de derecho extranjero y, por lo tanto, no puede ser considerada un “hecho procesal” sino que constituye “el conjunto de normas jurídicas apropiadas” que resolverán el litigio. En consecuencia, la “carga de la prueba” respecto a la aplicación de la norma extranjera -existencia y sentido- no debe recaer en las partes, pues el derecho no se prueba, sino que debe ser aplicado de oficio por el juez”<sup>100</sup>.

La práctica peruana en la materia, empero, es limitada y no siempre clara. Resulta en tal sentido interesante la muy criticada Sentencia de la Sala civil transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 18 de noviembre de

---

(“Artículo 60”) y p. 1233 (“Artículo 61”); FIGUERA VARGAS, S.C.: “Análisis de la Ley de Derecho internacional privado venezolana como propuesta académica y logro legislativo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2013, T. XIII, pp. 820-821.

97 Vid. GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, G.: “Ley aplicable en las obligaciones contractuales a la luz del Derecho Internacional Privado Peruano”, *Decreto Legislativo n.º 296 Código Civil*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 16ª ed., 2015, p. 667. El Cc recoge limitaciones a la aplicación de dicho derecho en el art. 2049 por resultar su aplicación incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres”, aplicándose en tal caso el Derecho interno peruano.

98 Nótese, el art. 11 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de Registros Públicos.

99 “Art. 190.- Pertinencia e improcedencia. Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer: ...4.- El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.”

100 DELGADO BARRETO, C., DELGADO MENÉNDEZ, M.A., CANDELA SÁNCHEZ, C. et al.: *Introducción al Derecho*, cit., p. 78.

2016<sup>101</sup>. El Alto Tribunal, en un supuesto de contrato de distribución, entiende que atendido el tenor de la cláusula de elección de derecho y tribunales incorporada en el contrato que hacía referencia genéricamente al Derecho del Reino Unido. Al no haber colaborado las partes a fijar el contenido del Derecho extranjero ex artículo 2095 Cc, dado, se aplica de modo subsidiario la ley del cumplimiento del contrato, esto es, la ley peruana<sup>102</sup>.

Estas posiciones recogidas en las legislaciones venezolana y peruana se reproducen, igualmente, en algunas de las recientes legislaciones iberoamericanas de Derecho internacional privado, aclarando, ratificando o modificando la situación existente hasta el momento en ellos: la Argentina, la República Dominicana o el Uruguay son buenos ejemplos de ello.

El caso de Argentina es significativo. El artículo 2595 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, rubricado "Aplicación del derecho extranjero" delimita una serie de principios esenciales a la hora de aplicar el Derecho extranjero convocado por la oportuna norma de conflicto<sup>103</sup>, que sirven para resolver algunas de las dudas suscitadas por el artículo 13 del antiguo Código civil argentino<sup>104</sup>. De entre ellos destacamos:

1) En primer lugar, señala el artículo 2595 del Código Civil y Comercial en su apartado a), que el contenido del Derecho extranjero viene "establecido"<sup>105</sup> por el juez. Quien "está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece"<sup>106</sup>. Lo que "implica no sólo el análisis de la norma escrita extranjera sino también las interpretaciones doctrinales y

101 Casación n.º 4800-2012 LIMA. Vid. al respecto, DELGADO BARRETO, C., DELGADO MENÉNDEZ, M.A., CANDELA SÁNCHEZ, C. et al.: *Introducción al Derecho*, cit., pp. 79-80.

102 Fundamentos de Derecho, 6, 7 y 8. La sentencia se encuentra disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/contribuyente/2018/02/19/incumplimiento-contractual-en-el-derecho-internacional-privado/>

103 Ya sea convencional o estatal, tal como afirma el art. 2594 del mismo cuerpo legal.

104 Apoyado en su interpretación por el tenor del apartado tercero del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sobre el art. 13, significado y práctica, vid. WEGHER OSCI, F.S.: "Da mihi factum dabo tibi ius. Notas sobre la aplicación del derecho extranjero en casos iusprivatistas multinacionales y su vinculación con el acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial de la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. XIX, p. 504 y ss.; BALTAR, L. y SCOTTI, L.B.: "La aplicación del Derecho", cit., p. 7. Un análisis en profundidad de la jurisprudencia existente al amparo del precepto se encuentra, que en ocasiones ha seguido siendo aplicado incluso tras su pérdida de vigencia, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. y ALL, P.M.: "Argentina", cit., pp. 461-465.

105 Sobre el significado de esta expresión, vid. WEGHER OSCI, F.S.: "Da mihi factum", cit., p. 503 y ss. Una crítica al uso del verbo "establecer" frente a "aplicar", recogido en el art. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979 y con el art. 1 del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero de 20.II.1980 se encuentra en BALTAR, L. y SCOTTI, L.B.: "La aplicación del Derecho", cit., pp. 10-11.

106 En línea con lo que afirman los mencionados arts. 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979 y 1 del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero de 20.II.1980.

jurisprudenciales de la misma que se hubieran formulado, en el país de donde tal Derecho procede”<sup>107</sup>.

2) Se trata, en suma, de un “hecho notorio” que debe ser aplicado de oficio por el juez<sup>108</sup>, sin necesidad de que lo demuestren los interesados<sup>109</sup>. Lo que, sin embargo, no impide la eventual colaboración de las partes en su alegación y prueba. El apartado a) del artículo 2595 habla así de “sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada”.

3) Este mismo apartado a) del artículo 2595, por último, precisa que si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se procederá a aplicar en su lugar el derecho argentino<sup>110</sup>.

El precepto ha sido ya objeto de alguna aplicación en la práctica. Cabe, así, mencionar la decisión de la Cámara Primera de la Ira. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas, de Mendoza de 19 de agosto de 2015 en el asunto *F., M.C. c/ K., M. s/ Alimentos Provisorios - Compuls*<sup>111</sup>, que aplica de forma lineal el artículo 2595, recurriendo para conocer el contenido del Derecho extranjero, en este caso el alemán, a la denominada “Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, de la Comisión Europea”<sup>112</sup>.

El tribunal señala en tal sentido que, “Tenemos presente que el inc. a)- del art. 2595 obliga a los magistrados nacionales, cuando el derecho extranjero sea aplicable, a establecer su contenido y a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. La excepción estará dada cuando no se pueda establecer cuál es el contenido de la ley extranjera, en cuyo caso se aplicará

107 BOTTIGLIERI, M.G.: “Importantes avances en la codificación del Derecho internacional privado argentino”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2013, T. XIII, p. 653. Sobre la eventual vinculación de la solución aportada a la teoría del “uso jurídico”, vid., entre otros, RODRÍGUEZ, M.S.: “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado”, *Pensar en Derecho*, 2016, n.º 8, pp. 219-220.

108 En favor de tal aplicación de oficio, vid. FEULLADE, M.C.: “Aplicación del Derecho extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales”, *Prudentia Iuris*, núm. 83, 2017, p. 171, o WEGHER OSCÍ, F.S.: “Da mihi factum”, cit., p. 490. Una posición matizada por algún sector de la doctrina que valora las dificultades prácticas de tal mandato de aplicación *ex officio* y articula el significado del precepto focalizándose en la forma en que debe ser aplicado el Derecho foráneo. Al respecto, vid. UZAL, M. E.: *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 119-125. Las mismas dificultades son resaltadas por MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “La reforma del sistema de Derecho internacional privado en la República Argentina”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 14, 2007, p. 16.

109 BALTAR, L. y SCOTTI, L.B.: “La aplicación del Derecho”, cit., p. 1

110 Junto a ello, los arts. 2597 –“Cláusulas de excepción”-, 2599 –“Normas internacionalmente imperativas” y 2600 –“Orden público”- del mismo cuerpo legal prevén excepciones a la aplicación del Derecho foráneo. Al respecto, vid. BALTAR, L. y SCOTTI, L.B.: “La aplicación del Derecho”, cit., pp. 17-21.

111 <http://www.saij.gob.ar/1ra-camara-apelaciones-civil-comercial-minas-local-mendoza-mc--alimentos-provisorios-compuls-fal5190019-2015-08-19/123456789-910-0915-lots-eupmocsollaf>? Al respecto, vid. WEGHER OSCÍ, F.S.: “Da mihi factum”, cit., pp. 506-508.

112 [https://e-justice.europa.eu/content\\_about\\_the\\_network-431-pt-es.do?init=true&member=1](https://e-justice.europa.eu/content_about_the_network-431-pt-es.do?init=true&member=1)

el derecho argentino. Recordamos que esta norma no estaba vigente cuando resolvió la señora jueza de familia, fecha para la cual la aplicación del derecho extranjero se regía por el art. 13 del Cód. Civil. En el caso, dadas las limitaciones que nos impone la clara barrera idiomática para cumplir con la obligación que nos impone la última norma analizada, recurrimos a la información brindada al respecto por organismos internacionales y trabajos de doctrina que tratan el tema en nuestra lengua.”<sup>113</sup>.

En el caso de la República Dominicana, la Ley 544-14, sobre Derecho internacional privado, de 5 de diciembre de 2014, afirma en su artículo 80 el carácter imperativo de las normas de conflictos presentes en el ordenamiento jurídico dominicano. Añadiendo el artículo 82 la obligación de los jueces y autoridades dominicanos de “aplicar la ley extranjera<sup>114</sup> tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.”<sup>115</sup>.

La Ley reconoce el protagonismo del operador jurídico dominicano a la hora de aplicar el Derecho extranjero que es realizada de oficio por aquel. En este sentido, el artículo 81 les compele a observar, con vistas a la determinación de su contenido, los instrumentos indicados por los convenios internacionales, los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar, los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho Comparado y cualquier otro documento que acredite el contenido, la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley. Añadiendo el párrafo del precepto que, “Si con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera designada, determinará la ley aplicable mediante otros criterios o aplica la ley dominicana.”<sup>116</sup>

Por su parte, la propuesta de Ley General de Derecho internacional de la República Oriental del Uruguay, que el 1 de septiembre de 2020 ha recibido la sanción de la Cámara de Senadores de la República y pasa ahora a la Cámara de Representantes<sup>117</sup>, en línea con lo señalado en el artículo 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979, y con el artículo 1 de los Convenios concluidos por la República Oriental

113 Expediente COM 007808/2012/CA004, [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:AR+content\\_type:2+date:2014-12-01../%22derecho+extranjero%22+2595](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:AR+content_type:2+date:2014-12-01../%22derecho+extranjero%22+2595). Igual aplicación se produce en la Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Cámara Comercial - Sala A, de 31.10.2018

114 Incluso si está recogido en un texto de Derecho Público, art.

115 El precepto incluye un párrafo que afirma que “La ley extranjera se aplica según sus criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo”.

116 En todo caso, el art. 86 de la Ley impide la aplicación de la ley extranjera cuando sea contrario al orden público internacional de la República Dominicana. Apuntando el párrafo II del precepto que, “Admitida la incompatibilidad de la ley extranjera, se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley dominicana”.

117 Al respecto, FRESNEO DE AGUIRRE, C.: *El Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado obtuvo media sanción legislativa*, <http://www.asadip.org/v2/?p=6496>

del Uruguay con Chile o Argentina sobre aplicación e información del Derecho extranjero, incorpora un precepto, el 2º, rubricado "Aplicación del derecho extranjero", que específica de forma taxativa que éste "debe ser aplicado de oficio e interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva"<sup>118</sup>.

Esta solución estaría en línea con la práctica uruguaya existente hasta el momento, que parece apoyar "el mandato de que el Derecho extranjero debe aplicarse e investigarse de oficio, sin perjuicio de los aportes informativos de las partes"<sup>119</sup>.

En coherencia con esta exigencia, el artículo 3 –"Conocimiento del Derecho extranjero"- afirma que el "texto, la vigencia y la interpretación del derecho extranjero aplicable deben ser investigados y determinados de oficio por los tribunales u otras autoridades competentes", debiendo interpretarla teniendo en cuenta el mandato del artículo 2 antes mencionado<sup>120</sup>. A tal efecto, añade el párrafo 2 de este artículo 3, se podrá recurrir a todos los medios de información idóneos que resulten admitidos en el Uruguay o en el Estado cuyo derecho resulte aplicable. Una vez más, este papel protagonista es atribuido al juez, "sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten las partes o los interesados en su caso".

La obligación de aplicar el Derecho extranjero de oficio que acompaña a los tribunales y otras autoridades competentes de la República Oriental del Uruguay se resalta por el mandato recogido en el artículo 5 del Proyecto de Ley General en el sentido de que en aquellas ocasiones en que corresponda aplicar Derecho extranjero "se admitirán todos los recursos previstos por la ley nacional".

### **B) Algunas soluciones indeterminadas.**

En contraste con estas posiciones claramente favorables a la aplicación de oficio del Derecho extranjero, existen otras posiciones, algunas recientes, menos claras al respecto. Así, por ejemplo, el nuevo Código de Derecho internacional privado panameño, de 2014, no aporta una respuesta taxativa sobre la naturaleza

118 Esta regla viene excepcionada en diversos supuestos previstos por el propio proyecto, entre otros, en sus arts. 5 –"orden público internacional"-, 6 –"Normas de aplicación necesarias"-, ó 7 –"Fraude de Ley"- . Igualmente, se prevé en el art. 13 unas soluciones especiales para el supuesto del Derecho comercial internacional. Al respecto, TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: "El Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General del 2016", *Anuario Hispano – Luso – Americano de Derecho internacional*, 2017-2018, pp. 435-436.

119 TELLECHEA BERGMAN, E.: "Aplicación e información del Derecho extranjero en el ámbito interamericano y mercosureño con especial referencia al Derecho uruguayo", *Revista de Doutrina da 4ª Região*, núm. 25, 2008, p. 10; ABAL OLIU, J.: "La prueba del Derecho en el proceso jurisdiccional", *Revista de Derecho*, Segunda época, año 8, núm. 8, 2013, p. 29-47; FRESNEDO DE AGUIRRE, C.: "Uruguay: Proof and Information About Foreign Law in Uruguay", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017, pp. 474-481.

120 Apartado 3, art. 3.

del Derecho extranjero y sobre el papel asignado al juez nacional en relación con él. El artículo 167 del Código afirma que los jueces y tribunales panameños “podrán aplicar de oficio” -no dice que ‘deberán hacerlo’, lo que *de facto* le atribuye una naturaleza facultativa- “cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este Capítulo se refiere.” Esta aplicación, de acuerdo con el tenor del artículo 170 de este cuerpo legal, se realizará por el juez panameño “de conformidad con su sentir y alcance de su ordenamiento jurídico”<sup>121</sup>.

Este papel primigenio atribuido al juez se ve matizado en el Código, reflejando las dudas sobre la naturaleza y condición del Derecho foráneo. Así, en el artículo 168 se explicita que aquella parte que invoque la aplicación del derecho extranjero, o disienta de ella, “podrá justificar su texto, vigencia y sentido” de la forma prevista en el propio precepto<sup>122</sup>. En línea con la peculiar posición atribuida al juez panameño en relación con la fijación del contenido del Derecho extranjero y su aplicación, el apartado segundo del propio artículo 168 precisa que, con independencia de esta facultad reconocida a las partes, “el juez podrá investigar directamente el derecho extranjero, acudiendo a cualquier fuente o medio idóneo”. Y, en consecuencia, si llega a conocer su contenido, aplicarlo de oficio.

En todo caso, el artículo 169 del Código añade que, a falta de prueba de su contenido y vigencia, “o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimara insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trata proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable”

Por su parte, el nuevo Código de Procedimiento Civil boliviano de 2013 regula la cuestión de la prueba del Derecho extranjero en su artículo 141.II, afirmando que el derecho extranjero, al igual que la costumbre, sólo necesitan ser probados cuando la autoridad judicial los desconozca. Se establece así una extensión *sui generis* del principio *iura novit curia* respecto del Derecho foráneo, reconociendo el carácter de auténtico derecho; y no de mero hecho, por lo que quedaría directamente dependiente de la voluntad de las partes, aunque subordinando su aplicación al conocimiento de su contenido por el juez. En coherencia con este principio, el precepto añade que con vistas a la prueba de dicho derecho foráneo –“Para la determinación de las normas de esta clase...”- la autoridad judicial no queda limitada por las pruebas que con tal finalidad ofrezcan las partes,

121 El Código incorpora limitaciones a la aplicación del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto, fundamentalmente vinculadas a su contrariedad con el orden público internacional y la presencia de principios y normas de tal condición en Panamá: así lo reflejan los arts. 6, 7, 37, 42, 46, 56, 77, 104, 105, 155 ó 170. Vid. al respecto, BOUTIN ICAZA, G.: “Sobre la ideología del nuevo Código de Derecho internacional privado panameño”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2013, T. XIII, p. 740.

122 “... mediante copia autenticada de la misma ley, de las decisiones de los tribunales, de los estudios doctrinales, así como con dictamen o certificación de dos abogados en ejercicio del país cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizado.”

atribuyéndosele una posición claramente activa en el desempeño de esta tarea al reconocérsele que está facultada para servirse de otras fuentes de conocimiento “y para ordenar todo lo que conduzca al aprovechamiento de los mismos.”<sup>123</sup>

Esta regla general se acompaña y complementa por lo dispuesto en el artículo 493.II CPC, en el que se señala con claridad que el derecho extranjero, “cuando corresponda, será aplicado e interpretado de oficio por las autoridades judiciales del Estado Plurinacional, en la misma forma en que lo harían las autoridades jurisdiccionales del país a cuyo ordenamiento jurídico pertenezca la norma invocada. Sin perjuicio de que, las partes también podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.”<sup>124</sup>. En línea con ello, el artículo 493.V CPC acepta la plena aplicación de los recursos consagrados en la legislación boliviana en aquellos casos en que fuere procedente la aplicación del derecho foráneo.

Por último, Colombia mantiene una situación peculiar en relación con la naturaleza del Derecho extranjero y su tratamiento en el proceso. El artículo 177 del nuevo Código General del Proceso reproduce los grandes parámetros del artículo 188 del antiguo CPC. El nuevo precepto, rubricado “Prueba de las normas jurídicas” precisa que el texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, “de oficio o a solicitud de parte”.

El artículo 177 CGP requiere, en su apartado segundo, que la copia total o parcial de la ley extranjera “deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país”. Pudiendo igualmente adjuntarse, de acuerdo con el apartado tercero de este precepto, dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia, en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí. O, como afirma el apartado cuarto del artículo 177 CGP, cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente<sup>125</sup>.

---

123 El Derecho extranjero, tal como añade el apartado IV de este art. 493 CPC, podrá ver denegada su aplicación en aquellas ocasiones en que éste resulte manifiestamente contrario a los “principios esenciales del orden público internacional reconocido por convenios y tratados suscritos y ratificados por el Estado Plurinacional”.

124 Un análisis en profundidad de las soluciones recogidas en el CPC de 2013 se encuentra en ESPLUGUES MOTA, C.: “Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia, de 2013”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, pp. 44-45.

125 El párrafo que acompaña al precepto señala que, “Cuando sea necesario se solicitará constancia de su vigencia.”

La doctrina tiende a entender que el modelo se articula sobre la premisa de que el Derecho extranjero no constituye un hecho necesariamente conocido por el juez, de ahí que sea necesaria su prueba<sup>126</sup>.

Sin embargo, la situación parece más compleja y voluble. El nuevo precepto ratifica la existencia de lo que, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, recogidas en su Sentencia de 16 de octubre de 2014, constituye el diseño de un “sistema mixto de prueba del Derecho extranjero” en el ordenamiento colombiano. En la medida en que se consagran “simultáneamente los poderes oficiosos del juez junto con la diligencia de las partes en la obtención del derecho extranjero”<sup>127</sup>. Un sistema mixto que, según apunta la propia Corte, no debe hacer olvidar que, en última instancia, “el sistema colombiano prescribe que este debe ser investigado de oficio por la autoridad judicial, como si se tratara de su propio ordenamiento, aunque no descarta la colaboración de las partes interesadas, quienes podrán invocar y probar su existencia y contenido.”<sup>128</sup>

La Corte Constitucional reconoce que “el derecho extranjero no se aborda como una simple cuestión fáctica en tanto existe una responsabilidad expresa en cabeza de las autoridades judiciales en su consecución, pero tampoco es un asunto de puro derecho, por cuanto el ordenamiento colombiano reconoce que su contenido, alcance y vigencia puede ser alegado, probado y discutido también por las partes interesadas”<sup>129</sup>. Pero que, en todo caso “ninguna autoridad judicial puede, sin vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y a la efectiva administración de justicia, desconocer su corresponsabilidad en la materia y pretender trasladar completamente esa carga a las partes procesales. Más aún, en los casos en que la norma extranjera resulta indispensable para la resolución de la disputa y es de difícil obtención para los particulares, debido a sus limitaciones financieras o logísticas.”<sup>130</sup>

Los problemas planteados por el sistema son reconocidos por el Alto Tribunal al apostar, como respuesta “satisfactoria” a ellos, por un análisis caso a caso, “en tanto el ordenamiento jurídico no estableció prevalencia alguna -al menos no expresamente- entre el deber oficioso del juez y la actividad de las partes en la obtención del derecho extranjero.”<sup>131</sup> Análisis que deberá realizarse atendiendo a

---

126 Al respecto, y sobre las razones de la condición fáctica atribuida a la ley extranjera, vid. MANRIQUE-GARCÍA. J.: “La prueba de la Ley extranjera en Colombia: análisis comparado”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 20, 2012, pp. 59-60.

127 Corte Constitucional, Sentencia SU768/14, de 16.10.2014.

128 *Ibid.*, n.º. 7.3.

129 *Ibid.*, n.º. 6.3.

130 *Ibid.*, n.º. 7.3.

131 *Ibid.*, n.º. 6.3.

una serie de criterios fijados por la Sentencia de 2014: a saber, relevancia, calidad de las partes y disponibilidad de la norma<sup>132</sup>.

En cualquier caso, se exige una actuación por parte del juez. De hecho, en el supuesto abordado, la Corte reprocha específicamente al juez de instancia que “la sentencia atacada no haya entrado a resolver de fondo la demanda presentada por el ciudadano belga, con el argumento que este no aportó copia auténtica del derecho hondureño para demostrar la legítima transmisión de la propiedad sobre la nave. Si el fallador tenía alguna duda sobre el derecho extranjero aplicable, contaba con el tiempo y las competencias jurisdiccionales necesarias para auscultar su contenido.”<sup>133</sup>

### **C) Exigencia de prueba, y en su caso de alegación, del Derecho extranjero.**

Las posiciones apuntadas contrastan con las mantenidas en algunos sistemas jurídicos iberoamericanos en los que una aparente posición originariamente favorable a la aplicación de oficio del Derecho extranjero y, por ende, a su eventual consideración como auténtico Derecho, se plasma en la práctica en un tratamiento fáctico de éste y, por lo tanto, sometido a la eventual alegación y prueba de su contenido por las partes: México y Chile son, por razones distintas, ejemplos de ello.

En el caso de México, el artículo 14 del Código civil para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, un precepto que se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación, explicita que, al proceder a aplicar el Derecho extranjero, éste “I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho”. Esta aplicación se ve limitada por el mandato del artículo 15 en relación, principalmente, con la contrariedad de su contenido, o efectos, con el orden público mexicano.

Estas disposiciones se ven acompañadas de lo dispuesto en el artículo 284 del Código de Procedimiento civil para el Distrito Federal, que atribuye la exigencia de prueba solo respecto de los hechos<sup>134</sup>. Y en el artículo 284 bis del mismo cuerpo legal que, reconoce la exigencia de aplicación del Derecho extranjero “tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero invocado.” Añadiendo que, “Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al

---

132 *Ibid.*, n°. 6.3.

133 *Ibid.*, n°. 7.3.

134 “... así como los usos y costumbres en que se funde el derecho”.

respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes"<sup>135</sup>.

Esta solución general encuentra una excepción en materia mercantil. El artículo 1197 del Código de Comercio afirma que solo los hechos están sujetos a prueba y que el "derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras: el que las invoca debe probar la existencia de ellos y que son aplicables al caso". De ello se deduce que corresponde a las partes ponderar la aplicabilidad y aplicación del derecho extranjero y que, correlativamente, "tienen la carga de introducirlo a la controversia (carga de la afirmación) y, además, de acreditar su existencia y aplicabilidad (carga de la prueba)"<sup>136</sup>.

Del análisis de este elenco de preceptos se derivaría la regla general de la obligación del juez de investigar de oficio el contenido y vigencia del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto mexicana con objeto de proceder a su aplicación<sup>137</sup>. Sin embargo, la práctica del modelo apoya la inaplicación del principio *iura novit curia* respecto del Derecho extranjero. En este sentido, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito es claro al exigir, ya en 2001, que "quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene la carga procesal de probar la existencia de las mismas y que son aplicables al caso"<sup>138</sup>.

En línea con ello, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito apuntó el 15 de diciembre de 2011 que "no puede exigirse al juzgador su conocimiento estricto sobre dicho derecho, pues no es razonable exigir a los Jueces y tribunales de un Estado el conocimiento de todos los ordenamientos jurídicos. Los Jueces mexicanos no son, motu proprio, órganos aplicadores de las leyes extranjeras y, por ende, el derecho extranjero no puede ocupar la misma

---

135 Ambos preceptos se reproducen de forma mimética en los arts. 86 y 86bis del Código Federal de Procedimientos Civiles. Sobre el valor de la opinión consular de las autoridades mexicanas al respecto, vid. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, de 31.3.2017, Amparo Directo 865/2016, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis III.2o.C.84 C (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 43, junio de 2017, T. IV, p. 2901.

136 Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 15.12.2011, Amparo directo 740/2010, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.5o.C.42 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 3, p. 1638.

137 Al respecto, PEREZNIETO CASTRO, L.: *Derecho internacional privado. Parte General*, México, OUP, 7ª ed., 1998, p. 167; ORDIOZOLA MARISCAL, C.E.: "El principio *iura novit curia* en México: hacia un instituto federal de especialistas en Derecho internacional privado y Comparado", *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes* (coordinado por BECERRA RAMÍREZ, M., CRUZ BARNEY, O, GONZÁLEZ MARTÍN, N. et al), México, Instituto Investigaciones Jurídicas / UNAM, 2008, p. 107.

138 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 12.6.2001, Amparo directo 10523/2000, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.3o.C.260 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Tomo XIV, septiembre de 2001, p. 1311.

posición procesal que el derecho nacional, lo que ha conducido a equiparar el tratamiento de aquel derecho al que corresponde a los hechos cuestionados.”<sup>139</sup>

Se resalta la correlativa obligación de las partes de invocar el Derecho foráneo, así como el hecho de que les corresponde igualmente la carga de probar su contenido. Sin perjuicio de la actividad que pueda desarrollar al respecto el juez *motu proprio*, “si bien el citado artículo 14 establece cómo debe aplicarse el derecho extranjero, y no se refiere a cuestiones específicas sobre la carga procesal de demostrarlo ... se debe concluir que la normativa extranacional si bien debe ser invocada y demostrada su existencia y aplicabilidad por las partes, el juzgador podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de ese derecho, para la debida resolución del caso.”<sup>140</sup>

Por su parte, la situación de Chile difiere de la mexicana tanto por sus fundamentos legales como por la radicalidad de la respuesta aportada. El Código Bustamante se transmutó en el Código de Derecho internacional privado chileno al ser ratificado en su momento por Chile. Las respuestas aportadas por el Código vienen doblemente limitadas. Por un lado, por el reducido ámbito de aplicación geográfica del Código, un dato inherente al propio texto. Y, por otro, un dato exógeno al contenido de éste, por la reserva depositada en su día por Chile en el sentido de que “ante el Derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”<sup>141</sup>.

La práctica del modelo chileno refleja una disociación entre la posición teórica aparentemente mantenida de partida en relación con la naturaleza del Derecho extranjero y su práctica. O, al menos, pone de manifiesto una ausencia de claridad en relación con los términos de su proyección en la realidad.

En Chile, el Derecho foráneo vendría reconocida su condición jurídica tanto al amparo del Código de Derecho internacional privado como del Convenio sobre aplicación e información del Derecho extranjero concluido entre Chile

139 Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, de 15.12.2011, cit., tesis 1.5o.C.40 C (10a.), p. 1636.

140 *Ibid*, tesis 1.5o.C.43 C (10a.), p. 1639. Nótese, igualmente, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 18.10.2001, Amparo Directo 10623/2001, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 1.3o.C.303 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Libro XV, 2002, p. 1248 o Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, 25.9.2015, Amparo Directo 292/2015, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 11.2o.C.39 C (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro 28, marzo de 2016, T. II, p. 1703. Nótese, en este sentido, PEREZNIETO CASTRO, L.: “El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2015, vol. XV, pp. 808—810; ORDIOZOLA MARISCAL, C.E.: “El principio iura novit”, cit., pp. 108-111.

141 Vid. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-31\\_Codigo\\_Bustamante\\_firmas.asp#Chile](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamante_firmas.asp#Chile)

y la República Oriental del Uruguay en 1984<sup>142</sup> que, para algunos, cuenta con una aplicación universal en este punto<sup>143</sup>. Sin embargo, la práctica jurisprudencial parece desatender esta condición jurídica. El limitado alcance del Código de Derecho internacional privado y la aparente indeterminación doctrinal sobre su naturaleza<sup>144</sup>, unido al tenor del artículo 441 CPC<sup>145</sup> que permite al tribunal oír “el informe de peritos: ... 2º Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera”<sup>146</sup>, habrían llevado a la jurisprudencia chilena a mantener una posición inconcluyente sobre este punto.

Se habla así de una jurisprudencia “vacilante”<sup>147</sup> en la que, ciertamente, se constata la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia chilena ha apoyado la condición jurídica del Derecho foráneo, admitiéndose en ocasiones su aplicación *ex officio*<sup>148</sup>... Sin embargo, se trata de casos habitualmente antiguos que contrastan con la práctica reciente de los tribunales chilenos, en la que se manifiesta una clara tendencia a atribuir al Derecho extranjero la condición fáctica. Debatiéndose, igualmente, el alcance del sistema de recursos en cuanto a su aplicación<sup>149</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia chilena reciente en materia civil y comercial<sup>150</sup> tiende a considerar al Derecho foráneo como un mero hecho, negando la vinculación del juez al principio *iura novit curia* y exigiendo, lógicamente, su

---

142 Decreto 752 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 13.8.1985. El art. art. 1 del Convenio es taxativo al afirmar que, “Los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece”. Estando esta aplicación sometida al régimen de recursos existente en ambos países al amparo del art. 2 del Convenio.

143 VILLAROEEL B., C. y VILLAROEEL B., G.: “La aplicación del Derecho extranjero en Chile después del Tratado con Uruguay”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, 1991, pp. 83 y 86 y ss.

144 En este sentido se manifiesta GALLEGOS ZUÑIGA, J.: “Aspectos generales del Derecho internacional privado en Chile”, *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, núm. 3, 2009-2010, p. 161. Esta afirmación, sin embargo, no parece tan nitida, dado que a favor de la condición jurídica se manifiestan relevantes autores como DUNCKER, F.: *Derecho internacional privado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 345 o RAMÍREZ NECOECHEA, M.: *Derecho internacional privado*, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 112. Por su parte, Guzmán Latorre, quien también afirma la condición jurídica del derecho extranjero, resalta el silencio normativo respecto de la naturaleza de éste (GUZMÁN LATORRE, D.: *Tratado de Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 330). Sobre su tratamiento como “hecho fuera de la causa”, reproduciendo básicamente lo que manifiestan VILLAROEEL B., C. y VILLAROEEL B., G.: “La aplicación del Derecho”, cit., pp. 83-84, vid. PICAND ALBONICO, E.: “El juez y el Derecho extranjero en el proceso de extradición”, *Revista jurídica del Ministerio Público*, núm. 34, 2008, pp. 177 y ss., especialmente p. 182.

145 Al respecto, Rol n° 4485/2005 (Sección civil). Resolución n° 46499 de Corte de Apelaciones de Concepción, de 9.12.2005. También se hace referencia al art. 160 CPC: “Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.”

146 Vid. VILLAROEEL B., C. y VILLAROEEL B., G.: “La aplicación del Derecho”, cit., p. 75.

147 En palabras de VILLAROEEL B., C. y VILLAROEEL B., G.: “La aplicación del Derecho”, cit., p. 75.

148 RDJ, de 12.11.1926, Tomo XXIV, sec. 1º, p. 289; RDJ, de 16.12.1941, Tomo XXXIX, sec. 1º, p. 388 o RDJ, de 27.10.1954, Tomo LI, sec. 1º, p. 547. Vid. más fallos en GUZMÁN LATORRE, D.: *Tratado de Derecho*, cit., p. 334.

149 GALLEGOS ZUÑIGA, J.: “Aspectos generales”, cit., pp. 163-164.

150 Cuestión distinta es la situación existente en el ámbito constitucional. Al respecto, NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “El uso del Derecho extranjero y del Derecho internacional por parte del Tribunal Constitucional chileno durante el período 2006-2007”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, vol. XXXVII, p. 280 y ss.

alegación y prueba por las partes. Tal como afirma la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en su resolución de 13 de julio de 2007, “la legislación nacional no asimila el derecho extranjero al concepto de ley del artículo 1 del Código Civil”<sup>151</sup>.

En línea con este principio se manifiesta la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 30 de noviembre de 2004<sup>152</sup>, al precisar que “la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda, estableció que no se probó el derecho extranjero y debió acreditarse con el objeto de establecer la intención de las partes y la extensión de las cláusulas del contrato; Que en consecuencia, los hechos fundantes de la demanda no resultaron probados”<sup>153</sup>. Por consiguiente, añade la Corte Suprema, “al establecer la sentencia que la legislación aplicable es la del derecho extranjero y que al no haberse éste acreditado por el actor, debió, como lo hizo, rechazar la demanda, ha dado una correcta aplicación al inciso 2º del artículo 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio”<sup>154</sup>.

Reincidiendo en esta idea, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de julio de 2003<sup>155</sup> señala en relación con el Derecho extranjero que “hay aspectos de hecho, como son la existencia y vigencia de las normas jurídicas o la recepción en él de determinados principios o lo relativo a su predominio, sobre los cuales las partes pueden acordar o discordar”<sup>156</sup>, de ahí la posibilidad de la prueba pericial reconocida en el CPC chileno. En suma, como resalta la Corte de Apelaciones de Temuco en su decisión de 8 de abril de 2010 “la presunción de conocimiento de la ley, que emana del artículo 7 y 8 del Código Civil Chileno, que disponen que ‘desde su publicación la ley se entenderá conocida de todos y será obligatoria’ y que ‘nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia’, sólo alcanza a la norma de derecho nacional, y por ende solo este Derecho no se prueba, porque es el único que se supone conocido de acuerdo a lo establecido en las normas citadas. Por lo mismo el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su existencia, contenido y vigencia por la parte que sostiene su concurrencia”<sup>157</sup>.

#### IV. EL JUEGO DE LOS ESPEJOS: SIMILITUDES DESDE LA DIFERENCIA.

El actual *status quo* existente en la Unión Europea en relación con la aplicación del Derecho extranjero por las autoridades judiciales nacionales resulta, de

---

151 Rol 230/2007 (Civil). Resolución n°. 9809 de Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 13.7.2007, numeral 4.

152 Rol 868/2003 (Casación). Resolución n°. 23198 de Corte Suprema, Sala Primera (Civil) de 30.11.2004.

153 Numeral 7.

154 Numeral 10.

155 Rol 11276/2002 (Civil). Resolución n°. 94840 de Corte de Apelaciones de Santiago, de 31.7.2003.

156 Numeral 6.

157 Numeral 7, Rol 199/2010 (Penal). Resolución n° 6803 de Corte de Apelaciones de Temuco, de 8.4.2010.

partida, poco compatible con la idea misma de la existencia de un espacio europeo integrado de seguridad de justicia. Adicionalmente, las consecuencias para las partes en términos de costes, imprevisibilidad e inseguridad son notables y, lejos de reducirse, irán creciendo según se acentúe la consolidación del mercado interior y, con ello, el incremento de situaciones transnacionales planteadas ante los tribunales.

Varias y distintas soluciones se manejan para justificar o templar las consecuencias de esta situación<sup>158</sup>. Pero lo cierto es que a fecha de hoy no se prevé una acción armonizadora a corto plazo por parte de la Unión. El Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 en el marco del Consejo de Europa<sup>159</sup> y al que se encuentran vinculados los distintos Estados miembros de la Unión cuenta con un ámbito limitado y una muy esporádica aplicación<sup>160</sup>. Y la presencia de instrumentos diversos como la ya mencionada Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, el Atlas judicial europeo en materia civil<sup>161</sup> o el portal Europeo de *e-justice*<sup>162</sup>, pensado para ser en el futuro una ventanilla única en el ámbito de la justicia y del que cuelgan los dos anteriores, si bien sirven para aportar información básica sobre los modelos jurídicos de la Unión Europea<sup>163</sup>, no de terceros países, no mitigan los negativos efectos de la ausencia de una solución común sobre los distintos ámbitos y cuestiones que acompañan a la aplicación del Derecho extranjero por parte del juez europeo.

El estudio de la realidad existente en Iberoamérica en relación con esta relevante problemática, a la vez que permite redimensionar el destacado proceso de codificación del Derecho internacional privado desarrollado en Europa, manifestando algunas de sus limitaciones y carencias, lanza una señal en contra el geocentrismo imperante, realizando la ineludible exigencia de, siguiendo las palabras del más famoso Gaviero que haya jamás existido, “negar toda orilla”.

Iberoamérica ha sido desde antiguo el centro de un vasto y rico proceso de codificación del Derecho internacional privado. En relación específicamente con la problemática de la aplicación del Derecho extranjero, este proceso ha permitido que hoy, en un amplio número de países iberoamericanos, se compartan, con

---

158 En relación con estas soluciones, vid. ESPLUGUES, C.: “Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The “Madrid Principles” of 2010”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, vol. 13, pp. 290-293.

159 Que cuenta con 46 ratificaciones / adhesiones en 2020. El Convenio se complementa con un Protocolo adicional de 15.3.1978 (que cuenta con 41 ratificaciones / adhesiones em 2020).

160 ESPLUGUES, C.: “Harmonization of Private”, cit., p. 291.

161 [https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_judicial\\_atlas\\_in\\_civil\\_matters-321-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_atlas_in_civil_matters-321-es.do)

162 <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=es>

163 Aunque tanto en la UE como fuera de ella, estas bases no dejan de sembrar ciertas dudas sobre la validez de sus contenidos. Al respecto, MOURA RAMOS, R.M.: “Proof of and Information”, cit., p. 444.

diversos grados de amplitud y lealtad, tres ideas sobre la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales estatales. Se acepta así que, el Derecho extranjero es Derecho y, como tal, se conoce por el juez nacional y se aplica *ex officio* por éste, siendo esta aplicación o inaplicación susceptible de revisión por las instancias judiciales superiores. Correlativamente, y en lo referente a su tratamiento procesal, se reconoce el papel protagonista atribuido al juez sin que ello impida a las partes mantener una posición cooperativa al respecto, reconociéndoles la capacidad de proceder a su alegación y prueba ante la autoridad judicial competente. Por último, y como no podía ser de otra forma, las dos afirmaciones anteriores no pueden constituir un salto sin red, lo que se traduce en que el Derecho extranjero no será aplicado en ciertos casos, por ejemplo, cuando resulte contrario al orden público del juez.

La proyección en la práctica de estos tres principios, lo volvemos a apuntar, presenta diversas gradaciones e intensidades, existiendo algunas excepciones nacionales. Este hecho, sin embargo, no resta valor ni trascendencia alguna al proceso de codificación desarrollado en la materia que, de hecho, adquiere una relevancia adicional cuando lo comparamos con lo que está ocurriendo en la UE en relación con este punto; permitiendo poner en valor ese “futuro del presente” iberoamericano, al que refiere el poeta, oculto para muchos al otro lado del Atlántico.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Ley de Derecho internacional privado comentada* (coordinada por DE MAEKELT, T.B., ESIS VILLAROEL, I. y RESENDE, C.), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.

ABAL OLIU, J.: "La prueba del Derecho en el proceso jurisdiccional", *Revista de Derecho*, Segunda época, año 8, núm. 8, 2013.

ARELLANO GARCÍA, C.: "Nuevas normas sobre aplicación del Derecho extranjero", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.:

- "Spain: The Application of Foreign Laws in Spain—Critical Analysis of the Legal Novelties of 2015", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

- "The Urgent Need for Harmonisation of the Application of Foreign Laws by National Authorities in Europe", *IJPL*, vol. 3, núm. 1, 2013.

BACH, I. y GRUBER, U.P.: "Austria and Germany", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

BALTAR, L. y SCOTTI, L.B.: "La aplicación del Derecho extranjero, la cláusula de excepción y el reenvío en el Derecho internacional privado argentino: un trinomio pragmático", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 36, 2018.

BASEDOW, J.: *The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law*, Max Planck Private Law Research Paper, núm. 14/17.

BINCHY, W.: *Irish Conflicts of Law*, Dublin, Butterworth, 1988.

BOSCHIERO, N. y UBERTAZZI, B.: "Italy: Proof and Information about Foreign Law in Italy", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

BOTTIGLIERI, M.G.: "Importantes avances en la codificación del Derecho internacional privado argentino", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, T. XIII, 2013.

BOUTIN ICAZA, G.: "Sobre la ideología del nuevo Código de Derecho internacional privado panameño", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, T. XIII, 2013.

CARNELOUP, S.: "The Evolving Balance Between the Judge and the Parties in France", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971.

CAVERS, D.F.: "A Critique of the Choice-of-Law Problem", *Harv.L.Rev.*, vol. 47, 1933-1934.

CUNIBERTI, G. y RUEDA, I.: "Luxembourg", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

DE MAEKELT, T. B.:

- "Ley de Derecho Internacional Privado venezolano. Comentarios generales", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, núm. 117, 2000.

- *Teoría General del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

DELGADO BARRETO, C., DELGADO MENÉNDEZ, M.A., CANDELA SÁNCHEZ, C. et al.: *Introducción al Derecho internacional privado. Tomo III. Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales*, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

DUNCKER, F.: *Derecho internacional privado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967.

EMILIANIDES, A.C.: "Cyprus", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

ERVO, L. et al, "Scandinavian Countries", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

ESPLUGUES, C.:

- "General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe (Project JLS/CJ/2007-1/03)", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

- "Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The "Madrid Principles" of 2010", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011.

- "La determinación del derecho aplicable a las situaciones jurídico-privadas internacionales: aspectos generales", en AA.VV., *Derecho internacional privado* (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J.L. y PALAO, G.), Valencia, Tirant lo Blanch, 14ª ed., 2020.

- "La imperfección de la perfección: la ausencia de reglas comunes sobre aplicación del derecho extranjero por los jueces, como talón de Aquiles del proceso europeo de armonización del derecho internacional privado", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (editado por BLASCO GASCÓ, F., CLEMENTE MEORO, M., ORDUÑA MORENO, J. et al.), Valencia, Tirant lo Blanch, vol. I, 2011.

- "¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado? El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades", *Indret Privado. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2015.

- "The Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities: Any News?", *ZZPInt*, 2019, vol. 24, p. (en prensa).

- "The Long Road towards a Common Rule on the Application of Foreign Law by Judicial Authorities in Europe", *ZZPInt*, vol. 14, 2009.

- "Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia, de 2013", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014.

FENTIMAN, R.: *Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, OUP, 1998.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.:

- "El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo", *Derecho internacional privado y Derecho de la integración. Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDP, 2013.

- *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina. (Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas)*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. y ALL, P.M.: "Argentina: The Changing Character of Foreign Law in Argentinian Legal System", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

FEULLADE, M. C.: "Aplicación del Derecho extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales", *Prudentia Iuris*, núm. 83, 2017.

FIGUERA VARGAS, S. C.: "Análisis de la Ley de Derecho internacional privado venezolana como propuesta académica y logro legislativo", *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. XIII, 2013.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C.:

- *El Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado obtuvo media sanción legislativa*, <http://www.asadip.org/v2/?p=6496>.

- Uruguay: Proof and Information About Foreign Law in Uruguay", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

GALLEGOS ZUÑIGA, J.: "Aspectos generales del Derecho internacional privado en Chile", *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, núm. 3, 2009-2010.

GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, G.: "Ley aplicable en las obligaciones contractuales a la luz del Derecho Internacional Privado Peruano", *Decreto Legislativo n.º 296 Código Civil*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 16ª ed., 2015.

GEEROMS, S.: *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, OUP, 2004.

GOLDSCHMIDT, W.: *Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

GUZMÁN LATORRE, D.: *Tratado de Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

HARTLEY, T.C.: "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", *ICLQ*, 1996.

HAUSMAN, R.: "Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis", *The European Legal Forum*, 1-2008.

HERNÁNDEZ BRETÓN, E. y MADRID MARTÍNEZ, C.: "Venezuela: Finding Foreign Law in Venezuela. General Overview", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

IGLESIAS, J. L., ESPLUGUES, C., PALAO, G. et al., "Spain", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: "Application of Foreign Law in Swedish Courts – Recent Developments", en AA.VV. *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives Essays in Honour of Lennart Palsson* (editado por MELANDER, G.), Dordrecht, Brill / Nijhoff, 1997.

JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: "Foreign Law in National Courts a Comparative Perspective", *Recueil des Cours*, vol. 204, 2003.

KNEZ, R. y ROSIC, V.: "Slovenia", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

LALANI, S.: "Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, 2013.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: "La reforma del sistema de Derecho internacional privado en la República Argentina", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 14, 2007.

MANRIQUE-GARCÍA, J.: "La prueba de la Ley extranjera en Colombia: análisis comparado", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 20, 2012.

MARKESINIS, B. y FEDTKE, J.: *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparator*, Bologna, Il Mulino, 2009.

MAUNSBACH, U.: "Sweden: Proof of and Information About Foreign Law in Civil and Commercial Matters-Swedish Perspective", en AA.VV.: *Treatment of Foreign*

*Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

MÉLIN, F.: *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

MENGOZZI, P.: *La riforma del diritto internazionale private italiano. La legge 31 maggio 1995 n. 218*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2ª ed., 1997.

MOURA RAMOS, R.M.: "Proof of and Information about Foreign Law", *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, vol. 90-1, 2014.

NATOV, N.: "Bulgaria", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

NISHITANI, Y.:

- "Preface", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

- "Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? General Report", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El uso del Derecho extranjero y del Derecho internacional por parte del Tribunal Constitucional chileno durante el período 2006-2007", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, vol. XXXVII, p. 280.

ORDIOZOLA MARISCAL, C.E.: "El principio iura novit curia en México: hacia un instituto federal de especialistas en Derecho internacional privado y Comparado", *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes* (coordinado por BECERRA RAMÍREZ, M., CRUZ BARNEY, O, GONZÁLEZ MARTÍN, N. et al), México, Instituto Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2008.

PAUKNEROVA, M. y BRODEC, J.: "Czech Republic", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

PÉREZ PACHECO, Y.: "Aportes de la Ley de Derecho internacional privado venezolano a la codificación *ius internalprivatitsta*", *Ars Boni et Aequi*, año 10, núm. 2, 2014.

PEREZNIETO CASTRO, L.:

- *Derecho internacional privado. Parte General*, México, OUP, 7ª ed., 1998.

- "El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015.

- "Notas sobre el Derecho internacional privado en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 144, 2015.

PICAND ALBONICO, E.: "El juez y el Derecho extranjero en el proceso de extradición", *Revista jurídica del Ministerio Público*, núm. 34, 2008.

QUEIROLO, I. (coord.): "Italy", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

RAMÍREZ NECOECHEA, M.: *Derecho internacional privado*, Santiago, Legal Publishing, 2009.

RODRÍGUEZ, M.S.: "Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado", *Pensar en Derecho*, núm. 8, 2016.

SCIBERRAS, T. y BORG, K. A.: "Malta", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

SCOTTI, L.B.: "Werner Goldschmidt: el gran Maestro del Derecho Internacional Privado del Siglo XX", en AA.VV.: *La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires hacia su Bicentenario* (coord. por ORTIZ, T. y SCOTTI, L.), Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, 2019.

SOLENIK, D.: *L'application de la loi étrangère par les juges du fond anglais et français: réflexions pour une approche convergente dans l'espace européen*, Paris, Le Manuscrit, 2006.

TELLECHEA BERGMAN, E.:

- "Aplicación e información del derecho extranjero a nivel interamericano y especialmente uruguayo", en AA.VV.: *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt* (dirigido por FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. y MORENO RODRÍGUEZ, J.A.), CEDEP/ASADIP, Asunción, 2010.

- "Aplicación e información del Derecho extranjero en el ámbito interamericano y mercosureño con especial referencia al Derecho uruguayo", *Revista de Doutrina da 4ª Região*, núm. 25, 2008.

TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J.A.: "El Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General del 2016", *Anuario Hispano – Luso – Americano de Derecho internacional*, 2017-2018.

TRAESE, M.: "Belgium", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

UZAL, M. E.: *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016.

VAN DEN EECKHOUT, V.: "The Netherlands", en AA.VV.: *Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, Munich (editado por ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G.), Sellier, 2011.

VILLAROEL B., C. y VILLAROEL B., G.: "La aplicación del Derecho extranjero en Chile después del Tratado con Uruguay", *Revista chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, 1991.

WAUTELET, P.: "Belgium: Foreign Law in Belgian Courts-From Theory to Practice", en AA.VV.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?* (editado por NISHITANI, Y.), Springer, The Netherlands, 2017.

WEGHER OSCI, F.S.: "Da mihi factum dabo tibi ius. Notas sobre la aplicación del derecho extranjero en casos iusprivatistas multinacionales y su vinculación con el acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial de la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2019.

